

**III JORNADA INTERAMERICANA DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS E I
SEMINÁRIO NACIONAL DA REDE
BRASILEIRA DE PESQUISA EM
DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPDF**

DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DEBATE

COMISSÃO CIENTÍFICA

Profa. Dra. Ana Cândida da Cunha Ferraz (UNIFIEO)
Prof. Dr. Carlos Luiz Strapazon (UNOESC)
Prof. Dr. Cesar Landa (PUC, Lima – Peru)
Prof. Dr. Cezar Bueno de Lima (PPGDH/PUCPR)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UNIBRASIL)
Profa. Dra. Elda Coelho de Azevedo Bussinger (FDV)
Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu (Unifor)
Prof. Dr. Gonzalo Aguillar (Universidade de Talca - Chile)
Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (PUCRS)
Prof. Dr. Luis Henrique Braga Madalena (ABDCONST)
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva (UFS)
Profa. Dra. Margareth Anne Leister (UNIFIEO)
Profa. Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal (UNISC)
Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez (UNOESC)
Prof. Dr. Pedro Paulino Grandez Castro (PUC, Lima – Peru)
Prof. Dr. Rubens Beçak (USP-Ribeirão Preto-SP)
Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira (PUCSP)

UNIVERSIDADES E INSTITUIÇÕES PARTICIPANTES

ABDCONST | Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, PR
CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - Brasil
FDV | Faculdade de Direito de Vitória, ES, Brasil
IDP | Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil
PUCP | Universidade Católica do Perú, Lima, Perú
PUCPR | Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil
PUCRS | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil
RBPDP | Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais
Rede Interamericana de Pesquisa em Direitos Fundamentais
UEXTERNADO | Universidade Externado, Colômbia
UFMS | Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil
UFMT | Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil
UFS | Universidade Federal de Sergipe, Aracaju, SE, Brasil
UNIBRASIL-PR | Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil
UNIFIEO | Centro Universitário FIEO – São Paulo, SP, Brasil
UNIFOR | Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil
UNISC | Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, RS, Brasil
UNINOVE | Universidade Nove de Julho, SP, Brasil
UNOESC | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, SC, Brasil
UPF | Universidade de Passo Fundo, RS, Brasil
USP | Universidade de São Paulo - Ribeirão Preto, SP, Brasil
UTALCA | Universidade de Talca, Chile

D598

Direitos Fundamentais em Debate [Recurso eletrônico on-line] organização Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais;

Coordenadores: Ana Cândida da Cunha Ferraz, Eduardo Biacchi Gomes, Gina Vidal Marcílio Pompeu – São Paulo: RBPDP, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-385-6

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

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos internacionais. 2. Direitos humanos. 3. Direitos fundamentais. 4. Jurisdição constitucional. 5. Direitos Cíveis. 6. Direitos políticos. 7. Direitos sociais. 8. Direitos econômicos. 9. Direitos culturais. I. III Jornada Interamericana de Direitos Fundamentais e I Seminário Nacional da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais (1:2016 : São Paulo, SP).

CDU: 34



Rede Brasileira de Pesquisa
em Direitos Fundamentais

III JORNADA INTERAMERICANA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E I SEMINÁRIO NACIONAL DA REDE BRASILEIRA DE PESQUISA EM DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPFD

DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DEBATE

Apresentação

APRESENTAÇÃO

O livro direitos fundamentais em debate, é fruto da III Jornada Interamericana de Direitos Fundamentais e I Jornada Brasileira do Seminário da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais, realizado entre os dias 26 a 28 de outubro do ano de 2016, na cidade de São Paulo, contou com a apresentação de artigos científicos nos Grupos de Trabalho Temáticos que analisaram os mais relevantes temas correlatos e conexos aos direitos fundamentais.

Os trabalhos foram avaliados pela Comissão Científica do Seminário, mediante o processo da dupla avaliação cega por pares, de forma a atender aos critérios Qualis Eventos da CAPES. Na presente publicação, foram selecionados os melhores trabalhos apresentados e que foram criteriosamente selecionados.

Conforme pode ser verificado, os resultados disponibilizados na publicação resultam de temas mais importantes da a Rede Brasileira da Pesquisa em Direitos Fundamentais e da Rede Latino Americana de Pesquisa em Direitos Fundamentais. Naturalmente, como se trata da primeira publicação, existe uma tendência de que as pesquisas venham a se consolidar e que para o próximo Seminário, os resultados possam trazer elementos mais concretos de análise, inclusive em relação ao aumento do fator de impacto dos trabalhos.

Vale destacar que os temas ligados aos direitos fundamentais, direitos sociais, acesso à justiça, tanto no plano interno como internacional, cada vez estão mais presentes em nossa sociedade, principalmente quando vivemos em tempos de reduções e de limitações dos direitos sociais e fundamentais.

