

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

**DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS  
HUMANOS II**

**IRANICE GONÇALVES MUNIZ**

**LIVIA GAIGHER BOSIO CAMPELLO**

**NORMA SUELI PADILHA**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

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

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

D597

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

Coordenadores: Iranice Gonçalves Muniz, Livia Gaigher Bosio Campello, Norma Sueli Padilha – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN:978-85-5505-522-5

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos Humanos. 3. Proteção.  
4. Direito Fundamental. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34



## **XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

### **DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II**

---

#### **Apresentação**

Os artigos que fazem parte da presente publicação foram apresentados e discutidos no Grupo de Trabalho de Direito Internacional dos Direitos Humanos II, realizado no dia 16 de novembro de 2017, em São Luis - MA, durante o XXVI Congresso Nacional do CONPEDI, o qual tivemos a honra de coordenar, presenciando debates profícuos e instigantes de pesquisadores de diferentes Programas de Pós Graduação stricto sensu em Direito de varias regiões do País, e que refletem uma mesma preocupação com a implementação dos Direitos Humanos e com o aprimoramento dos instrumentos jurídicos para sua proteção.

A pesquisa destacada nos artigos representa legítima preocupação dos autores com questões teóricas e práticas da proteção internacional dos direitos humanos e apresentam um importante recorte sobre temas atuais e relevantes que corroboram com a expansão do conhecimento científico da área e a compreensão de seus mecanismos de proteção. A leitura atenta dos artigos propiciara o aprofundamento de temas que desafiam a implementação dos direitos humanos na sociedade contemporânea, tais como : a redução das assimetrias sociais, com a inclusão de minorias à luz dos tratados internacionais de direitos humano; a reflexão sobre institutos como o da federalização das graves violações contra os direitos humanos; estudos sobre Convenções específicas como a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, e a Convenção de Haia/1993 - Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional; mecanismos de Democracia participativa na sociedade contemporânea e sobre o paradigma da cidadania em um cenário globalizado que sugere uma cidadania no espaço pós-nacional; sobre o Plano de Ação do Estatuto da Cidadania do Mercosul; sobre fluxos migratórios e o visto humanitário dos Haitianos, bem como a atual Lei de Migração brasileira; sobre a afetação de Direitos Humanos pelas mudanças climáticas;; sobre graves violações de Direitos Humanos que envolve as condições de complexos penitenciários brasileiros, bem como a responsabilidade do Estado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos; reflexão sobre o grau de vinculação dos Estados-membro às decisões proferidas pela CIDH e, também sobre o controle de convencionalidade das normas infraconstitucionais em face dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e sobre o papel da CIDH na proteção do meio ambiente.

A coletânea propicia assim uma visão ampla e profunda sobre temas que desafiam os mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos e corrobora de forma impar para o aprofundamento da pesquisa na área do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha – Universidade Católica de Santos

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello – UFMS

Profa. Dra. Iranice Gonçalves Muniz - Centro Universitário de João Pessoa

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

**DIÁLOGOS JUDICIAIS EM UM SISTEMA MULTINÍVEL: DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DO DIREITO INTERNO À LUZ DA TEORIA DOS PRECEDENTES**

**JUDICIAL DIALOGUES IN A MULTI LEVEL SYSTEM: DECISIONS OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE CONVENTIONALITY CONTROL OF DOMESTIC LAW IN THE LIGHT OF THE THEORY OF PRECEDENTS**

**Carlos Anderson dos Santos Ferreira**

**Resumo**

O processo de afirmação histórica dos direitos humanos, especificamente na região da América Latina, acelerou-se fortemente a partir da segunda metade do Séc. XX, fortalecendo a função consultiva e contenciosa dos organismos internacionais de proteção, com especial destaque para a Corte Interamericana de Direitos Humanos - CIDH. Nesse contexto, revela-se necessário refletir sobre o grau de vinculação dos Estados-membro às decisões proferidas pela CIDH e, também, acerca do aproveitamento normativo da interpretação dada às normas internacionais, cotejando-o com a teoria dos precedentes a partir do chamado controle de convencionalidade do direito interno.

**Palavras-chave:** Tratados internacionais de direitos humanos, Corte interamericana de direitos humanos, Interpretação, Controle de convencionalidade, Teoria dos precedentes judiciais

**Abstract/Resumen/Résumé**

The process of historical affirmation of human rights, specifically in the Latin American region, accelerated strongly from the second half of the 20th century, strengthening the consultative and contentious function of international protection organizations, with special emphasis on the Inter-American Court of Human Rights. In this context, it is necessary to reflect on the degree of binding of the member states to decisions issue by the Inter-American Court and also on the normative use of the interpretation given to international norms, comparing it with the theory of precedents from the so-called conventionality control.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** International human rights treaties, Inter-american court of human rights, Interpretation, Control of conventionality, Theory of judicial precedents

## Introdução

A América Latina experimentou, a partir da segunda metade do século XX, intensas transformações políticas, sociais, culturais e jurídicas, com especial destaque para a superação dos regimes totalitários por regimes democráticos em vários países da região.

