

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE (NA PERSPECTIVA DO DIREITO BRASILEIRO)

Luiz Guilherme Marinoni

Titular de Direito Processual Civil da UFPR. Pós-Doutor pela Universidade Estatal de Milão. Visiting Scholar na Columbia University. Advogado em Curitiba e em Brasília.

Sumário: 1. Hierarquia normativa dos tratados internacionais dos direitos humanos. A posição do Supremo Tribunal Federal; 2. Significado de supralegalidade dos tratados internacionais; 3. Modos de controle da convencionalidade no direito brasileiro; 4. Controle de supraconstitucionalidade; 5. O controle de convencionalidade pela Corte Interamericana de Direito Humanos; 6. Objeto e parâmetro do controle de convencionalidade na Corte Interamericana; 7. Os precedentes no âmbito do controle de convencionalidade

1. Hierarquia normativa dos tratados internacionais dos direitos humanos. A posição do Supremo Tribunal Federal

Tem importância, diante da jurisdição do Estado contemporâneo, investigar a possibilidade de controle jurisdicional da lei a partir dos tratados ou convenções internacionais de direitos humanos¹. É evidente que esta investigação requer a prévia

¹ Frédéric Sudre, *A propos du "dialogue de juges" et du controle de conventionnalite*, Paris: Pedone, 2004; Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996; André de Carvalho Ramos, *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006; Antônio Augusto Cançado Trindade, "A interação entre direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos". *Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 182, 1993, p. 27-54; Ernesto Rey Cantor, Controles de convencionalidad de las leyes. In: Mac-Gregor, Eduardo Ferrer e Lello de Larrea, Arturo Zaldívar (coords.). *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam/Marcial Pons, 2008, p. 225-262; Néstor Pedro Sagués, *El "control de convencionalidad" como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano*. In: BOGDANDY, Armin Von, MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer, ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). *La Justicia Constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius contitutionale commune en América Latina?* Tomo II. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam, 2010. p. 449-468; María Carmelina Londoro Lázaro, El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, v. 128, mai/ago 2010, p. 761-814; Juan Carlos Hitters, Control de

análise do *status* normativo dos tratados de direito humanos em face da ordem jurídica brasileira. Caso o direito internacional dos direitos humanos seja equiparado à lei ordinária, obviamente não há como pensar em alçá-lo ao patamar de parâmetro de controle. Não obstante, especialmente diante da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário 466.343², em que se discutiu a legitimidade da prisão civil do depositário infiel em face do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), é importante considerar duas posições que elevam o direito internacional dos direitos humanos a um patamar superior, dando-lhe a condição de direito que permite o controle de legitimidade da lei ordinária. A posição que restou majoritária no julgamento do recurso extraordinário, capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes, atribuiu aos tratados internacionais de direito humanos um *status* normativo supralegal, enquanto a posição liderada pelo Ministro Celso de Mello conferiu-lhes estatura constitucional. Ao lado destas posições, cabe ressaltar, também, a que sustenta a supraconstitucionalidade destes tratados internacionais³.

Conferir aos tratados internacionais de direitos humanos o *status* de direito ordinário não só legitima o Estado signatário a descumprir unilateralmente acordo

constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (critérios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos), *Estudios constitucionales*, vol. 7, Núm. 2, 2009, pp. 109-128; Allan R. Brewer-Carías, La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 6, 2006, p. 29 e ss.

² “PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito (RE 466.343, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 05.06.09).

³ Ver Néstor Pedro Sagués, *El “control de convencionalidad” como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano*. In: BOGDANDY, Armin Von, MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer, ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). *La Justicia Constitucional y su internacionalización* Hacia un *ius contitutionale commune* en América Latina? Tomo II, cit., p. 449 e ss.

internacional, como ainda afronta a ideia de Estado Constitucional Cooperativo e inviabiliza a tutela dos direitos humanos em nível supranacional⁴.

Ademais, a própria Constituição faz ver a superioridade dos tratados internacionais sobre a legislação infraconstitucional⁵. Diz a Constituição Federal que “a

⁴ Registre-se passagem do voto do Ministro Gilmar Mendes no recurso extraordinário n. 466.343: “É preciso ponderar, no entanto, se, no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência não teria se tornado completamente defasada.

Não se pode perder de vista que, hoje, vivemos em um ‘Estado Constitucional Cooperativo’, identificado pelo Professor Peter Häberle como aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais.

Para Häberle, ainda que, numa perspectiva internacional, muitas vezes a cooperação entre os Estados ocupe o lugar de mera coordenação e de simples ordenamento para a coexistência pacífica (ou seja, de mera delimitação dos âmbitos das soberanias nacionais), no campo do direito constitucional nacional, tal fenômeno, por si só, pode induzir ao menos a tendências que apontem para um enfraquecimento dos limites entre o interno e o externo, gerando uma concepção que faz prevalecer o direito comunitário sobre o direito interno.

Nesse contexto, mesmo conscientes de que os motivos que conduzem à concepção de um Estado Constitucional Cooperativo são complexos, é preciso reconhecer os aspectos sociológico-econômico e ideal-moral como os mais evidentes. E no que se refere ao aspecto ideal-moral, não se pode deixar de considerar a proteção aos direitos humanos como a fórmula mais concreta de que dispõe o sistema constitucional, a exigir dos atores da vida sócio-política do Estado uma contribuição positiva para a máxima eficácia das normas das Constituições modernas que protegem a cooperação internacional amistosa como princípio vetor das relações entre os Estados Nacionais e a proteção dos direitos humanos como corolário da própria garantia da dignidade da pessoa humana” (Voto do Min. Gilmar Mendes no RE 466.343, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 05.06.09).

⁵Em matéria tributária, o tema da supralegalidade dos tratados está sendo debatida no Supremo Tribunal Federal. O entendimento do Min. Gilmar Mendes, no RE 460.320/PR, foi veiculado no Informativo n. 638 do STF: “O Plenário iniciou julgamento de recursos extraordinários em que discutida a obrigatoriedade, ou não, da retenção na fonte e do recolhimento de imposto de renda, no ano-base de 1993, quanto a dividendos enviados por pessoa jurídica brasileira a sócio residente na Suécia. Na espécie, não obstante a existência de convenção internacional firmada entre o Brasil e aquele Estado, a qual assegura tratamento não discriminatório entre ambos os países, adviera legislação infraconstitucional que permitira essa tributação (Lei 8.383/91, art. 77 e Regulamento do Imposto de Renda de 1994 - RIR/94), isentando apenas os lucros recebidos por sócios residentes ou domiciliados no Brasil (Lei 8.383/91, art. 75). A pessoa jurídica pleiteara, na origem, a concessão de tratamento isonômico entre os residentes ou domiciliados nos mencionados Estados, com a concessão da benesse. Alegara, ainda, que, nos termos do art. 98 do CTN, o legislador interno não poderia revogar isonomia prevista em acordo internacional. Ocorre que o pleito fora julgado improcedente, sentença esta mantida em sede recursal, o que ensejara a interposição de recursos especial e

