

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS II**

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

LIVIA GAIGHER BOSIO CAMPELLO

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito internacional dos direitos humanos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Eloy Pereira Lemos Junior; Livia Gaigher Bosio Campello – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-600-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

Apresentação

Frutos de estudos aprovados para o XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, realizado em Salvador, Bahia, entre os dias 13 e 15 de junho de 2018, apresentamos à comunidade jurídica a presente obra voltada ao debate de temas contemporâneos de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Na coordenação das apresentações do GT " Direito Internacional dos Direitos Humanos II ", pudemos testemunhar relevante espaço voltado a disseminação do conhecimento produzido por pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil, vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Os estudos, que compõem este livro, reafirmam a necessidade do compartilhamento das pesquisas direcionadas aos direitos humanos, como também se traduzem em consolidação dos esforços para o aprimoramento da área e da própria Justiça.

André Pires Gontijo traz em “Julgamentos Exortativos como Instrumento do Exercício do Controle Abstrato de Convencionalidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos” um estudo que investiga os julgamentos exortativos da Corte IDH como um dos meios de promover o exercício do controle abstrato de convencionalidade no plano internacional. O artigo busca demonstrar a influência da Corte no plano internacional via construção jurisprudencial, com o fim de proteger os direitos humanos.

No artigo intitulado “Por um planeta mais Justo: a busca por uma igualdade no mercado de trabalho entre homens e mulheres” as autoras Paula Isabel Nobrega Introine Silva e Iranice Gonçalves Muniz trazem informações atuais da Organização Internacionais do Trabalho e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, além das fundamentações filosóficas e jurídicas sobre questões que envolvem as políticas de gênero.

No estudo proposto por Grazielle Lopes Ribeiro e Aloísio Alencar Bolwerk no artigo “Os Processos Migracionais, a Governança dos Deslocamentos Transnacionais e o papel da FAO como coadjuvante no enfrentamento de questões migratórias” delineadas as formas dos deslocamentos humanos, a categorização dos seres que implementam o movimento, os desafios e as violações de direitos a que são submetidos durante a jornada migratória. Analisados os recursos dispendidos pelos estados no desenvolvimento de políticas direcionadas a blindar suas fronteiras das entradas descontroladas.

Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro e Diego Fonseca Mascarenhas em “Análise dos Julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos em torno da Liberdade de Expressão” analisam as decisões da Corte IDH em três tópicos: as dimensões da liberdade de expressão, princípio da legalidade, funcionários públicos e pessoas públicas, concluindo que liberdade de expressão e democracia são diretamente relacionadas.

Os autores Junia Gonçalves Oliveira e Eloy Pereira Lemos Junior no artigo “Os Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos” buscaram a conceituação e a análise da importância das empresas transnacionais, trazendo o foco para os Princípios Orientadores das Nações Unidas e apontando, por fim, um prospecto futuro para a proteção de tais direitos.

Em “Os Direitos da Mulher à luz do Sistema Universal de Proteção e o Potencial Integrador dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos”, as autoras Cristina Grobério Pazó e Lara Santos Zangerolame Taroco, apresentam os principais tratados internacionais relacionados a proteção aos direitos das mulheres, em especial a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, com vistas a analisar, a partir de pesquisa bibliográfica, como estes tratados são recepcionados e como essas normas internacionais podem influir na conformação do ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, as autoras Micaella Carolina de Lucena e Livia Gaigher Bosio Campello analisam os desafios na proteção dos aquíferos transfronteiriços e ressaltam o seu regime jurídico internacional e regional no contexto da crise hídrica que assola o mundo, sendo inclusive verificada no Brasil no artigo intitulado “A Crise Hídrica, Direitos Humanos e a Proteção dos Aquíferos Transfronteiriços no contexto internacional e regional.”

Na sequência, o tema "Da Convenção nº 169 da OIT à ressignificação dos direitos humanos indígenas nas constituições latino americanas" foi abordado por Adson Kepler Monteiro Maia e Saulo de Medeiros Torres, tendo a globalização como fundo para análise da interculturalidade, povos indígenas, conflitos e relações com o Estado.

Já sobre "Direitos humanos internacionais, direito à água e saneamento" os autores Priscilla Perez Goes e Bruno Torquete Barbosa examinaram o direito à água no contexto da realização do desenvolvimento sustentável, a necessidade de regulamentação e o direito de acesso a esse recurso por todos os seres humanos.

Por sua vez, os autores Filipe Augusto Silva e Leandra Chaves Tiago trouxeram o tema da "Execução extrajudicial como grave violação dos direitos humanos e crime contra a humanidade" enfatizando a execução extrajudicial como uma grave violação de Direitos Humanos ou ainda como crime de lesa-humanidade e analisando as repercussões jurídicas a partir desta teoria.

O tema da educação foi debatido por Natielli Efigênia Mucelli Rezende Veloso e Leticia Mirelli Faleiro Silva Bueno no texto intitulado "A importância do direito à educação para a consecução do desenvolvimento sustentável em contextos de emergência", no qual merece destaque a ênfase atribuída às medidas para assegurar a inclusão e ampliação de acesso à educação que foram colocadas como meios para pacificação social, segurança e preservação da saúde dos indivíduos.

O artigo que trata sobre "A garantia do mínimo existencial no âmbito do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos: os casos paraguaios sobre direitos coletivos territoriais dos povos indígenas" foi elaborado por Pablo Ronaldo Gadea de Souza que estudou casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre direitos coletivos territoriais dos povos indígenas, mais especificamente os Casos das Comunidades Indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaya e Xákmok Kásek.

Em seguida o texto acerca dos "Refugiados ambientais no contexto do direito internacional e dos direitos humanos: deveres do Estado e das instituições" foi apresentado por Gina Vidal Marcilio Pompeu e Ana Carla Pinheiro Freitas, que exploraram o tema da proteção dos direitos dos refugiados ambientais como dever institucional em âmbito internacional e local.

Finalmente, uma análise sobre "A prova e sua valoração pela corte interamericana de direitos humanos" foi apresentada pelos autores João Paulo Kulczynski Forster e José Eduardo Aidikaitis Previdelli, que questionam o sistema de valoração da prova adotado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a partir da análise de alguns de seus julgados.

Nossas saudações aos autores e autoras e ao CONPEDI pelo importante espaço franqueado à reflexão de qualidade voltada ao contínuo aprimoramento da cultura jurídica nacional.

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello – UFMS

Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Junior – UIT

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**JULGAMENTOS EXORTATIVOS COMO INSTRUMENTO DO EXERCÍCIO DO
CONTROLE ABSTRATO DE CONVENCIONALIDADE PELA CORTE
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

**EXHORTATIVE JUDGMENTS AS AN INSTRUMENT FOR THE EXERCISE OF
ABSTRACT CONTROL OF CONVENTIONALITY BY THE INTER-AMERICAN
COURT OF HUMAN RIGHTS**

Andre Pires Gontijo ¹

Resumo

Com a finalidade de investigar os julgamentos exortativos da Corte IDH como um dos meios de promover o exercício do controle abstrato de convencionalidade no plano internacional, o artigo busca demonstrar a influência da Corte no plano internacional via construção jurisprudencial, com o fim de proteger os direitos humanos. Conta com o artigo 2º da Convenção Americana, que permite realizar a compatibilidade das normas jurídicas internas com o plano internacional. Metodologia via análise de precedentes, pretende-se investigar o controle de convencionalidade exercido pela Corte e se necessita de julgamentos exortativos. A hipótese inicial defende que sim e será infirmada parcialmente.

