

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFS**

**DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS  
HUMANOS**

**ANA MARIA D'ÁVILA LOPES**

**KARYNA BATISTA SPOSATO**

**VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA**

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

#### **Diretoria – Conpedi**

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

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

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

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

**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

#### **Conselho Fiscal**

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

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

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

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

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

D598

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

Coordenadores: Vladimir Oliveira da Silveira, Ana Maria D'Ávila Lopes, Karyna Batista  
Sposato – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-043-5

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

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de  
desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito internacional. 3.  
Direitos humanos. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

---



# XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

## DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

---

### **Apresentação**

A obra Direito Internacional dos Direitos Humanos é fruto do intenso debate ocorrido no Grupo de Trabalho (GT) de Direito Internacional dos Direitos Humanos realizado no XXIV Encontro Nacional do CONPEDI em Aracajú, entre os dias 03 e 06 de junho de 2015, o qual focou suas atenções na temática "Direito, Constituição e Cidadania: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio". Este tema norteou as análises e os debates realizados no Grupo de Trabalho, cujos artigos, unindo qualidade e pluralidade, são agora publicados para permitir a maior divulgação, difusão e desenvolvimento dos estudos contemporâneos dessa disciplina jurídica. Por uma questão didática, estes artigos foram divididos em eixos temáticos:

O primeiro trabalho o Direito Internacional do Meio Ambiente, compreendendo os seguintes artigos: Liziane Paixão Silva Oliveira e Luiz Ricardo Santana de Araújo Júnior tratam dos aspectos da proteção ambiental no âmbito da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982. Já Alessandra Gato Rodrigues analisa o Caso Belo Monte e mundialização da justiça e suas práticas para a consolidação de um sistema de justiça em âmbito doméstico e internacional dos direitos humanos.

O segundo eixo trabalha da Universalidade dos Direitos Humanos no qual Gilmar Antonio Bedin e Juliana Bedin Grando com prioridade investigam a universalidade dos direitos humanos e o seu percurso no século XX. Monique Fernandes Santos Matos trabalha a jurisprudência da Corte EDH em relação aos direitos sociais buscando verificar se tal corte internacional contribui para a expansão harmônica destes direitos no cenário europeu, identificando ainda os principais instrumentos interpretativos e linhas de argumentação. Por sua vez Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso e Bruno Marques Teixeira respondem se os direitos humanos seriam valores mínimos a serem trabalhados por toda a sociedade internacional ou se eles permitem as peculiaridades de uma cultura.

A terceira linha apresenta o controle de Convencionalidade e a Jurisdição Internacional iniciando-se com os artigos de Alessandro Rahbani Aragão Feijó que analisa a relação entre o Brasil, os tratados internacionais de direitos humanos e o controle de convencionalidade, e a influência recíproca entre a hierarquia desses tratados, o modo de operacionalização desse controle e os efeitos produzidos por ele. O artigo de Eliana Maria De Souza Franco Teixeira e Luna Maria Araujo Freitas apresenta uma proposta analítica do instituto internacional de

controle de convencionalidade, a partir da ideia de que o mesmo seria potencial ferramenta de aplicação prática do discurso jus cogens perante as jurisdições internacional e nacional.

O quarto grande eixo traz para debate os Direitos Humanos e identidade. Kátia Ribeiro de Oliveira e Juventino de Castro Aguado procuraram a fluidez moderna da cultura, da economia no sentido da interdependência dos povos. Flademir Jeronimo Belinati Martins investiga os reflexos do Sistema Internacional de Proteção de Direitos Humanos na Reaquisição da Nacionalidade pelo Brasileiro Nato que a perdeu. Guilherme Vinseiro Martins e Joao Lucas Cavalcanti Lembi sistematizam as garantias processuais dos migrantes no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, abordando os limites das prerrogativas estatais em confronto com os direitos daqueles que se encontram em seu território ilegalmente. Ainda nessa temática Patricia Fernandes Bega e Yasa Rochelle Santos de Araujo fazem um reflexão e demonstram os desafios das políticas públicas de apoio aos refugiados no Brasil. Mercia Cardoso de Souza e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima demonstram o flagelo humano, que é o tráfico de pessoas para exploração sexual por meio do caso Rantsev Versus Chipre e Rússia. Ynes da Silva Félix e Karine Luize Loro refletem acerca dos Tratados Internacionais e de Direitos Humanos no enfrentamento ao tráfico de pessoas. Clarindo Epaminondas de Sá Neto e Olga Maria B Aguiar De Oliveira por fim respondem como, dentro do Sistema Interamericano de Proteção, os direitos humanos passaram a incluir a diversidade sexual como uma categoria digna de tutela internacional.

No quinto ponto tratou-se do novo constitucionalismo colonial. Juliane dos Santos Ramos Souza tece uma crítica quanto ao modelo liberal tradicional de direitos humanos sob a ótica do novo constitucionalismo latino-americano. Flávia de Ávila apresenta breves linhas sobre o desenvolvimento da colonização Europeia em territórios Latino-americanos e o processo de dominação e aniquilamento e pelo não reconhecimento de direitos dos povos originários. Já Bianka Adamatti investiga em que medida o direito internacional dos direitos humanos se constitui como resposta às causas e às consequências destes fenômenos, na medida em que consagra, como princípios centrais, a igual dignidade dos seres humanos e a não-discriminação.

Para o sexto eixo sobre Direitos Humanos e Justiça de Transição foram reservados os seguintes artigos: Alexandre Bucci e Queila Rocha Carmona dos Santos analisam o direito à memória e o direito à verdade, ambos, considerados expressões de direitos humanos. Emerson Francisco de Assis discute a conversação transconstitucional eventualmente estabelecida entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) sobre a validade da Lei de Anistia brasileira (Lei Federal n.º 6.683/1979).

No sétimo eixo tratou-se da liberdade de expressão no âmbito internacional. José Vagner de Farias e Jorge Bheron Rocha abordam os aspectos Jurisprudenciais do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem relativamente à Liberdade de Imprensa. Gabriela Soldano Garcez apresenta o interculturalismo pela mídia na atual realidade da globalização, abordando seu conceito e diferenças com o multiculturalismo e a informação como instrumento de Educação Intercultural.

O oitavo Eixo abordou Direitos Humanos e democracia. Nele Elenise Felzke Schonardie e Renata Maciel trataram do fundamento e evolução histórica dos direitos humanos, desde a época da Revolução Americana e Revolução Francesa, destacando a democracia como forma fundamental de concretização dos direitos humanos. Thaís Guedes Alcoforado de Moraes e Bruna Dias Coimbra questionaram se a caracterização jurídica do estupro como arma de guerra é suficiente para abarcar toda a complexidade do conflito ou se termina por obscurecer a situação de profunda desigualdade de gêneros e violência generalizada. Marcos Paulo Andrade Bianchini analisou o Programa Mais Médicos e os médicos cubanos sobre o prisma dos Tratados de Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais da Constituição da República de 1988. Amanda Querino dos Santos Barbosa e Mercia Miranda Vasconcellos Cunha refletiram sob a ótica da Filosofia da Libertação, acerca do consenso que paira sobre a proteção internacional dos direitos humanos em que entendem que o problema de efetivação não decorre de fundamentação, mas sim de proteção e de efetividade dos direitos consagrados e protegidos. Roberta Amanajas Monteiro e Heloisa Marques Gimenez fizeram uma crítica sobre o modelo de democracia fundada na racionalidade europeia, na qual a concepção de sujeito, fundamenta-se a no particularismo de homem europeu, em que o Outro, o índio está excluído da concepção de sujeito de direitos e da participação política.

Por fim o nono eixo tratou das Comunidades Tradicionais. Rodrigo Portela Gomes trabalha os impactos do Ahe estreito sob a comunidade quilombola Periperi a partir da Convenção 169 da OIT. Marilene Gomes Durães e Henrique Flausino Siqueira avaliaram um caso emblemático de expropriação do conhecimento tradicional que ocorreu nas comunidades remanescentes de quilombos do Sapê do Norte, no Estado do Espírito Santo. E Rui Decio Martins versou sobre atualidade da preocupação sobre a relação entre os direitos humanos e o uso da energia nuclear na obra de Jacques Ellul.

Boa leitura!

Coordenadores:

Profa. Dra. Ana Maria DÁvila Lopes - Unifor

Profa. Dra. Karyna Batista Sposato UFS

Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira - Uninove

## O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO FERRAMENTA DO JUS COGENS PERANTE A JURISDIÇÃO INTERNACIONAL E A NACIONAL

### THE CONTROL OF CONVENTIONALITY AS A TOOL FOR THE JUS COGENS IN THE INTERNATIONAL AND NATIONAL JURISDICTION

Luna Maria Araujo Freitas  
Eliana Maria De Souza Franco Teixeira

#### Resumo

O presente artigo apresenta-se como uma proposta analítica do instituto internacional controle de convencionalidade, a partir da ideia de que o mesmo seria potencial ferramenta de aplicação prática do discurso jus cogens perante as jurisdições internacional e nacional. Notadamente em matéria de proteção dos direitos humanos, tem-se discutido quais mecanismos podem representar uma factível interação discursiva entre as jurisdições das Cortes Internacionais e das Cortes Nacionais, permitindo a aplicabilidade do princípio pro persona, como núcleo rígido que compõe o jus cogens. Desse modo, o controle de convencionalidade emerge como um desses mecanismos internacionais, mas que, paulatinamente, vem sendo incorporado junto ao discurso judicial dos Estados, como é o caso do Brasil, por exemplo. Ao buscar a compatibilização do respeito às normas protetoras dos direitos humanos em uma escala multinível, o controle de convencionalidade demanda, necessariamente o conhecimento e aplicação das aludidas normas protetivas pelos juízes, evitando-se o descumprimento de tratados e convenções ratificados livremente pelo Estado. Em última análise, o controle de convencionalidade representa uma evolução em matéria de proteção internacional e nacional dos direitos humanos, podendo futuramente indicar um cenário de diálogo argumentativo entre diferentes âmbitos normativos.