Nada obstante essa conquista, ainda hoje o contexto latino-americano continua sofrendo com três problemas crônicos: acentuada desigualdade, violência endêmica e centralismo do poder político mercê da baixa densidade dos incipientes Estados de Direito, marcados notadamente pelo insuficiente respeito aos direitos humanos no direito interno (PIOVESAN, 2017, p. 1358).

Neste peculiar panorama, observa-se que o Sistema Interamericano, que surgiu como parte integrante da paisagem institucional regional das Américas (ENGSTROM, 2017, p. 1253) e tem como órgão exponencial a sua Corte Interamericana, ganha cada vez mais espaço na luta pela afirmação histórica dos direitos humanos, revelando-se como importante instrumento para o fortalecimento da temática através do exercício de suas competências consultiva e contenciosa.

Apenas a título de exemplo, destacam-se as mais importantes ocasiões em que especificamente o Brasil foi acionado perante a jurisdição internacional da Corte Interamericana: calamidades no sistema penitenciário dos Estados de Rondônia (Penitenciária de Urso Branco), São Paulo (Fundação Casa do Tatuapé), Rio Grande do Sul (Presídio Central) e Maranhão (Penitenciária de Pedrinhas), além do caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) *vs.* Brasil, que tratou sobre a Lei de Anistia, o caso dos Meninos Emasculados do Maranhão, que resultou em acordo na fase da Comissão, e, recentemente, o caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil, em que alguns juízes da Corte realizaram audiência em Brasília, no ano de 2016, para a coleta de provas.

Para além de indenizações às vítimas das violações aos direitos humanos e aos seus familiares, as decisões da Corte nesses casos envolveram determinação de redução da população carcerária, permissão de visitas de familiares e obrigações de fazer dirigidas não apenas ao Judiciário, mas principalmente ao Poder Executivo do país.

Essa constatação reforça a importância jurídica e social do estudo acerca das

decisões da Corte Interamericana, incentivando a internalização dos seus fundamentos no trato cotidiano dos direitos humanos no Brasil a fim de promover o indispensável diálogo entre o Direito Internacional e o direito interno com vistas à proteção suficiente dessa especial categoria de direitos.

Todavia, um problema estrutural significativo coloca em risco o avanço da proteção dos direitos humanos nas Américas, que é o tamanho da população submetida à jurisdição da Corte Interamericana, atualmente em torno de 550 milhões de pessoas (RAMOS, 2015, p. 240).

Significativos a esse respeito são os dados divulgados no próprio site da Corte Interamericana, segundo os quais desde a sua primeira sessão, em 1979, até o ano de 2014, o órgão julgou 179 casos, com 280 sentenças, emitiu 1 opinião consultiva e outorgou 9 medidas provisórias (RAMOS, 2015, p. 242), números extremamente baixos em relação aos demais sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, em especial o europeu.

Percebendo a necessidade de ampliar o alcance de suas decisões, a Corte Interamericana passou a construir a teoria do controle de convencionalidade do direito interno dos Estados-membros, em relação a qual se destacam as decisões proferidas nos casos *Almonacid Arellano vs. Chile*, *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Peru* e, finalmente, *Boyce y otros vs. Barbados*.

Nos casos mencionados percebe-se a preocupação da Corte de fomentar o debate acerca da necessidade de todos os órgãos do Estado-membro serem obrigados a realizar, conforme as suas competências e de acordo com os instrumentos processuais, o controle de convencionalidade do direito interno, vez que as decisões proferidas no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos vinculam os Estados signatários não apenas com a conclusão da decisão quando figurarem como partes do processo (conforme expressamente previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos), mas também impõem a observância da interpretação dada pela Corte, em analogia com o modo de trabalho dos tribunais anglo-americanos de tradição *Civil Law* de onde o Brasil recentemente absorveu a teoria dos precedentes judiciais (TORELLY, 2017, p. 336).

Noutras palavras, o caminho traçado pela Corte Interamericana está apontando, mesmo debaixo de críticas teóricas, para a utilização da teoria dos precedentes judiciais como mecanismo para a ampliação do raio de proteção e efetividade dos direitos humanos no

âmbito interno dos Estados-membros, razão pela qual se revela de extrema importância a compreensão das possibilidades de diálogo entre as jurisdições do sistema multinível à luz da teoria dos precedentes.