Palavras-chave: Direito internacional dos direitos humanos, Corte interamericana de direitos humanos, Controle de convencionalidade, Julgamentos exortativos, Evolução jurisprudencial dos direitos humanos

Abstract/Resumen/Résumé

The exhortative judgments of the IACHR promotes the exercise of abstract control of conventionality at the international level. The article will demonstrate this influence through jurisprudential construction, in order to protect the rights humans. It has Article 2 of the American Convention – there are possible to bring domestic legal rules into line with the international plan. With analysis of precedents, it is intended to investigate if the control of conventionality exercised by the Court requires exortative judgments. The hypothesis holds that it is and will be partially invalidated.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: International human rights law, Inter-american court of human rights, Conventional control, Exhortative judgments, Jurisprudential evolution of human rights

¹ Doutor em Direito. Professor Titular do Centro Universitário de Brasília. Professor do Mestrado do Centro Universitário UNIEURO.

1 Introdução

Os julgamentos exortativos guardam seu conceito próximo ao direito constitucional. Em seu contexto, contêm uma declaração relativa à validade de um valor constitucional ou princípio cuja implementação envolvem outros setores da engenharia constitucional (LORENZETTI, 2017). Em regra, estão presentes quando a corte constitucional formula recomendações ou diretrizes para o parlamento legislar sobre determinadas questões, com indicações, orientações e princípios a serem seguidos (GONTIJO, 2016), bem como indicações ou políticas públicas a serem adequadas pelo poder executivo.

Com esta ação, a corte constitucional “exorta” os demais setores a tornarem-se mais eficazes (LORENZETTI, 2017). Isto é, recomenda ao parlamento – por exemplo – que revogue parcialmente ou promova modificações no texto normativo para corrigir os problemas detectados e as discrepâncias com a constituição, em um prazo já determinado (GÓNGORA MERA, 2011), ou que o poder executivo ajuste determinado procedimento ou implemente ações para a concretização dos direitos fundamentais.

O objetivo do presente artigo é discutir a possibilidade da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante Corte IDH) se valer de julgamentos exortativos para expandir sua jurisprudência e exercer o Controle Abstrato (e Concentrado) de Convencionalidade.

Semelhante à proposta de análise da compatibilidade (material, procedimental e formal) feita pela jurisdição constitucional com os textos constitucionais nacionais em sede de controle de constitucionalidade, o Controle de Convencionalidade apresenta-se como resultado da evolução da jurisprudência elaborada pela Corte IDH.

Inicialmente predisposta a desempenhar um controle subsidiário em relação às jurisdições nacionais, a Corte IDH apresenta-se como jurisdição disposta a exercer o Controle de Convencionalidade de forma concentrada, adotando critérios repressivos e análises abstratas¹ para o desempenho da fiscalização da Convenção Americana de Direitos Humanos (doravante Convenção Americana) (GONTIJO, 2016).

O Controle de Convencionalidade constitui um mecanismo utilizado pela Corte IDH – seja em sede contenciosa ou consultiva –, por meio do qual ela determina a compatibilidade

¹ Uma delimitação temática e uma distinção importante é necessária. A literatura sobre Corte IDH (por todos, ver FERRER MAC-GREGOR; HERRERA GARCÍA, 2013) enuncia 2 tipos de Controle de Convencionalidade: o abstrato (e concentrado), exercido pela Corte IDH, e o controle difuso, exercido pelos juízes nacionais. Ainda que, teoricamente, todo o Controle de Convencionalidade – seja de forma difusa ou concentrada, tem elevado nível de abstração para se realizar a compatibilidade material, procedimental e formal com o texto da Convenção Americana, o artigo abordará o controle realizado pela Corte IDH como Controle Abstrato (e Concentrado) de Convencionalidade, mencionando o Controle Difuso em exemplos concretos de contextualização da disciplina.

ou incompatibilidade do direito nacional ou dos atos de agentes do Estado Parte. Este controle é concretizado mediante uma sentença internacional, em que é determinado o sentido e o alcance das disposições convencionais. Nela, pode-se determinar ao Estado Parte – como obrigação de resultado – modificar, suprimir ou derrogar normas de direito interno. Além disso, pode-se exigir do Estado a abstenção de práticas de agentes estatais contrárias aos atributos e garantias dos direitos assegurados pela Convenção Americana, bem como pelos tratados ou convenções que complementam o Sistema Interamericano, com o escopo de resguardar o efetivo exercício dos direitos humanos (NOGUEIRA ALCALÁ, 2013).

Neste cenário, a problemática do presente artigo circunscreve-se no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com ênfase na discussão sobre Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, em especial o processo e a jurisdição da Corte IDH, no contexto do exercício do Controle de Convencionalidade.

Como questionamento, indaga-se: a Corte IDH se vale de julgamentos exortativos para exercer o Controle Abstrato (e Concentrado) de Convencionalidade? Referida Jurisdição do Sistema Interamericano se utiliza destes julgamentos para expandir o seu entendimento sobre o conteúdo e eficácia dos direitos humanos?

A hipótese inicial é que a Corte IDH maneja determinados julgamentos para expandir a doutrina do Controle Abstrato (e Concentrado) de Convencionalidade e, com esta expansão, consolidar o seu entendimento sobre o conteúdo da Convenção Americana e de outros tratados que compõem o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (doravante Sistema Interamericano).

Em resposta às violações de direitos humanos cometidas pelos Estados, a Corte IDH expande a influência de sua jurisdição por meio da construção jurisprudencial de proteção dos direitos humanos, em especial a partir do exame do artigo 2º da Convenção Americana. A Corte IDH tem reconhecido progressivamente ofensas ao conteúdo material dos direitos humanos, em virtude da incompatibilidade das normas jurídicas internas com o conjunto de normas previsto no texto convencional. O contencioso jurisprudencial interamericano tem evoluído a ponto de a Corte IDH realizar diretamente o confronto interpretativo com os parlamentos e os magistrados dos Estados. Nesse contexto, a Corte IDH exerce o controle das normas nacionais, similar ao controle de constitucionalidade praticado pelas cortes constitucionais, em termos de questões com as quais a Corte é confrontada, bem como das técnicas e das metodologias implementadas (GÓNGORA MERA, 2011).

Para alcançar esta hipótese, além do objetivo geral já anunciado, os objetivos específicos do artigo estão em examinar um conjunto de julgamentos que reflitam a exortação da Corte IDH na confecção de precedentes que visam concretizar os direitos humanos.