**Palavras-chave:** Controle de convencionalidade, Jus cogens, Direitos humanos, Jurisdição internacional, Jurisdição nacional.

#### Abstract/Resumen/Résumé

This article presents a proposal for analyzing the international institute named control of conventionality from the idea that it would be a potential application of jus cogens in the international and national jurisdictions. Particularly in the field of protection of human rights, it has been discussed what mechanisms may represent a feasible discursive interaction between the jurisdictions of international tribunals and national courts, allowing the applicability of the principle pro persona as hard core that forms jus cogens. Therefore, the control of compliance emerges as one of those international mechanisms, that gradually being built by the judicial discourse of the States, such as Brazil, for example. In trying to reconcile respect for the standards of protection of human rights on a scale of multiple levels, the control of conventionality necessarily requires the knowledge and application of

protection rules cited by judges, avoiding the violation of treaties and agreements freely ratified by the State. Ultimately, the control of conventionality represents an evolution in the international and domestic protection of human rights and may indicate a future argumentative dialogue scene between different regulatory frameworks.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Control of conventionality, Jus cogens, Human rights, International jurisdiction, National jurisdiction.



## INTRODUÇÃO

O presente estudo busca verificar o significado do Controle de Convencionalidade, enquanto possível mecanismo de chancela prática do *jus cogens* internacional e conseqüentemente de promoção do princípio *pro-persona*. Além disso, objetiva analisar como o Brasil com sua Constituição, mantendo sua soberania vem se posicionando perante a tal Controle por meio de decisões judiciais de segunda instância e recente manifestação da Procuradoria Geral da República. Para a consecução deste estudo vai se verificar qual é o discurso na argumentação *jus cogens* enquanto regra vinculativa, substancial, inviolável e como possível vetor transnacional dos Direitos Humanos. O artigo caracteriza-se como uma pesquisa bibliográfica, documental, descritiva e explicativa. Serão realizados estudos bibliográficos acerca do *jus cogens*, das relações verticais e horizontais de observância das normas internacionais pelos sistemas jurídicos: nacional e internacional. O objetivo principal é o de explicar o *jus cogens*, mostrar sua importância, demonstrar sua aplicação nacional e internacional e colaborar para o avanço na discussão da proteção dos Direitos Humanos, perante a atuação das Cortes Internacionais de modo a promover na esfera judicial local o controle das violações de Direitos Humanos. De outro lado, é de responsabilidade dos pesquisadores esclarecer, difundir conhecimentos desta natureza para contribuir com o progresso dos discursos e da real observância social e jurídica dos Direitos Humanos.

O ponto de partida analítico é o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca do *jus cogens* e do Controle de Convencionalidade. Após o exame da postura da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pretende-se constatar que tipo de abordagem discursiva está sendo desenvolvida “nas”, “entre” e “a partir” das decisões nacionais, por meio da compatibilização do Controle de Convencionalidade como possível vetor de engajamento prático do *jus cogens*. Para isso, serão analisadas duas sentenças em que se observa o Controle de Convencionalidade no Brasil.

Três tipos de discursos podem ser verificados para traçar a relação de aplicação das normas e das decisões internacionais como compatibilização dos discursos internacionais a

que o Estado Brasileiro encontra-se vinculado pelos Tratados por ele ratificados, sendo eles o discurso engajado, o discurso convergente e o discurso divergente.

O marco normativo de análise é a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, conhecida localmente como *Pacto de San José da Costa Rica*. Esta Convenção cria a Comissão Internacional de Direito Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos que atuam na esfera administrativa e na esfera judicial como mantenedores da proteção contra a violação dos Direitos Humanos.

Constatado o tipo de discurso praticado na Corte Interamericana será analisada como vem ocorrendo a recepção do *jus cogens* e do Controle de Convencionalidade na jurisdição brasileira para verificar e identificar em que medida o discurso judicial brasileiro é divergente, convergente ou engajado quanto ao uso do *jus cogens* e das regras sobre direitos humanos, ratificadas internacionalmente.

## **1 PANORAMA DE OBSERVÂNCIA AOS DOCUMENTOS DE DIREITO INTERNACIONAL E O CONTROLE JUDICIAL DAS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS**

Após a 2ª Grande Guerra Mundial observa-se maior interdependência entre Estados, diante da crescente fomentação das relações entre os mais diversos atores, em especial, no ambiente global, no qual se destaca o papel do Direito Internacional como o corpo de normas capaz de reger essas relações, notadamente por meio de tratados e recomendações. Tais relações entre os Estados e entre esses e outros sujeitos de Direito Internacional podem variar desde meras gentilezas, como a criação de embaixadas recíprocas, até assuntos mais graves como questões fronteiriças, relações comerciais e violação de Direitos Humanos, que é o objeto de preservação final do Controle de Convencionalidade com propósito de salvaguardar o princípio *por persona*.

Ressalta-se que desde 1945, o Direito Internacional se desdobra em um ramo de investigação peculiar que se chama Direito Internacional de Direitos Humanos, cunhado com a criação de um verdadeiro sistema institucionalizado e composto por normas específicas, cujo órgão mais representativo é a Organização das Nações Unidas - ONU.

Com a criação do Sistema Internacional de Direitos Humanos surgiram sistemas regionais de proteção, que buscam promover e tutelar os Direitos Humanos no plano local, como o caso do Sistema Regional existente na Europa, América e na África. Assim como o Sistema Internacional global é integrado pelos instrumentos das Nações Unidas, como a

Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômico, Sociais e Culturais e as demais Convenções internacionais, cada um dos sistemas regionais de proteção dispõe de um aparato jurídico próprio.

Destaca-se, por oportuno, que o Sistema Interamericano tem como principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, que estabeleceu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana. Destaque-se que atualmente os Estados soberanos, além de reconhecerem a existência desse duplo grau de tutela de Direitos Humanos, aceitam as jurisdições de Cortes judicantes como é o caso da Corte Internacional de Justiça e da Corte Interamericana.

Esclarece-se a Corte Interamericana, cujo efetivo funcionamento ocorreu em 1980, com a aprovação do seu Estatuto, a qual atualmente vinte e dois (22) países americanos reconheceram a sua jurisdição, dentre os quais: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela.

Porém, mesmo com a consolidação de uma bipartida escala externa de tutela de direitos, pergunta-se: estariam os Estados coerentemente promovendo mecanismos internos que evitem o descumprimento dos deveres contidos nas normas internacionais e regionais? Além dos mecanismos formais, faz-se necessário investir na formação de futuros profissionais que atuarão na área do Direito e na reciclagem dos que hodiernamente atuam na referida área para ultrapassar os discursos de formação jurídica aquém das responsabilidades assumidas pelo Estado brasileiro?

Utilizando-se como exemplo alguns direitos imbricados na dignidade da pessoa humana, em consulta simples junto ao conteúdo eletrônico da Corte Interamericana de Direitos Humanos, verificou-se que de 1980 - ano em que o Estatuto dessa Corte foi aprovado e que a Convenção de Direitos Humanos entrou em vigor-; até 2014 constam trinta e quatro casos contenciosos sobre tortura, cento e quarenta e oito casos envolvendo direito à vida e, quarenta e um casos sobre igualdade tramitando em face dos Estados-Partes do sistema regional.

Conforme dados estatísticos<sup>1</sup> da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no ano de 2013 foram aprovados um total de quarenta e quatro (44) relatórios de admissibilidade

---

<sup>1</sup> Os dados acima foram extraídos do Relatório anual de 2013 do Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos. Disponível em: <<http://scm.oas.org/PDFS/AG0645p.PDF>>. Acesso em: 23 set. 214.

de denúncias contra os Estados, nove (09) de inadmissibilidade, seis (06) de solução amistosa, trinta e oito (38) de arquivamento e dezesseis (16) de mérito. Além disso, a CIDH recebeu trezentos e setenta e quatro (374) solicitações de audiências, tendo realizado cento e quatorze (114) audiências e trinta e seis (36) reuniões de trabalho.

Perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos foram submetidos, em 2013, onze (11) novos casos contenciosos. A Corte emitiu o total de dezesseis (16) sentenças, sendo treze (13) sentenças resolvendo as exceções e mérito dos casos contenciosos, duas (02) sentenças de Interpretação e um (01) pedido de interpretação. A Corte emitiu vinte e seis (26) resoluções de supervisão de cumprimento e adotou três (03) novas medidas provisórias, reiteraram-se ou ampliaram-se sete (07) medidas provisórias e se levantaram treze (13) novas medidas provisórias.

Importante esclarecer que os dados expostos acima são meramente ilustrativos e não se esgotam em si, mas pretende-se com eles pontuar um dos problemas enfrentados na atualidade, que envolve tanto o Brasil, quanto a esfera dos outros países que também reconheceram o sistema regional de tutela dos Direitos Humanos que é a persistente violação de direitos tutelados.