extraordinário. Com o provimento do recurso pelo STJ, a União também interpusera recurso extraordinário, em que defende a manutenção da tributação aos contribuintes residentes ou domiciliados fora do Brasil. Sustenta, para tanto, ofensa ao art. 97 da CF, pois aquela Corte, ao afastar a aplicação dos preceitos legais referidos, teria declarado, por órgão fracionário, sua inconstitucionalidade. Argumenta que a incidência do art. 98 do CTN, na situação em apreço, ao conferir superioridade hierárquica aos tratados internacionais em relação à lei ordinária, transgredira os artigos 2º; 5º, II e § 2º; 49, I; 84, VIII, todos da CF. Por fim, aduz inexistir violação ao princípio da isonomia, dado que tanto o nacional sueco quanto o brasileiro têm direito a isenção disposta no art. 75 da Lei 8.383/91, desde que residentes ou domiciliados no Brasil. O Min. Gilmar Mendes, relator, proveu o recurso extraordinário da União e afastou a concessão da isenção de imposto de renda retido na fonte para os não-residentes. Julgou, ademais, improcedente o pedido formulado na ação declaratória, assentando o prejuízo do apelo extremo da sociedade empresária. Ante a prejudicialidade da matéria, apreciou, inicialmente, o recurso interposto pela União, admitindo-o. Assinalou o cabimento de recurso extraordinário contra decisão proferida pelo STJ apenas nas hipóteses de questões novas, lá originariamente surgidas. Além disso, apontou que, em se tratando de recurso da parte vencedora (no segundo grau de jurisdição), a recorribilidade extraordinária, a partir do pronunciamento do STJ, seria ampla, observados os requisitos gerais pertinentes. No tocante ao art. 97 da CF, consignou que o acórdão recorrido não afastara a aplicação do art. 77 da Lei 8.383/91 em face de disposições constitucionais, mas sim de outras normas infraconstitucionais, sobretudo o art. 24 da Convenção entre o Brasil e a Suécia para Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda e o art. 98 do CTN. Isso porque essa inaplicabilidade não equivaleria à declaração de inconstitucionalidade, nem demandaria reserva de plenário. Quanto à suposta afronta aos artigos 2º; 5º, II e § 2º; 49, I; 84, VIII, todos da CF, após digressão evolutiva da jurisprudência do STF relativamente à aplicação de acordos internacionais em cotejo com a legislação interna infraconstitucional, asseverou que, recentemente, esta Corte afirmara que as convenções internacionais de direitos humanos têm status supralegal e que prevalecem sobre a legislação interna, submetendo-se somente à Constituição. Salientou que, no âmbito tributário, a cooperação internacional viabilizaria a expansão das operações transnacionais que impulsionam o desenvolvimento econômico, o combate à dupla tributação internacional e à evasão fiscal internacional, e contribuiria para o estreitamento das relações culturais, sociais e políticas entre as nações. O relator frisou, no entanto, que, pelas peculiaridades, os tratados internacionais em matéria tributária tocariam em pontos sensíveis da soberania dos Estados. Demandariam extenso e cuidadoso processo de negociação, com a participação de diplomatas e de funcionários das respectivas administrações tributárias, de modo a conciliar interesses e a permitir que esse instrumento atinja os objetivos de cada nação, com o menor custo possível para a receita tributária de cada qual. *Pontuou que essa complexa cooperação internacional seria garantida essencialmente pelo pacta sunt servanda. Nesse contexto, registrou que, tanto quanto possível, o Estado Constitucional Cooperativo reivindicaria a manutenção da boa-fé e da segurança dos compromissos internacionais, ainda que diante da legislação infraconstitucional, notadamente no que se refere ao direito tributário, que envolve garantias fundamentais dos contribuintes e cujo descumprimento colocaria em risco os benefícios de cooperação cuidadosamente articulada no cenário internacional. Reputou que a tese da legalidade ordinária, na medida em que permite às entidades federativas internas do Estado brasileiro o descumprimento unilateral de acordo internacional, conflitaria com princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (art. 27). Dessa forma, reiterou que a possibilidade de afastamento da incidência de normas internacionais tributárias por meio de legislação ordinária (treaty override), inclusive em sede estadual e municipal, estaria defasada com relação às exigências de cooperação, boa-fé e estabilidade do atual panorama internacional.* Concluiu,

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” (art. 4º, parágrafo único); que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, §2º); que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (art. 5º, §3º); e que “o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão” (art. 5º, §4º). Assim, a própria Constituição enfatiza a dignidade dos tratados internacionais dos direitos humanos, reconhecendo a sua prevalência sobre o direito ordinário.

Frise-se que o §3º do art. 5º – assim como o seu § 4º - foi inserido pela emenda constitucional 45/2004, deixando claro que a atribuição da qualidade de emenda constitucional aos tratados requer aprovação “em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros”. De modo que a própria Constituição previu condição específica para os tratados internacionais de direitos humanos assumirem a estatura de norma constitucional.

Não obstante, argumentou-se, quando do julgamento do referido recurso extraordinário n.466.343⁶, que os tratados internacionais de direitos humanos teriam *status* constitucional, independentemente de terem sido aprovados antes da emenda constitucional 45/2004. Concluiu o Ministro Celso de Mello, neste julgamento, que as convenções internacionais em matéria de direitos humanos, celebradas pelo Brasil antes do advento da emenda constitucional 45/2004, como ocorre com o Pacto de San

então, que o entendimento de predomínio dos tratados internacionais não vulneraria os dispositivos tidos por violados. Enfatizou que a República Federativa do Brasil, como sujeito de direito público externo, não poderia assumir obrigações nem criar normas jurídicas internacionais à revelia da Constituição. Observou, ainda, que a recepção do art. 98 do CTN pela ordem constitucional independeria da desatualizada classificação em tratados-contratos e tratados-leis. (...)”

⁶RE 466.343, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 05.06.09.

José da Costa Rica, revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de bloco de constitucionalidade.

A tese da constitucionalidade dos tratados repousa sobre o §2º do art. 5º da Constituição. A lógica é a de que esta norma recepciona os direitos consagrados nos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo país⁷. Ao afirmar que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem os direitos dos tratados internacionais de que o Brasil é parte, o §2º do art. 5º estaria conferindo-lhes o *status* de norma constitucional. O §2º do art. 5º, constituindo uma cláusula aberta, admitiria o ingresso dos tratados internacionais de direitos humanos na mesma condição hierárquica das normas constitucionais e não com outro *status* normativo⁸.

Contudo, a tese que prevaleceu no julgamento do recurso extraordinário n. 466.343, como já dito, foi o da supralegalidade do direito internacional dos direitos humanos. Entendeu-se, em suma, que a referência, por parte da Constituição, a tratados internacionais de direitos humanos, embora não tenha sido casual ou neutra do ponto de vista jurídico-normativo, não conferiu a estes tratados a hierarquia de

⁷ Flávia Piovesan entende que os §§ 2.º e 3.º do art. 5º da Constituição Federal incorporam os tratados internacionais de direitos humanos no universo dos direitos fundamentais constitucionalmente tutelados: “Quanto à incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, observa-se que, em geral, as Constituições latino-americanas conferem a estes instrumentos uma hierarquia especial e privilegiada, distinguindo-os dos tratados tradicionais. Neste sentido, merecem destaque o art. 75, 22 da Constituição Argentina, que expressamente atribui hierarquia constitucional aos mais relevantes tratados de proteção de direitos humanos e o art. 5.º, §§ 2.º e 3.º, da CF brasileira que incorpora estes tratados no universo de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos. As Constituições latino-americanas estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade. Ao processo de constitucionalização do Direito Internacional conjuga-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional”. (Flávia Piovesan, Força integradora e catalizadora do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: desafios para a pavimentação de um constitucionalismo regional, *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 25, p. 327).

⁸ Antônio Augusto Cançado Trindade, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, v. 1, Porto Alegre: Fabris, 2003; Celso Lafer, *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*, São Paulo: Manole, 2005, p. 15 e ss; Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 51 e ss; Valerio de Oliveira Mazzuoli, Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro, *Revista dos Tribunais*, v. 889, p. 105 e ss.

norma constitucional. O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, observou que a tese da supralegalidade “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. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana”⁹.

