

**IV ENCONTRO VIRTUAL DO
CONPEDI**

**DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS**

SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

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. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

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

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

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

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

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

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

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

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

D597

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

Coordenadores: Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini; Vladimir Oliveira da Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-419-8

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

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito internacional. 3. Direitos humanos. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Apresentação

DIREITOS INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I

Em mais essa edição do Grupo de Trabalhos de Direito Internacional dos Direitos Humanos no IV Encontro Virtual do CONPEDI o tema da Pandemia foi o que recebeu mais destaque, sendo, porém, tratados também outros assuntos de suma importância para os Direitos Humanos em todo o mundo.

No artigo DIREITOS HUMANOS COMO CONCEITO EM MOVIMENTO? Alice Rocha da Silva e Andre Pires Gontijo, verificam que parte do conteúdo dos direitos humanos pode ser considerado “estático”, prevalecendo a manutenção de um núcleo “duro e essencial”, responsável pela definição de sua identidade, a proteção da pessoa humana.

No artigo O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O DIÁLOGO INTERCULTURAL: EM DEFESA DE UM UNIVERSALISMO PLURALISTA, Laura Mallmann Marcht , Aline Michele Pedron Leves e Gilmar Antonio Bedin, analisam em que medida o Direito Internacional dos Direitos Humanos pode ser pensado como uma forma de superação do impasse entre universalistas e relativistas culturais e se tornar um instrumento de fortalecimento da proteção dos direitos humanos na sociedade internacional contemporânea.

No artigo A INCOPORAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS: UMA ANÁLISE DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS, Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro e Sofia Sewnarine Negrão, analisam a influência das normas oriundas dos Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos para a formulação do Capítulo dos Direitos e Garantias Individuais do texto constitucional de 1988.

No artigo O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL EM DIREITOS HUMANOS COMO FONTE NO DIREITO INTERNO EM FACE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE, Lucas Gonçalves da Silva e João Batista Santos Filho, analisam a jurisprudência dos tribunais internacionais, focando, nas decisões da Corte Interamericana de Justiça e confirmando o curso crescente da jurisprudência internacional em direitos humanos, como fonte de direito.

No artigo CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: O LEADING CASE (BARRIOS ALTOS VS. PERU), Eneida Orbage De Britto Taquary e Catharina Orbage De Britto Taquary Berino, analisam o instituto do controle de convencionalidade adotado na Corte Interamericana de Direitos Humanos. A problemática se refere aos fundamentos extraídos do Leading case Barrios Altos vs. Peru acerca do controle de constitucionalidade.

No artigo A LEITURA MORAL E A CONCEPÇÃO MAJORITÁRIA NA PERSPECTIVA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Fernando Antônio de Lima e Murillo Eduardo Silva Menzote, analisam a judicial review, demonstrando o embate entre os juristas Dworkin e Waldron acerca da possibilidade da intervenção judicial sobre atos ou omissões do Legislativo.

No artigo OBRIGATORIEDADE DO PROCEDIMENTO DE SOLUÇÃO AMISTOSA NO TRÂMITE DE PETIÇÕES NA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, José Ricardo da Silva Baron e Vladimir Brega Filho, estudam a obrigatoriedade do oferecimento do procedimento para as partes em litígio no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

No artigo PODER ECONÔMICO E TECNOLÓGICO: UMA ANÁLISE SOBRE A PROBLEMÁTICA DE REGULAÇÃO PELO DIREITO, Marcelo Benacchio e Queila Rocha Carmona, pesquisam a regulação do poder econômico pelo Direito, buscando encontrar meios efetivos para uma regulação jurídica dos agentes econômicos que gravitam entre o local e o global.

No artigo A IMPORTÂNCIA DO PROJETO DE VIDA E A TEORIA DE AMARTYA SEN: UMA ABORDAGEM SOBRE DESENVOLVIMENTO, Vívian Lis Paes de Freitas Andrade e Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith analisam a garantia do direito a um projeto de vida como um meio para o desenvolvimento, a partir da teoria de Amartya Sen.

No artigo ANÁLISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO À LUZ DO PROTOCOLO FACULTATIVO À CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES, Andressa Rita Alves de Souza e Ubirajara Coelho Neto, analisam o sistema penitenciário brasileiro, com base no Protocolo Facultativo à Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

No artigo O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: UM DIÁLOGO ENTRE CORTES CONSTITUCIONAIS, Andressa Rita Alves de Souza e Ubirajara Coelho Neto analisam o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional brasileiro sob a perspectiva do diálogo entre tribunais constitucionais, com enfoque no transconstitucionalismo.

No artigo A PROTEÇÃO DO TRABALHADOR PELAS NORMAS INTERNACIONAIS E SUA APLICABILIDADE NO BRASIL A PARTIR DA TEORIA DO “TRANSCONSTITUCIONALISMO” DE MARCELO NEVES, Caroline Helena Limeira Pimentel Perrusi e Jailton Macena De Araújo, visam expor sobre a aplicabilidade das normas internacionais no sistema jurídico brasileiro e reconhecem a integração de sistemas jurídicos estatais distintos sob a perspectiva da teoria do “transconstitucionalismo”.

No artigo INTERSECCIONALIDADE E DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE DA SENTENÇA DO CASO DOS EMPREGADOS DA FÁBRICA DE FOGOS DE ARTIFÍCIOS EM SANTO ANTÔNIO DE JESUS (BA), Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann e Arianne Albuquerque de Lima Oliveira, examinam a interconexão das noções fundamentais de não discriminação, raça, gênero, classe e mercado de trabalho no desenho da noção de interseccionalidade a partir da análise da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso da explosão da fábrica de fogos de artifícios em Santo Antônio de Jesus (BA).

No artigo CONFLITOS ARMADOS NA UCRÂNIA: ANÁLISE SOBRE A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, Núbia Franco de Oliveira e Samuel Rodrigues de Oliveira, apresentam as origens dos conflitos no país e discutem, mediante análise documental dos relatórios do Tribunal, a importância da atuação do órgão nos termos do artigo 12 (3) do Estatuto.

No artigo LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OLIMPISMO: A REGRA Nº 50 DA CARTA OLÍMPICA E A TRANSVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS, Mario Jorge Philocreon De Castro Lima e Ticiano Augusto de Castro Lima Dominguez, analisam a controvérsia sobre a aplicação da Regra nº 50 da Carta Olímpica que proíbe manifestações políticas nos jogos, que significa limite à liberdade de expressão.

No artigo O DIÁLOGO ENTRE A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E O BRASIL: A EDUCAÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, Eneida Orbage De Britto

Taquary e Catharina Orbage De Britto Taquary Berino analisam os instrumentos internacionais da Organização das Nações Unidas sobre a educação das pessoas com deficiência e a sua recepção pelo Brasil.

No artigo O DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO - CONFLUENCIA ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO INTERNACIONAL DO MEIO AMBIENTE, Vinicius Cobucci e Carolina Mendonça de Siqueira, a partir de uma revisão de literatura e por meio do método dedutivo, defendem o reconhecimento do direito enquanto princípio jurídico e analisam as principais repercussões jurídicas decorrentes dessa classificação.