## **2. DAS NORMAS INTERNACIONAIS E CONSTITUCIONAIS**

As normas internacionais e constitucionais preconizam cláusulas de direito importantes como os Direitos Humanos no âmbito internacional convertidos em Direitos Fundamentais constantes da Constituição da República Federativa do Brasil. Ambas trazem consigo a mesma pretensão: proteger e garantir os direitos das pessoas. As normas internacionais e as constitucionais, como Direito interno, seguem de forma análoga semelhante conteúdo e devem ser dotadas não só de respeito, mas de real cumprimento.

### **2.1. DAS NORMAS INTERNACIONAIS**

Conforme elucidada JO (2000) o âmbito de validade e eficácia das normas internacionais é *sui generis*, ao considerar-se que não há um Congresso Legislativo Internacional, não há uma Constituição universal, sendo o sistema de produção de normas

descentralizado e horizontalizado, por ser classicamente condicionado à manifestação volitiva estatal.

Dentre as fontes que produzem normas do Direito Internacional, se destacam os tratados, o costume, os princípios gerais de direito, as jurisprudências e os atos unilaterais, sendo que, se observa avanços na positivação das normas internacionais, notadamente por meio dos tratados.

Ocorre que, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 considera inválido todo tratado internacional que, em seus dispositivos, em seu objeto em si, confrontarem-se com as normas imperativas de Direito Internacional, ou seja, do *jus cogens*, que são aquelas regras comuns e aceitas de forma geral e em conjunto pela comunidade internacional, conforme disposto no artigo 53.

Sobre a relevância dos tratados internacionais, TRINDADE (1981, p.52) defende, nos termos:

Se traçarmos a trajetória dos esforços de codificação e sistematização do direito internacional, desde as Conferências de Paz de Haia de 1889 e 1907 e a Conferência de Codificação de Haia de 1930 [além das diversas outras iniciativas de associações científicas internacionais, Universidades e acadêmicos] até a atualidade, talvez sejamos levados à conclusão de que os esforços de hoje, diferentemente, dos de outrora, pretendem ir bem mais além de uma ‘simples expressão do direito internacional consuetudinário’, caracterizando-se sobremodo pelo chamado ‘desenvolvimento progressivo’ do direito internacional.

Ao tratar da evolução estrutural do Direito Internacional, estabelecendo os diferentes campos no âmbito internacional, FRIEDMAN (1971) destaca que no ‘Campo de Cooperação: Interesses Universais’ é possível observar o aumento de órgãos internacionais de cunho permanente, como a ONU ou a Corte Internacional de Justiça, bem como de numerosas organizações internacionais especializadas, as quais possuem um papel fundamental nesse campo, já que permite a criação e produção de normas internacionais de cunho positivo, voltadas às necessidades humanas universais.

É justamente no campo de interesses universais em que se constata exemplo recente do que TRINDADE (1981) chama de desenvolvimento progressivo do Direito Internacional, isto é, o nascimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o qual demanda espaços institucionalizados, permanentes que possam centralizadamente produzir uma gama crescente de normas vinculativas aos Estados.

Ao tratar do que chama de novo Direito Internacional, MATTOS (2003, p.137) defende que:

O “novo” Direito Internacional Público, que começa a surgir no século XIX, é marcado pelo aparecimento de normas de mútua

colaboração. São as realidades da interdependência dos Estados que levam à diluição das fronteiras e amainam a diferença entre o “interno” e o “externo”, sob o impacto da comunicação, do transporte, da indústria moderna, do comércio, de inovações tecnológicas.

Analisando a citação, compreende-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos atualmente tem-se desenvolvido no âmbito regional, permitindo um contato mais próximo da realidade social, cultural, econômica e política dos Estados. Especialmente quanto ao sistema interamericano, como circunscrição analítica principal, constata-se o relevante papel da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Para RAMOS (2009, p. 25) o Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste no conjunto de direitos e faculdades previsto em normas internacionais, que assegura a dignidade da pessoa humana e beneficia-se de garantias internacionais institucionalizadas.

Esse novo Direito Internacional é tratado assim porque, diante da ampliação de campos a serem regulados, antes considerados exclusivos a atividades privadas e individuais reconhece e assimila a necessária comunicação com os sistemas regional e nacional e, conseqüente aumento da interdependência entre eles.

Além disso, estabelece normas peremptórias e subordinativas à atuação dos sujeitos de Direito Internacional, alterando o seu clássico fundamento baseado na tese voluntarista e alçando um discurso pró-pessoa humana. Em outras palavras, o novo Direito Internacional é aquele que limita a liberdade estatal de legislar contrariamente a normas consideradas superiores e necessárias à manutenção da própria sociedade, como por exemplo, manutenção da paz e normas de Direitos Humanos.

FRIEDRICH (2004, p. 70), compreende que uso da regra do *jus cogens* pode gerar “novas situações nas relações internacionais, sendo que a consequência mais imediata de seu estabelecimento é a anulação de toda norma que lhe for contrária,. Daí sua relação intrínseca com o tema das fontes do direito internacional”. Isto decorre porque, alguns autores, tendem a relacionar diretamente o termo fontes a normas jurídicas, como também o faz JO (2000), já que o mesmo defende que não há hierarquia das normas baseadas nas fontes formais, o que para SEITENFUS e VENTURA (2003), é diferente, haja vista que para eles não há hierarquia somente entre as fontes, mas quando se fala em normas constata-se a predominância das normas do *jus cogens*.

O que importa é que o *jus cogens* permite uma maior estabilidade normativa em um sistema com textura aberta e universal, sendo que ao englobar em seu conteúdo, princípios

basilares como o *pro-persona*, representa o respaldo necessário para o reforço na proteção internacional dos Direitos Humanos.

O princípio *pro-persona* significa que um relevante critério hermenêutico para a proteção dos direitos humanos perante o discurso judicial. Faz-se necessária a aproximação do mesmo com o *jus cogens*, à medida em que este representa um núcleo rígido de princípios e normas que não podem ser invalidados ou relativizados pelos Estados nacionais.

Faz-se necessário esclarecer que as normas peremptórias são hierarquicamente superiores às demais normas internacionais, não constituindo, contudo, o *jus cogens* uma nova fonte de Direito Internacional, mas uma qualidade imperativa de determinadas normas, as quais podem surgir de forma convencional ou costumeira. Nesse sentido, ressalta-se o que SEITENFUS e VENTURA (2003, p. 50) afirmam:

A Convenção de Viena de 1969, ao separar as normas imperativas das demais, impõe, na prática, uma hierarquia de normas. O ato declarado nulo por ser seu objeto ilícito, caracteriza a nulidade absoluta e exige uma reparação integral do prejuízo causado, restabelecendo o *statu quo* ante.

A despeito das teses que alegam caráter tautológico do conteúdo dessas normas, entende-se que elas contribuem para o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional, visto vista que conduz a debates e suscita a produção do discurso institucional de modo a valorizar o seu respeito e observância sendo que *o aspecto “revolucionário” desse reconhecimento e as dificuldades provocadas pela sua aplicação prática suscitaram uma abundante literatura, na qual cruzam aprovações matizadas e críticas sistemáticas* (DINH, 2003, p. 210).

MAZZUOLI (2012, p. 136) ao tratar da definição de *jus cogens* defende que:

Dizer que o *jus cogens* é norma imperativa de Direito Internacional geral não significa dizer que seus preceitos são somente obrigatórios, uma vez que mesmo aqueles que derivados do *jus dispositivum* também o são, mas quer significar que são insusceptíveis de derrogação pela vontade das partes. A imperatividade das normas de *jus cogens* passa, assim, a encontrar o seu fundamento de validade na sua inderrogabilidade.

Portanto, o que o *jus cogens* veio trazer de inovador para a ordem jurídica internacional foi à limitação da autonomia da vontade estatal, propondo um sistema de subordinação paralelo ao sistema clássico de coordenação. Nesse ponto, constata-se uma possível conexão entre o discurso *jus cogens* e a difusão transnacional da promoção dos Direitos Humanos, por meio do princípio *pro-persona*.

O conceito de proteção transnacional representa basicamente a possibilidade de tutela pluralista em âmbitos espaciais diversos, como por exemplo, no interno

(constitucional), no internacional (global, por meio da ONU, por exemplo), no regional (local, por meio da OEA, por exemplo), no intergovernamental (MERCOSUL) e no comunitário (União Europeia).

A pesquisa pretende investigar o discurso utilizado atualmente pelo Estado brasileiro, partir das decisões judiciais acerca dos Direitos Humanos considerando os níveis: regional e nacional. Para tanto, usar-se-á a acepção do termo transnacional, o qual volta a ganhar força diante dos contornos conceituais traçados, notadamente no estudo feito por JACKSON (2010, p. 287), a qual defende que o termo transnacional:

Engloba não só o direito internacional, como é tradicionalmente entendido (a abraçar amplamente os tratados, convenções e direito internacional consuetudinário), mas também acordos regionais e acordos bilaterais, bem como o direito interno de nações estrangeiras, quando considerados, invocados, ou distinguidos em outros tribunais.

A obra de JACKSON (2010) possui extrema pertinência porque permite identificar qual é o possível tipo de postura dominante no discurso judicial dentro das Cortes internacionais e dos Tribunais brasileiros. Será possível verificar se os Tribunais nacionais (do Estado brasileiro), considerando que o Brasil ratificou/aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos e que reconheceram a jurisdição da Corte Interamericana, a partir de 1980, apresentam de fato em suas análises de litígios, o teor das normas internacionais e as decisões prolatadas pelo Sistema Regional de Proteção de Direitos Humanos.