A metodologia predominante a ser utilizada será a dogmática-instrumental, com ênfase no estudo de precedentes da Corte IDH, da doutrina interamericana que promove o cotejo analítico e crítico dos conceitos operacionais com estes julgamentos, além do texto da Convenção Americana e outros tratados que foram objeto dos julgamentos exortativos da Corte IDH.

Os referenciais teóricos utilizados serão os que realizam o exame crítico dos precedentes da Corte IDH (ANTKOWIAK, 2008; FERRER MAC-GREGOR; HERRERA GARCÍA, 2013; GÓNGORA MERA, 2011; GONTIJO, 2016; LORENZETTI, 2017; NOGUEIRA ALCALÁ, 2013), com ênfase no exercício do Controle de Convencionalidade, bem como nas possíveis consequências dos julgamentos exortativos para o plano internacional (TRAMONTANA, 2010).

A justificativa teórica-acadêmica diz respeito ao avanço metodológico da Corte IDH, no sentido de se tornarem bem mais elaborados em termos de complexidade estrutural e por demonstrarem o intuito de alcançar a possível modificação da ordem jurídica interna.

A justificativa social (e porque não pessoal) diz respeito à necessidade de se compensar o *déficit* de proteção dos direitos humanos que se experimenta na ordem jurídica dos Estados Nacionais. O Brasil, por exemplo, já foi condenado em temáticas importantes no passado (Caso Ximenes Lopes, 2006; Gomes Lund, 2010) e, recentemente, promoveu alterações legislativas restritivas na esfera trabalhista² logo após ser condenado por Trabalho Escravo (Corte IDH, Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, 2016). Se não bastasse isso, outras 2 condenações do Estado brasileiro são visíveis (Casos Favela Nova Brasília e Povo Indígena Xucuru e seus membros, ambos de 2017), o que demonstra a necessidade de se estudar os julgamentos exortativos como forma de promover – de forma real e séria – a concretização dos direitos humanos na ordem jurídica interna.

Assim, o desenvolvimento da pesquisa irá retratar a jurisprudência da Corte IDH por meio de julgados que conferem um tratamento metodológico ao Controle Abstrato de

² A menção serve tanto para a reforma trabalhista promovida pela CLT – Lei 13.467, de 13/7/2017, como também a Portaria 1.129/2017 do Ministério do Trabalho que abrandou as regras do trabalho escravo – um possível lenitivo pelos parlamentares da bancada ruralista se manterem na coalizção e auxiliarem na sustentação da governabilidade do atual Presidente da República. Além de ter sido alvo de controle abstrato de constitucionalidade perante o STF – vide, por exemplo, ADI 5.802/2017 –, a Portaria 1.293/2017 restabeleceu a sistemática anterior.

Convencionalidade. Em regra, este Controle Abstrato exercido pela Corte IDH apresenta três tipos de resoluções: (i) declarações da existência de omissão legislativa; (ii) pedido genérico ao parlamento dos Estados para revogar ou alterar a norma jurídica em conflito com a Convenção; e (iii) determinações para anular a norma jurídica nacional conflitante, a qual impede o magistrado de aplicar a Convenção no âmbito dos sistemas jurídicos nacionais (ANTKOWIAK, 2008). Estes três modelos de Controle Abstrato de Convencionalidade possuem características próprias de “exortação” utilizadas pela Corte IDH em sua expansão pela concretização dos direitos humanos.

2 Declarações de existência de omissão legislativa

A declaração de existência de omissão legislativa é um dos instrumentos a serem utilizados pela Corte IDH quando se fala de expansão do Controle de Convencionalidade pela via de julgamentos não convencionais, considerados como julgamentos “exortativos”. No primeiro momento, não há na Convenção Americana instrumento que regule a omissão normativa em relação às disposições dos Estados³.

A omissão legislativa pode ser definida como uma situação de negligência das autoridades públicas do Estado quando há o dever constitucional de adotar regulamentação sobre determinado tema. Certos países da América Latina (Brasil, Colômbia, Costa Rica, Equador, Paraguai, Venezuela, províncias da Argentina e Estados-Membros do México) estabeleceram diferentes mecanismos para solucionar este problema. O controle da omissão legislativa realizado no Brasil⁴ é considerado um dos mais avançados⁵.

O controle da omissão legislativa utilizado pelos Estados Nacionais possui grande afinidade teórica com os julgamentos proferidos pela Corte IDH. Um bom exemplo para

³ A responsabilidade internacional por omissão do Estado já é objeto de discussão no plano do direito internacional geral. Nesse aspecto, há proposta da Comissão de Direito Internacional da ONU para regular a omissão como modalidade de ato ilícito internacional praticado pelo Estado. Sobre o tema, conferir: ONU. *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 2001. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf>. Acesso em: 29/1/2018.

⁴ O controle da omissão legislativa no sistema jurídico brasileiro é realizado no âmbito do controle de constitucionalidade. No controle de constitucionalidade concentrado, há o instrumento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) que, com a reforma legislativa da Lei n. 9.868/99 pela Lei n. 12.063/2009, ganhou regulamento próprio. Por sua vez, o controle difuso de constitucionalidade aprecia a omissão legislativa mediante a garantia do Mandado de Injunção (MI), garantia constitucional que, juntamente com a sistemática da ADO, sofreu substancial evolução com a jurisprudência do STF, passando de meros instrumentos declarativos da omissão legislativa em ferramentas para regulamentação judicial e concretização dos direitos fundamentais vindicados. Para uma análise ampla da questão, conferir MENDES; BRANCO, 2014.

⁵ É a opinião de GÓNGORA MERA, 2011, p. 50. Nesse aspecto, a Corte IDH pode ter se inspirado no controle de omissão inconstitucional brasileiro para o avanço das discussões em seus julgamentos, conforme etapa de constitucionalização abordada inicialmente. No sentido, conferir SCHEUNER, 1939.

demonstrar esta aproximação pode ser visualizado no Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai.

Neste caso, a Corte IDH determinou a adequação do sistema jurídico interno para a adoção de procedimentos que regulamentem a reivindicação da terra pela comunidade indígena. E, com fundamento no artigo 2º da Convenção Americana, foi ordenado ao Paraguai adotar medidas legislativas voltadas para a criação de mecanismos em que os povos indígenas possam reivindicar as terras ocupadas por seus ancestrais (TRAMONTANA, 2010 e FORERO-MANTILLA, 2010). Nesse aspecto, ainda houve o acréscimo pela Corte IDH de alguns padrões normativos a serem incluídos na respectiva legislação. Além da efetividade na proteção do direito à reivindicação da terra, a Corte determinou que fossem levados em conta os valores, as práticas e os costumes da comunidade (Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*, 2005)⁶.

Outros casos contendo situações de omissão legislativa podem ser verificados, por exemplo, “Cinco Pensionistas” vs. Peru. Neste caso, ao não implementar um conjunto de medidas necessárias para conferir atendimento às determinações das sentenças judiciais, o Estado peruano não tornou efetivos os direitos consagrados na Convenção Americana. Dentre estes direitos, destacam-se os artigos 21 (propriedade privada) e 25 (proteção judicial). Com isso, o Estado deixou de cumprir a obrigação estipulada no artigo 2º da Convenção (Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Peru*, 2003)⁷.