No artigo EXAME DO REGIME JURÍDICO E DE DEMAIS ASPECTOS DOS MIGRANTES AMBIENTAIS SOB O ENFOQUE DAS ALTERAÇÕES CLIMÁTICAS E DO AQUECIMENTO GLOBAL, Raquel Viegas Carvalho De Siqueira Biscola e Livia Gaigher Bosio Campello, examinam alguns aspectos das migrações climáticas, mormente o humano, e como proteger os refugiados ambientais.

No artigo EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO LEGISLATIVA DOS REFUGIADOS NO BRASIL: UMA BREVE ANÁLISE NO PLANO INTERNO E INTERNACIONAL, Edson Oliveira Da Silva, realiza uma análise da evolução legislativa voltada a proteção dos refugiados que ingressam no território brasileiro.

No artigo OS EFEITOS PREJUDICIAIS DA PANDEMIA DA COVID-19 AOS DIREITOS DOS REFUGIADOS, Gabriela Soldano Garcez e Victoria Navarro , Mayara Nascimento Ribeiro, analisam o embate entre o direito de migração, mormente a situação dos refugiados, e as medidas impostas pelos Estados para conter a disseminação do novo coronavírus e, assim, enfrentar a atual pandemia decretada em março de 2020.

No artigo PLATAFORMA INTERATIVA DE DECISÕES SOBRE REFÚGIO: ANÁLISE DE DADOS SOBRE VENEZUELANOS NO MARANHÃO, Guilherme Saldanha Santana , Thayara Silva Castelo Branco e Roberto Carvalho Veloso analisam a Plataforma Interativa de decisões sobre Refúgio desenvolvida pelo CONARE em cooperação interinstitucional com Acnur e o Ministério da Justiça e Segurança Pública do Governo do Brasil.

No artigo SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: UM OLHAR A PARTIR A INCLUSÃO DO OUTRO DE HABERMAS E A SITUAÇÃO DOS REFUGIADOS, Marcia Hiromi Cavalcanti e Flávio Bento pretendem demonstrar pela teoria política de inclusão do outro que é possível um direito cosmopolita, para fortalecer os fundamentos da sociedade democrática.

Desejamos a todos que aproveitem os artigos sobre temas tão relevantes.

Os Coordenadores:

Vladmir Oliveira da Silveira

UFMS e PUC - SP

Samyra Haydêe Dal Farra Napolini

UNIVEM - Marília e FMU-SP

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: O LEADING CASE (BARRIOS ALTOS VS. PERU)

CONVENTIONAL CONTROL: THE LEADING CASE (BARRIOS ALTOS VS. PERU)

**Eneida Orbage De Britto Taquary
Catharina Orbage De Britto Taquary Berino**

Resumo

Objetiva analisar o instituto do controle de convencionalidade adotado na Corte Interamericana de Direitos Humanos. A problemática se refere aos fundamentos extraídos do Leading case Barrios Altos vs. Peru acerca do controle de constitucionalidade. A metodologia será efetivada por intermédio da pesquisa bibliográfica e da pesquisa no site oficial da Corte Interamericana de Direitos humanos, dos casos de controle de convencionalidade. O resultado se refere a consolidação da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos o dever dos Estados a adaptar suas decisões com os critérios da CtDH, com integração entre tribunais e tribunais e jurisdições internacionais e estrangeiras.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade, Leading case barrios altos vs. peru, Jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos, Integração horizontal, Integração vertical

Abstract/Resumen/Résumé

Analyzes the institute of conventionality control adopted by the Inter-American Court of Human Rights. The issue refers to the fundamentals extracted from the Leading case Barrios Altos vs. Peru on constitutional review. The methodology will be carried out through bibliographical research including the official website of the Inter-American Court of Human Rights, of cases of conventionality control. The result refers to the consolidation of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights and the duty of States to adapt their decisions to the criteria of the CtHR, with integration between courts and tribunals and international and foreign jurisdictions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Conventionality control, Leading case barrios altos vs. peru, Jurisprudence of the inter-american court of human rights, Horizontal integration, Vertical integration

1 INTRODUÇÃO

O artigo tem como objetivo discutir a criação do controle de convencionalidade como mecanismo de adequação do direito nacional ao direito internacional, em especial na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Um dos esforços mais eficazes da Corte IDH para aumentar o nível de conformidade com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) foi a criação da doutrina controle de convencionalidade. Ela é descrita como um mecanismo para a aplicação do Direito Internacional, principalmente de “Direito Internacional dos Direitos Humanos” e, especificamente, da Convenção Americana e suas fontes, incluindo a jurisprudência da Corte (FERRER. 2013).

O controle de convencionalidade pode ser exercido de modo concentrado pela CtDH, no exercício de sua função contenciosa ou consultiva, decorrente de sentenças que impõem responsabilidade internacional ao Estado-parte na CADH e que tenha aceitado a jurisdição da CtDH, ou na sua função interpretativa das cláusulas da CADH; ou pelas jurisdições nacionais, realizada por todos os juízes, de qualquer instância, no exercício de suas atividades jurisdicional constitucional, o controle de convencionalidade difuso, onde o juiz se afigura com um órgão jurisdicional do SIDH, e não apenas do Estado (FERRER. 2013).

Esta doutrina cria a obrigação internacional em todos os Estados-Partes da CADH a interpretar quaisquer instrumentos jurídicos nacionais (a constituição, lei, decretos, regulamentos, jurisprudência, e outros documentos normativos) de acordo com a CADH e com o *corpus juris* Interamericano de forma mais geral (também chamado de "bloco de convencionalidade") (FERRER. 2013).

Sempre que um instrumento nacional é manifestamente incompatível com a *corpus juris* interamericano, as autoridades do Estado devem abster-se de sua aplicação, a fim de evitar qualquer violação de direitos protegidos internacionalmente. As autoridades estaduais devem exercer esse controle de convencionalidade *ex officio*, assegurando que eles sempre agem no âmbito das respectivas competências e com observância das regras processuais correspondentes, conforme definido internamente pelos Estados.

A problemática se refere aos fundamentos extraídos do *Leading case Barrios Altos vs. Peru* acerca do controle de constitucionalidade, apesar de alguns precedentes anteriores, especialmente no caso de *Suárez Rosero vs. Equador* (1999), a Corte IDH evidenciou que incumbe ao Estado à obrigação de aplicar mecanismos que resultem idôneos para assegurar o

cumprimento das obrigações de maneira eficiente e em prazo razoável para o seu cumprimento (CORTE IDH. 2021).

A metodologia será efetivada por intermédio da pesquisa bibliográfica e da pesquisa no site oficial da Corte Interamericana de Direitos humanos, dos casos de controle de convencionalidade, em especial no *Leading case Barrios Altos vs. Peru*.

O resultado se refere a consolidação da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos o dever dos Estados a adaptar suas decisões com os critérios da CtDH, com integração entre tribunais e tribunais e jurisdições internacionais e estrangeiras.

2 O LEADING CASE (BARRIOS ALTOS VS. PERU)

O ponto alto da jurisprudência da doutrina é encontrado no caso *Barrios Altos vs. Peru* (2001), considerado o *leading case* sobre a incompatibilidade da anistia e as leis de auto anistia com a Convenção e nos casos *Chang vs. Guatemala* (2003) e *Tibi vs. Equador* (2004) (CORTE IDH. 2021).