A tese de TRINDADE (1981) é a de que ao aproximarmos as sentenças da Corte IDH ao caráter imperativo do *jus cogens*, as obrigações de prevenção, investigação e sanção dos culpados por violações de direitos são de resultado e não somente de simples conduta estatal, em muitos casos ineficazes. Eis que como sucedâneo prático do *jus cogens* emerge o Controle de Convencionalidade.

## **2.2 DO DIREITO INTERNO E DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS**

A Constituição de um Estado representa os anseios de uma unidade política, contextualizada ao momento histórico vivido. A observância da integração, da organização, e da direção jurídica, são características que devem estar presentes no momento de atuação do Poder Constituinte Originário para elaboração do início do Ordenamento Jurídico de um Estado: da Constituição. De acordo com HESSE (2009, p.01-22) a unidade política depende



da sociedade, de como a pluralidade de vontades, de diferentes interesses, de objetivos políticos, de estabelecimento de processos de participação popular para a solução de controvérsias, ainda que com um sistema majoritário estabelecido, não se desista ou abra-se mão das cláusulas de direito mínimas. Aí existe uma sociedade que pode suportar organizar-se em Estado por meio do pacto constitucional que define a organização estatal, seu modo de operacionalização e os limites de seu poder diante de seus cidadãos. A organização pressupõe um direcionamento jurídico e ordenar por ordenar sem atentar para os conteúdos das normas e sua forma de concepção baseada na moralidade política da sociedade, significaria construir um ordenamento que poderia ser direcionado para um despotismo e, isso, não é o que se propõe uma sociedade com unidade política, situada numa mercado de produção, com estrutura organizacional constitucional e democrática. Portanto, parte-se da ideia de que uma Constituição para atender esse contexto, seja uma Constituição com conteúdos para além de simples soluções domésticas, mas aberta para aceitação, divulgação, promoção, defesa jurídica dos Direitos Humanos consagrados mundialmente, muito embora, não aceitos por todos Estados de maneira formal.

Como as normas constitucionais instalam, iniciam e de onde se espraiam as demais normas, pode-se dizer que a aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais, BULOS (2012, p.44) destaca que a investigação sobre a eficácia das Constituições demonstra que suas normas são vinculativas, cogentes, taxativas, pois não trazem simples conselhos, recomendações ou lembretes. Como elas advém da ideia da unidade da comunidade política e compreende os interesses de tal unidade, é correto afirmar que não será letra morta, mas prática viva nas atividades da sociedade o que de fato e de direito vinculará as demais normas e as condutas humanas dos membros da unidade política representada pelo Estado.

Se a Constituição é a norma máxima, fundamental dentro de um determinado território e dentro dele ninguém ou qualquer poder que não seja o estabelecido pela própria Lei Fundamental pode impor qualquer tipo de procedimento, como a Constituição representativa de um Estado soberano se comporta diante das normas internacionais? E mais, como os profissionais que atuam em defesa dos Direitos Humanos argumentam em defesa de tais Direitos dotados de supralegalidade? Bem, o primeiro reconhecimento é de que a soberania deve ser compreendida sob um prisma mais aberto, ou seja, não se retira o poder de soberania de um Estado ou de âmbito territorial, espacial, sobre o qual o ordenamento jurídico tem validade, mas se permite que as normas de Direito Internacional dialoguem e prevaleçam em termos de garantias de Direitos Humanos, visto que não pode falar de incompatibilidade do Direito Constitucional com o Direito Internacional. A interpretação das normas de Direito

Internacional sobre os Estados é reconhecida por HESSE e por HART (2009), este último com uma maestria inigualável quando do último Capítulo de sua conhecida obra “O conceito de Direito”.

HART (2009, p. 304-305) afirma: “Uma vez que nos libertemos da suposição de que o direito internacional deve necessariamente conter uma norma fundamental, a questão a ser encarada é, mais uma vez, factual.” Na verdade o *jus cogens* pode ser considerada a base, a norma-princípio fundamental do Direito Internacional *pro persona*, assim não esforço no sentido de se encontrar ‘a norma fundamental’, mas de fazê-lo conhecido e aceito pelos Estados, por questões diversas como a busca pela paz internacional e das nações, a utilização de meios comuns de produção, de alimentos, de medicamentos contra epidemias e endemias, o término da fome mundial e etc. Enfim, um conjunto de normas pautados no interesse único da promoção do bem da humanidade, seja com normas repressivas, seja com políticas internacionais de proteção dos Direitos Humanos, inclusive para os grupos vulneráveis. Apesar de não tratar da norma fundamental do Direito Internacional, até pelo momento da escrita de sua obra datada de 1961, HART (2009, p. 276- 306) foi demasiadamente importante para a consideração no ocidente do Direito Internacional como Direito, porque ele usou de analogias de conteúdo, reconhecendo princípios, conceitos e métodos que, para ele, são comuns tanto no Direito interno como no Direito Internacional. Assim, ele (HART, 2009, p. 305-306) termina suas digressões sobre o Direito interno e o Direito Internacional:

Bentham, o inventor da expressão “direito internacional”, defendeu-a simplesmente dizendo ser ele “suficientemente análogo” ao direito interno. Talvez calha a pena acrescentar a isso dois comentários. Em primeiro lugar, a analogia é de conteúdo, e não de forma, em segundo lugar, nessa analogia de conteúdo, nenhum outro tipo de norma social é tão semelhante ao direito interno quanto as normas do direito internacional.

É fato a semelhança existente entre o Direito interno e o Direito Internacional, mas sem querer-se adentrar em determinar quais dos Direitos surgiu primeiro, é fato histórico que as regras internacionais de comércio são antiquíssimas e que as organizações de sistemas mais rudimentares de direito também, pois, a partir da convivência de duas pessoas, há necessidade do estabelecimento de regras de convivência. Nessa esteira, o Direito interno envolvido pela roupa do constitucionalismo, considerado desde a Idade Antiga devido às existentes organizações estatais, eram opostas a utilização do Direito Internacional em territórios nacionais, mas com a ocorrência de guerras, o surgimento das nações organizadas para dar estabilidade aos Estados e evitar-se as constantes guerras, o Direito Interno, depois, organizado como Direito Constitucional e o Estado como conhecido a partir da Idade Moderna e com o advento do Constitucionalismo moderno e o atual contemporâneo, vem a

preocupação de arrojarem-se na proteção dos Direitos Humanos no sentido dos sistemas sociais mais avançados, ultrapassando pensamentos mais defasados com relação à importância que o ser humano representa para o futuro da humanidade, não como objeto de um sistema interno de direitos, mas como figura central e para o qual os sistemas de Direitos foram criados e devem ser validados.

O Direito Constitucional como pai das demais normas do ordenamento jurídico brasileiro, estabelece nos parágrafos 1º e 2º do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, a condição dos Tratados Internacionais e da qualificação dos Tratados com conteúdo de Direitos Humanos que forem aprovados das duas casas do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, sendo considerados equivalentes às emendas constitucionais. Veja-se o texto de nosso maior Direito Interno, a Constituição, é possível verificar uma das digressões de HART (2009, p. 276- 306), o reconhecimento do Direito Internacional se o Estado assim o reconhecer, como se passasse pelo ‘teste de reconhecimento interno’ para que o Estado possa se considerar subordinado, que não é a expressão adequada, não se quer simples submissão, mas respeito pelas normas de Direito Internacional, especificamente as que contenham conteúdos relativos aos Direitos Humanos, visto que todo o esforço para proteger os Direitos Humanos, é para proteger o Direito de cada ser humano e não de um grupo em detrimento de outro grupo, afinal não existem mais ou menos seres humanos, existem ‘seres humanos’.

Fixado pela Constituição as normas de Direito Internacional no Brasil são válidas se aceitas pelo Estado. Ultrapassada esta reflexão, por que os magistrados não dialogam com o sistema de normas internacionais ou não observam as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos? É preciso criar um raciocínio construtivo nesse aspecto para responder uma indagação difícil como esta. Apesar de o Brasil estar sob esse sistema de normas e de submissão às Cortes Internacionais, há que destacar que isso ocorre a pouco mais de 20 (vinte) anos, muito pouco tempo para a consolidação de tais normas no âmago da sociedade brasileira. Os magistrados brasileiros estão sendo formados desde 2004, com as novas Diretrizes Curriculares com uma formação mais ampla e que disponibiliza os conhecimentos das normas, da necessidade de sua observância, da realização de políticas informativas e garantidoras de tais direitos seja real, transferida do papel e dos discursos acadêmicos para a prática legal.

A possibilidade de elevação das normas de Direitos Humanos à categoria de emendas constitucionais, seria uma maneira de conceder forma, procedimento formal para a prática defensiva de tais normas, mas é fato que mesmo com a vontade e com o texto constitucional

subsumindo o Direito Internacional à Direito Interno, de caráter máximo como o texto constitucional não retira o caráter supralegal de tais normas, visto que na análise do caso concreto, a observância das normas em ordem encontrariam as constitucionais como máximas em termos domésticos, mas as normas internacionais, por mais que colocadas como constitucionais, por sua origem não surgem do movimento do Poder Constituinte Originário, o que, como o próprio STF já demonstrou, de acordo com MAUÉS (2013, p. 219), no julgamento do caso do depositário infiel, os ministros confrontaram a Constituição com o Tratado Internacional e não a norma infraconstitucional com a norma constitucional, o que chancelou de alguma forma a ideia de supralegalidade. Pensar nas normas internacionais como ordinárias ou constitucionais é um raciocínio programado para a aceitação e prática de tais normas pelo próprio judiciário, mas não é correto, porque a posição de tais normas está forma do ordenamento doméstico e se foi ratificado pelo Estado brasileiro, bem como por outros Estados, é possível visualizar tais normas como supraleais, não somente em relação à Constituição Brasileira, mas a todo o ordenamento jurídico, e isso não é intuicionismo, é raciocínio lógico.