Neste sentido, os tratados internacionais de direitos humanos aprovados em conformidade aos ditames do §3º do art. 5º da Constituição Federal são equivalentes às emendas constitucionais; os demais tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil constituem direito supralegal; e os tratados internacionais que não tratam de direitos humanos têm valor legal¹⁰.

⁹RE 466.343, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 05.06.09.

¹⁰ Consigne-se que há doutrina que não só confere *status* normativo diverso aos tratados de direitos humanos (norma constitucional), como também aos tratados internacionais comuns, que não versam sobre direitos humanos (direito supralegal). Assim, por exemplo, Valerio de Oliveira Mazzuoli: “No nosso entender, os tratados internacionais comuns ratificados pelo Estado brasileiro é que se situam num nível hierárquico intermediário, estando abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser revogados por lei posterior (por não se encontrarem em situação de paridade normativa com as demais leis nacionais). Quanto aos tratados de direitos humanos, entendemos que estes ostentam o *status* de norma constitucional, independentemente do seu eventual *quorum* qualificado de aprovação. A um resultado similar se pode chegar aplicando o princípio - hoje cada vez mais difundido na jurisprudência interna de outros países, e consagrado em sua plenitude pelas instâncias internacionais - da supremacia do direito internacional e da prevalência de suas normas em relação a toda normatividade interna, seja ela anterior ou posterior” (Valerio de Oliveira Mazzuoli, Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro, *Revista dos Tribunais*, v. 889, p. 109). Em recente tese, reafirma o doutrinador: “se os tratados de direitos humanos têm ‘*status* de norma constitucional’, nos termos do art. 5º, § 2º, da Constituição, ou se são ‘equivalentes às emendas constitucionais’, posto que aprovados pela maioria qualificada prevista no art. 5º, § 3º, da mesma Carta, significa que podem eles ser paradigma de controle das normas infraconstitucionais no Brasil. Ocorre que os tratados internacionais *comuns* (que versam temas alheios aos direitos humanos) também têm *status* superior ao das leis internas. Se bem que não equiparados às normas constitucionais, os instrumentos convencionais comuns têm *status* supralegal no Brasil, por não poderem ser revogados por lei interna posterior, como estão a demonstrar vários dispositivos da própria legislação infraconstitucional brasileira, dentre eles o

2. Significado de supralegalidade dos tratados internacionais

Os tratados internacionais, quando qualificados como direito supralegal, obviamente são colocados em grau de hierarquia normativa superior a da legislação infraconstitucional, embora inferior à da Constituição.

O acórdão proferido no recurso extraordinário n. 466.343, ao reconhecer a ilegitimidade da legislação infraconstitucional que trata da prisão civil do depositário infiel em face do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), enfatizou que, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante¹¹.

Vale dizer que a legislação infraconstitucional, para produzir efeitos, não deve apenas estar em consonância com a Constituição Federal, mas também com os tratados internacionais dos direitos humanos. Nesta perspectiva, existem dois

art. 98 do Código Tributário Nacional. Neste último caso, tais tratados (comuns) também servem de paradigma ao controle das normas infraconstitucionais, por estarem situados acima delas, com a única diferença (em relação aos tratados de direitos humanos) que não servirão de paradigma do controle *de convencionalidade* (expressão reservada aos tratados com nível constitucional), mas do controle *de supralegalidade* das normas infraconstitucionais” (Valerio de Oliveira. Mazzuoli, *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 185/186). Mazzuoli, nesta linha, mostra-se contrário à tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos não aprovados por maioria qualificada, negando a posição sustentada pelo STF no recurso extraordinário n. 466.343, uma vez que esta estaria criando uma “duplicidade de regimes jurídicos”, imprópria para o atual sistema (interno e internacional) de proteção de direitos (Valerio de Oliveira. Mazzuoli, *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, cit, p. 196).

¹¹ Voto do Min. Gilmar Mendes no RE 466.343, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 05.06.09.

parâmetros de controle e dois programas de validação do direito ordinário. Além da Constituição, o direito supralegal está a condicionar e a controlar a validade da lei.

Isto significa que a lei, nesta dimensão, está submetida a novos limites materiais, postos nos direitos humanos albergados nos tratados internacionais, o que revela que o Estado contemporâneo – que se relaciona, em recíproca colaboração, com outros Estados constitucionais inseridos numa comunidade -, tem capacidade de controlar a legitimidade da lei em face dos direitos humanos tutelados no país e na comunidade latino-americana.

3. Modos de controle da convencionalidade no direito brasileiro

O controle da compatibilidade da lei com os tratados internacionais de direito humanos pode ser feito mediante ação direta, perante o Supremo Tribunal Federal, quando o tratado foi aprovado de acordo com o §3º do art. 5º da Constituição Federal. Obviamente, estes tratados também constituem base ao controle difuso.

No atual sistema normativo brasileiro, os tratados que possuem *status* normativo supralegal apenas abrem oportunidade ao controle difuso. O exercício do controle da compatibilidade das normas internas com as convencionais é um dever do juiz nacional, podendo ser feito a requerimento da parte ou mesmo de ofício¹². Lembre-se, neste sentido, a decisão proferida pela Corte Interamericana no caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Peru*: “cuando un Estado ha ratificado um 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,

¹² Mauro Cappelletti, ao tratar do controle de ofício da validade da lei em face do direito internacional, assim escreve: “Va qui comunque tenuto fermo il concetto che supremazia del diritto comunitario (o, più in generale, del diritto internazionale immediatamente applicabile), significa *invalidità assoluta* della norma interna ad esso contraria, ancorché posteriore: donde appunto la conseguenza che *ogni giudice disapplicherà d’ufficio*, sulla base di una mera *cognitio incidentalis*, tale norma nei casi sottoposti al suo giudizio” (Mauro Cappelletti, *Giustizia costituzionale soprannazionale, Rivista di Diritto Processuale*, 1978, p. 1-32. p. 8-9).

objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de ‘convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que esa revisión deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de esse tipo de acciones”.¹³

Questão interessante se relaciona com a oportunidade de o Supremo Tribunal Federal realizar controle difuso, em face de direito supralegal, mediante recurso extraordinário. É que se poderia argumentar, em primeiro lugar, que tratado não constitui norma constitucional e, depois, que violação de direito supralegal não abre oportunidade à interposição de recurso extraordinário (art. 102, CF). É óbvio que tratado não se confunde com norma constitucional, podendo assumir este *status* quando aprovado mediante o *quorum* qualificado do §3º do art. 5º da Constituição Federal. Sucede que também certamente não se equipara, na qualidade de direito supralegal, com direito federal, cuja alegação de violação abre ensejo ao recurso especial (art. 105, CF). Lembre-se que o Supremo Tribunal Federal admitiu e julgou recurso extraordinário em que se alegou violação de direito reconhecido como supralegal exatamente quando enfrentou a questão da legitimidade da prisão civil do depositário infiel (RE n.466.343).

4. Controle de supraconstitucionalidade

Há quem sustente a supraconstitucionalidade da Convenção, ou seja, a invalidade da norma constitucional que contraria a Convenção. Afirma-se, como visto,

¹³CIDH, Caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Peru”, sentença de 24 de novembro de 2006.

que a Convenção pode “paralisar”¹⁴ a eficácia das normas infraconstitucionais que sejam com ela conflitantes. Lembre-se que, no recurso extraordinário n. 466.343, concluiu-se que a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVIII), diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, não poderia ser revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), tendo deixado “de ter aplicabilidade diante do *efeito paralisante* desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria”¹⁵. Porém, seria possível argumentar que, quando a norma necessita ser controlada pela Convenção, ela já passou pelo filtro do controle de constitucionalidade, de modo que o controle de convencionalidade implica na negação da própria constitucionalidade. Na verdade, este problema - da supraconstitucionalidade da Convenção - torna-se mais evidente quando a própria dicção da norma constitucional contraria a Convenção¹⁶.