No presente feito, como implementação material a ser alcançada pelo Peru, a Corte IDH conferiu margem nacional de apreciação (ACOSTA ALVARADO; NÚÑES POBLETE, 2014 e BARBOSA DELGADO, 2013) ao Estado para que os órgãos competentes apreciem eventuais consequências patrimoniais decorrentes da violação à propriedade privada, nos termos da legislação interna. Além disso, determinou que o Estado procedesse com a investigação pelo desacato das sentenças emitidas pelos tribunais peruanos e que não foram cumpridas pelos órgãos competentes (Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Peru*, 2003).

⁶ Nesse aspecto, o julgamento relata no § 225: “La Corte considera que es necesario que el Estado garantice el goce efectivo los derechos reconocidos en su Constitución Política y en su legislación, de conformidad con la Convención Americana. En consecuencia, el Estado, en un plazo razonable, deberá adoptar en su derecho interno, según lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo eficaz de reclamación de tierras ancestrales de los pueblos indígenas que haga cierto su derecho de propiedad y que tenga en cuenta su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”.

⁷ Conforme o § 167: “La Corte observa que el Estado, al haberse abstenido de adoptar por un largo período de tiempo el conjunto de medidas necesarias para dar pleno cumplimiento a las sentencias de sus órganos judiciales y consecuentemente hacer efectivos los derechos consagrados en la Convención Americana (artículos 21 y 25), incumplió la obligación estipulada en el artículo 2 de dicho tratado”.

Apresenta-se como segunda situação interessante o Caso “Instituto de Reeducação Juvenil” vs. Paraguai (2004). Nesta hipótese, a omissão legislativa existente diz respeito ao Estado não ter um procedimento judicial específico para cuidar de assuntos relacionados aos menores em conflito com a lei.

Os representantes das vítimas alegam o descumprimento do artigo 2º da Convenção Americana sobre a justificativa de que: (i) a legislação interna não estabelece critérios especiais para a privação de liberdade do menor; (ii) há um padrão de abusos aos direitos dos menores que origina o dever do Estado de adotar as medidas adequadas para a sua proteção; e (iii) o Estado deve garantir o livre e pleno exercício dos direitos humanos (Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação Juvenil” vs. Paraguai*, 2004).

No caso em apreço, a justificativa de apreensão está presente pelo fato de o Estado não ter uma jurisdição especializada para os menores infratores, tendo apenas um capítulo no Código de Processo Penal do Paraguai e um foro específico para tratar destas questões.

Nessa perspectiva, a Corte IDH estabeleceu os seguintes parâmetros (Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação Juvenil” vs. Paraguai*, 2004) para o funcionamento desta jurisdição especializada: (i) a possibilidade de adotar medidas para tratar os menores sem recorrer a procedimentos judiciais⁸; (ii) em caso de necessidade de instalação de processo judicial, que seja assegurado tratamento psicológico para o menor durante o procedimento, controle na forma de se colher o testemunho do menor, bem como a regulamentação da publicidade do processo; (iii) a disposição de margem para o exercício da discricionariedade nas diferentes etapas do procedimento judicial e nas distintas fases da administração da justiça⁹; e (iv) a preparação e a capacitação em matéria dos direitos humanos e em psicologia infantil para os agentes que

⁸ Esta é uma exigência, inclusive, da Convenção Internacional de Proteção à Criança que, em seu artigo 40, estabelece:

“1. Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse ou declare culpada de ter infringido as leis penais de ser tratada de modo a promover e estimular seu sentido de dignidade e de valor e a fortalecer o respeito da criança pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros, levando em consideração a idade da criança e a importância de se estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade.

(...)

3. Os Estados Partes buscarão promover o estabelecimento de leis, procedimentos, autoridades e instituições específicas para as crianças de quem se alegue ter infringido as leis penais ou que sejam acusadas ou declaradas culpadas de tê-las infringido, e em particular:

a) o estabelecimento de uma idade mínima antes da qual se presumirá que a criança não tem capacidade para infringir as leis penais;

b) a adoção sempre que conveniente e desejável, de medidas para tratar dessas crianças sem recorrer a procedimentos judiciais, contando que sejam respeitados plenamente os direitos humanos e as garantias legais.”

⁹ Este critério encontra-se disposto no item 6.1 das Regras de Beijing: “6.1 Habida cuenta de las diversas necesidades especiales de los menores, así como de la diversidad de medidas disponibles, se facultará un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la administración de justicia de menores, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones.” (ONU, Regras de Beijing, 1985).

cuidarão da administração da justiça. Estas medidas têm o intuito de evitar qualquer abuso da discricionariedade¹⁰, bem como assegurar que as determinações de cada caso sejam consideradas idôneas e proporcionais¹¹.

Esses critérios procuram reconhecer o estado de vulnerabilidade dos menores ante os procedimentos judiciais, além do impacto psicológico experimentado pelo menor ao ser submetido a um juízo criminal. Nesse aspecto, a Corte IDH não encontrou na legislação paraguaia a disposição destes critérios. Por essa razão, a omissão legislativa do Paraguai ao não estabelecer um órgão jurisdicional especializado para os menores em conflito com a lei ofendeu os artigos 2º e 8º, item 1 (garantia judicial), ambos em cotejo com o artigo 19 (proteção dos menores) e 1º, item 1, todos da Convenção Americana (Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação Juvenil” vs. Paraguai*, 2004).

Uma das determinações contidas no julgamento é a de que o Paraguai – em consulta com a sociedade civil – possa realizar um ato público de reconhecimento de sua responsabilidade internacional. Além deste ato, o Estado deve apresentar declaração contendo a elaboração de uma política pública de curto, médio e longo prazo sobre o tema dos menores em conflito com a lei. Esta política deve ser adequada aos compromissos internacionais assumidos pelo Paraguai e deve contemplar estratégias e ações apropriadas para implementar os direitos humanos aos menores em conflito com a lei. Neste documento, deve estar incluído a separação dos menores dos presos comuns e condenados, além de medidas educativas e de apoio médico-psicológico no desenvolvimento do tratamento (Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação Juvenil” vs. Paraguai*, 2004).

Em virtude da diversidade de casos que a Corte IDH apresenta, é necessário se valer de terceiro exemplo sobre a abordagem metodológica da omissão legislativa. No Caso Claude Reyes e outros vs. Chile (2006), a Corte utiliza-se do comando normativo do artigo 2º para apreciar omissão legislativa referente à tutela de acesso à informação. Não obstante o Estado chileno tenha adotado a proteção do acesso à informação em sua reforma constitucional, bem como ter colocado em discussão projeto sobre Lei de Acesso à Informação Pública – que conta

¹⁰ Esta disposição está no item 6.3 das Regras de Beijing: “6.3 Los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados o capacitados para hacerlo juiciosamente y en consonancia con sus respectivas funciones y mandatos.” (ONU, Regras de Beijing, 1985).