O reconhecimento da supralegalidade das normas de Direitos Humanos avaliadas por JACKSON (2010) classifica o diálogo entre jurisdições em resistente, convergente e engajado. JACKSON (2010, p. 287) delimita como elemento espacial o termo transnacional como sendo não somente as normas internacionais, mas também acordos regionais, assim como as normas nacionais (constitucionais) de países estrangeiros, quando forem estas consideradas por tribunais de outros países como base para decisão.

Desse modo, toda vez em que um determinado Estado, no exercício de sua jurisdição, não considerar qualquer argumento normativo externo para tomada de decisão, defendendo ser a norma internacional, regional ou estrangeira irrelevante para a interpretação de sua Constituição escrita, observa-se uma postura de resistência. Nota-se que, no caso da divergência ou resistência, os julgamentos nacionais ocorrem sob restrições, por considerarem apenas as fontes internas, mesmo em matérias que demandem uma análise interconectada como são os direitos humanos, por exemplo.

Quando, por outro lado, constar-se uma postura de deferência na interpretação judicial, notadamente ao sempre considerar outras fontes normativas que não aquelas exclusivamente nacionais, nota-se a convergência, a qual poderia melhor se adequar ao reconhecimento do *jus cogens* e à promoção dos direitos humanos, quando conforme JACKSON (2010 p. 46)

...um modo de interpretação, a interpretação universalista, sustenta que as garantias constitucionais são cortadas por um pano universal, e, portanto, que todos os tribunais constitucionais estão engajados na identificação, interpretação e aplicação do mesmo conjunto de normas. Essas normas são compreendidas como transcendente princípios jurídicos que são logicamente anteriores à regras positivas da lei e doutrinas jurídicas.

De acordo com JACKSON (2010 p. 73), a terceira postura relacional consiste no engajamento, a qual pressupõe uma conversa ou diálogo entre o juiz nacional e outras fontes externas, permitindo que o mesmo constitua seu argumento decisório de modo a concordar ou não com os precedentes transnacionais, mas sempre conversar com elas, estabelecendo uma análise construtiva sobre direitos humanos, isto é,

...fontes estrangeiras ou internacionais não são tratadas como autoridade obrigatória para a interpretação constitucional, nem como presuntivamente a ser seguido. Mas também os intérpretes não colocam vendas que excluem a consideração de fontes externas e experiência das mesmas.

O estudo, a pesquisa e a nova análise acerca dos diálogos que estabelecem o Direito Constitucional com o Direito Internacional, fez com que a autora TEIXEIRA (2014, p. 113-139) avaliasse sua posição em recente artigo em que se abordou a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da exigibilidade do diploma de jornalista (RE nº 511.061) para o exercício da profissão. Apesar de mantida a posição agora, embora não como membro da magistratura, mas como pesquisadora e constitucionalista, parte do diálogo engajado, ou seja, reconhece a força normativa internacional, mas no caso citado, não acreditou como acertada a decisão da Suprema Corte, porque a simples existência da norma constitucional, o reconhecimento do sistema regional de proteção aos Direitos Humanos, não é suficiente para se acreditar que todos os casos sejam vistos como iguais em contextos diferentes, nesse sentido seguindo o propósito dos sistemas mais avançados sociais, mas com certo parâmetro de realidade local, não em termos jurídicos, mas de observância dos fatos, da análise do caso a caso. De qualquer modo, mantendo-se a posição anterior contra a decisão prolatada pela Suprema Corte, visto que para a autora os ministros deixaram de observar o contexto da decisão em termos de Brasil.

Não é tarefa árdua categorizar a postura brasileira em matéria de um possível diálogo entre fontes transnacionais, haja vista que, historicamente, divergente em inúmeros pontos, porém engajada ao permitir a criação de uma nova categoria normativa que é a supralegalidade, ou em recentes julgados recursais, reconhecer o controle de convencionalidade.

### 3. A FERRAMENTA DO *JUS COGENS*

O *jus cogens* é a norma superior do Direito Internacional, o que implica afirmar que sua natureza vinculativa deve ser respeitada e observada por todos os Estados. O *jus cogens* carrega em si princípios elementares à garantia da vida humana, como o princípio *pro-persona*.

Desse modo, a ferramenta jurídica utilizada como fonte principal de criação das normas nos âmbitos internacional e regional é o tratado, porém a criação do mesmo está diretamente condicionada à observância do *jus cogens*, uma vez que se encontra atrelada a determinadas normas peremptórias, as quais não são passíveis de qualquer derrogação unilateral, por atenderem primordialmente aos interesses comuns da sociedade internacional.

Desse modo, pode-se afirmar que o conceito central do Direito Internacional Contemporâneo chama-se *jus cogens*, sendo seu uso incontestavelmente equânime, de modo a exceder, atualmente, o campo dos tratados, interpenetrando os sistemas jurídicos dos Estados membros dos Sistemas Regionais de Defesa dos Direitos Humanos como um todo. Prova disto é que o exame do *jus cogens* vem avançando nas últimas décadas, na medida em que se intensificaram os trabalhos interpretativos realizados pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas<sup>2</sup>.

Em abril de 2006, a Comissão de Direito Internacional implantou um grupo de estudos sobre a chamada “Fragmentação do Direito Internacional: Dificuldades que Emergem da Diversificação e Expansão do Direito Internacional”. Ao analisar a relação entre *jus cogens*, obrigações *erga omnes* e o artigo 103<sup>3</sup> da Carta das Nações Unidas suscitou pontos de destaque sobre a matéria ao afirmar que, de fato, “tanto a doutrina e a prática inequivocamente confirmam que conflitos entre a Carta das Nações Unidas e as normas de *jus cogens* não resultam na preeminência das obrigações da Carta, mas a sua nulidade” (CDI, 2006, s/p).

As normas de *jus cogens* estabelecem obrigações internacionais *erga omnes* e no âmbito da Corte Internacional de Justiça chama-se atenção para o caso emblemático

---

<sup>2</sup> A Comissão de Direito Internacional foi estabelecida pela Assembleia Geral da ONU em 1947 com o objetivo de promover o desenvolvimento progressivo do direito internacional e sua codificação.

<sup>3</sup> Carta das Nações Unidas - Art. 103, nos termos: “No caso de conflito entre as obrigações dos Membros das Nações Unidas, em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta”.

“Barcelona *Traction* (1970)”<sup>4</sup>, no qual foi consagrada a ideia de obrigação que toda a sociedade internacional deve obedecer e estabeleceu a distinção fundamental entre as obrigações de um Estado perante a comunidade internacional no seu conjunto e as obrigações perante outro Estado no domínio da proteção diplomática.

Para efeito meramente exemplificativo, se destaca outros casos<sup>5</sup>, historicamente relevantes ao âmbito da CIJ como: “Ensaio Nucleares” (1974), “Nicarágua e Estados Unidos da América (1986)” e, o caso “Timor Oriental” (1995), nos quais restou consagrada a existência de obrigações que não são dirigidas a um estado isolado, mas coletivamente a todos e que devem ser peremptoriamente cumpridas. Dentre esses, destaca-se a consagração do discurso *jus cogens* no trecho da manifestação explicitado no caso sobre as atividades militares dos Estados Unidos na Nicarágua:

Concordo plenamente com o resto do julgamento, como eu acredito firmemente que o não-uso da força, bem como a não-intervenção - este último como um corolário da igualdade dos Estados e autodeterminação - não são apenas princípios cardiais do costume internacional, mas poderia ser também reconhecida como regras imperativas do direito internacional consuetudinário, que impõem obrigações a todos os Estados. No que diz respeito ao não-uso da força, a Comissão de Direito Internacional, em seus comentários sobre os artigos finais sobre o Direito dos Tratados, disse: "a lei da Carta, sobre a proibição do uso da força em si mesmo constitui um exemplo notável de um regra no direito internacional que tenha a natureza de *jus cogens*" (direito Internacional Comissão Yearbook, 1966, vol. II, p. 247). Na medida em que a não-intervenção está em causa, apesar das incertezas que ainda prevalecem em matéria de identificação de normas de *jus cogens*.

No caso em tela, a Corte Internacional rejeitou o pedido feito pelos Estados Unidos para que o caso fosse retirado da lista e indicou que o direito de soberania e a independência política da República da Nicarágua, como qualquer outro Estado da região do mundo deveriam ser totalmente respeitados e não deveriam ser, de maneira alguma, colocados em riscos por atividades militares ou paramilitares, que são proibidas pelo princípio da lei internacional.

Nessa celeuma interpretativa, cita-se outro caso - Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia<sup>6</sup>, no qual se observa à conclusão do grupo de estudos criado pela Comissão de Direito Internacional da ONU, a qual discutiu a questão da fragmentação do Direito Internacional, restou declarado que o pano de fundo, a natureza e os efeitos do *jus cogens* foram bem resumidos, nos termos:

---

<sup>4</sup> O caso da companhia “Barcelona *Traction, Light and Power Limited*” perante a Corte Internacional de Justiça (Bélgica versus Espanha, 1962-1970).

<sup>5</sup> Estudos aprofundados, consultar o endereço eletrônico da Corte Internacional de Justiça: <<http://www.icj-cij.org/>>.