Néstor Pedro Sagués, ao ferir o ponto, sustenta que, se o Estado deve cumprir a Convenção e não pode invocar a sua Constituição para descumprir os tratados internacionais de direitos humanos, isto significa, como resultado concreto final, que o tratado está juridicamente acima da Constituição. Assim, a consequência do controle de convencionalidade seria o de que a norma constitucional que viola o tratado não pode ser aplicada. No entender de Sagués é a própria norma constitucional, e não a lei infraconstitucional, que resta “paralisada”. Se, de acordo com o controle de convencionalidade, a Constituição não pode validamente violar o tratado ou a

¹⁴ A expressão é utilizada por Frédéric Sudre, *A propos du “dialogue de juges” et du controle de conventionnalite*, Paris: Pedone, 2004.

¹⁵ Voto do Min. Gilmar Mendes no RE 466.343, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 05.06.09.

¹⁶ É certo que, para justificar o controle mediante a Convenção, invoca-se o princípio *pro homine*, que faz prevalecer a norma que melhor tutela um direito ou uma liberdade. Argumenta-se que se o tratado, na proteção de direito do homem, reforça ou amplia direito ou liberdade, ele prepondera, impondo a retirada da eficácia da lei infraconstitucional. V. Mônica Pinto, *El principio pro homine. Criterio hermenéutico y pautas para la regulamentación de los derechos humanos*. in *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires: Centro de estudios legales y sociales, 1977, p. 162 e ss; Valerio de Oliveira Mazzuoli, *Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro*, *Revista dos Tribunais*, v. 889, p. 110.

Convenção, isto seria suficiente para evidenciar a superioridade da Convenção sobre a Constituição¹⁷.

Note-se, ainda, que é possível supor lei inconstitucional, mas em conformidade com a Convenção. Sagués faz referência a hipotética norma constitucional que negue o direito de réplica, retificação ou resposta, expressamente garantido na Convenção (art. 14)¹⁸. Adverte que lei que regulamentasse esta norma do Pacto seria inconstitucional, porém convencional. A norma constitucional, ao negar o direito exposto no Pacto de San José, seria inconveniente, enquanto a lei regulamentadora seria válida – e não inconstitucional ou nula -, “por la superioridad del Pacto sobre la Constitución, conforme la doctrina del *control de convencionalidad*”¹⁹.

A questão do controle de convencionalidade das normas constitucionais foi debatida no caso “La última tentación de Cristo”, em que a Corte Interamericana declarou que o Chile deveria alterar a sua Constituição. Eis o que se disse nesta ocasião: “72. Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir,

¹⁷ Néstor Pedro Sagués, *El “control de convencionalidad” como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano*. In: BOGDANDY, Armin Von, MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer, ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). *La Justicia Constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* Tomo II. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam, 2010. p. 465 e ss. Ver Ernesto Rey Cantor, *Controles de convencionalidad de las leyes*. In: Mac-Gregor, Eduardo Ferrer e Lello de Larrea, Arturo Zaldívar (coords.). *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam/Marcial Pons, 2008, p. 225-262.

¹⁸Artigo 14 - Direito de retificação ou resposta.

1. Toda pessoa, atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei.

2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido.

3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável, que não seja protegida por imunidades, nem goze de foro especial.

¹⁹Néstor Pedro Sagués, *El “control de convencionalidad” en particular sobre las constituciones nacionales*, *La Ley*, Doctrina, p. 1, 19.02.2009.

todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que *el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. (...) 85.* 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. (...) 88. En el presente caso, al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19 número 12 de la Constitución Política y Decreto Ley número 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención”.²⁰

5. O controle de convencionalidade pela Corte Interamericana de Direito Humanos

²⁰ Neste caso, o Juiz Augusto Cançado Trindade assim argumentou: “14. Si alguna duda todavía persistía en cuanto a este punto, i.e., a que la propia existencia y aplicabilidad de una norma de derecho interno (sea infraconstitucional o constitucional) pueden *per se* comprometer la responsabilidad estatal bajo un tratado de derechos humanos, los hechos del presente caso *“La Última Tentación de Cristo”* contribuyen, a mi modo de ver decisivamente, a disipar dicha duda. De los hechos en este caso *“La Última Tentación de Cristo”* se desprende, más bien, que, en circunstancias como las del *cas d’espèce*, el intento de distinguir entre la existencia y la aplicación efectiva de una norma de derecho interno, para el fin de determinar la configuración o no de la responsabilidad internacional del Estado, resulta irrelevante, y revela una visión extremadamente formalista del Derecho, vacía de sentido. (...) la Corte correctamente determina que, en las circunstancias del *cas d’espèce*, las modificaciones en el ordenamiento jurídico interno requeridas para armonizarlo con la normativa de protección de la Convención Americana constituyen una forma de reparación no pecuniaria bajo la Convención”. (CIDH, Caso “La última tentación de Cristo v. Chile”, sentença de 5 de fevereiro de 2001) .

Como visto, o juízes nacionais tem dever de realizar o controle de convencionalidade²¹. Porém, a Corte Interamericana também realiza o controle das normas internas em face do Pacto²².

De acordo com a Convenção, são competentes, para conhecer das questões relacionadas ao cumprimento de suas normas pelos Estados partes, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (art. 33). A Comissão possui, entre outras funções, a de atuar diante de petições e comunicações que lhe forem apresentadas em conformidade com os artigos 44 a 51 da Convenção. O artigo 44 estabelece que qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação à Convenção por Estado parte. De lado situação de urgência²³, a Comissão, ao reconhecer a admissibilidade da petição ou comunicação de violação de direitos, solicitará informações ao Governo do Estado a que pertença a autoridade acusada de responsável pela violação. Ao receber as informações ou depois de exaurido o prazo sem manifestação, a Comissão verificará se existem ou subsistem os motivos da petição ou comunicação, podendo determinar o arquivamento ou declarar a inadmissibilidade ou improcedência. Não sendo estas as hipóteses, a Comissão realizará o exame dos fatos, com o conhecimento das partes. Poderá pedir ao Estado interessado qualquer informação pertinente, colocando-se à disposição das partes interessadas para tentar chegar a uma solução amistosa (art. 48). Na falta de solução consensual, a Comissão redigirá relatório em que exporá os fatos e suas

²¹ A Corte Interamericana de Direitos Humanos utilizou a expressão “control de convencionalidad”, pela primeira vez (25 de novembro de 2003), no julgamento de “Myrna Mack Chang v. Guatemala”.

²² Ver Mauro Cappelletti, El ‘formidable problema’ del control judicial y la contribucion del analisis comparado, *Revista de estudios políticos*, n. 13, 1980, p. 61 e ss; Fernando Silva García, El control judicial de las leyes con base en tratados internacionales sobre derechos humanos, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 5, 2006, p. 231 e ss.

²³ Artigo 48, 2. Entretanto, em casos graves e urgentes, pode ser realizada uma investigação, mediante prévio consentimento do Estado em cujo território se alegue haver sido cometida a violação, tão somente com a apresentação de uma petição ou comunicação que reúna todos os requisitos formais de admissibilidade.

conclusões, agregando-se a ele as exposições verbais ou escritas feitas pelos interessados. Em seu relatório, a Comissão poderá formular as proposições e recomendações que julgar adequadas (art. 50). Caso no prazo de três meses a questão não tenha sido solucionada ou submetida a decisão da Corte pela Comissão ou por Estado interessado, a Comissão poderá emitir, pela maioria absoluta dos votos dos seus membros, sua opinião e conclusões sobre a questão submetida à sua análise. A Comissão fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe incumbam para remediar a situação examinada. Transcorrido o prazo fixado, a Comissão decidirá, pela maioria absoluta dos votos dos seus membros, se o Estado tomou ou não as medidas adequadas e se publica ou não seu informe (art. 51).