¹¹ O critério de proporcionalidade é observado pela Convenção Internacional de Proteção da Criança, em seu artigo 40, item 4: “Diversas medidas, tais como ordens de guarda, orientação e supervisão, aconselhamento, liberdade vigiada, colocação em lares de adoção, programas de educação e formação profissional, bem como outras alternativas à internação em instituições, deverão estar disponíveis para garantir que as crianças sejam tratadas de modo apropriado ao seu bem-estar e de forma proporcional às circunstâncias e ao tipo do delito”.

com medida judicial específica para tratar do tema – a Corte IDH exige tratamento um pouco mais além.

O Tribunal Interamericano considera que o Chile deve adotar as medidas para assegurar a proteção ao direito de acesso à informação, dentro do qual deve conter procedimento administrativo adequado para tramitação e solução dos pedidos de informação. Esta solução deve contemplar a fixação de prazos para o exame e a entrega da informação pelos agentes do Estado responsáveis por seu fornecimento. E, como ponto resolutivo da controvérsia, determinou ao Estado chileno suprir a omissão legislativa referente ao direito de acesso à informação, em um prazo razoável, consoante o estabelecido pelo artigo 2º da Convenção Americana (Corte IDH. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*, 2006).

O que há de comum nestes 3 casos assinalados é a omissão legislativa do Estado em regulamentar determinadas matérias. É importante destacar que a declaração de existência de omissão legislativa efetuada pela Corte IDH terá efeitos transcendentais mínimos para outros Estados no primeiro momento, pois além de os Estados verificarem situações diferenciadas de omissões em seus sistemas jurídicos, a ofensa à Convenção Americana pela ausência de legislação deve ser verificada caso a caso.

No entanto, este cenário de omissão legislativa pode ser modificado quando se trata de temas comuns aos Estados, como a questão relacionada ao desaparecimento forçado de pessoas¹².

No Caso *Trujillo-Ozora vs. Bolívia* (2002), a Corte IDH considera como ofensa à Convenção Americana a ausência de definição do delito de desaparecimento forçado de pessoas. Ainda que o Estado tenha proposto um projeto de regulamentação na matéria no âmbito do parlamento, a ausência de tipificação impediu o prosseguimento do processo criminal para investigar, julgar e punir eventuais delitos cometidos no caso concreto.

Por essa razão, a Corte IDH considerou que a reparação pela omissão legislativa apenas deve ser considerada completa quando a proposta legislativa tornar-se lei vigente, o que deve ocorrer em um prazo razoável, segundo o entendimento do Tribunal Interamericano (Corte IDH. *Caso Trujillo-Oroza vs. Bolivia*, 2002)¹³.

¹² Consoante o Preâmbulo da Convenção sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, esta conduta “constituye una afrenta a la conciencia del Hemisferio y una grave ofensa de naturaleza odiosa a la dignidad intrínseca de la persona humana”, de modo que sua prática sistemática “constituye un crimen de lesa humanidad”. Sobre o tema, conferir a posição crítica de MODOLELL GONZÁLEZ, 2010.

¹³ Pelo entendimento da Corte, não em relação à matéria, mas em relação ao procedimento adotado no julgamento, referido caso serviu de inspiração para o Caso *Claude-Reyes e outros vs. Chile* (2006), conforme acima explicitado.

O direcionamento metodológico dos efeitos dos julgamentos da Corte IDH a outros Estados pela via do Controle de Convencionalidade pode ser realizado para além de temas comuns, como o caso dos julgamentos que contém recomendações, denominados de julgamentos “exortativos” (GÓNGORA MERA, 2011).

3 Julgamentos “Exortativos”: recomendações “diretas” promovidas pela Corte IDH

Como já mencionado, os julgamentos exortativos são mais comuns no contexto dos Estados Nacionais, quando a corte constitucional formula recomendações ou diretrizes para o parlamento legislar sobre determinadas questões, bem como para o poder executivo ajustar ou implementar determinada política pública, em ambos os casos com indicações, orientações e princípios a serem seguidos.

Utilizando-se de critério similar e com fundamento no artigo 2º da Convenção Americana, a Corte IDH determina que norma jurídica dos Estados deva ser alterada em função de sua incompatibilidade com a Convenção Americana ou outro instrumento de proteção de direitos humanos no plano interamericano¹⁴.

Em outros casos, a Corte IDH determina a adoção de modificações no plano normativo interno sem um prazo específico estipulado, ordenando apenas que seja alterada ou revogada a disposição interna em um prazo razoável¹⁵. Neste intervalo de tempo, diferentemente do procedimento adotado pelas cortes constitucionais, a disposição normativa mantém sua força jurídica no plano nacional, mas vulnera a responsabilidade internacional do Estado¹⁶.

Desse modo, a obrigação contida no artigo 2º da Convenção Americana continua sendo violada enquanto a norma incompatível com a Convenção continua a fazer parte de seu sistema

¹⁴ Esta hipótese ocorreu com a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, cuja conduta a Corte IDH considera “un fenómeno diferenciado caracterizado por la violación múltiple y continuada de varios derechos consagrados en la Convención, pues no sólo produce una privación arbitraria de la libertad, sino viola la integridad y la seguridad personal y pone en peligro la propia vida del detenido, colocándolo en un estado de completa indefensión y acarreando otros delitos conexos”, de maneira que a Corte “debe examinar no sólo las posibles violaciones a la Convención Americana, sino también aquellas que pudieron producirse respecto de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, puesto que esta Convención, entre otras cosas, establece modos de proteger los derechos humanos que se violan cuando se perpetra este tipo de situaciones” (Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Peru*, 2005, §§ 92-94).

¹⁵ Como aconteceu em Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*, 2001, § 103, ponto resolutivo n. 4: “el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película ‘La Última Tentación de Cristo’, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto”.

¹⁶ A discussão sobre responsabilidade internacional do Estado pode ser trabalhada inicialmente em ROHT-ARRIAZA, 1990.

jurídico interno. Apenas haverá o cumprimento de referido dispositivo quando a norma jurídica interna for modificada, anulada ou reformada¹⁷.

Nesse contexto, os juízes nacionais são capazes de se abster de aplicar a norma em um caso concreto, com o fim de evitar em incorrer na responsabilidade internacional do Estado¹⁸. De outro lado, a Corte IDH pode ordenar expressamente a não aplicação da norma interna ou até mesmo determinar a mudança da orientação jurisprudencial da corte constitucional quando o comportamento judicial do tribunal nacional ofende a Convenção Americana¹⁹.

A disposição normativa interna contrária à Convenção Americana pode se apresentar adequada ao texto constitucional do Estado. Há casos apreciados pela Corte IDH sobre este tema – como *Caesar vs. Trinidad e Tobago* (2005)²⁰ – em que o Tribunal Interamericano considerou a legislação de Trinidad e Tobago referente a castigos corporais como ofensiva à

¹⁷ A Corte IDH, no *Caso La Cantuta vs. Peru*, 2006, relacionou no § 172: “El Tribunal ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico y, por ende, se satisface con la modificación, la derogación, o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda.”