<sup>6</sup> Aprofundar a informação : Prosecutor v. Anto Furundžija, Judgment of 10 December 1998, Case No. IT-95-17/1, Trial Chamber II.

Devido à importância dos valores que ela [a proibição da tortura] protege, este princípio evoluiu para uma norma ou *jus cogens* peremptórias, ou seja, uma norma que goza de uma posição mais elevada na hierarquia internacional do direito dos tratados e até mesmo "normal" regras consuetudinárias. A consequência mais visível desse posto mais alto é que o princípio em causa não pode ser derogado pelos Estados através de tratados internacionais ou os costumes locais ou especiais ou regras habituais, mesmo gerais não dotados da mesma força normativa (CDI, 2006, p. 182).

Desse modo, como conceito central do Direito Internacional Contemporâneo o *jus cogens* representa direito obrigatório, não-dispositivo e não derogável pela vontade estatal. Extrai-se, portanto, que o *jus cogens*, enquanto discurso, priorizaria proposições enunciativas, como por exemplo, de promoção à paz e segurança internacionais, solução pacífica de controvérsias e de promoção dos direitos humanos, todos os discursos caros à sociedade internacional, conseqüentemente a toda pessoa humana.

Ocorre que, o *jus cogens* mesmo com seu forte argumento vinculativo, não é passível de críticas, notadamente quanto à sua pretensão de ser aceito por toda a comunidade de Estados. Ora, uma norma reconhecida como *jus cogens* e considerada como tal por uma grande maioria de Estados, possivelmente não conseguiria integrar a todos os membros dessa comunidade. Dessa forma, a intenção de que uma norma considerada *jus cogens* vinculasse a todos, na verdade, seria uma norma aceita apenas pela maioria, gerando, em última análise sua relativização interpretativa perante Cortes de Justiça.

O entendimento acima pode ser identificado como possível argumento presente em recente decisão internacional no caso Alemanha vs. Itália perante a Corte Internacional de Justiça. Em dezembro de 2008 a Alemanha recorreu à Corte Internacional de Justiça (CIJ) alegando que a Itália, estaria ferindo a sua imunidade de jurisdição, ao julgar o Estado alemão em seus tribunais domésticos por violações aos Direitos Humanos, ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial.

Dentre as vítimas que acionaram a justiça doméstica italiana, vê-se como caso emblemático, o qual levou a Alemanha a acionar a Corte Internacional de Justiça, o "Caso Ferrini" julgado na Corte *di Cassazione*, na Itália, em 11 de março de 2004, no qual a Corte decidiu que possuía sim jurisdição para realizar o julgamento.

Depois desse julgamento, muitos outros pedidos de indivíduos que sofreram lesões, decorrentes do conflito armado supracitado, foram submetidos às Cortes Italianas. No contra memorial italiano perante à CIJ, a tese suscitada foi a de que um Estado que viola normas fundamentais (*jus cogens*) - no caso os atos que representaram violação aos direitos humanos



na época da Segunda Guerra e o não cumprimento do dever de reparação das vítimas - não tem direito à imunidade de jurisdição, pois seria o equivalente a exonerar o Estado de suportar a obrigação assumida em face do Direito Internacional.

De maneira contrária ao entendimento italiano, a CIJ decidiu, no caso, que um Estado não pode ser réu no Judiciário de outro, visto que, a Itália violou o princípio da Imunidade de Jurisdição em face da Alemanha, mesmo sendo tal instituto hodiernamente flexibilizado<sup>7</sup> dentro da sociedade internacional, notadamente em relação a direitos humanos.

Diante o exposto, a transcorrência esclarecedora do contexto relatado, serviu de exemplos, em nível internacional, que retratam o problema do reconhecimento do discurso *jus cogens* ora como promotor do equilíbrio nas relações internacionais, ora como possível vetor dos Direitos Humanos, por meio das análises interpretativas da Comissão de Direito Internacional e diante das decisões jurisprudenciais da Corte Internacional de Justiça ou no Tribunal Penal Internacional.

Por sua vez, partindo ao âmbito regional, mais especificamente dentro da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ressalta-se que aos 17 de setembro de 2003 a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da Opinião Consultiva nº 18 estabeleceu relevante discurso em matéria de direito cogente no âmbito regional. A opinião da Corte sobre a matéria suscitada foi a de que os Estados-parte do Pacto de San José têm a obrigação geral de respeitar e garantir os Direitos Humanos, e, dentre eles, a igualdade e a não-discriminação, mencionando expressamente o *jus cogens*, nos termos:

Há um consenso na comunidade internacional a considerar que a proibição de discriminação racial e práticas diretamente associadas a ele é uma obrigação *erga omnes*. O caráter *jus cogens* do princípio da não discriminação implica que, pela natureza vinculativa destas normas fundamentais devem ser observados por todos os Estados, tenham ou não ratificado as convenções que o contenham, pois se trata de um princípio inelutável do direito internacional consuetudinário (CIDH, 2006, s/p).

O citado acima reforça a essência do *jus cogens*, que é a garantia normativa da imutabilidade de determinados princípios garantidores dos direitos humanos.

A partir dos relatos dos casos acima, pode-se afirmar que o fato de que a ideia de um *jus cogens* internacional tenha ganhado amplitude legal a partir de 1969, com a assinatura da

---

<sup>7</sup> Especificamente quanto ao teor da decisão, com o passar do tempo, a imunidade dos Estados passou a ser questionada em virtude de duas razões: a participação cada vez maior dos Estados, e das suas subdivisões políticas e administrativas, em atividades econômicas internacionais e o reconhecimento dos direitos humanos na esfera internacional. A imunidade dos Estados passa, então, por progressiva flexibilização. No direito convencional, destacam-se a Convenção Europeia sobre Imunidade, de 1972, e a Convenção da ONU sobre Imunidade do Estado e de seus Bens, de 2004, esta ainda não em vigor.

Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, a qual em seu artigo 53 traz de forma expressa a menção a esse corpo normativo, não significa *ipso facto* que no plano interpretativo-jurisprudencial o mesmo esteja ocorrendo.

Quatro décadas após a sua consagração oficial na Convenção de Viena, o discurso *jus cogens* hoje desperta interesse não apenas aos internacionalistas, mas aos constitucionalistas, na medida em que, intensificam-se as menções e conexões argumentativas sobre a matéria, notadamente na acepção sobre Direitos Humanos. Atualmente, o *jus cogens* produz efeitos fora do seu campo de aplicação original, ou seja, o direito dos tratados isto porque independe dos mesmos para existir.

No âmbito internacional, tem-se buscado compreender como uma norma obrigatória, que traz consigo os valores maiores da sociedade internacional, pode servir para que possível evolução normativa ou de interpretação normativa e da tomada de decisão judicial, por meio da incorporação de seus preceitos e diante de um contexto de contradições de um mundo globalizado, onde não há distribuição equânime de riquezas, nem garantia real de paz.

No entanto, ainda não se sabe ao certo se no âmbito regional da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a quem compete fixar a interpretação do alcance das obrigações internacionais de Direitos Humanos contraídas pelos Estados-Parte, a aplicação do *jus cogens* como fonte argumentativa tem sido usado como modelo meramente decorativo ou modelo de interlocução decisória. Ademais, não se sabe se a menção em sentenças nacionais feita atualmente por alguns Estados é de fundo ou é superficial (meramente gramatical) e se os juízes nacionais acolhem a tese de que *jus cogens* é obrigatório, dispensando, inclusive, tratados para ser invocado e usado em sentenças.

#### **4. PRÁTICA INTERNA VERTICAL DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS**

O controle de convencionalidade é produto típico do Direito Internacional, o qual representa a capacidade de os tribunais internacionais e regionais realizarem a análise da compatibilidade normativa entre o direito nacional e o direito internacional. Sua finalidade precípua é a tutela dos direitos humanos, ao condicionar o discurso judicial à observância às normas internacionais ratificadas pelo Estado.

O caso mais representativo em que o controle de convencionalidade é claramente mencionado e que se compõe em relevante ponte analítica é o *Gomes Lund vs. Brasil*, conhecido como “Caso Guerrilha do Araguaia”, no qual o Brasil foi condenado a

diversas medidas de reparação, dentre as quais, inclusive, referentes à Lei de Anistia Brasileira. Destaca-se que tal procedência decorreu em julgamento quase que imediato à decisão promulgada pelo Supremo Tribunal Federal, pela improcedência da ADPF 153 proposta pelo Conselho Federal da OAB, passando-se apenas alguns meses.

A sentença defende que a prática de desaparecimentos forçados implica um crasso abandono dos princípios essenciais em que se fundamenta o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e sua proibição alcançou o caráter de *jus cogens*. O Supremo Tribunal Federal brasileiro foi duramente criticado por conta da improcedência da ADPF 153, a saber nas palavras da Corte:

A jurisprudência brasileira firme, inclusive placitada por decisão recente do mais alto órgão do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, esbarrou em jurisprudência tranquila desta Corte ao deixar de observar o *jus cogens*, ou seja, normas peremptórias, obrigatórias aos Estados contidas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>8</sup> [também conhecida como “Pacto de São José da Costa Rica”, doravante indicada também somente como “Convenção”]. Em apertada síntese, é por esta razão que o País está sendo condenado nesta sentença, pelas violações à Convenção.