Enquanto isto, a Corte Interamericana somente pode ser provocada pelos Estados partes e pela própria Comissão e, além disto, apenas poderá conhecer de qualquer caso após esgotadas a fase preliminar de admissibilidade, a instrução do caso e a tentativa de solução amistosa perante a Comissão, com a expedição de seu relatório nos termos do artigo 50 da Convenção.

A Corte entendeu, num primeiro momento, que apenas poderia realizar controle sobre norma já submetida a determinado caso. Disse não ter competência para realizar controle em abstrato, relacionando este com uma função consultiva. Nesta linha, assim decidiu a Corte: “En relación con el incumplimiento por parte del Gobierno del artículo 2 de la Convención Americana por la aplicación de los decretos Núms. 991 y 600, esta Corte manifestó que la jurisdicción militar no viola per se la Convención y con respecto a la alegada aplicación de algunas de las disposiciones de dichos decretos que pudieren ser contrarias a la Convención, *ya se determinó que en el presente caso no fueron aplicadas...* En consecuencia, la Corte *no emite pronunciamiento sobre la compatibilidad* de estos artículos con la Convención ya que proceder en otra forma *constituirá un análisis en abstracto y fuiera de las funciones de esta Corte*”.²⁴

²⁴ CIDH, caso Lacayo v. Nicaragua, sentença de 25 de janeiro de 1995.

Este entendimento foi superado no caso *Suárez Rosero v. Equador*, em que a Corte reconheceu sua competência para declarar a inconveniência de norma que violara o artigo 2º da Convenção, independentemente de a norma ter sido aplicada em caso concreto ou ter causado algum prejuízo. A decisão tem o seguinte fundamento: “97. Como la Corte ha sostenido, los Estados Partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ella (...) Aunque las dos primeras disposiciones del artículo 114 [del Código Penal Ecuatoriano] asignan a las personas detenidas el derecho de ser liberadas cuando existan las condiciones indicadas, el último párrafo del mismo artículo contiene una excepción a dicho derecho. 98. La Corte considera que esta excepción despoja una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados. En el caso concreto del señor Suárez Rosero esa norma ha sido aplicada y le ha producido un perjuicio indebido. La Corte hace anotar, además, que, a su juicio, esa norma per se viola el artículo 2 de la Convención Americana, independentemente de que haya sido aplicada en el presente caso (lo ressaltado fuera del texto)”.²⁵

Para exemplificar a atuação da Comissão e da Corte no controle da convencionalidade das leis é oportuna a consideração do caso “Barrios Altos”. No Peru, lei anistiou os militares, policiais e civis que cometeram violações a direitos humanos. Esta lei foi editada após denúncia contra pessoas que integrariam um grupo paramilitar - chamado “Grupo Colina” -, que teria assassinado quinze pessoas no local denominado “Bairros Altos”, em Lima. A juíza que recebera a denúncia decidiu que o art. 1º da Lei de Anistia violava garantias constitucionais e obrigações do Estado diante do Sistema Interamericano. Após alguns incidentes processuais, foi aprovada nova lei, que declarou que a primeira lei não poderia ser objeto de revisão pelo Poder Judiciário. Em 14 de julho de 1995, a Corte Superior de Justiça de Lima decidiu arquivar

²⁵ CIDH, *Caso Suárez Rosero v. Equador*, sentença de 12 de novembro de 1997. Cumpre registrar que essa tese fora sustentada pelo Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade em casos anteriores, mediante votos dissidentes, em que argumentou que a violação das normas convencionais podem ocorrer *per se*, pelo simples fato da existência de normas violadoras de direitos humanos, ainda que nunca tenham sido concretamente aplicadas. Assim, por exemplo, no caso “*Caballero v. Colômbia*”, sentença de 29 de janeiro de 1997.

definitivamente o processo. Assim, o caso “Barrios Altos” foi levado, por meio de petição, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, onde tramitou de 1995 até 2000, quando foi submetido à Corte. A Comissão solicitou à Corte, além das providências pertinentes à continuidade da investigação e à reparação de danos, que revogasse ou tornasse sem efeito a lei de anistia. Em seu voto, o Juiz brasileiro Cançado Trindade afirmou a incompatibilidade das leis de auto-anistia com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, concluindo serem elas destituídas de validade jurídica no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos. A Corte entendeu haver incompatibilidade da lei de anistia com a Convenção - já que a lei excluía a responsabilidade e permitia o impedimento da investigação e punição de pessoas ditas responsáveis por violações de direitos humanos -, culminando por decidir pela sua “inconvencionalidade”, declarando a não aplicação das normas internas com efeitos *erga omnes* para todos os poderes públicos²⁶.

O descumprimento de decisão da Corte Interamericana gera ao Estado responsabilidade internacional. Não obstante, alguns Estados não se constringem em cumprir as decisões da Corte, como exemplifica recente decisão do Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela, que simplesmente declarou ser inexecutável a sentença proferida no caso López Mendoza v. Venezuela. Neste caso, a Corte determinou a anulação das resoluções que cassaram os direitos políticos de López Mendonza, opositor de Hugo Chávez nas eleições presidenciais de 2012, considerando o Estado venezuelano responsável por violação dos direitos à fundamentação e à

²⁶Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentença de 14 de março de 2001: “... Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú. 3. Declarar, conforme a los términos del reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado, que éste incumplió los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 y de la violación a los artículos de la Convención señalados en el punto resolutive 2 de esta Sentencia. 4. Declarar que las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos”.

defesa nos procedimentos administrativos que acarretaram a imposição das sanções de inabilitação, bem como responsável por violação dos direitos à tutela judicial e de ser eleito, todos garantidos na Convenção.

Diante disto, vem naturalmente à tona a questão da legitimidade da Corte Interamericana para interferir sobre as decisões dos Estados. O problema do déficit de legitimidade democrática dos juízes é mais grave no cenário da justiça transnacional. Note-se que, se a autonomia dos direitos humanos importa para a consolidação de um Estado de Direito, também interfere nos processos ordinários de autodeterminação coletiva. Nessa linha, argumenta Owen Fiss que o elemento consensual inerente ao processo de elaboração dos tratados não dá aos tribunais internacionais uma base democrática. Os processos internos de ratificação de um tratado não são necessariamente democráticos. A ratificação de um tratado pela China representaria ato de consentimento entre os seus cidadãos? Mesmo nos Estados Unidos, a ratificação dos tratados repousa nas mãos do Senado, que não está constituído de acordo com os princípios democráticos, sendo que a forma de consentimento peculiar a esta Casa Legislativanão é adequada em termos de política democrática²⁷. Como resultado -prosegue Fiss -, os tribunais internacionais recentemente estabelecidos para proteger os direitos humanos permanecem sem responsabilidade diante dos cidadãos do mundo organizados de acordo com princípios democráticos e, desta forma, devem ser vistos como uma perda para a democracia, não obstante importantes para a justiça²⁸.

Pense-se em pronunciamento da Corte que afeta a autodeterminação do povo de Estado parte, a exemplo do que ocorreu no Caso “Gelman v. Uruguai”²⁹, em que se

²⁷Owen Fiss. *The Autonomy of Law*, *Yale Journal of International Law*, v. 26, 2001, p. 517 e ss.