¹⁸ Góngora Mera (2011, p. 52) cita um caso interessante na cidade de Necochea, em uma das províncias da Argentina, logo após a condenação deste Estado no Caso Kimel, na nota n. 262: “Es así que, continuar el procesamiento de ciudadanos por la presunta infracción a los artículos 109 y 110 del Código Penal, en los términos en que los mismos actualmente se encuentran redactados, implicaría el juzgamiento sobre la base de tipos penales que han sido declarados anticonvencionales, y que el propio Estado argentino así lo ha reconocido, colocándolo en situación - en caso de seguir adelante con este juicio - de volver a ser condenado internacionalmente por los mismos motivos indicados en ‘Kimel vs. Argentina’. (...) Corresponde en consecuencia declarar la anticonvencionalidad de los artículos 109 y 110 del Código Penal por resultar violatorios de los artículos 9 y 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sobreseer al querellado por atipicidad del hecho.” (ARGENTINA. Corte Correccional de Necochea. Caso V., Myriam Esther sem calúnias e injurias, apreciado em 26/09/2008).

¹⁹ Segundo o entendimento da Corte IDH no *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, 2009, §§ 192-193: “el Tribunal declaró que en este caso Venezuela no garantizó adecuadamente la independencia judicial, puesto que sus normas y prácticas internas (en especial su línea jurisprudencial) consideran que los jueces provisorios no cuentan con la garantía de inamovilidad. Consecuentemente, la Corte considera que como garantía de no repetición, el Estado deberá, en un plazo razonable, adecuar su legislación interna a la Convención Americana a través de la modificación de las normas y prácticas que consideran de libre remoción a los jueces provisorios.”

²⁰ Conforme dispôs o julgamento nos §§ 92-94: “Las violaciones del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, en perjuicio del señor Caesar, resultaron no sólo de las acciones y omisiones de los agentes estatales sino, primordialmente, de la existencia misma y de los términos de la Ley de Penas Corporales. La Corte ha declarado que dicha ley es incompatible con el artículo 5 de la Convención Americana. Una vez que la Convención entró en vigor para Trinidad y Tobago, el Estado debió haber adaptado su legislación de conformidad con las obligaciones contenidas en dicho tratado, con el fin de asegurar la más efectiva protección de los derechos humanos consagrados en la misma. Es necesario reafirmar que, de conformidad con el artículo 2 de la Convención, la obligación de adaptar la legislación interna es, por su propia naturaleza, una de resultado y, consecuentemente, la denuncia de la Convención por parte del Estado no puede extinguir las obligaciones internacionales por éste asumidas mientras el tratado se encontraba en vigencia. Dichas obligaciones tienen un carácter autónomo y automático, y no dependen de ninguna declaración de los órganos de supervisión de la Convención respecto de una legislación interna específica. Al haber declarado la incompatibilidad de la Ley de Penas Corporales con la Convención Americana, y por el hecho de que el Estado no derogó o de cualquier manera anuló dicha ley después de la ratificación de la Convención, la Corte debe declarar que Trinidad y Tobago incumplió con las obligaciones establecidas en el artículo 2 de la Convención, en relación con el artículo 5.1 y 5.2 de la misma”.

Convenção. Por essa razão, determinou ao Estado que adotasse medidas necessárias para revogar referido ato normativo (Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad e Tobago*, 2005)²¹.

Neste caso em específico, o desenvolvimento interpretativo da Corte IDH foi além. Caso ela mantivesse a disposição do texto constitucional de Trinidad e Tobago em sua Seção 6, esta parte da Constituição legitimaria a existência da referida legislação de castigos corporais²². Por essa razão, a Corte declarou a incompatibilidade desta parte do texto constitucional de Trinidad e Tobago com a Convenção, de modo a condenar o Estado a alterar a Seção 6 de sua Constituição dentro de um prazo razoável²³ (Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad e Tobago*, 2005).

O impacto das recomendações da Corte IDH sobre os órgãos legislativos dos países pertencentes ao sistema convencional torna-se evidente se for levado em consideração a vinculação dos Estados às decisões da Corte IDH, mesmo quando não fizerem parte do julgamento. Isto ocorre tendo em vista que a mera existência de determinado tipo de legislação no âmbito nacional pode configurar violação à Convenção Americana e, por consequência, dar lugar à responsabilização internacional do Estado.

Nesse caso, como medida preventiva, a ação legislativa é levada em consideração quando as normas nacionais são flagrantemente incompatíveis com os tratados que compõem a proteção dos direitos humanos, de acordo com o posicionamento jurisprudencial da Corte IDH.

Por outro lado, isto não implica uma recepção acrítica dos padrões interpretativos desenvolvidos pela Corte IDH a nível nacional. As razões da incompatibilidade da norma perante o Estado demandado devem ser bem avaliadas, para o fim de verificar se esta

²¹ Conforme o § 132 do julgamento: “Por haber declarado que la Ley de Penas Corporales es incompatible con los términos del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención (supra párr. 73 y 94), la Corte requiere al Estado que adopte, dentro de un plazo razonable, las medidas legislativas o de otra índole necesarias para derogar la Ley de Penas Corporales.”.

²² Dispõe o § 49.11: “La Sección 6 de la Constitución de la República de Trinidad y Tobago impide a los individuos la impugnación, en los términos de las Secciones 4 y 5 de la misma, de cualquier ley o estatuto ejecutados de conformidad con cualquier ley que estuviera en vigor en Trinidad y Tobago antes de 1976, año en que dicha Constitución entró en vigor”.

²³ Estabelece o § 133: “La Corte ha establecido que ‘la sección 6 de la Constitución de la República de Trinidad y Tobago, que data de 1976, establece que ninguna norma anterior a la entrada en vigencia de ésta, puede ser objeto de impugnación constitucional en cuanto a sus Secciones 4 y 5 [...]. La Ley de Delitos contra la Persona es incompatible con la Convención Americana y, por lo tanto, cualquier disposición que determine su inimpugnabilidad, también lo es en virtud de que Trinidad y Tobago, al ser parte de la Convención en el momento de los hechos, no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales’. En el mismo sentido, al imposibilitar que la Ley de Penas Corporales sea impugnada, la ‘cláusula de exclusión’ contenida en la Sección 6 de la Constitución de Trinidad y Tobago es incompatible con la Convención. En consecuencia, la Corte considera pertinente ordenar que el Estado enmiende, dentro de un plazo razonable, la mencionada Sección 6 de la Constitución de Trinidad y Tobago, en cuanto imposibilite a las personas el acceso a un recurso efectivo ante un tribunal competente para la protección violaciones de sus derechos humanos”.

incompatibilidade é encontrada no plano interno também. Com esta oportunidade, o parlamento pode avaliar a situação e modificar o texto legislativo, de maneira a adequá-lo às normas constitucionais e convencionais.