Em 23 de agosto de 2014 a Procuradoria Geral da República do Brasil reconheceu a força vinculante e obrigatória da sentença da Corte IDH ao emitir parecer favorável à ADPF 320, protocolada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e com a finalidade de se fazer valer internamente o que foi discutido e decidido pela jurisdição regional. Diante os fatos, compreende-se que certamente que o caso em tela ainda renderá relevantes pontos diante da possível conexão transnacional entre discursos *jus cogens*, sendo que *in casu*, notadamente quanto à questão da Guerrilha do Araguaia há divergência entre a jurisdição internacional e nacional.

Há casos nacionais que já fazem menção e usam o controle de convencionalidade como base argumentativa, sendo estes dois casos, sendo um do Tribunais de Justiça do Estado da Bahia e outro do Rio de Janeiro, os quais apontam caminhos diferentes em termos de diálogo com o Direito Internacional. Veja-se o caso julgado pelo Tribunal da Bahia referente à Apelação nº 0014994-69.2010.8.05.0001, de acordo com a ementa a seguir:

**EMENTA: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PASSE LIVRE. DEFICIÊNCIA MENTAL. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA JULGADA IMPROCEDENTE. RECURSO DE APELAÇÃO DO AUTOR.**

1. Arguição incidental de inconstitucionalidade dos arts. 2º, § 1º, da Lei nº 7.201/2007 e art. 5º do Decreto Federal nº 5296/2004. Rejeição. Não se

---

<sup>8</sup> Adotada em São Jose, Costa Rica, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em 22 de novembro de 1969, entro em vigor internacional em 18 de julho de 1978. O Brasil aderiu em 9 de julho de 1992 e ratificou-a em 25 de setembro de 1992.

vislumbra qualquer ofensa aos arts. 24, inc. XIV, 203, inc. IV, 227, inc. II e 244, da CF, posto que a sentença objurgada não negou a possibilidade de se conceder a gratuidade de transporte coletivo às pessoas comprovadamente portadoras de deficiência. Todavia, embora não se vislumbre a inconstitucionalidade dos arts. 2º, § 1º, da Lei nº 7.201/2007 e art. 5º do Decreto Federal nº 5296/2004, cabível o controle de convencionalidade dos aludidos dispositivos em relação aos **tratados e convenções de direitos humanos que não tenham equiparação às normas constitucionais, visando assegurar a plena vigência das normas legais que compõem o ordenamento jurídico.** 2. Examinando o que dos autos consta, verifica-se que o feito encontra-se satisfatoriamente instruído com a prova documental carreada aos fólios, prescindindo-se, portanto, da realização de prova técnica, bem como da colheita dos depoimentos das partes, uma vez que as versões fáticas esposadas na inicial e na contestação afiguram-se suficientemente claras. Saliente-se, ainda, que o despacho saneador, pode ser dispensado desde que estejam presentes nos autos elementos necessários e suficientes à solução da lide, permitindo, assim, que o feito seja julgado com base no 333, do CPC. Preliminar de nulidade da sentença por atalhamento da instrução probatória que se afasta. 3. A lei Orgânica do Município assegura a gratuidade nos transportes coletivos urbanos ao deficiente mental, comprovadamente carente, sendo editada a Lei Municipal nº 7.201/2007 para disciplinar a matéria, considerando pessoa com deficiência o disposto no art. 247, da Lei Orgânica do Município, combinada com os critérios do art. 5º do Decreto Federal nº 5.296/2004. 4. Todavia, analisando o art. 5º, do Decreto Federal nº 5.296/2004, constata-se que o conceito de deficiência mental é eminentemente restritivo e obstativo, com indicação de patamar limítrofe, a saber, momento que antecede aos dezoito anos de idade, tolhido o direito de um incontável número de portadores de deficiência mental, quando em verdade deveria integrá-los, de forma irrestrita e efetiva, à sociedade. 5. Compulsando os autos, verifica-se que o apelante sofre de retardo mental moderado (CID10F71.9) e já possuía o cartão de passe livre, encontrando-se aposentado por invalidez, sendo comprovadamente pessoa carente, conforme documentos de fls. 16/22 e 25/26, fazendo jus, portanto, ao benefício da gratuidade nos transportes coletivos. 6. Desta forma, não há que se falar em limitação etária para revelação da “deficiência mental”, principalmente porque referida deficiência pode ser adquirida posteriormente, não se justificando a recusa do órgão público no ato de recadastramento do cartão. 7. Ademais, a Lei Municipal nº 7201/2007 e o Decreto nº 5296/2004 devem ser interpretados **à luz dos fundamentos e objetivos da Constituição vigente, bem como dos tratados e convenções internacionais, que buscam assegurar a pessoa com deficiência, o seu ingresso na vida social e no mercado de trabalho, através de normas compensatórias e políticas públicas. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO.** (BRASIL, 2012)

Como é possível observar, o caso acima trata de julgamento de Recurso interposto por Fernando Florêncio dos Santos que foi constatado com deficiência mental e na Ação o demandante, pleiteava o benefício da gratuidade de transporte municipal, sendo que o magistrado julgou improcedente a pretensão autoral arguindo que o autor não preenchia os requisitos legalmente previstos para a concessão da gratuidade de transporte municipal, para o magistrado seriam a manifestação da deficiência mental antes dos 18 (dezoito) anos, somada a limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas. (BRASIL, 2012, p.1 e 2)

O Acórdão da discutida Apelação evidenciou a prática do Controle de Convencionalidade para a devida reforma da decisão de primeiro grau, posto não tratou de declarar a inconstitucionalidade da lei municipal, mas tratou de cessar os efeitos lei, por meio do Controle de Convencionalidade a partir da invocação de normas internacionais ratificadas pelo Brasil, no sentido de restringir a concessão de gratuidade no transporte municipal, apenas aos que fossem constatados com deficiência mental antes dos dezoito anos. Apesar de não acatado pelo Tribunal da Bahia (Primeira Câmara Cível), o pedido de inconstitucionalidade dos dispositivos das normas (§ 1º do art. 2º da Lei nº 7201/2007 e do art. 5º do Decreto Federal nº 5296/04), o Acórdão praticou o afastamento dos efeitos dos dispositivos do referido caso, como propugnado pelo Controle de Convencionalidade, neste caso, que não é utilizado como forma de declaração de inconstitucionalidade, mas de afastamento de efeitos para atender às normas internacionais reconhecidas pelo Estado Brasileiro. Nota-se que, no presente caso, como a convenção de proteção dos portadores de necessidades especiais foi aprovada no Brasil como emenda constitucional, poderia ser declarada a inconstitucionalidade da norma para o caso específico.

O segundo caso constatado de incidência de Controle de Convencionalidade que será analisado é o caso do Recurso em Sentido Estrito nº 0009964-87.2011.8.19.0014, em que o Representante Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro recorreu da decisão de rejeição a Denúncia proposta pelo MP por, segundo o magistrado, ausência de justa causa. Bem, o combate contra a violência doméstica, além de ratificada em Tratado Internacional pelo Brasil, com a Lei nº 11.340/2006 conhecida como Lei Maria da Penha, traduz a necessidade de apuração de alegações do porte como foi o caso do referido Recurso, cabendo no desenvolvimento do processo a apuração das alegações da vítima ou do acusado (réu), mas não simplesmente cerceando-se o direito da vítima de não ser violada em seus Direitos Humanos, como a sua integridade física, por simples argumento de ‘ausência de justa causa’ para o recebimento da denúncia. Parece haver pouco caso por parte do douto magistrado que agiu de forma a ignorar não a Lei Maria da Penha, mas a Constituição e os compromissos assumidos pelo Estado Brasileiro o ratificar a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra Mulher e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir, Erradicar Violência contra a Mulher. Observe-se o que decidiu o a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

EMENTA: 1. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME DE AMEAÇA E LESÃO CORPORAL PRATICADO COM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. HOSTILIZAÇÃO DE DECISÃO QUE

REJEITOU A DENÚNCIA POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. SUPOSTA ANTINOMIA HAVIDA ENTRE O COMANDO DO ARTIGO 395, III, DO CPP E AS DIRETRIZES DA LEI 11340/06. LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA ORIGINADA A PARTIR DE RECOMENDAÇÃO IMPOSTA PELA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS AO ESTADO BRASILEIRO POR DESCUMPRIMENTO DA CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. MUDANÇA DE PARADIGMA TANTO NO TRATAMENTO DO DELITO QUANTO AO COMPROMETIMENTO DAS INSTITUIÇÕES ESTATAIS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL ADSTRITO AOS CASOS EXCEPCIONAIS. PERSECUTIO CRIMINIS FUNDADA NA PALAVRA DA VÍTIMA. FATOS CONTEXTUALIZADOS NO ÂMBITO DE LEGISLAÇÃO ESPECIALMENTE CRIADA A SALVAGUARDA DA MULHER NAS RELAÇÕES DOMÉSTICAS E SUBMETIDA AO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. CERCEAMENTO DO MUNUS ACUSATÓRIO DO ESTADO.

2. Por ocasião do exame da admissibilidade da peça acusatória, deve o Julgador pautar sua decisão segundo o princípio *in dubio pro societate*, viabilizando, tanto quanto possível, o desenvolvimento da persecução penal em Juízo.

3. Nos crimes praticados em ambiente doméstico, a palavra da mulher-ofendida tende a assumir caráter probatório destacado, sobretudo quando a sua narrativa é coerente e verossímil, com estrutura de tempo e espaço. Precedentes.

4. A jurisprudência do TJERJ, à luz da natureza e da estrutura de certos episódios delituosos, vem, em atenção às peculiares circunstâncias do fato concreto, admitindo a exclusividade da palavra da vítima como suficiente a caracterizar justa causa, viabilizando, nesses termos, o prosseguimento da persecução penal.