É a partir dessa especial análise que o direito interno brasileiro, influenciado pelas recentes mudanças na legislação processual, poderá cumprir o mandato de integridade, coerência e estabilidade das decisões sobre direitos humanos, assegurando, ao fim e ao cabo, a efetividade do sistema de justiça.

Para cumprir com o objetivo deste trabalho, optou-se por uma pesquisa bibliográfica e documental, tendo como finalidade demonstrar, num primeiro momento, a importância da utilização dos direitos humanos como referencial para o controle de legitimidade do direito interno brasileiro, adotando-se o que a doutrina batizou de controle de convencionalidade. Após, será realizada uma interseção com a teoria dos precedentes, expressamente adotado pelo novo código de processo civil, promovendo diálogo entre as instituições do sistema internacional de justiça a fim de construir no Brasil as condições de possibilidade de vinculação dos órgãos internos aos fundamentos da decisão internacional, mesmo que proferida noutros casos em que o país não tiver sido parte, residindo nisso a complexidade de atribuir efeito *erga omnes* aos provimentos da Corte Interamericana.

## **1 A importância dos direitos humanos em um mundo pós-moderno**

Metade do século XX. A modernidade encontrava-se atônita com as promessas fracassadas da Modernidade, pois os ideais do Iluminismo e a racionalidade do Positivismo científico não foram suficientes para impedir as graves violações aos direitos humanos ocorridas no período da Segunda Grande Guerra, com o extermínio de mais de 6 milhões de judeus.

O regime totalitário do nazismo escancarou a fragilidade do sistema de proteção dos direitos humanos existente até então, na medida em que foi o próprio Estado alemão quem violou as conquistas dos nacionais e estrangeiros e praticou inúmeras agressões internacionais à pessoa humana, significando ruptura do paradigma da modernidade e criando o alerta para a criação de uma sistemática normativa de proteção internacional (PIOVESAN,



2013, p. 284).

Frente a esse estado de coisas, desenvolveu-se o Direito Internacional dos Direitos Humanos com uma positivação internacionalista mediante a criação de normas e tribunais internacionais pelos Estados-membro dos organismos supranacionais, com impacto direto na vida das comunidades domésticas (RAMOS, 2013, p. 53).

O Direito, antes ligado à ideia de soberania e restrito aos limites territoriais dos Estados-membro, passa a sofrer verdadeiro influxo de normas internacionais de direitos humanos em virtude da consagração de um parâmetro internacional mínimo (PIOVESAN, 2013, p. 340), dentre as quais se destacam a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969).

Esses instrumentos normativos, para além de meros protocolos de intenção, constituíram-se em verdadeiros marcos jurídicos para a afirmação histórica dos direitos humanos nos mais diversos sistemas de proteção, a saber: Global, Europeu e Interamericano, vez que municiaram os organismos internacionais de ferramentas para a fiscalização e implementação dos direitos humanos no âmbito interno de cada Estado-nação, possibilitando, eventualmente, a aplicação de sanções internacionais.

A proteção dos direitos humanos, a partir de então, não se restringe aos ordenamentos nacionais, passando a dispor de uma gama de proteção a fim de assegurar a efetiva implementação das normas no cotidiano das ações governamentais, promovendo, ademais, o empoderamento do Sistema mediante diálogos que permitem o fortalecimento dos direitos humanos em um sistema multinível (PIOVESAN, 2017, p. 1358).

Demais disso, a criação do assim chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos também passou a influenciar positivamente os aspectos políticos, especificamente no tocante à forma de governo, e a produção das leis domésticas em cada país.

Reconheceu-se, assim, a íntima ligação entre a defesa dos direitos humanos e a democracia como forma de governo, reconduzindo os Estados à centralidade da pessoa como valor fonte do Direito (PIOVESAN, 2013, p. 571), remodelando o ordenamento jurídico interno de cada país para o fim de estabelecer a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito.

## **2 Relações entre o direito internacional e o direito interno: o modo de recepção dos tratados internacionais de direito humanos no ordenamento jurídico brasileiro**

Sem adentrar nas diversas teorias que tratam da relação entre o direito internacional e o direito interno, calha destacar, em conformidade com a finalidade desta pesquisa, o chamado monismo internacionalista dialógico, segundo o qual é possível a coexistência e diálogo entre os tratados de direitos humanos e o direito interno de cada Estado, sempre com a aplicação da norma mais favorável ao ser humano (princípio *pro homine*), o que afasta a consideração de hierarquia ou separação entre as diferentes ordens jurídicas.