Naturalmente debater os temas mais importantes que estão na pauta nacional e mundial são de extrema relevância para que possamos buscar dialogar, cada vez mais, com os meios acadêmicos e produtivo, englobando a própria sociedade civil.

Portanto, os resultados aqui publicados, demonstram parte das pesquisas realizadas dentro da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais e que pretende-se consolidar, cada vez mais, como um espaço de referência e de debate sobre os mais importantes temas que ocupam as agendas nacional e internacional.

São Paulo, 15 de novembro de 2016.

Profa. Dra. Ana Cândida da Cunha Ferraz

Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu

**O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DOS ATOS DO PODER PÚBLICO
COMO INSTRUMENTO À TUTELA MULTINÍVEL DOS DIREITOS HUMANOS**
**EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE ACTOS PODER PÚBLICO COMO
UN INSTRUMENTO PARA MULTINIVEL PROTECCIÓN DE DERECHOS
HUMANOS**

Leopoldo Ayres de Vasconcelos Neto ¹
Felipe Dalenogare Alves ²

Resumo

Expõe-se o resultado duma pesquisa bibliográfica, à temática do controle de convencionalidade, tendo por objetivo analisar como sua aplicação demonstra-se importante instrumento à tutela multinível dos direitos humanos. A pesquisa justifica-se pela necessidade dum estudo sobre pontos essenciais à temática, focando-se no seguinte problema: quais os principais desafios, no contexto brasileiro, à realização/aceitação dum controle de convencionalidade como instrumento de tutela multinível dos direitos humanos? Verifica-se que, dentre os desafios, encontra-se a necessidade de realização duma hermenêutica de integração entre a norma interna e internacional, através dum diálogo entre as fontes, dando-se primazia a máxima proteção e promoção desses direitos.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade, Tutela multinível, Direitos humanos

Abstract/Resumen/Résumé

Se expone una investigación sobre el control de convencionalidad, con el objetivo principal de analizar cómo su aplicación demuestra una importante herramienta para la protección multinivel de los DH. La investigación se justifica por la necesidad de lo estudio del tema, centrándose en el siguiente problema: ¿cuáles son los principales desafíos en el contexto brasileño para la realización/aceptación del control de convencionalidad como instrumento de protección multinivel de los DH? Uno de los principales retos es la necesidad de realizar una hermenéutica de integración entre la norma interna e internacional, con la máxima protección y promoción de éstos derechos.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Control de convencionalidad, La protección de varios niveles, Derechos humanos

¹ Mestrando em direito pela UNISC com bolsa CAPES

² Doutorando em Direito pela UNISC com bolsa CAPES

1 Introdução

O presente artigo expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se do método dedutivo, para fins de abordagem, e monográfico, a título procedimental, sobre a temática do controle de convencionalidade dos atos do poder público, tendo por objetivo principal analisar como a aplicação do controle de convencionalidade demonstra-se instrumento à tutela multinível de direitos.

A comunidade internacional, principalmente após a 2ª Guerra Mundial, passou a apresentar uma preocupação com os direitos humanos, o que resultou em inúmeros dispositivos internacionais (globais ou regionais), visando a sua proteção e promoção, o que, por conseguinte, desencadeou, também, a criação de tribunais ou órgãos encarregados de sua guarda.

Em apertada síntese, pode-se destacar o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) e o Comitê de Direitos Humanos da ONU (atualmente Conselho de Direitos Humanos); o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU; a Convenção europeia para a proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais (1950) e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos; a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (1969) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos; a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (1979) e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, sendo os dois primeiros, instrumentos de âmbito global, e, os três últimos, de vigência regional.

A preocupação com o estabelecimento de um Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), objetivando a proteção, promoção e responsabilização (com a consequente reparação) pela violação a estes direitos, tem sido um dos principais objetivos e, ao mesmo tempo, desafios tanto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, quanto à Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que desencadeou a aplicação de um controle de convencionalidade, ainda pouco conhecido e estudado no Brasil.

O controle de convencionalidade nasce da necessidade de observância dos instrumentos internacionais de que o Estado seja parte, calcado em princípios do direito internacional, como *liberum voluntatis arbitrium*, *pacta sunt servanda* e *bonam fidem*, compatibilizando o ordenamento jurídico interno não só à Constituição, mas também aos

acordos, tratados e convenções de que o Brasil seja signatário, no intuito de proteger e promover os direitos humanos.

Estabelecidos estes aspectos, a pesquisa justifica-se pela necessidade de um estudo que aborde pontos essenciais que contribuam à colaboração na construção de uma teoria do controle de convencionalidade, focando-se no seguinte problema: quais os principais desafios, no contexto brasileiro, para a realização/aceitação de um controle de convencionalidade como instrumento de tutela multinível dos direitos humanos?

Para tanto, serão abordados os principais aspectos referentes ao tema, como um breve aporte teórico sobre o controle de convencionalidade e o quanto este, por intermédio de um diálogo entre as fontes, objetivando a máxima realização dos direitos humanos, demonstra-se instrumento fundamental à tutela multinível desses direitos.