Neste caso (*Barrios Altos vs. Peru*), a Corte Interamericana considerou que as leis internas, em exame, careciam de efeito legal, dada a sua manifesta incompatibilidade com a CADH. Assim, eles já não podiam constituir qualquer tipo de obstáculo para a investigação dos fatos do caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem eles podiam ter o mesmo ou um impacto semelhante no que diz respeito a outros casos que ocorreram no Peru, onde os direitos estabelecidos na CADH foram violados (VON BOGDANDY; FERRER MAC GREGOR, MORALES ANTONIAZZI, PIOVESAN, SOLEY, 2016).

Na interpretação da sentença sobre o mérito, a Corte Interamericana declarou que a aprovação de uma lei que é manifestamente contrária à CADH representa uma violação à Convenção e, portanto, dá origem a responsabilidade internacional. Por esta razão, e dada à natureza da violação resultante de leis de anistia, a sentença de mérito no caso *Barrios Altos* tem efeitos gerais (CORTE IDH. 2001). Considerou inadmissíveis as disposições da lei de anistia, e de qualquer norma que considerasse extinta a punibilidade dos crimes caracterizados como graves violações dos direitos humanos, tais como tortura, execuções arbitrárias e desaparecimento forçado de pessoas, impondo o impedimento à investigação e sanção dos responsáveis

A Corte "[...] considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran

oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención," de forma a caracterizar violação da proteção judicial consagrado no art. 25 da CADH "impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso" (CORTE IDH. 2001).

Como decorrente da sentença a Corte IDH reconheceu o direito à verdade, quando atribuiu o direito dos familiares das vítimas sobreviventes e das falecidas de conhecer a verdade acerca dos fatos ocorridos, concernentes em esclarecer os fatos e as responsabilidades correspondentes. Referido direito se encontra subsumido nos artigos 8 e 25 da CADH. (CORTE IDH. 2001).

O caso acima representa um marco porque é a primeira vez que um tribunal internacional determina que as leis nacionais são desprovidas de efeitos jurídicos no âmbito do sistema normativo estatal onde foram adotadas e, conseqüentemente, obriga o estado a agir como se essas leis nunca tivessem sido promulgadas (CORTE IDH.2001).

3 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: OUTROS CASOS EMBLEMÁTICOS NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Outro caso emblemático e não menos importante foi a Última Tentação de Cristo (*Olmedo Bustos et al. vs. Chile*), no qual a Corte Interamericana exercia o controle de convencionalidade sobre a Constituição Chilena. Como resultado desta prática, a Corte Interamericana tem sido comparada a uma espécie de tribunal constitucional para a região, com um mandato diferente da do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. (FERRER. 2013).

O *Caso Olmedo Bustos et al vs. Chile* foi o primeiro a tratar da liberdade de pensamento e expressão, com efeitos *erga omnes* para os Estados Latinoamericanos e Carinbenhos, e também a discutir a origem e fundamentos da responsabilidade internacional dos Estados (CORTE IDH. 2001).

Em voto em separado, o juiz Cançado Trindade admitiu nos fundamentos da decisão, que a responsabilidade de um Estado parte na CADH ou tratado do mesmo gênero surge no momento que ocorre uma ação ou omissão, caracterizado como um ilícito internacional imputável ao Estado por violar cláusulas do referido tratado, realizado por agentes de um dos Poderes, independente de hierarquia e de competência.

A atribuição da conduta violadora de um direito humano por parte de um agente ou um órgão estatal seja, de que poder for, não condiciona em nenhuma hipótese a responsabilidade internacional do Estado, que deverá restabelecer à vítima o gozo de seus direitos, fazer cessar a violação e reparar todas as consequências produzidas. (CORTE IDH. 2001).

Adverte ainda em seu voto, que qualquer norma do direito interno, independentemente de sua hierarquia, poderá comprometer o Estado se ela for incompatível com tratados de direitos humanos, e no caso concreto, a violação se torna continuada. A existência de vítimas torna a violação concreta.

A regra de esgotamento de recursos do direito interno é de natureza processual e não substantiva, não condicionando o reconhecimento da responsabilidade internacional, mas e somente como condição de procedibilidade da petição ou denuncia. Essa regra *"tiene contenido jurídico propio, que determina su alcance (abarcando los recursos judiciales eficaces), el cual no se extiende a reformas de orden constitucional o legislativo"*(CORTE IDH. 2001).

A modificação da legislação, no âmbito da jurisdição interna, para harmonizar-se com as cláusulas de um tratado depende da vontade política e principalmente da judicial. Essa modificação poderá, diante de um caso concreto, expressar uma reparação não pecuniária, ou ainda mais, a expressão da *"comprensión de que de ese modo se estará dando expresión concreta a valores comunes superiores, consustanciados en la salvaguardia eficaz de los derechos humanos"* (CORTE IDH. 2001).

Apesar dos precedentes jurisprudenciais discutindo a matéria, a doutrina foi formalmente criada pela decisão no caso *Almonacid Arellano et al vs. Chile*, em 2006 (CORTE IDH. 2006).

O Sr. Almonacid Arellano, chileno ativista do Partido Comunista, foi morto no início do governo militar que chegou ao poder em setembro de 1973. Seus assassinos foram libertados nos termos da legislação de anistia. O Tribunal Regional finalmente decidiu que o Chile cumpriu as suas obrigações nos termos dos artigos 1, 2, 8 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, uma vez que tinha mantido nos livros o decreto de anistia aprovada pelo governo Pinochet que impediu os assassinos do Sr. Arellano de serem processados e condenados (CORTE IDH. 2006).

Os tribunais civis (até mesmo o Supremo Tribunal do Chile) tinham sido inflexíveis para tomar estes casos de controle afastados. Em suma, a Corte Interamericana encontrou no

Chile violação das disposições da CADH, sobre direito de acesso à justiça e independência judicial (CORTE IDH. 2006).

Este caso centrou-se na responsabilidade internacional do Estado chileno, resultante da sua adoção e implementação do Decreto 2191, em 1978, que concedeu uma anistia geral a todos os responsáveis por crimes cometidos entre 11 de setembro de 1973 e 10 de março de 1978, caracterizados como desaparecimentos forçados e execuções arbitrárias (CORTE IDH. 2006).

A implementação judicial do decreto teve o efeito imediato de encerrar todas as investigações, que evidentemente culminaram com o arquivamento do caso sobre a execução extrajudicial de Luis Alfredo Almonacid Arellano, que tinha sido executado pela polícia no contexto das violações generalizadas dos direitos humanos, após golpe de Estado do general Augusto Pinochet, em 1973 (CORTE IDH. 2006).

Apesar da relevância da matéria e do caso acima, a expressão controle de convencionalidade, no entanto, foi usada pela primeira vez pelo juiz García Ramírez em seu voto no caso *como Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (que seguiu o precedente Barrios Altos) (CORTE IDH. 2003), ao afirmar que em relação às obrigações em nível internacional, não é possível dividir o Estado, para submeter às decisões da Corte um ou alguns dos seus órgãos.

A responsabilidade internacional repercute em seu conjunto. Não é possível sectionar internacionalmente o Estado, obrigando perante a Corte somente a um ou alguns de seus órgãos "*[...] sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del "control de convencionalidad" que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional* (CORTE IDH. 2006).