Isso somente é possível em razão da existência dos vasos comunicantes ou cláusulas de diálogo ou, ainda, cláusulas de retroalimentação (MAZZUOLI, 2014, p. 89) presentes nas diversas normas jurídicas, tanto nas de ordem internacional quanto nas de caráter doméstico.

No Sistema Interamericano de Direitos Humanos a cláusula de diálogo encontra-se no art. 29, alínea *b* da Convenção Americana, segundo a qual nenhuma interpretação pode limitar o gozo e exercício de direito ou liberdade reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-parte.

Internamente, a cláusula de retroalimentação pode ser visualizada no art. 5º §§2º e 3º da Constituição Federal. O primeiro garante que os direitos e garantias da CF não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte; o segundo, que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, aprovados com *quorum* qualificado pelas casas do Congresso Nacional, serão equivalentes às emendas constitucionais, sendo esta última previsão decorrente da EC nº 45/2004.

Desse modo, percebe-se que a própria Constituição Federal atribuiu aos tratados internacionais de direitos humanos, desde que devidamente ratificados pelo Brasil, a função de fontes do sistema constitucional de proteção de direitos (MAZZUOLI, 2016, p. 84), havendo certa divergência, doutrinária e jurisprudencial, acerca do *status* constitucional desses tratados no país, divergência que pode ser resumida em três correntes.

Na primeira corrente, observada principalmente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os tratados de direito humanos ingressam no ordenamento jurídico nacional com hierarquia infraconstitucional, porém, supralegal, podendo revogar a legislação ordinária anterior.

No julgamento do RHC 79.785/RJ sob a relatoria do Min. Sepúlveda Pertence e, mais recentemente, no RE 466.343/SP, o STF entendeu que os tratados de direitos humanos encontram-se em um nível intermediário considerado supralegal, ou seja, abaixo da Constituição e acima de toda a legislação infraconstitucional.

A segunda corrente sobre o tema reside na doutrina do Prof. Celso D. de Albuquerque Melo, que entende que os tratados de direito humanos, além de possuírem hierarquia constitucional, sempre prevalecerão sobre o direito interno (MAZZUOLI, 2014, p. 116). Atualmente, essa doutrina encontra-se isolada.

Por fim, uma terceira corrente de entendimento consagra que os tratados de direitos humanos têm *status* de norma constitucional, independentemente de sua aprovação conforme os requisitos previstos no art. 5º §3º da Constituição Federal.

Esse último entendimento, nada obstante permanecer minoritário, encontra ressonância em votos recentes do Min. Celso de Mello do STF e na abalizada doutrina de Cançado Trindade (1991), Piovesan (2013) e Mazzuoli (2014).

Ao desenvolver um pouco mais sua teoria, Mazzuoli avança na discussão para estabelecer que todos os tratados internacionais de direitos humanos possuem hierarquia de normas constitucionais. Aqueles aprovados sob a forma prescrita no art. 5º §3º da CF, em razão de se equipararem à emenda constitucional, possuem *status* constitucional material e formal; os demais, em virtude de não terem sido aprovados pelo *quorum* qualificado no Congresso Nacional, serão apenas materialmente constitucionais; ambos, no entanto, compõem o bloco de constitucionalidade para fins de controle concentrado, para os primeiros, e controle difuso para os demais.

Esse último entendimento é fundamental para possibilitar o que vem sendo chamado, nacional e internacionalmente, de controle de convencionalidade, que nada mais é do que a compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos incorporados pelo Brasil (MAZZUOLI, 2016, p. 125).

### 3 Tratados internacionais de direitos humanos e o controle de convencionalidade

Seja pela corrente da supralegalidade, seja pela ótica da materialidade constitucional, o fato inescapável é que as normas internacionais de direitos humanos passaram a desempenhar papel conformado do direito interno nas mais diversas ordens jurídicas submetidas à jurisdição internacional do Sistema Interamericano.

Por essa razão, é possível afirmar que o direito interno e os atos administrativos em geral passam a ter que observar uma dupla compatibilidade vertical material (MAZZUOLI, 2016, p. 160), na medida em que deverão respeitar a Constituição e o tratados de direitos humanos, por um lado, e os tratados internacionais comuns, por outro, sob pena de invalidade material.

Esse diálogo entre sistemas de diferentes níveis surge como reflexo de um novo paradigma que permeia a cultura jurídica latino-americana nos últimos anos, pois se evolui da hermética pirâmide símbolo do *State approach* em direção a um modelo mais permeável cujo centro está no *Human rights approach* (PIOVESAN, 2017, p. 1374).