4 Declaração de nulidade em razão da incompatibilidade com o texto da Convenção Americana

A declaração de nulidade de uma norma jurídica é utilizada pelas cortes constitucionais como técnica de fiscalização abstrata de constitucionalidade de atos normativos em face do texto constitucional. Esta nulidade pode gerar efeitos *ex tunc* (desde a criação da norma), *ex nunc* (desde a declaração da nulidade da norma) ou *pro futurum* (data a ser fixada pela corte constitucional)²⁴.

Adaptada esta realidade aos julgamentos da Corte IDH, a hipótese mais usual em que há a declaração de nulidade pela incompatibilidade com o texto convencional é a dos casos de leis de auto-anistias. Em relação ao Peru, os casos Barrios Altos e La Cantuta tiveram como condenação a declaração de que as leis peruanas de autoanistias eram incompatíveis com o texto da Convenção desde o início (efeito *ex tunc*), de modo que não eram aplicáveis em qualquer caso.

A partir da implementação da doutrina do bloco de constitucionalidade, bem como com a reforma constitucional realizada, as sentenças da Corte IDH possuem caráter obrigatório e imediato no âmbito do sistema jurídico interno do Peru, de maneira que não foi necessário nenhum tribunal nacional declarar a nulidade das leis de auto-anistia (GÓNGORA MERA, 2011).

Nesses casos, a Corte IDH realiza um controle abstrato de convencionalidade das normas nacionais, cujo impacto ultrapassa os efeitos jurídicos do caso concreto em análise, com forte repercussão indireta. A declaração de nulidade com efeitos *ex tunc* das disposições normativas de um Estado pode afetar a aplicabilidade de normas similares em outros Estados.

Os magistrados nacionais estão vinculados pelos julgamentos da Corte IDH. Neste aspecto, a aplicação de disposições normativas nacionais em contrariedade com a Convenção e com os julgamentos em que foram proferidas as nulidades poderá acarretar a responsabilidade internacional do Estado. Isto implica que o efeito da declaração de nulidade vai além do Estado

²⁴ A Lei n. 9.868/99 – que cuida do Processo Constitucional no Brasil – retrata bem as hipóteses de modulação da declaração de inconstitucionalidade em seu artigo 27: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

demandado, de modo que o juiz nacional – ao exercer o controle difuso de convencionalidade – pode aplicar o conteúdo material do pronunciamento de nulidade.

Esta análise metodológica dos julgamentos da Corte IDH demonstra a evolução do controle de convencionalidade em sua modalidade abstrata. Esta modalidade, além de moldar os julgamentos da Corte IDH a proferirem estes modelos de sentenças, também é responsável por aperfeiçoar a construção dos direitos humanos, a partir da evolução dos julgamentos.

Hipótese intrigante é experimentada pelo Brasil no Caso Gomes Lund. O Caso apresenta um paradoxo entre o esforço da Corte IDH em reunir um número expressivo de argumentos com fundamento na normatividade do direito internacional – disposições convencionais regionais, julgamentos da própria Corte IDH, da Corte Europeia de Direitos Humanos (doravante Corte EDH) e dos Estados da América Latina – para justificar o seu posicionamento jurisprudencial referente à proibição da edição de leis de anistia e a pretensão da Corte IDH – por meio da sua interpretação – em aplicar a sua compreensão sobre direitos humanos sem ter o consentimento expresso dos Estados.

No julgamento de mérito, a Corte IDH considerou que a Lei de Anistia brasileira impede a investigação e a sanção de graves violações de direitos, as quais são incompatíveis com a Convenção Americana. Por essa razão, a Corte considerou que referida disposição normativa carece de efeitos jurídicos e não pode prosseguir representando um obstáculo, tanto para a investigação dos fatos, como para as possíveis identificação e punição dos responsáveis. Além disso, referido diploma legislativo não pode ter impacto equivalente em outros casos de graves violações de direitos humanos que tenham ocorrido no Brasil. Logo, seguindo a linha dos casos anteriormente analisados (Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*, 2001, § 44; Corte IDH. *Caso Almonacid-Arellano e outros vs. Chile*, 2006, § 119 e Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*, 2006, § 175), a Corte IDH proferiu declaração de nulidade da Lei de Anistia brasileira por incompatibilidade com o texto da Convenção Americana (Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil*, 2010, § 174).

Assim, para a Corte, a incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana – sobretudo em função da violação grave dos direitos humanos – não se apresenta apenas como uma questão formal. A partir deste caso, a Corte IDH passa a observar o aspecto material, a partir da interpretação sistemática dos artigos 8º e 25, em harmonia com as

obrigações estabelecidas nos artigos 1º, item 1, e 2º da Convenção (Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil*, 2010)²⁵.

Em 17/10/2014, a Corte IDH realizou a primeira Supervisão de Cumprimento da Sentença do Caso Gomes Lund. A Corte IDH destacou alguns pontos de cumprimento do julgado pelo Brasil, como: (i) a publicação da sentença no Diário Oficial; (ii) o pagamento das indenizações aos familiares das vítimas não identificadas, nos termos da Lei n. 9.140/95; (iii) as providências administrativas referentes a documentação de familiares, solicitadas pela Corte IDH; e (iv) a instalação da Comissão Nacional da Verdade (doravante CNV-Brasil) dentro dos padrões solicitados pela Corte (Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil*. Supervisão de Cumprimento de Sentença, 2014).

De outra parte, o tribunal interamericano identificou o cumprimento parcial das medidas exigidas, como o pagamento de indenizações e as convocações determinadas. Além disso, a Corte IDH foi enfática em ressaltar que a Lei de Anistia continua sendo empecilho para a concretização do direito de se obter a justiça, sobretudo na investigação dos fatos, que possam implicar em eventual sanção dos responsáveis. Ao final, a Corte IDH ressaltou que o Brasil deixou de cumprir 9 pontos resolutivos da sentença de mérito, razão pela qual o procedimento de Supervisão de Cumprimento de Sentença continuará aberto (Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil*. Supervisão de Cumprimento de Sentença, 2014).

Enquanto há relutância dos poderes públicos em implementar as determinações da Corte IDH, o efeito do julgamento “exortativo” do Caso Gomes Lund reflete-se na doutrina. Bragato e Coutinho (2012) exaltam a importância da responsabilização internacional do Estado brasileiro para a superação das atrocidades de maneira digna, na tentativa de consolidar o comprometimento do Brasil com a efetivação dos direitos humanos.

²⁵ De acordo com o § 175: “En cuanto a lo alegado por las partes respecto de si se trató de una amnistía, una autoamnistía o un ‘acuerdo político’, la Corte observa, como se desprende del criterio reiterado en el presente caso, que la incompatibilidad respecto de la Convención incluye a las amnistías de graves violaciones de derechos humanos y no se restringe sólo a las denominadas ‘autoamnistías’. Asimismo, como ha sido señalado anteriormente, el Tribunal más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió la Ley de Amnistía, atiende a su *ratio legis*: dejar impunes graves violaciones al derecho internacional cometidas por el régimen militar. La incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana en casos de graves violaciones de derechos humanos no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino del aspecto material en cuanto violan los derechos consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención”.