A ideia foi desenvolvida no caso *Tibi vs. Ecuador*, na sentença prolatada em 2004, no sentido de que os Tribunais Constitucionais supervisionam a constitucionalidade das leis, enquanto a Corte Internacional de Direitos Humanos decide sobre o convencionalismo desses atos. "*[...] A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público y, eventualmente, de otros agentes sociales al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática [...]*" (CORTE IDH. 2004).

Finalmente, no caso *Vargas Areco vs. Paraguai* foi destacado que o controle de cumprimento surge a partir do confronto dos fatos em causa e as disposições da Convenção Americana e que é um mecanismo para a aplicação do direito internacional dos direitos humanos a nível nacional (CORTE IDH. 2006).

O caso do Paraguai é bastante revelador de novos interesses da CIDH também no *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. A Corte constatou que o Paraguai era culpado não só pelas violações às garantias processuais típicas (desta vez, contra um grupo indígena), mas também por não garantir a propriedade da comunidade indígena e discriminação contra as pessoas *Xakmak Kásek* (CORTE IDH. 2010).

Também significativa entre os novos casos, foi o caso *Velez Llor vs. Panamá*, que tinha um novo objeto de análise para a Corte IDH, ou seja, a situação de migrantes em situação irregular. Jesús Vélez Llor, de nacionalidade equatoriana, ilegalmente entrou Panamá em 2002. Ele foi detido, torturado e condenado sem o devido processo legal. Finalmente, a CIDH concedeu *Mr. Velez Llor* reparações de dinheiro. O Estado Panamenho também foi condenado a investigar em suas alegações de tortura e descobriu que a legislação de migração do país era incompatível com a CADH.

O Tribunal reiterou o seu parâmetro de convencionalidade mais tarde, em casos como *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008) e em outros envolvendo México (2009), Colômbia (2010), México (três vezes em 2010), Paraguai (2010), Bolívia (2010), Panamá novamente (2010), Brasil (2010), Uruguai (2011) e Venezuela (2011).

Em 1979, a Lei de Anistia do Brasil (Lei nº 6683) foi considerada inconveniente no famoso caso de *Gomes Lund*, decidido, em 24 de novembro de 2010. A legislação da anistia havia sido confirmada pelo STF, quando se pronunciou sobre a ADPF 153, provocada pela Ordem dos Advogados do Brasil.

O caso contra o Uruguai (Gelman) em 2011 foi para o centro das preocupações sobre o controle de convencionalidade e a governabilidade democrática. A Suprema Corte daquele país tinha declarado a constitucionalidade das leis de anistia que foram validadas por dois referendos, desprezando a decisão da Corte IDH que tinha considerado não convencional.

No entanto, afirmou que o governo da maioria (Lei de Validade submetida há dois referendos em 1989 e 2009) não deveria ser óbice para o controle de convencionalidade. Recentemente, o Congresso uruguaio revogou a Lei de validade, de modo a adaptar-se às orientações da CIDH.

Em linha com a sua jurisprudência em matéria de justiça de transição, o Tribunal Interamericano declarou nula a norma de anistia chilena, *ab initio*. Ele determinou que, nos casos em que o legislador falha em seu dever em abolir leis contrárias à CADH, o sistema judicial continua obrigado a respeitar e garantir os direitos protegidos pela Convenção. Como tal, os juízes devem exercer o controle de convencionalidade e garantir que as disposições da

Convenção Americana não sejam prejudicadas pela implementação ou aplicação de leis que violem seu objeto e finalidade(CORTE IDH. 2006).

Dois meses depois, este precedente foi reiterado, embora com ligeira variação, no caso *Aguado Alfaro et. al. vs. Peru*. Esta decisão cita efetivamente os critérios de Almonacid Arellano para o controle de convencionalidade, mas especifica seus critérios em duas formas: (i) controle de convencionalidade surge "*ex officio*", sem necessariamente ser solicitado por qualquer das partes; e (ii) deve ser exercido no âmbito das respectivas competências das autarquias e das normas processuais correspondentes (CORTE IDH. 2007).

Casos como o de Almonacid reapareceram em muitas partes da América Latina durante a transição política para a democracia. No México, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão em *Los Halcones* onde se recusou a aplicar as normas internacionais que consideram que o genocídio e delitos conexos não se enquadram nas limitações da legislação estatal. *Almonacid* no Chile colocou questões semelhantes, como as que *Arancibia Clavel* (2004) e *Mazzeo* (2007) também ocasionaram na Argentina. Esta decisão foi um avanço extraordinário em face da transição chilena, uma vez que obrigou as autoridades a lidarem com as realidades de um passado desagradável. No entanto, não teve os efeitos esperados porque o caso ainda não tenha sido totalmente resolvido. (BECERRA RAMÍRES. 2006)

Os primeiros casos que trataram do controle de convencionalidade foram sutis e suas decisões não foram impositivas no sentido de revogação das leis internas que concediam algum benefício penal ou processual aos autores das graves violações, nem tampouco houve a caracterização de crimes contra a humanidade.

As decisões posteriores mostraram mais coragem, como o Tribunal reafirmou-se e afirmou esta preferência política. Exemplo dessa atuação destemida da Corte está no *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, onde a CtDH, por unanimidade de votos de seus juízes, afirmou definitivamente sua doutrina de controle de convencionalidade, ao se posicionar: "*las interpretaciones "constitucionales" y "legales" que realicen los jueces y órganos de impartición de justicia mexicanos en todos los niveles, deben realizarse a la luz no sólo de los instrumentos internacionales cuyo compromiso adquirió el Estado mexicano, sino también de la jurisprudencia de la Cortes*"(CORTE IDH. 2010).

No Caso ainda foi ratificada a necessidade de que "*las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la*

jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso", como nos Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y Rosendo Cantú (CORTE IDH. 2010).

Quanto à atuação dos juízes mexicanos, a CtDH ratificou sua posição de que eles devem realizar *"interpretaciones constitucionales y legales que permitan a "las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares tener derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal competente, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia"* (CORTE IDH. 2010).

Ressaltou a CtDH a importância do sujeito passivo que *"trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario"*, (CORTE IDH. 2010) mas essa orientação aos juízes se aplica *"no solo para casos de tortura, desaparición forzada y violación sexual, sino a todas las violaciones de derechos humanos"*(CORTE IDH. 2010).

O controle difuso e concentrado de convencionalidade devem ser exercidos pelos juízes mexicanos, obrigação essa que resulta imediata e com independência das reformas legais que o Estado deve adotar no Código Penal Militar, em atendimento as cláusulas da CADH, destacando que essa é uma obrigação do Estado, não apenas em relação à legislação nacional, mas também em relação a qualquer instrumento internacional, do qual o Estado haja ratificado, e as normas de *jus cogens*(CORTE IDH. 2010).

As normas internas, devido ao processo constitucional, contra normas habituais e convencionais internacionais que especificam que o homicídio, em um contexto de genocídio, não está abrangido pelas leis internas não poderá ser uma limitação à atuação das Cortes Internacionais.