As características principais desse novo paradigma são: *i*) no lugar da pirâmide *kelseniana* surge o trapézio centrado na dignidade da pessoa humana, tendo a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos no ápice da ordem jurídica; *ii*) abertura crescente e gradual do Direito, autorizando sua permeabilidade mediante o diálogo entre jurisdições; e *iii*) o deslocamento do centro de validade do direito interno em direção ao Direito Internacional dos Direitos Humanos (PIOVESAN, 2013, p. 120).

Paralelamente às contribuições doutrinárias, observa-se interessante evolução da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o tema, embora a primeira menção à expressão controle de convencionalidade tenha sido feita pelo Conselho Constitucional francês na decisão 74-54 DC datada de 1975.

Com efeito, no âmbito do Sistema Interamericano, o primeiro caso a tangenciar a temática inerente ao controle de convencionalidade ocorreu no voto divergente do juiz mexicano Sérgio García Ramírez ao julgar *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, oportunidade em que não obteve maiores adesões.

Poucos anos mais tarde, a Corte Interamericana começa a delinear os contornos básicos do controle de convencionalidade no julgamento do caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, desenvolvendo a interpretação dos comandos normativos previstos nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana (TORELLY, 2017, p. 332), asseverando que quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, enquanto órgãos desse mesmo Estado, submetem-se a ela, obrigando-os a garantir que os dispositivos da Convenção não sejam diminuídos ou relegados quando em conflito com leis domésticas, devendo, ao revés, estarem cientes da vigilância internacional de direito humanos e da possibilidade de crivo internacional sobre suas decisões (RAMOS, 2013, p. 133).

Nesse mesmo período, a Corte Interamericana evoluiu ainda mais no julgamento do caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, estabelecendo que o Poder Judiciário não deve se limitar a exercer o controle de constitucionalidade, mas deve ir além para fazer, inclusive de ofício, o controle de convencionalidade, desde que respeitados os marcos de competência e as regras processuais correspondentes (TORELLY, 2017, p. 335).

É justamente nesse julgamento que o juiz brasileiro Cançado Trindade recomenda que os órgãos do Poder Judiciário de cada Estado passem a conhecer a fundo e aplicar, não apenas o Direito Constitucional, mas também o Direito Internacional dos Direitos Humanos, tomando em conjunto ambos os tipos de controle.

Por fim, foi no caso *Cabrera García e Montiel Flores vs. México* que a Corte Interamericana afirmou em definitivo a defesa da teoria do controle de convencionalidade, fixando de uma vez por todas a obrigação de os juízes internos aplicarem a Convenção Americana de acordo com a interpretação que tenha sido realizada pela Corte Interamericana, pelo que a teoria passa a ser dotada de efeito positivo ou construtivo (MAZZUOLI, 2016, p. 51).

Aqui estão as raízes da utilização dos precedentes (*ratio decidendi*) elaborados pela Corte Interamericana, pois os casos individuais devem ser resolvidos a partir da interpretação dada pelo organismo internacional, intérprete autêntico da Convenção Americana de Direitos Humanos (MARINONI, 2013, p. 82), sendo certo que os tribunais domésticos devem utilizar não apenas o catálogo internacional dos direitos humanos, mas, também, a interpretação internacionalista como resultado do Diálogo das Cortes (RAMOS, 2013, p. 133).

Mesmo com considerável estofo doutrinário e jurisprudencial, a teoria do controle de convencionalidade e, além dela, a possibilidade de atribuição de efeitos *erga omnes* através da utilização da *ratio decidendi*, não estão livres de respeitáveis críticas teóricas.

A primeira crítica que se faz é no sentido de que em nenhuma parte da Convenção há a menção de obrigatoriedade das decisões da Corte para os Estados que não tenham sido parte no litígio, sendo que o art. 68.1 do diploma internacional somente prevê dever de cumprimento para os casos em que o Estado tenha sido parte, razão pela qual a Corte não pode, sob o pretexto do controle de convencionalidade, pode transformar todo o direito internacional em um grande sistema de precedentes, semelhante ao *Common Law* (DULITZKY *apud* PALACIOS, 2017, p. 1405).

Como resposta a esse posicionamento, destaca-se que há diferenças notórias quanto à carga de eficácia da decisão para o Estado parte do litígio e para o Estado que não é parte. Isso porque para o Estado em causa a decisão da Corte Interamericana possui eficácia de *res judicata*, enquanto que para Estados terceiros seu valor é de *res interpretata* (MAZZUOLI, 2016, p. 42).