²⁸Owen Fiss. *The Autonomy of Law*, *Yale Journal of International Law*, v. 26, 2001, p. 524 e ss.

²⁹A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com base nos artigos 51 e 61 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, apresentou demanda contra o Uruguai em relação ao desaparecimento forçado de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman, realizado por agentes estatais uruguaios no final de 1976, bem como à supressão da identidade e nacionalidade de María Macarena Gelman García Iruretagoyena, filha de María

negou a validade da lei de anistia (lei de caducidad) uruguaia, mesmo que legitimada, mediante a via da participação direta, em duas ocasiões. Ao decidir, afirmou a Corte que “el hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a dicha Ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia –recurso de referéndum (párrafo 2º del artículo 79 de la Constitución del Uruguay)- en 1989 y –plebiscito (literal A del artículo 331 de la Constitución del Uruguay) sobre un proyecto de reforma constitucional por el que se habrían declarado nulos los artículos 1 a 4 de la Ley- el 25 de octubre del año 2009, se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana (...) la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’”.³⁰

Os atos praticados por ditaduras militares em detrimento de direitos humanos são reprováveis e merecedores de severa condenação. Trata-se de obviedade. O problema é que a Corte, sem questionar a qualidade democrática das formas de participação direta que deram base à lei uruguaia, disse serem elas insuficientes para legitimar a lei perante o Direito Internacional. A Corte, para decidir, simplesmente alegou que a "la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de la mayoría". Argumentou-se que a inconveniência da lei de anistia

Claudia García de Gelman e Marcelo Gelman. Alegou-se denegação de justiça, impunidade e, em geral, o sofrimento causado a Juan Gelman, sua família, María Macarena Gelman García Iruretagoyena e os familiares de María Claudia García de Gelman, como consequência da falta de investigação dos fatos, julgamento e sanção dos responsáveis em virtude da Lei n. 15.848 ou Lei de Caducidade, promulgada em 1986. (CIDH, sentença 04 de fevereiro de 2011).

³⁰CIDH, sentença 04 de fevereiro de 2011.

não deriva da ilegitimidade do processo que a fez surgir ou da autoridade que a editou, mas sim da circunstância de deixar os atos de violação aos direitos humanos sem punição. A inconveniência, afirmou a Corte, decorre de um aspecto material, e não de uma “questão formal, como a sua origem”.

A ideia de que a participação popular direta constitui uma “questão formal”, sem importância - diante da inegável imprescindibilidade de proteção aos direitos humanos - , requer meditação³¹. Os direitos humanos não são incompatíveis com a democracia³². Ambos convivem e, por isto, esta relação deve ser mediada por uma interpretação democrática³³. A Corte não está dispensada de legitimar suas decisões, confrontando os direitos humanos com a vontade da maioria de um país. Diante disto, terá que evidenciar quando não é possível deliberar e, especialmente, quando uma decisão majoritária, apesar de formalmente tomada, não expressa a vontade real de um povo, por ter sido elaborada sem adequada discussão ou a com a exclusão real ou virtual de parte da população³⁴. Assim, caberia à Corte demonstrar, de forma racional, ou que a vontade do povo é incompatível com a extinção da punibilidade de crimes contra os direitos humanos ou que a decisão majoritária carece de base democrática.

Sucedem que a demonstração de incompatibilidade entre democracia e direitos humanos não se faz com uma frase impositiva, em que simplesmente se afirma o que se deve evidenciar. Dizer que a vontade da maioria não é compatível com os direitos humanos nada significa. É preciso demonstrar, mediante argumentação racional, que, em determinados casos, os direitos humanos são inconciliáveis com a democracia³⁵. Frise-se que não se está dizendo que a extinção da punibilidade o seja – até porque não é este aspecto da decisão que aqui importa -, mas que faltou à Corte legitimar a

³¹ Carlos Santiago Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona: Gedisa, 1997, p. 21 e ss.

³² Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires: Astrea, 1989, p. 32 e ss.

³³ Christopher F. Zurn, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*. New York: Cambridge University Press. 2007, p. 89 e ss.

³⁴ Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno (sobre el carácter contramayoritario del poder judicial)*. Barcelona: Ariel, 1996, p. 33 e ss.

³⁵ Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos*, cit., p. 55 e ss.

sua decisão, assim evidenciando. O ponto, como já dito, nada tem a ver com a essência perversa dos atos praticados pelas ditaduras militares, mas sim com o questionamento da legitimidade de uma Corte, composta por homens de notável saber, para negar a legitimidade de uma decisão majoritária sem precisar se preocupar com a sua qualidade democrática, a expressar a vontade de um povo³⁶.

6. Objeto e parâmetro do controle de convencionalidade na Corte Interamericana

Como visto, a Corte Interamericana entende que o controle de convencionalidade não é restrito às normas infraconstitucionais, recaindo, isto sim, sobre as normas de direito interno, aí presentes as normas constitucionais. Nestes termos, qualquer ato normativo interno, seja infraconstitucional - lei, decreto,

³⁶ A questão da legitimidade democrática de uma Corte Internacional foi objeto de estudo de Mauro Cappelletti: “problema formidable de la función y la legitimidad democrática de individuos (los jueces) y grupos (la judicatura) relativamente exentos de responsabilidad, que llenan con su propia jerarquía de valores [predilecciones personales] los recipientes relativamente vacíos de conceptos vagos como libertad e igualdad, sensatez, ecuanimidad y proceso conforme a derecho. (...) No cabe duda que esta intención es tan intrépida como fascinante. El Tribunal de Justicia (‘esos nueve hombrecillos’ desconocidos para la mayor parte de los doscientos sesenta millones de ciudadanos de los países comunitarios, carentes de poder político, carisma y legitimación popular) reclama para sí la legitimidad y la capacidad para hacer lo que los fundadores no pensaron ni siquiera hacer y lo que los órganos políticos de las Comunidades ni siquiera intentan emprender. Pretenden ‘encontrar’, lo que significa esencialmente *crear*, un *bill of rights* comunitario que sea vinculante no sólo para los órganos comunitarios, sino también en último término —en virtud de la doctrina de la supremacía— para los órganos de los Estados miembros y para todos sus ciudadanos. Y para hacer esto, esos nueve hombrecillos poseen virtualmente un solo ‘libro’ para consultar: ¡el libro no escrito de los ‘principios generales’ y las ‘tradiciones comunes’ de los nueve Estados miembros!. Esto puede, sin duda, parecerle a muchos arrogancia más que valor, utopía más que sentido común. ¿Deberíamos entonces prevenir a esos ‘hombrecillos’ para que no persigan un proyecto tan grande como irrealista? ¿O deberíamos, por el contrario, considerar de forma totalmente realista que la legitimidad que necesita una judicatura creativa es de un tipo totalmente diferente de la legitimidad que en un régimen democrático necesitan los órganos políticos y que, además, las utopías han sido después de todo los motores de las más importantes transformaciones en la historia de la humanidad? Aparentemente, estas conclusiones más optimistas son compartidas por los órganos políticos mismos de las Comunidades”. (Mauro Cappelletti, El ‘formidable problema’ del control judicial y la contribucion del analisis comparado, *Revista de estudios políticos*, n. 13, 1980, p. 61/62 e 91/92).

regulamento, resolução - , ou de carácter constitucional, estão sujeitos ao controle de convencionalidade pela Corte.