4 PARÂMETROS DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE REALIZADOS PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte Interamericana tem aplicado aspectos refinados de controle de convencionalidade em muitos casos contenciosos, aumentando seu escopo para abranger não só os juízes e entidades judiciais, mas também as autoridades de modo mais geral, inclusive do poder legislativo, e fazendo o seu exercer relevante para alcançar a conformidade com a com as regras da Corte como referência para controle de convencionalidade, que foi feito e ainda é realizado em julgamentos que envolve a responsabilidade internacional de catorze

estados diferentes: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Guatemala, México, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela, o que significa a metade dos Estados que reconheceram a competência contenciosa da Corte Interamericana (CARNOTA 2012).

Os parâmetros do mecanismo de controle de convencionalidade também foram criados por pareceres consultivos e não apenas por meio de sentenças definitivas em casos contenciosos e resoluções de cumprimento de sentença. Ao adotar recentemente parecer consultivo n. 21, a Corte Interamericana declarou que os diferentes órgãos do Estado devem realizar o controle correspondente de conformidade com a Convenção, com base também nas considerações do Tribunal no exercício da sua função não contenciosa ou jurisdição consultiva, que inegavelmente compartilha com sua competência contenciosa o objetivo do sistema do interamericano de direitos humanos, que é a proteção dos direitos fundamentais do ser humano (MAZZUOLI. 2016).

O Tribunal esclareceu que a interpretação dada a uma disposição da Convenção (*res interpretata*) através de um parecer consultivo fornece a todos os órgãos dos Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), incluindo aqueles que não são partes na Convenção uma fonte que também contribui, especialmente de forma preventiva, para alcançar o respeito e garantia dos direitos humanos (MAZZUOLI. 2016).

A base legal do controle de convencionalidade está localizada principalmente nos artigos 1.1, 2 e 29 da CADH, e nos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Os artigos 1.1 e 2 da CADH tratam dos deveres do Estado para desenvolver práticas que assegurem o respeito efetivo dos direitos e liberdades consagrados no pacto, o que exige que as leis nacionais sejam interpretadas de modo a cumprir com as suas obrigações de respeitar e garantir os direitos humanos.

O artigo 29 da CADH estabelece o dever das autoridades para permitir o gozo e exercício dos direitos estabelecidos na CADH em toda a extensão possível, efetuando a interpretação mais favorável de leis para que isso ocorra.

Por fim, o dever dos Estados de assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes da CADH é reforçado, de forma subordinada, pelos princípios da boa-fé, a eficácia e o *pacta sunt servanda*, bem como por uma proibição judicial nos contornos do direito interno como um óbice e uma justificativa para o não cumprimento dos Tratados (em conformidade com os artigos 26 e 27 da Convenção de Viena). Coletivamente, estes aspectos constituem a base jurídica de controle de convencionalidade (MAZZUOLI. 2016).

O artigo 25 da CADH, adicionalmente, faz parte da base jurídica do controle de convencionalidade judicial, na medida em que esta disposição se refere ao direito a um recurso simples, rápido e eficaz a uma corte ou tribunal competente para a "proteção" contra atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, as leis do estado em causa ou pela própria Convenção.

Assim, esta disposição constitui um elemento integrante dos direitos, na medida em que estabelece um direito à garantia dos direitos fundamentais consagrados na Convenção e em fontes nacionais. (MAZZUOLI. 2016).

Os fatores que moldam a doutrina do controle de convencionalidade podem ser classificados da seguinte forma: (i) as autoridades a que se aplicam, (ii) à medida que as autoridades devem exercer o controle, e (iii) o corpo de leis que provocam o dever para a prática de controle de convencionalidade (CARNOTA 2012).

Com relação ao primeiro elemento, pode-se argumentar que o controle é de grande alcance e envolve todas as autoridades estatais (sejam eles órgãos executivos, legislativos ou judiciais) como o dever de respeitar e garantir os direitos, conforme detalhado em artigos 1.1, 2 e 29 da CADH. Ele se aplica ao Estado como um todo e, como tal, não pode ser sujeito às divisões de poder criados ao abrigo do direito nacional. No entanto, a responsabilidade pelo cumprimento desta obrigação recai principalmente sobre o sistema judicial e sobre todos os órgãos judiciais, incluindo-se os tribunais constitucionais devido ao seu papel central na ordem judicial nacional, como órgão de proteção dos direitos fundamentais (os nacionais e os provenientes de convenções), tal como estabelecido no artigo 25 (proteção judicial) e 1.1 da CADH (dever de respeitar e de garantia)(CARNOTA 2012).

Como tal, os juízes nacionais, independentemente da sua posição, têm nível de autoridade ou área de especialidade, e deve agir como os guardiões primários e autênticos dos direitos consagrados na CADH. Desta forma, os juízes nacionais também se tornaram um tipo de juiz Interamericano(CARNOTA 2012).

A descrição acima não significa que todas as autoridades devem exercer controle de convencionalidade, na mesma medida, como a forma precisa em que este é realizado é determinada pela legislação nacional. Este segundo elemento, à medida que as autoridades devem realizar o controle, foi objeto do Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)*. Vs. *Perú* (CORTE IDH.2007), onde o Tribunal de Justiça determinou que as autoridades (juízes, neste caso) deviam exercer controle de convencionalidade "*ex officio*", mas evidentemente, no âmbito das respectivas esferas de competência e de conformidade como os correspondentes regulamentos processuais(CARNOTA 2012).

Assim, a prática do controle de convencionalidade pode ser significativamente mais ampla em sistemas de controle difuso, por exemplo, onde todos os juízes têm o poder de se abster de aplicar as leis em um caso particular se for considerado que esta violaria a constituição nacional. Por outro lado, o nível de controle irá diminuir nesses sistemas, onde os poderes para interpretar a constitucionalidade das leis, são mais centralizados, embora a obrigação de adotar uma interpretação de acordo com a CADH, em qualquer caso, permanece(CARNOTA 2012).

O fato de existirem diferentes níveis de controle não exclui o dever das autoridades de realizar o controle *ex officio*, sempre e de acordo com as suas competências e os regulamentos processuais correspondentes(CARNOTA 2012).

As leis que servem como base para o controle de convencionalidade são as indicadas no *corpus juris* da Corte; o bloco de convencionalidade real. Isso inclui os tratados internacionais de direitos humanos criados no âmbito da OEA e outros instrumentos de *soft law* relevantes que qualificam a extensão das obrigações descritas no tratado internacional (CARNOTA 2012).

Assim, o corpo de leis que estabelecem os parâmetros de controle são os estabelecidos nos instrumentos internacionais em vigor e outros que porventura sejam adotados: CADH e seus dois protocolos adicionais sobre Direitos Econômicos, sociais e culturais (Protocolo de San Salvador) e sobre a abolição da pena de morte; outros tratados, como a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura; a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher ("Convenção de Belém do Pará"); e a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas com Deficiência(CARNOTA 2012).

Naturalmente, o corpo de leis que dão origem a controle de convencionalidade irá variar em cada caso, dependendo se um estado tenha ratificado ou aderido ao instrumento e tendo em conta as reservas que não contrariem o objetivo e a finalidade do tratado. Tomadas em conjunto, essas leis podem ser vistas como constituindo um “bloco de convencionalidade” autêntico (que eventualmente pode também incluir um “bloco de convencionalidade” a nível nacional).