Nesse contexto, Bernardi (2017) relata um grupo de trabalho formado por Procuradores da República sobre justiça de transição, que tem por escopo averiguar as possibilidades de implementação de sanções criminais individuais com fundamento no julgamento da Corte IDH. Os efeitos exortativos do Caso Gomes Lund são notados neste exemplo. No entanto, a questão precisa ser harmonizada pelo Supremo Tribunal Federal, o qual tem a possibilidade de rever o tema nos julgamentos da ADPF 153 e da ADPF 320. Trata-se, sobretudo, de um “teste de fogo” para este julgamento da Corte IDH, que pode ser considerado um dos mais exortativos proferidos pelo Tribunal Interamericano.

5 Conclusão

O desenvolvimento ativo da Corte IDH permite que os julgamentos exortativos sirvam como norte para o avanço da criação de novas normas no acervo normativo do direito internacional.

A similaridade com que a Corte IDH se utiliza de instrumentos reconhecidos no plano dos Estados Nacionais permite afirmar a existência de um processo de constitucionalização do direito internacional. Este processo se origina da inspiração da Corte IDH em relação aos Estados Nacionais e a possibilidade de modificar o entendimento referente aos direitos humanos.

Logo, a construção dos direitos humanos é aperfeiçoada pela Corte IDH. A evolução de seus julgamentos permite o avanço em temas considerados como fundamentais pelo direito internacional. Esta evolução retrata, sobretudo, a conexão e a aproximação da relação do direito internacional com o direito interno.

Na minha opinião, a hipótese do presente artigo foi parcialmente infirmada. Há o desenvolvimento ativo da Corte IDH na expansão do Controle de Convencionalidade em seu perfil Abstrato, por meio de julgamentos exortativos em relação aos Estados. No entanto, a implementação das exortações pelas ordens jurídicas internas ainda depende de fatores sensíveis e que possuem diferentes repercussões de acordo com cada ordenamento jurídico interno. Não é diferente o caso brasileiro, por exemplo, que promove o implemento parcial das determinações da Corte IDH, mas quanto ao mérito da questão, esvazia o argumento de proteção dos direitos humanos em prol do direito interno.

Acredito que os julgamentos exortativos da Corte IDH necessitam ganhar maior relevo e destaque, sobretudo para sensibilizar – e quem sabe modificar – as desavenças interpretativas das ordens jurídicas nacionais. Contudo, para que os Estados possam modificar o seu entendimento, talvez a Corte IDH possa se utilizar de técnicas argumentativas menos agressivas

e primar pela efetividade do argumento por ela utilizado, ainda que este argumento alcance parte dos objetivos traçados. Parte dos objetivos não significa total desobediência à Corte IDH. Parte dos objetivos significa avanços significativos na implementação dos direitos humanos na ordem jurídica interna, o que ressoa bem e responde satisfatoriamente à exortação realizada.

Referências

- ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea; NÚÑES POBLETE, Manuel. *El Margen de Apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2014. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3160>>. Acesso em: 06/12/2014.
- ANTKOWIAK, Thomas M. Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 46, n. 2, 2008.
- ARGENTINA. Corte Correccional de Necochea. Caso V., Myriam Esther sem calúnias e injurias, apreciado em 26/09/2008.
- BARBOSA DELGADO, Francisco R. El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 1089-1117.
- BERNARDI, Bruno Boti. Fighting Against Impunity: the Federal Prosecution Service and the Gomes Lund Case. *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 60, n. 1, e. 015, p. 1-21, 2017.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo; COUTINHO, Isabella Maraschin. A efetivação do direito à memória e à verdade no contexto brasileiro: o julgamento do caso Julia Gomes Lund pela corte interamericana de direitos humanos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 125-142, jan./jun. 2012.
- Corte IDH. *Caso Almonacid-Arellano e outros vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26/09/2006, Série C, n. 154.
- Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Mérito, Sentença de 14/03/2001, Série C n. 75.
- Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28/02/2003, Série C n. 98.
- Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação Juvenil” vs. Paraguai*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02/09/2004, Série C n. 112..
- Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 29/11/2006. Série C n. 162.
- Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 05/02/2001. Série C n. 73.
- Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 11/03/2005, Série C n. 123
- Corte IDH. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19/09/2006, Série C n. 151.
- Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17/06/2005, Série C n. 125.
- Corte IDH. *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 16/2/2017, Série C n. 333.

Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24/11/2010, Série C n. 219.

Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 17/10/2014.

Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22/11/2005, Série C n. 136.

Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 29/11/2006. Série C n. 162.

Corte IDH. *Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5/2/2017, Série C n. 346.

Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30/06/2009, Série C n. 197

Corte IDH. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20/10/2016, Série C n. 318.

Corte IDH. *Caso Trujillo-Oroza vs. Bolivia*. Reparações e Custas. Sentença de 27/02/2002, Série C n. 92.

Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentença de 04/07/2006, Série C n. 149.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2013.

FORERO-MANTILLA, Felipe. Conectividad: Alcances del Derecho a la Propiedad Aborigen y Tribal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n. 16, p. 177-212, jan./jul. 2010.

GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. *Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*. San José, Costa Rica: IIDH, 2011.

GONTIJO, André Pires. *Constitucionalismo Compensatório como Discurso em matéria de Direitos Humanos: limites e possibilidades da interação dos julgamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos com os Estados da América Latina*. Tese de Doutorado, 535 f. Brasília: UniCEUB, 2016.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Complex Judicial Remedies in Environmental Litigation: The Argentine Experience. *Journal of Environmental Law*, v. 29, n. 1, p. 1-17, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis. The Crime of Forced Disappearance of Persons According to the Decisions of the Inter-American Court of Human Rights. *International Criminal Law Review*, v. 10, n. 4, p. 475-489, 2010.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2013.

ONU. Regras Mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça de menores [Regras de Beijing], adotadas pela Assembléia Geral por meio da Resolução n. 40/33, de 28/11/1985.

ONU. *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*. Texto aprovado pela Comissão de Direito Internacional em sua 53ª sessão, em 2001, e apresentado à Assembleia Geral da ONU, aparecendo como anexo à Resolução da Assembleia Geral 56/83, de 12/12/2001. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf>. Acesso em: 28/06/2015.

ROHT-ARRIAZA, Naomi. State responsibility to investigate and prosecute grave human rights violations in international law. *California Law Review*, p. 449-513, 1990.

SCHEUNER, Ulrich. L'influence du droit interne sur la formation du droit international. *RCADI*, tomo 68, 1939, p. 95-206.

TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional: superando as teses do “legislador negativo” e do ativismo de caráter jurisdicional. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; LELO DE LARREA, Arturo Zaldívar (coord.). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, T. I, Teoría General del Derecho Procesal Constitucional. México: UNAM, IMDPC e Marcial Pons, 2008, p. 825-846. Disponível em:

<<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2555>>. Acesso em: 01/09/2014.

TRAMONTANA, Enzamária. The Contribution of the Inter-American Human Rights Bodies to Envolving International Law on Indigenous Rights over Lands and Natural Resources. *International Journal on Minority and Group Rights*, v. 17, p. 241-263, 2010.