Enquanto isto, também segundo a Corte Interamericana, o material normativo de controle, ou seja, o “bloco de convencionalidade”³⁷, é integrado pela Convenção, pelos demais tratados ou convenções de direitos humanos sob a tutela da Corte, bem como pelos seus precedentes.³⁸

7. Os precedentes no âmbito do controle de convencionalidade

A decisão da Corte determina ao Estado parte a modificação da sua ordem jurídica, a fim de compatibilizá-la com a Convenção Americana. A decisão de inconvenção é obrigatória ao Estado parte, nos termos dos artigos 62.3 e 68.1 da Convenção, impondo-se-lhe a reforma da sua legislação ou mesmo da sua Constituição, conforme aconteceu nos casos “La última tentación de Cristo” e “Caesar v. Trinidad y Tobago”. O descumprimento da decisão gera responsabilidade internacional (artigos 1.1 e 2 da Convenção).

Portanto, a decisão da Corte não nulifica ou derroga as normas internas. Porém, em casos em que se discute crimes contra a humanidade, a Corte tem declarado a não aplicação das normas internas com efeitos *erga omnes* para todos os poderes públicos.

³⁷ Humberto Nogueira Alcalá, Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina, *Revista de Derecho (Universidad Católica del Uruguay)*, n. 10, p. 131 e ss.

³⁸ No caso *Gómez Palomino v. Peru* (sentença de 22 de novembro de 2005), a Corte Interamericana realizou o controle de convencionalidade com base em instrumento internacional distinto da Convenção Americana, adotando como parâmetro de controle a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado. Sobre o ponto, assim se posicionou Nestór Pedro Sagués: “Queda la incógnita de determinar si en verdade la Corte Interamericana ha querido conscientemente proyectar la teoría del control de convencionalidade a cualquier tratado, como se desprende de algún voto del tribunal. Es un punto que merecería en el futuro una clara explicitación. En principio, a la Corte Interamericana no le toca tutelar a otros tratados, fuera el Pacto de San José de Costa Rica y a los instrumentos que a él se adosen jurídicamente, frente a posibles infracciones provocadas por el derecho interno del Estado”. (Nestór Pedro Sagués, El control de convencionalidad, en particular sobre las Constituciones Nacionales, *La ley*, ano LXXIII, n. 35, p. 1-3).

Assim ocorreu nos casos Barrios Altos³⁹, Tribunal Constitucional de Peru⁴⁰ e La Cantuta⁴¹.

De outro lado, a Corte Interamericana vem afirmando a força obrigatória dos seus precedentes⁴², isto é, a eficácia vinculante dos fundamentos determinantes das suas decisões.

Em 2004, ao julgar “Tibi v. Ecuador”, a Corte advertiu que “un tribunal internacional de derechos humanos no aspira – mucho menos todavía que el órgano nacional – a resolver un gran número de litigios en lo que se reproduzcan violaciones previamente sometidas a su jurisdicción y *acerca de cuyos temas esenciales ya há dictado sentencias que expresan su criterio como intérprete natural de las normas que está llamado a aplicar*, esto es, las disposiciones del tratado internacional que invocan los litigantes. Este designio, que pone de manifiesto una función de la Corte, sugiere también las características que pueden tener los asuntos llevados a su conocimiento”⁴³. Em 2006, no caso “Almonacid Arellano e outros v. Chile”, a Corte Interamericana novamente enfatizou a força obrigatória das suas decisões ao lembrar que, quando um Estado ratifica um tratado, os seus juízes também estão submetidos a ele, “lo que les obliga a velar para que los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas jurídicas contrarias a su objeto y fin. (...) En esta tarea el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado *sino también*

³⁹ CIDH, Caso Barrios Altos v. Peru, sentença de 14 de março de 2001.

⁴⁰ CIDH, Caso Tribunal Constitucional do Peru v. Peru, sentença de 31 de janeiro de 2001.

⁴¹ CIDH, Caso La Cantuta v. Peru, sentença de 26 de novembro de 2006.

⁴² V. Juan Carlos Hitters, Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 10, 2008, p. 131-155; Humberto Nogueira Alcalá, Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina, *Revista de Derecho (Universidad Católica del Uruguay)*, n. 10, p. 131 e ss; Mazzuoli sustenta o dever de o Poder Judiciário “levar em conta não somente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mas também a interpretação que dela faz a Corte Interamericana, intérprete última e mais autorizada do Pacto de San José” (Valerio de Oliveira Mazzuoli, *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, cit, p. 183).

⁴³ CIDH, “Tibi v. Ecuador”, sentença de 7 de setembro de 2004.

*la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete última de la Convención*⁴⁴.

A Suprema Corte argentina, no caso Mazzeo, ao reconhecer a legitimidade do controle de convencionalidade, declarou que “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”⁴⁵. Neste caso, ao lado de admitir a necessidade do controle de convencionalidade, a Suprema Corte argentina afirmou estar submetida à interpretação conferida ao direito convencional pela Corte Interamericana. Ou seja, a Corte deixou claro que, ao realizar o controle de convencionalidade, deve observar o sentido outorgado à Convenção pela Corte Interamericana: “Así, *la Corte Suprema de Argentina aplica la pauta de interpretación que del mismo ha hecho la Corte interamericana, interpretación conforme a la Convención Americana como estándar mínimo de respeto de derechos humanos, como asimismo el respeto y resguardo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”⁴⁶.

O Tribunal Constitucional da Bolívia também já declarou estar vinculado aos precedentes da Corte Interamericana: “El cumplimiento de estos requisitos que hacen al Juez natural, permite garantizar la correcta determinación de los derechos y obligaciones de las personas; de ahí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *cuya jurisprudencia es vinculante para la jurisdicción interna*, en su Sentencia de 31 de enero de 2001 (Caso Tribunal Constitucional de Perú, párrafo 77),

⁴⁴ CIDH, “Almonacid Arellano e outros v. Chile”, sentença de 26 de setembro de 2006.

⁴⁵ Suprema Corte de Justiça argentina, Mazzeo, Julio Lilo e outros; recurso de cassação e inconstitucionalidade, M 2333.XLII, 13.07.2007.

⁴⁶ Suprema Corte de Justiça argentina, Mazzeo, Julio Lilo e outros; recurso de cassação e inconstitucionalidade, M 2333.XLII, 13.07.2007.

ha estabelecido que toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial”⁴⁷.

Embora a questão ainda não tenha sido bem analisada pela Corte Interamericana e pelos Tribunais nacionais, compreende-se, a partir de decisões já proferidas, que se tenta atribuir eficácia vinculante à *ratio decidendi* ou aos fundamentos determinantes das decisões, de modo a obrigar os Tribunais nacionais a adotar o sentido atribuído à norma convencional pela Corte Interamericana.

Seria possível argumentar que a Convenção diz apenas que os Estados-partes “comprometem-se a cumprir a decisão da Corte *em todo caso em que forem partes*” (art. 68), o que significaria apenas obrigatoriedade de respeito às decisões tomadas em processos em que o Estado participou como parte, uma espécie de coisa julgada a impedir a negação da decisão e a rediscussão do caso.

Porém, a obrigatoriedade de respeito à fundamentação determinante de uma decisão nada tem a ver com a participação como parte no processo em que proferida. A parte, como é óbvio, é sujeita ao dispositivo da decisão, não podendo dela fugir. Sucede que os fundamentos determinantes ou a *ratio decidendi* expressam uma tese jurídica ou o sentido atribuído a uma norma diante de determinada realidade fática⁴⁸.

⁴⁷ Tribunal Constitucional da Bolívia, Sentencia 0664/2004-R, 06.05.2004.