No entanto, uma parte fundamental da doutrina do “controle de convencionalidade” (desde que o caso de *Almonacid Arellano*) tem entendido que os Estados têm a obrigação de não apenas aplicar a CADH e CJ interamericana de forma mais geral, mas também para interpretar o *corpus juris* da mesma maneira como a Corte Interamericana.

Este organismo de interpretação das disposições da Convenção não se limita a incluir sentenças em casos contenciosos, mas também as contidas em outras resoluções que foram emitidas pela Corte e pareceres consultivos da CDH. Como tal, as interpretações também incluem as decisões relacionadas com as resoluções de medidas provisórias; as resoluções emitidas no monitoramento do cumprimento das decisões judiciais; e mesmo aqueles nos pedidos de interpretação da sentença, na forma do artigo 67 da CADH.

Da mesma forma, as interpretações decorrentes de pareceres consultivos, com destaque no artigo 64 do Pacto, também devem ser consideradas, justamente porque o objetivo delas é a interpretação da Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos.

As autoridades nacionais devem, portanto, aplicar a jurisprudência da Convenção (desde que este seja mais favorável nos termos previstos no artigo 29 da CADH), incluindo a partir de casos em que o Estado em questão não tenha sido envolvido. Isso ocorre porque a jurisprudência da Corte Interamericana é determinada pelas interpretações que este órgão faz do *corpus juris* interamericano com o objetivo de criar normas regionais sobre sua aplicabilidade e eficácia.

Este aspecto é considerado de extrema importância para ganhar uma compreensão exata do controle de convencionalidade, quando se visa a reduzir a obrigatoriedade da jurisprudência da Convenção apenas para os casos em que o Estado tem sido um “partido direto” equivaleria a uma negação da própria essência da CADH; das obrigações que são aceitas pelos Estados nacionais no momento da assinatura, ratificação ou adesão à Convenção, e da qual os passivos internacionais surgem onde os Estados não cumprem.

Com efeito, o poder normativo da CADH é aquele que é definido pela Corte Interamericana. As interpretações da Corte sobre as disposições da Convenção de adquirir o mesmo estatuto que as próprias disposições, porque, na realidade, as regras da Convenção são um resultado da interpretação da Convenção que a Corte Interamericana oferece como uma instituição autônoma judicial cujo objetivo é a aplicação e a interpretação do *corpus juris* interamericano. Em outras palavras, são as interpretações da CADH, que em última análise, constituem a sua jurisprudência(QUINCHE RAMÍREZ.2013).

Nesse sentido pode-se identificar pelo menos três objetivos principais da doutrina de controle de convencionalidade, para conseguir um nível de *compliance* e de efetividade no cumprimento das sentenças da Corte IDH(QUINCHE RAMÍREZ.2013).

O primeiro é para evitar a implementação de leis nacionais que são manifestamente incompatíveis com a Convenção Interamericana e que são nulas e sem efeito *ab initio*; como é

o caso das leis de anistia que permitem a impunidade para casos de desaparecimento forçado, execuções extrajudiciais, crimes contra a humanidade e outras graves violações dos direitos humanos.

O segundo objetivo é servir como um mecanismo, que permite que todas as autoridades estaduais, atendam de forma satisfatória as suas obrigações de respeitar e garantir os direitos protegidos na CADH e outros tratados; e para cumprir com decisões que impõem responsabilidade internacional contra o Estado a que estas autoridades pertencem. Desta forma, a doutrina visa reforçar a complementaridade (subsidiariedade) dos sistemas nacionais e interamericanos para criar um sistema integrado genuinamente de proteção dos direitos humanos.

O terceiro e último objetivo é servir como uma ponte ou um meio através do qual se facilita e aumenta o diálogo, especialmente o diálogo judicial, entre os tribunais nacionais e a Corte interamericana sobre o tema dos direitos humanos, e com isso permitir a realização eficaz desses direitos. Esse talvez seja o maior desafio dado o desinteresse de conhecer e compreender as decisões da Corte IDH.

Representa, portanto, um componente-chave na criação e unificação de uma *ius comuna constitutionale* que protege a dignidade de todos os indivíduos e fortalece a democracia constitucional na região(FERRER MAC-GREGOR.2013).

A jurisprudência da CIDH sobre o controle de convencionalidade trouxe uma nova dimensão na proteção dos direitos humanos no Hemisfério Ocidental. Tem sido usado como uma regra absoluta quando se lida com os efeitos jurídicos da política de transição. Todavia, deve-se ressaltar que o Brasil se posicionou pela constitucionalidade da Lei de Anistia, quando o STF julgou a ADPF nº153 improcedente, considerando constitucional a referenciada lei (FERRER MAC-GREGOR.2013).

A lógica do controle de convencionalidade é construída levando-se em conta a revisão judicial clássica, porque assim como toda a legislação deve ser coerente com a Constituição, na jurisdição doméstica, todas as normas internas (incluindo a Constituição de um país) devem estar em sintonia com o de Tratado San José da Costa Rica, uma convenção internacional assinada sob a autoridade constitucional(QUINCHE RAMÍREZ.2009).

Por mais simples que possa parecer, o controle de convencionalidade coloca enormes dilemas políticos e legais ainda no Século XXI, ao examinar-se os conflitos entre a Constituição de um Estado e a CADH, ou ainda a jurisprudência de um órgão estatal jurisdicional e a jurisprudência da Corte IDH, e ainda quando os princípios essenciais penais, como não retroatividade e coisa julgada devem ser deixados de lado por completo, se a Corte

IDH decide pela punição efetiva dos autores das graves violações de direitos humanos ou devem sempre ser preservados como uma garantia de direitos humanos.

Outro sério problema é o da exigência de esgotamento dos recursos colocados à disposição das vítimas na esfera da jurisdição doméstica. Essa exigência de esgotamento dos recursos locais, a menos que esses recursos sejam de alguma forma inadequados, coloca a Corte IDH numa situação delicada politicamente, porque muitas vezes acaba julgando judiciários locais. Além disso, os reclamantes regularmente têm acesso ao Sistema Interamericano com alegações de violações ao devido processo legal, bem como a Corte tem pedido repetidamente nos tribunais nacionais para reabrir casos encerrados.

O controle de convencionalidade é teoricamente enraizado no núcleo de Direito Internacional, ou seja, *pacta sunt servanda* (o caráter vinculativo dos tratados internacionais), boa fé; interpretação das obrigações internacionais e a proibição da utilização de normas internas para ignorar acordos bilaterais ou multilaterais, de modo para torná-los eficazes (efeito útil). Esta doutrina não era inteiramente nova: a UE tinha encabeçado de ofício “controle de convencionalidade” quando o TJCE emitiu sua decisão em *Simmenthal* em 1978 (SEGADO. 2012).

De acordo com o Direito Internacional, as regras nacionais são meros fatos com nenhum poder dominante sobre eles. Os juízes sofrem, a partir de uma síndrome dividida entre lealdade, tendo que escolher entre sua lealdade à Constituição nacional e sua observância do Tratado de San José de Costa Rica (SAGUÉS.2010).

O controle de convencionalidade, portanto, teve um duplo significado: a) como uma arma centralizadora da CIDH, a fim de consolidar o seu corpo de jurisprudência; b) como um dever de descentralizar e colocar sobre os ombros dos juízes nacionais a adaptação das suas decisões com critérios CIDH (FERRER MAC-GREGOR.2013).