Outra crítica à mudança paradigmática operada pela Corte Interamericana por meio da teoria do controle de convencionalidade diz respeito à extrapolação do consentimento dos Estados nacionais outorgado no momento de criação da Corte e ratificação da Convenção, os quais não teriam previsto e, muito menos, aceitado que dentre as atribuições estaria a possibilidade de imposição dos fundamentos de suas decisões para quem não é parte no processo, consultivo ou contencioso, em trâmite (VITOLLO *apud* PALACIOS, 2017, p. 1405).

A resposta a essa visão contrária está no fato de que os Estados-parte da Convenção aceitam a competência contenciosa da Corte Interamericana, razão pela qual acabam reconhecendo, por força do art. 62 §1º da Convenção, a competência para os casos relativos à interpretação ou aplicação do Pacto (MAZZUOLI, 2016, p. 43).

Sem embargo dessas posições contrárias, o atual estágio de evolução do controle de convencionalidade constitui-se em um caminho irreversível, sobretudo, porque ganhou capilaridade e expandiu seu raio de incidência para uma gama considerável de países.

No mencionado caso *Cabrera García e Montiel Flores vs. México*, a sentença da Corte Interamericana faz questão de destacar, em diversos parágrafos, decisões de várias Cortes Supremas de países latino-americanos que aplicaram o controle de convencionalidade

na perspectiva aqui defendida de vinculação à interpretação da Convenção, a saber: Costa Rica, Bolívia, República Dominicana, Peru, Argentina e Colômbia (MAZZUOLI, 2016, pp. 52-53).

Essa viva interação entre a Corte Interamericana e os juízes internos revela, com clareza solar, que o diálogo jurisdicional no sistema multinível não se restringe a benefícios “*de cima para baixo*” – juízes internos recebem e aplicam os valores jurídicos e sociais dos magistrados internacionais –, sendo salutar também “*de baixo para cima*” (MAZZUOLI, 2016, p. 54), pois a reprodução interna das decisões da Corte Interamericana reforça o empoderamento do Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos e contribui para a expansão do assim chamado *Human rights approach* e a criação de um *ius commune* interamericano (PIOVESAN, 2017, p. 1380).

Grande parcela de responsabilidade repousa sobre os ombros dos juízes singulares dos Estados, na medida em que com o aumento das violações aos direitos humanos por toda a América Latina, a tímida estrutura física e orçamentária da Corte Interamericana impede o adequado tratamento da matéria em nível institucional.

Tal como no controle difuso de constitucionalidade, é por meio do controle difuso de convencionalidade que os juízes e tribunais locais deverão compatibilizar as leis internas com o conteúdo e interpretação dos direitos humanos ao apreciarem um caso concreto.

Essa vinculação à interpretação internacional dos direitos humanos, a propósito, para além de produzir benefícios na seara judicial, tem plena aptidão para influenciar outras áreas de produção de decisão em virtude do grau de interconexão elevado (ACKERMAN, 2007, p. 15), atingindo o terreno da política e das relações sociais com a finalidade de promover o que se chama de vinculação social ou redes sociais que sustentam sua normatividade (LEGALE, 2016, p. 833).

Infelizmente, porém, em virtude do apego às normas internas ou desconhecimento das decisões proferidas pela Corte Interamericana, o que se percebe ainda hoje, especialmente no Brasil, é a baixa incidência das referências ao Direito Internacional Público nos diversos julgamentos. E nas poucas referências que existem, não se faz uma análise exaustiva da norma ou da *ratio decidendi*, senão apenas uma argumentação de passagem (MAZZUOLI, 2016 b, p. 312).

#### 4 Teoria dos precedentes e controle de convencionalidade: um diálogo necessário

Em virtude da inegável e inafastável qualificação de certos direitos como valores humanos, percebe-se que o Judiciário deve lhes mais atenção ao buscar padrões internacionais para a resolução de *hard cases*, à luz da Constituição, interpretada de forma ativa (WAMBIER, 2016, p. 158).

Esse *plus* argumentativo revela-se possível à luz da teoria dos precedentes judiciais como ferramenta para o aumento da qualidade (*rectius*, validade) das decisões internas acerca de casos envolvendo violações a direitos humanos no país.

Trabalhar com precedentes é, antes de tudo, utilizar a técnica decisória de similitude de decisões para casos similares (*treat alike cases alike*), com a finalidade de assegurar clareza, promover igualdade, fortalecer as instituições, limitar o poder do Estado e garantir previsibilidade e segurança jurídica (MARINONI, 2016, pp. 103-110).