⁴⁸ “A maior dificuldade no caminho para um entendimento claro de qualquer doutrina de precedente e, portanto, de qualquer direito jurisprudencial, é a qualidade controvertida da *ratio decidendi*” (Neil MACCORMICK, *Why cases have rationes and what these are*, in: *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 157). “*Ratio decidendi* pode significar tanto ‘razão para a decisão’, como ‘razão para decidir’. Não se deve inferir disso que a *ratio decidendi* de um caso precise ser um raciocínio jurídico [*judicial reasoning*]. O raciocínio jurídico pode ter um papel importante para a *ratio*, mas a *ratio* em si mesma é mais que o raciocínio, e no interior de diversos casos haverá raciocínios judiciais que constituem não parte da *ratio*, mas *obiter dicta*” (Neil DUXBURY, *The nature and authority of precedent*, New York: Cambridge University Press, 2008, p. 67). “The *ratio decidendi* of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary part of his direction to the jury” (Rupert Cross, *Precedent in English Law*, Oxford: Clarendon Press, 1982, p. 77). Ver ainda Geoffrey Marshall, *What is binding in a*

Esta tese ou sentido, por revelarem o entendimento da Corte acerca de como a Convenção deve ser compreendida em face de certa situação, certamente devem ser observados por todos aqueles que estão obrigados perante a Convenção⁴⁹.

Como é evidente, a vinculação aos fundamentos determinantes das decisões da Corte apenas reforça a sua autoridade, atribuindo força aos preceitos da Convenção. De modo que o problema está na necessária elaboração e utilização de dogmática capaz de evidenciar a adequada operação com os precedentes, evitando-se a sua perpetuação equivocada, assim como aplicação a casos substancialmente distintos⁵⁰.

Entretanto, seguindo-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que confere natureza de direito supralegal às normas convencionais, o precedente convencional contrário a norma constitucional não detém autoridade sobre o Poder Judiciário brasileiro. Fora daí, a vinculação aos fundamentos determinantes das decisões da Corte apenas reforça a sua autoridade, atribuindo força aos preceitos da Convenção. De modo que o problema aí está na elaboração e utilização de dogmática capaz de evidenciar a adequada operação com os precedentes, evitando-se a sua perpetuação equivocada, assim como aplicação a casos substancialmente distintos.

precedent. In: *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. London: Dartmouth, 1997, p. 503 e ss; Julius Stone, *Precedent and Law: The Dynamics of Common Law Growth*. Sydney: Butterworths, 1985, p. 123 e ss.

⁴⁹Como escreve Mauro Cappelletti no ensaio *Giustizia costituzionale soprannazionale*, “ciò significa che il giudice nazionale, anzichè limitarsi – come avrebbe il potere di fare nei limiti che subito vedremo – a risolvere la questione con mera *cognitio incidentalis* e quindi con effetto limitato alla decisione del caso concreto, può remettere invece la questione alla stessa Corte di Giustizia, che ne farà oggetto di un vero e proprio *accertamento (pre-judicium)*, con *effetti definitivamente vincolanti* per ciò che concerne l’interpretazione della norma o misura comunitaria in questione. Deve invero ritenersi che la decisione della Corte di Giustizia, lungi dall’averne un’efficacia limitata al caso che ha dato origine alla questione, espliciti i suoi effetti vincolanti *erga omnes*, e in particolare nei confronti di tutti i giudici nazionali dei paesi comunitari: questi non avranno alternativa che quella di accettare l’interpretazione dalla Corte, oppure di risollevere la questione dinanzi alla Corte medesima, a quest’ultima soltanto spettando il potere di *‘overrule’* una sua propria precedente decisione” (Mauro Cappelletti, *Giustizia costituzionale soprannazionale*, *Rivista di Diritto Processuale*, 1978, p. 13).

⁵⁰ Para maior aprofundamento sobre o tema dos precedentes obrigatórios, ver Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*, 2ª. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

A técnica do *distinguishing*, que permite a distinção do caso sob julgamento para a não adoção de precedente, tem aplicação tanto mais difícil quantas são as particularidades concretas que envolvem o caso a ser julgado. Como é sabido, chegou-se a alegar que a teoria dos precedentes obrigatórios poderia obstaculizar não só o desenvolvimento do direito, mas também a sua adequação aos diferentes fatos e valores sociais. Tal alegação é obviamente infundada, uma vez que uma teoria dos precedentes não pode deixar de considerar as razões que exigem a revogação dos precedentes e os motivos que impedem a aplicação de um precedente a determinado caso concreto. Isso quer dizer que a modificação dos fatos e dos valores sociais, assim como a alteração da concepção geral acerca do direito, obrigam à revogação de precedente, do mesmo modo que podem fazer surgir um outro precedente ao lado do que já existe. Ou seja, para regular o caso submetido a *outras* circunstâncias e valores sociais exige-se *outro* precedente. Basicamente, aí o problema não está na *revogação* do precedente e na elaboração de um *novo*, mas na *preservação* do precedente e na edição de um *outro*⁵¹. A distinção é sutil, mas tem grande relevância prática e teórica. Evidencia que, para o desenvolvimento do direito, não basta a revogação de precedente, sendo imprescindível, diante de fatos e valores *igualmente válidos*, a elaboração de *outro* precedente para a regulação do direito.

Portanto, a aplicação de precedentes obrigatórios, numa dimensão supranacional, é muito mais complicada do que no âmbito do direito interno. No plano supranacional, existem diferenças notórias entre as contingências políticas e as realidades sociais de cada país, muitas vezes a impossibilitar a definição de uma regulação igualmente legítima para todos⁵². De modo que o emprego do *distinguishing*,

⁵¹ A não adoção do precedente, em virtude do *distinguishing*, não quer dizer que o precedente está equivocado ou deve ser revogado. Não significa que o precedente constitui *bad law*, mas somente *inapplicable law*. “In the most routine instances, the activity of *distinguishing* leaves the authority of precedent undisturbed, for a court is declaring an earlier decision not to be bad law, but to be good inapplicable law” (Neil DUXBURY, *The nature and authority of precedent*, cit., p. 114).

⁵². “O poder do precedente depende de alguma assimilação entre o evento em comento e algum outro evento. (...) A tarefa de uma teoria do precedente é explicar, em um mundo em que um único evento pode ser enquadrado em várias categorias diferentes, como e por que algumas assimilações são plausíveis e outras não” (Frederick Schauer, *Precedent*,

na dimensão do direito convencional, é particularmente legitimado pela diferença entre as realidades de cada país, o que torna a sua adoção - na perspectiva da diferença entre as realidades e os valores sociais – aí muito mais frequente do que no âmbito das jurisdições internas⁵³.

Aliás, é interessante notar que, do mesmo modo que as decisões da Corte Interamericana tem difícil relação com os processos ordinários de autodeterminação coletiva, a aplicação de precedentes obrigatórios exige muito mais cautela diante do controle de convencionalidade do que do controle de constitucionalidade.

Standford Law Review, v. 39, n. 3, 1987, p. 577).

⁵³ Como é óbvio, poder para fazer o *distinguishing* está longe de significar sinal aberto para o juiz desobedecer precedentes que não lhe convêm. Reconhece-se, na cultura do *common law*, que o juiz é facilmente desmascarado quando tenta distinguir casos com base em fatos materialmente irrelevantes. Diferenças fáticas nem sempre são suficientes para se concluir pela inaplicabilidade do precedente, uma vez que fatos não fundamentais ou irrelevantes não tornam casos desiguais. Para realizar o *distinguishing* não basta ao juiz apontar fatos diferentes, cabendo-lhe argumentar para demonstrar que a distinção é material, e que, portanto, há justificativa para não se aplicar o precedente. Vale dizer que não é qualquer distinção que justifica o *distinguishing*. A distinção fática deve revelar uma justificativa convincente, capaz de demonstrar que o precedente não está a regular o caso sob julgamento. (Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*, 2^a. ed., cit., p. 326 e ss).