5. No exercício da sua competência recursal, uma vez fixada inequivocamente determinada diretriz decisória, não está o Tribunal de Justiça obrigado a dispor sobre todas as teses que lhe forem submetidas, mesmo que para fins de prequestionamento, reputando-se logicamente repelidas as articulações fático-jurídicas que lhe forem contrárias. Precedentes do STF e STJ.

6. Recurso ministerial a que se dá provimento.

(BRASIL, 2014, p.98-99)

A Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro acatou o Recurso e cassou a decisão que rejeitou a denúncia e ordenou o recebimento da peça exordial, determinando o prosseguimento do feito, sob argumentos pautados não só no Direito Interno, mas ressaltando o Controle de Convencionalidade, porque considerou reportou-se à Recomendação imposta pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ao Estado brasileiro por descumprimento da Convenção Interamericana para prevenir, punir, e erradicar a violência contra a mulher, promovendo a mudança de paradigma quanto ao comprometimento das instituições estatais. Isso demonstra que o diálogo foi engajada em relação ao reconhecimento das normas internacionais, demonstrando conhecimento e compromisso por parte do Judiciário, ainda que em grau de recuso, em propugnar pela respeitabilidade dos Tratados, Convenções e demais documentos internacionais a que o Estado brasileiro se determinou cumprir.

O controle de convencionalidade emerge no cenário jurisdicional brasileiro como um mecanismo de compatibilização com o respeito internacional às normas protetoras

dos direitos humanos em uma escala multinível, isto é, em âmbitos espaciais diversos como o internacional, o regional e o nacional. Dessa forma, o controle de convencionalidade demanda, necessariamente o conhecimento e aplicação das aludidas normas protetivas pelos juízes, evitando-se o descumprimento de tratados e convenções ratificados livremente pelo Estado. Em última análise, o controle de convencionalidade representa uma evolução em matéria de proteção internacional e nacional dos direitos humanos, podendo futuramente indicar um cenário de diálogo argumentativo entre diferentes âmbitos normativos.

## CONCLUSÃO

O desenvolvimento dos direitos humanos é um processo contínuo de busca por razões e argumentos que permitam o reconhecimento factual de tais direitos perante jurisdições em diferentes âmbitos espaciais. Hoje, como nunca, observa-se uma maior interação entre os sistemas normativos internacional, regional e o nacional, porém muito ainda deve ser percorrido até que se possa defender a ideia de um diálogo entre jurisdições de tais sistemas.

Eis que os direitos humanos, ao representarem uma possível base comum de interesses da sociedade internacional, requerem mecanismos garantidores de sua proteção em diferentes níveis de tutela. Por meio da presente análise, apresentou-se que o Controle de Convencionalidade representa uma relevante ferramenta em âmbito internacional, com vistas a cobrar o cumprimento dos deveres firmados pelos Estados em tal âmbito e que países como o Brasil já implementam em seus discursos judiciais a incorporação de tal instituto.

Desse modo, o Controle de Convencionalidade ao se apresentar como mecanismo de aplicabilidade do Direito Internacional está diretamente ligado ao núcleo rígido e peremptório desse direito que se chama *jus cogens*, o qual, a despeito de constar positivado na Convenção de Viena de 1969 ainda recebe críticas, supostamente por seu caráter tautológico e vago.

Ocorre que, a finalidade do direito seja interno, seja internacional desvia a atenção dos Estados para as pessoas. O *jus cogens*, enquanto norma vinculativa consagrada em texto legal internacional e forte argumento ao discurso judicial estimula a efetivação dos Direitos Humanos, por meio das sentenças e decisões prolatadas pelas cortes internacionais, notadamente pela Corte Interamericana de Direitos.

O Direito Internacional é criado para a manutenção e preservação da vida humana e da paz entre os Estados, determinando consequências drásticas para os que não respeitam os

Direitos Internacionais, desde que reconhecidos pelos Estados soberanos. A soberania continua existindo, mas não na forma criada, mantém sua imperiosidade, mas com relação a questões de Direitos Humanos especificamente, não pode mais ser utilizada como forma absoluta e sem a devida responsabilidade pelos governantes como o era no absolutismo, por exemplo. A soberania não é atingida, apenas ela guarda também a imposição de seu poder para impor as normas internacionais que o Estado reconheceu previamente.

Como consequência do reconhecimento das normas internacionais operacionaliza-se no Brasil o Controle de Convencionalidade, ou seja, o controle sobre a aplicação da norma brasileira em consonância com as normas internacionais recepcionadas pelo Estado Brasileiro. Nesse sentido, no campo extraterritorial, mas ao mesmo tempo, podendo ser espaço comum dos Estados, não só as normas internacionais, mas a forma de controle delas no campo inicialmente do controle judicial interno, em que os litígios acabam sendo resolvidos. Tem-se aí o Controle sobre a aplicação das normas internas, consoante a observância das normas internacionais. Não significa dizer que é um controle de constitucionalidade das normas internacionais sobre o direito interno, mas o controle que determinará o afastamento das normas e dos dispositivos que impuserem desrespeito às normas internacionais. É o Controle sobre o Controle que deve expandir o raciocínio e a tomada de decisões para a mudança metodológica de raciocínio do indutivo para o dedutivo quando da observância da norma.

Conforme os dois casos trazidos à colação no presente estudo, é possível perceber que o Brasil anuncia um possível movimento de engajamento, por meio não somente da observância das normas internacionais, mas a partir da compatibilização das decisões judiciais por meio do Controle de Convencionalidade.

Como pedra prática angular do *jus cogens* e do princípio *pro-persona*, o Controle de Convencionalidade deve ser aplicado para afastar toda e qualquer forma de redução e violação dos Direitos Humanos, consagrados em escala multinível.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ACCIOLY, Hildebrando Nascimento; SILVA, Geraldo Eulálio. **Manual de Direito Internacional Público**. 14. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

AKEHURST, Michael. **Introducción al Derecho Internacional**. Alianza Editorial: Madrid, 1994.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2009.



BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA. APELAÇÃO Nº 0014.994-69.2010.8.05.0001. Disponível em: <<http://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115413881/apelacao-apl-149946920108050001-ba-0014994-6920108050001>>. Acessado em 05 abr. 2015.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO nº 0009964-87.2011.8.19.0014. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116604449/recurso-em-sentido-estrito-rse-99648720118190014-rj-0009964-8720118190014>>. Acessado em 05 abr. 2015.

BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUZZINI, Gionata P. **La theorie des sources face au droit international general reflexions sur l'emergence du droit objectif dans l'ordre juridique international**. In: *Revue générale de droit international public*. Paris, 2002, nº 3.

CDI, **Report on the work of its fifty- eighths session**. *General Assembly, Official Records, Fifty- eighths Session*, 2006.

**Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_18\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf)>. Acessado em: 23 set. 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2003.

EL HOSN, Magda; TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza Franco. **Do diploma de jornalista: a liberdade de expressão, de informação de emundo exercício da profissão in A jurisprudência constitucional revisitada**. Rio de Janeiro: LMJ, Mundo Jurídico, 2014. p. 113-139.

FRIEDMAN, Wolfgang. **Mudança na Estrutura do Direito Internacional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Freitas de Bastos, 1971.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As normas imperativas de direito internacional público jus cogens**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

HART, H.L.A. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HESSE, Konrad. **Constituição e direito constitucional. In Significado dos Direitos Fundamentais**. Tradução Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.

- JACKSON, Vick C. **Constitutional engagement in a transnational era**. *New York: Oxford*, 2010.
- JO, Hee Moon. **Introdução ao Direito Internacional**. São Paulo: LTr, 2000.
- KUNZ, Ana Elena Margarita; CARDINAUX, Nancy. **Investigar en derecho**. 1. ed. 1. reimp. Buenos Aires: Departamento de *Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires*, 2005.
- MATTOS, Adherbal Meira. **Direito e relações internacionais**. Belém: Editora CESUPA, 2003.
- MAZZOULI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional Público: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MELLO, Celso Duvivier Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000.
- NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e normas do Direito Internacional: um estudo sobre *soft law***. São Paulo: Atlas, 2005.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 7. ed. Madri: Tecnos, 2001.
- RAMOS, A. CARVALHO de. **Processo Internacional de Direitos Humanos – Análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Ed Renovar, 2002, p. 25.
- SEITENFUS, Ricardo, VENTURA, Deisy. **Introdução ao Direito Internacional Público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SCHWARZENBERGER, Georg. **International law and order**. 1.ed. London: Stevens & Sons, 1971.
- TEIXEIRA, E. **As três preocupações com os trabalhos acadêmicos**. Rio de Janeiro, Editora Vozes, 2005.
- THE EUROPEAN TRADITION IN INTERNATIONAL LAW**: Alfred Verdross, p. 32-103, Ano: 2003. Disponível em: <<http://www.ejil.org/journal/Vol6/Nº1/art14.htm>>. Acesso em: 23 set. 2014.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio. **Fundamentos de derecho internacional publico**. 4. ed. Madri: Editorial Tecnos, 1977.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Princípios de Direito Internacional Contemporâneo**. Brasília: UnB, 1981.

TRIVIÑOS, A.N.S. **Introdução à Pesquisa em Ciências Sociais:** qualitativa em Educação. São Paulo: Atlas, 1997.

VERDROSS, Alfred. **Derecho Internacional Publico.** Madrid: Aguilar, 1972.