E partindo da premissa de que a história do processo civil é de índole essencialmente internacional, marcada pela circulação de ideias (CADIET, 2016, p. 11), não há dúvidas de que o cumprimento dos deveres de integridade, coerência e estabilidade, que dão novas cores ao processo civil moderno no Brasil, pressupõe a observância das decisões proferidas pela Corte Interamericana em matéria de direitos humanos, além, é claro, das decisões proferidas pelos Tribunais Superiores no âmbito doméstico.

Sob esse prisma, importante destacar três aspectos indispensáveis ao modelo de sistema judicial de precedentes, que constituem verdadeiras colunas da estrutura processual moderna: segurança jurídica, previsibilidade e confiança legítima.

A segurança jurídica é, a um só tempo, atributo e finalidade do Estado de Direito, vez que é o ambiente em que o poder estatal é eficazmente controlado e definido de maneira que os cidadãos possam estabelecer suas escolhas com base em padrões de comportamento pré-determinados em razão da eliminação do arbítrio e do emprego da racionalidade à atuação estatal (LUCCA, 2016, pp. 61 e 64).

Tamanha é a importância da segurança jurídica que ela chega a ser atrelada à noção de dignidade da pessoa humana, na medida em que não há dignidade suficientemente protegida quando os cidadãos estiverem em um contexto de instabilidade e incerteza jurídicas,



privados da confiança nas instituições estatais (SARLET, 2007, p. 11).

Daí porque se diz que a segurança jurídica pressupõe, de um lado, um Direito estável e previsível e, de outro, exige do Estado o respeito à confiança legítima que lhe é depositada pelo particular (LUCCA, 2016, p. 69), circunstâncias que devem ser observadas não apenas na criação de normas jurídicas, mas também na aplicação dessas normas ao caso concreto, afinal, o controle da atividade judicial (aqui incluído o de natureza convencional) somente pode ser concretizado quando houver homogeneidade nas decisões (MARINONI, 2010, p. 174).

Por sua vez, tratar da previsibilidade das decisões judiciais a respeito de direitos humanos é fazer um exercício prospectivo, de modo que o cidadão saiba como agir para atingir o resultado almejado, e retrospectivo, na medida em que eventual agressão à vida humana deverá receber a mesma reprimenda já aplicada em casos similares anteriores. Logo, previsibilidade do Direito diz com sistematicidade, homogeneidade e acessibilidade (LUCCA, 2016, p. 263).

A busca por unidade, coerência e completude entre as normas internas e os tratados internacionais garante a sistematicidade dos Direitos Humanos, aumentando o grau de certeza/confiabilidade nas instituições que integram a rede de proteção do sistema multinível, pressuposto básico da ideia de Justiça.

Aqui a coerência deve ser entendida no sentido de que as múltiplas regras jurídicas de um sistema jurídico, composto por leis internacionais e internas, têm de fazer sentido quando consideradas num conjunto (MACCORMICK, 1978, p. 152).

Por sua vez, a confiança legítima liga-se à boa-fé objetiva, instituto que, nascido na seara do direito privado, vem ganhando importantes contornos no direito público e, em especial, no direito internacional, onde figura como verdadeiro princípio basilar, e no direito processual civil, atualmente integrando as normas fundamentais desse ramo no Brasil.

De relevante para a pesquisa, destaca-se que a confiança legítima tem como objetivo a proteção de determinadas posições jurídicas do cidadão em face de mudanças repentinas nos poderes do Estado, razão pela qual os indivíduos gozariam de maior estabilidade em seus interesses legítimos, como a liberdade (PEIXOTO, 2016, p. 91).

Apoiado nessas premissas metodológicas é que, a partir da análise das decisões da

Corte Interamericana de Direitos Humanos, revela-se possível a utilização do controle de convencionalidade com efeitos *erga omnes* através da descoberta da *ratio decidendi* e sua reprodução para casos semelhantes.

Embora essa possibilidade não encontre expressa e objetiva previsão normativa no novo código de processo civil – ausência que não pode passar despercebida, pois revela o desprezo do legislador brasileiro de dialogar com as normas de direito internacional –, não há dúvidas de que o atual estágio de desenvolvimento da doutrina dos direitos humanos recomenda a influência substancial e efetiva dos tratados internacionais de direitos humanos na produção do direito interno e das decisões jurisdicionais dos tribunais pátrios.

Não apenas as Cortes constitucionais devem utilizar o controle de convencionalidade para conformar suas decisões à correta interpretação do direito das gentes, mas principalmente os juízes de primeiro grau precisam internalizar em seus julgados a *ratio decidendi* construída pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nos processos de sua competência.