Como em muitos contextos transnacionais de justiça (HITTERS. 2009), a Corte IDH está passando por um processo de hibridação porque sua influência está sendo absorvida pelas judiciários nacionais, e até mesmo por atores não judiciais.

Do ponto de vista legal, o controle de convencionalidade centralizado apresenta desafios significativos para os sistemas de recursos descentralizados (como da Argentina, Brasil e do México), onde não há um corte do vértice único em lidar com questões constitucionais e, inversamente, onde todos os juízes ordinários são dotados com amplos poderes de triagem constitucionais numa base caso-a-caso, como nos Estados Unidos.

O Controle de convencionalidade tem sido uma forma fácil para os tribunais nacionais transferirem efetivamente a responsabilidade judicial à Corte IDH. Este organismo

regional empunha a considerável influência e prestígio, uma vez que é considerado menos corrupto e mais isolado da politicagem doméstica¹. Entretanto, para os tribunais nacionais o controle de convencionalidade pode afigurar-se como um instrumento de redução da soberania judicial.

Alguns autores realisticamente observam que a Corte IDH é atualmente mal adaptada para uma função tão gigantesca. As suas decisões não são amplamente publicadas e totalmente relatadas; suas participações são extremamente exaustivas e vagamente formuladas; decisões muito extensas e confusas, com opiniões concordantes e divergentes em abundância; orçamento insuficiente (GONZALES. 2006) e com uma pauta muito extensa, e levando-se em conta ainda que os reclamantes não tenham acesso direto a pedir reparação, como os europeus, sob a égide do Tratado de Roma.

Apesar de seu peso considerável, alguns tribunais nacionais têm utilizado a interpretação que lhe é mais conveniente, mas com contornos de convergência com a jurisprudência da Corte IDH, conforme *Alexandra Huneus* (2016) demonstrou em um recente estudo comparativo como a Suprema Corte chilena, a Suprema Corte da Argentina e do Supremo Tribunal da Venezuela se envolveram em jogos de rebelião.

Estes três casos dizem de respeito a fatos muito diferentes. O Judiciário chileno agiu até *Almonacid Arellano* de uma forma conservadora, enquanto o Tribunal da Venezuela é ilustrativo da chamada latino-américa de Nova Esquerda. A Suprema Corte da Argentina, ao contrário, não está interessada na rejeição das decisões San José de Costa Rica (GONZALES. 2006).

Nos processos judiciais em causa o Tribunal Argentino manteve uma distância segura do que era uma lei complexa e cheia de limitações. Ele agiu indiferentemente ao invés de desafiadoramente. O Tribunal argentino geralmente segue as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e conforma-se à CADH, observando o controle de convencionalidade mesmo sem qualquer pedido das partes envolvidas (GONZALES. 2006).

Contrariamente à posição atual do Tribunal, o procurador-geral argentino afirmou em seu breve parecer em Acosta (10 de março de 2010) que o controle de convencionalidade envolve um tipo de processo falacioso. É interessante avaliar este parecer cético, uma vez que o procurador-geral não dirige o Departamento de Justiça (como nos Estados Unidos), mas como um oficial constitucional (artigo 120, Constituição Argentina), ele dirige todos os procuradores e, além disso, vela pelas prerrogativas e pela independência funcional da

¹ John Stack observa que o Tribunal fala com uma autoridade moral que nenhuma outra instituição hemisférica pode reunir abraçando o Estado de direito, as preocupações fundamentais do devido processo legal, e a convicção firme de que o poder do Estado deve ser responsabilizado para abrir democrática instituição.

Instituição. Ele tem algumas semelhanças com o Procurador Geral do Ministério Público Brasileiro (artigo 127, Constituição brasileira de 1988). Tanto na Argentina como no Brasil se confia no MP nacional com tarefas de cumprimento dos direitos humanos, de modo que uma tomada negativa sobre a observância do controle de convencionalidade pelo chefe oficial do MP Argentino não é uma questão insignificante (GONZALES. 2006).

O Estado Venezuelano está em situação de inadimplência com a CtDH, no tocante ao cumprimento das suas sentenças, que impõe responsabilidade àquele país, para reintegrar três juízes ou indenizá-los, objeto do Caso Apitz Barbera. O Supremo Tribunal da Venezuela não só se recusou a obedecer à decisão e pediu ao presidente do país para retirar-se da Corte Interamericana de DH completamente. Essa reação caracteriza uma marca da esquerda latino-americana, que passa a ser extremamente nacionalista, e este episódio é um exemplo disso (HUNEES. 2016).

Em setembro de 2011, outro caso interessante surgiu contra a Venezuela, desta vez envolvendo especificamente o controle de convencionalidade. No caso, foi argumentado no caso Lopez Mendoza (CORTE IDH. 2011) que seus direitos políticos tinham sido usurpados, uma vez que processos administrativos impediram de concorrer a um cargo para prefeito, apesar do Tratado de San José só admitir impedimento para pleitos eleitorais, em caso de condenações penais contra os candidatos. A Corte IDH finalmente decidiu imputar responsabilidade internacional contra a Venezuela, com fundamento no artigo 23 da CADH.

O cerne da questão residia no fato de se observar o artigo 8.1. da CADH, salvaguardando a segurança jurídica sobre o momento em que se pode impor uma sanção. A CORTE IDH utilizou, para decidir o caso, os critérios para impor uma sanção anteriormente fixada pela Corte Europeia: " *i) adecuadamente accesible (ECHR 1984), ii) suficientemente precisa (ECHR 1984), y iii) previsible (ECHR 2020).*" Esses critérios sintetizam o que a ECHR denomina de teste de previsibilidade.

O teste de previsibilidade pressupõe: "*i) el contexto de la norma bajo análisis; ii) el ámbito de aplicación para el que fue creado la norma, y iii) el estatus de las personas a quien está dirigida la norma (ECHR 2020).*" Esses requisitos são aplicados a todas as leis, administrativas ou penais, que tenham imposição de sanção, não excluindo as leis penais em branco, mas desde que observado o princípio da tipicidade (CORTE IDH. 2011). Nesse caso o controle de convencionalidade teve o condão de ressaltar a necessidade de ativismo por parte dos juízes mexicanos ao aplicar a lei nacional que seja inconstitucional frente às cláusulas da CADH ou que constituam graves violações de direitos.

A CtDH, em muitos casos, está restringindo a margem de interpretação dos juízes nacionais, como no caso de desaparecimento forçado de pessoas, com a recomendação de declaração de nulidade das leis que adotaram a anistia como forma de extinção da punibilidade para referidas violações.

A Corte concebeu o controle de convencionalidade de uma forma geral e inicialmente tênue, mas ao longo de sua atuação, demonstra que a segurança humana depende do respeito às normas de direitos humanos, em especial aquelas criadas no âmbito internacional regional, como o Sistema Interamericano, que abarca as regionalidades e peculiaridades dos povos americanos (SAGUÉS.2010.).

Observa-se que a CtDH procura promover uma cultura de direitos humanos e conseqüentemente a constitucionalização do Tratado de San José (SAGUÉS.2010.), com o apoio precário da OEA, seja político ou financeiro.