Trabalhar com precedentes recomenda, uma vez verificada a existência de identidade essencial entre casos distintos, que seja assegurada a uniformização da decisão (WAMBIER, 2016, p. 202) com a aplicação da *holding* elaborada no passado para o caso atual, respeitando a segurança, confiança e previsibilidade. Logo, em matérias de direitos humanos, revela-se imperioso conhecer e aplicar as decisões da CIDH como precedentes obrigatórios na jurisdição interna brasileira.

## **Considerações Finais**

Dado o atual estágio de desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos, sua constante afirmação histórica e seu fortalecimento a partir da jurisdição dos organismos internacionais que compõem a rede de proteção, percebe-se que o Brasil encontra-se inserido em um sistema multinível que impõe, a um só tempo, a efetivação dos direitos previstos na Constituição da República e, também, dos direitos internacionais elencados nos instrumentos de tutela dos direitos humanos.

Não se pode pensar que há duas ordens jurídicas completamente estanques e

incomunicáveis entre si, pois no mundo pós-moderno e globalizado em que se vive, os ordenamentos internacional e interno compõem um único sistema jurídico que, por óbvio, deve coexistir harmonicamente através do convívio permitido pelas diversas esferas de atuação e competência, sem olvidar da retroalimentação autorizada pelos diversos vasos comunicantes.

Como consequência, as decisões do Judiciário brasileiro deixam de ter um único parâmetro de legitimidade e validade, típico do positivismo kelseniano e sua pirâmide normativa, e passam a guardar necessidade de respeito aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, fenômeno que ficou conhecido novo trapézio enraizado na forte noção que a dignidade da pessoa humana assumiu, de maneira especial, em países de modernidade tardia como o Brasil e seus vizinhos latino-americanos.

Essa dupla conformidade material tem forte fundamento na doutrina que reconhece os direitos humanos como verdadeiras normas de *status* constitucional, quer material, quer meramente formal.

Portanto, toda a teoria dos precedentes que começa a ser redesenhada a partir da vigência do novo Código de Processo Civil não pode prescindir de uma adequada reflexão acerca da normatividade dos direitos humanos e seu papel de conformador da produção do direito interno e das decisões judiciais proferidas pela Corte constitucional e pelos mais diversos juízes de primeiro grau de jurisdição que, investidos em função estatal, não possuem outro caminho senão assegurar a primazia da proteção do homem em suas mais diversificadas relações sociais, públicas ou privadas.

Com isso, promove-se a cultura de respeito aos precedentes internacionais em matéria de direitos humanos, cumprindo a promessa constitucional de efetivação da segurança jurídica e a infraconstitucional, de boa-fé, confiança, previsibilidade, coerência e estabilidade das decisões judiciais.

## **REFERÊNCIAS**

ACKERMAN, Bruce. *The Living Constitution*. Harvard Law Review, v. 120, n. 7, May 2007.

CADIET, Loïc. Prefácio. *In: Convenções processuais*. Cabral, Antonio do Passo. Salvador: JusPodivm, 2016.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos.** São Paulo: Saraiva, 1991.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

ENGSTROM, Par. Reconceptualising the Impact of the Inter-American Human Rights System. *In: Revista Direito & Práxis.* Vol. 8, n. 2. Rio de Janeiro: UERJ, 2017.

LEGALE, Siddharta. Superprecedentes. *In: Revista Direito GV.* Vol. 12. N. 3. São Paulo: FGV, 2016.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais.** 2 ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory.** Oxford: Clarendon Press, 1978.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** São Paulo: RT, 2010.

\_\_\_\_\_. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). *In: Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano.* Marinoni, Luiz Guilherme (org.) Brasília: DF: Gazeta Jurídica, 2013.

\_\_\_\_\_. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC.** 2 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito internacional público: parte geral.** 8 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2014.

\_\_\_\_\_. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.** 4 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2016.

\_\_\_\_\_. O estado da arte da aplicação do direito internacional público no Brasil no alvorecer do século XXI. *In: Revista dos Tribunais.* Vol. 968. ano 105. São Paulo: RT, 2016 b.

PALACIOS, David Lovatón. Control de convencionalidad interamericano em sede nacional: una noción aún en construcción. *In: Revista Direito & Práxis.* Vol. 8, n. 2. Rio de Janeiro: UERJ, 2017.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 2 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: 2013.

\_\_\_\_\_. Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios. *In: Revista Direito & Práxis*. Vol. 8, n. 2. Rio de Janeiro: UERJ, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Processo internacional de direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *In: Revista de Direito Constitucional*. Vol. 57. São Paulo: RT, 2007.

TORELLY, Marcelo. Controle de convencionalidade: constitucionalismo regional dos direitos humanos? *In: Revista Direito & Práxis*. Vol. 8, n. 1. Rio de Janeiro: UERJ, 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e anova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2016.