O controle de convencionalidade, na essência, busca convalidar a supremacia do Direito Internacional dos Direitos Humanos, exigindo dos poderes nacionais dos Estados uma observância rigorosa no momento da elaboração das leis e de sua aplicação. Em que pese o mecanismo do controle ser destinado diretamente ao Poder Judiciário, ele não exime qualquer outro poder ou órgão, podendo-se falar em ativismo jurídico dos poderes constituídos.

Alegar que existe uma relação frágil entre controle de convencionalidade e o princípio da legalidade, tal como definido em normas constitucionais, seria negar o próprio controle de convenções, e em última análise, permitir que toda a construção normativa internacional de direitos humanos, realizada pelos próprios Estados, que dela participam, fosse desprezada, assim como o ser humano, que é seu motivo.

O controle de convencionalidade gera interação horizontal entre os Tribunais Superiores, como também envolve relações verticais entre a constituição doméstica e/ou Cortes Supremas, por um lado, e jurisdições regionais ou mundiais, sobre outro.

A CIDH e os juízes nacionais, independentemente do grau de jurisdição e de sua hierarquia estabelecem relações e seus efeitos são sentidos quando analisada a jurisprudência da Corte IDH. Como resultado, a CtDH está propensa a conferir expansão aos efeitos de sua interpretação sobre as suas decisões e sobre a interpretação literal e teleológica das cláusulas do Tratado de San José, criando o seu bloco de constitucionalidade (GONTIJO.2016), que se caracteriza como mecanismo de harmonização horizontal entre o direito constitucional e o direito internacional dos direitos humanos, quebrando a barreira da disputa hierárquica entre um e outro, e propiciando nas novas democracias, nos regimes de transição, a autonomia do Poder Judiciário, frente aos Poderes Executivo e Legislativo, utilizando a jurisprudência da

CtDH, suas recomendações e interpretações da CADH como fonte direta dos direitos humanos juntamente com as normas de direitos humanos consagradas nas constituições.

5 CONCLUSÃO

O controle de convencionalidade se afigura como instrumento de *compliance* no Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem sido questionada em muitos países em face de alguns institutos penais e processuais penais que se afiguram como garantias constitucionais fundamentais no sistema normativo interno, como coisa julgada, legalidade, *non bis in idem* e outras salvaguardas de direito penal, porque devem ser afastados quando se tratar de repressão das violações dos direitos humanos. Como resultado, aumentou a tensão entre a ordem jurídica interna (incluindo a constituição do país) e sua fidelidade a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Os principais temas, objeto de controle de convencionalidade, se referem ao desaparecimento forçado de pessoas, execução arbitrária e a obediência ao devido processo legal.

O desaparecimento forçado de pessoas está diretamente vinculado à atividade legislativa e judiciária. A atividade legislativa viola a CADH porque as leis de anistia extinguiram a punibilidade dos autores dos fatos praticados durante o período de conflitos armados internos. A atividade judiciária viola a CADH porque, em geral, a jurisdição penal comum ou penal militar, não realizou sua atividade de forma eficiente, identificando os autores dos crimes e como se deram os fatos, ou julgaram as leis de que concederam anistia como normas constitucionais, ao serem provocados por outros órgãos.

A obediência ao devido processo legal também se mostra um tema recorrente e que deve sofrer, segundo a CtDH, o controle de convencionalidade, porque os órgãos que devem aplicar a lei, e os que lhes são subordinados, não são estruturados de forma eficiente, ensejando demoradas decisões, procedimentos repetitivos e procrastinatórios, reduzindo a possibilidade de uma decisão fundamentada e em tempo razoável.

O controle de convencionalidade, portanto, tem a finalidade de consolidar o corpo de jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e travar um diálogo transnacional diretamente com as Cortes Constitucionais, mas impondo aos juízes de qualquer hierarquia o dever de adaptar suas decisões com os critérios da CtDH, de forma descentralizada.

O processo de interação implica unificação de sistemas jurídicos. Ele está ocorrendo paulatinamente no sistema regional interamericano, entendendo esse como uma forma de integração dos sistemas jurídicos, que se dá por unificação da legislação nacional dos países signatários do Tratado de San Jose e das suas cláusulas. A interação poderá ser por hibridação ou transplantação.

No caso do Sistema Interamericano de Direitos Humanos a integração se dá pela hibridação, que implica modificação do direito nacional dos Estados-parte no sistema normativo interamericano adequando-se às cláusulas da CADH e ao *corpus iuris* de jurisprudência, resoluções e opiniões que compõem o entendimento dos órgãos do referido sistema.

6 REFERÊNCIAS

BECERRA RAMÍRES, Manuel. *La recepcion Del derecho internacional em el derecho interno*. México: Universidad Autónoma de México, 2006.p 205

CARNOTA, Walter. **The Inter-American Court of Human Rights and Conventionality Control (July 24, 2012)**. Electronic copy available at: <https://ssrn.com/abstract=2116599> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2116599>

CORTE IDH. **Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones. Sentencia de 29 de mayo de 1999**. Serie C No. 51. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es. Acesso em 02.09.2021

CORTE IDH. **Caso Barrios Altos vs. Perú**. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es. Acesso em 02.09.2021

CORTE IDH. **Caso Gómez Palomino vs. Perú** Disponível em http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es. Acesso em 02.09.2021

CORTE IDH. **Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73. párr.1/2** Disponível em http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es. Acesso em 02.09.2021

CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es. Acesso em 02.09.2021

CORTE IDH. **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101. Disponível em

http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es. Acesso em 02.10.2016. *Voto Concurrente Razonado Del Juez Sergio García Ramírez. A La Sentencia Del Caso Mack Chang Vs. Guatemala, Del 25 De Noviembre De 2003.* "[...]"

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW. Symposium: The Constitutionalization Of International Law In Latin America Conventionality Control. America Conventionality Control. The New Doctrine Of The Inter-American Court Of Human Rights. Gelman v. Uruguay, Monitoring Compliance with Judgment, Order of the Gelman v. Uruguay, Monitoring Compliance with Judgment, Order of the Court, para. 65 (Inter-Am. Ct. H.R. Mar. 20, 2013).

GONTIJO, André Pires. Constitucionalismo Compensatório como Discurso 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. Centro Universitario de Brasília. 2016. pp. 194-198

GONZALES, Boris Barrios. La cosa juzgada nacional y el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en los estados parte, in Revista Estudios Constitucionales, Talca, Chile, p. 363-392

HUNEES, Alexandra. Introduction to Symposium on the Constitutionalization of International Law in Latin America, 109 AJIL Unbound 89 (2015). Disponível em <http://www.icconnectblog.com/2015/11/symposium-on-the-constitutionalization-of-international-law-in-latin-america/> Acesso em 02.09.2021

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel F. El Control de Constitucionalidad y El Control de Convencionalidad. En: Revista Centro de Estudios Políticos. Ministerio del Interior y de Justicia. Colombia. (jul. - dic. 2009); p. 1-37. Disponible en: <http://www.centrodeestudiospoliticos.com/descargas/1.8.pdf>

SEGADO, Francisco Fernández. La obsolescencia de la bipolaridad “Modelo Americano-Modelo Europeo” como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa. In: Parlamento Y Constitución – Anuario (separata). Universidad Castilla La-Mancha, p. 40 e ss.