2 O papel da comunidade internacional e regional na tutela multinível dos direitos humanos: um enfoque no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH)

Como apresentado nos apontamentos introdutórios, a comunidade internacional passou a apresentar uma preocupação e dispensar uma atenção especial à proteção e promoção dos direitos humanos, estabelecendo sistemas globais e regionais de atuação, no âmbito dos Estados-Partes que a eles, voluntariamente, se sujeitam.

Embora a positivação internacional seja fenômeno recente, a preocupação com a questão dos direitos humanos é antiga, tendo sido fruto de um processo que se inicia no pós-Segunda Guerra Mundial. Os principais instrumentos internacionais de proteção desses direitos surgem, inicialmente, como uma tentativa de se evitar a repetição das violações cometidas por sistemas totalitários, como o fascismo e o nazismo. A partir daí, o tema dos direitos humanos passou a possuir *status* obrigatório no cenário internacional.

Esse processo de universalização dos direitos humanos, por sua vez, acarretou a formação de sistemas internacionais entre Estados voltados à proteção e garantia desses direitos, o que culminou na criação das Nações Unidas, sendo que, posteriormente, cada continente veio a regulamentar a questão e criar seu sistema regional, surgindo então os sistemas europeu, americano e africano de proteção aos direitos humanos.

Apenas a título informativo, em apertada síntese, em âmbito normativo, pode-se destacar o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966); o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); a Convenção europeia para a proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais (1950); a Convenção

Americana sobre os Direitos Humanos (1969) e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (1979), sendo os dois primeiros, instrumentos de âmbito global, e, os três últimos, de vigência regional.

Nesse sentido, é necessário destacar o relevante papel exercido pelo Conselho dos Direitos Humanos da ONU, na tutela dos direitos previstos no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU na guarda dos direitos previstos no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC).

O Conselho dos Direitos Humanos, desde a entrada em vigor do PIDCP, já recebe representações de violações aos direitos previstos no PIDCP, cometidas no âmbito dos Estados-Partes, dentre os quais o Brasil, o que lhe confere, além de uma atuação consultiva, um papel contencioso. O Conselho, em nosso meio, ganhou destaque no ano de 2016, com a representação apresentada pelo ex-presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva, por suposta violação aos seus direitos¹, o que demonstrou a possibilidade de qualquer cidadão representar ao órgão².

Por sua vez, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, criado em 1985, pelo Conselho Econômico e Social, tem como principal objetivo o monitoramento e a implementação dos direitos previstos no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais³, tendo como atribuição principal receber relatórios periódicos dos países, sobre o processo de efetivação desses direitos em nível interno, além de emitir pareceres interpretativos, por intermédio dos Comentários Gerais⁴.

Contribuição importante trazida pelo CDESC à tutela multinível dos direitos humanos, encontra-se no estabelecimento, por intermédio do Comentário Geral nº 3, do

¹ A respeito, ver: RODAS, Sérgio. Lula faz denúncia contra Sergio Moro na ONU apontando falta de isenção. In: *Revista Consultor Jurídico*. Edição de 28 de julho de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-28/lula-faz-denuncia-sergio-moro-onu-falta-isencao>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

² A respeito, ver: MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira Z. Lula mostrou que qualquer cidadão pode recorrer à ONU. In: *Revista Consultor Jurídico*. Edição de 3 de agosto de 2016. Disponível em: <www.conjur.com.br/2016-ago-03/lula-mostrou-qualquer-cidadao-recorre-onu>. Acesso em: 13 nov. 2016.

³ Atualmente, Cento e Sessenta e Quatro países ratificaram o Pacto, dentre eles o Brasil. Dados extraídos do [sítio oficial da ONU](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en). Disponível em: <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁴ Definição e atribuição extraída do [sítio oficial do CDESC](http://www.ohchr.org/en/hrbodies/cescr/pages/cescrindex.aspx). Tradução Livre. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/en/hrbodies/cescr/pages/cescrindex.aspx>>. Acesso em: 30 set. 2015.

princípio do *minimum core obligation*⁵, a partir do qual o Comitê passou a estabelecer um núcleo mínimo de obrigações a cada direito previsto do PIDESC.

Somando-se à atribuição consultiva do CDESC, a partir da vigência do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ocorrida em 5 de maio de 2013, passou-se a reconhecer a competência (semi)contenciosa do CDESC, para analisar e investigar demandas individuais submetidas à sua apreciação, por qualquer pessoa, grupo de pessoas ou até mesmo um Estado-parte do protocolo⁶.

No âmbito regional, por proposta da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 1948, foi aprovada pelos Estados-membros a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. Tal instrumento disciplina de forma detalhada todos os deveres desses Estados quanto à garantia dos direitos, em especial, dos direitos humanos, sendo que, em 1959, foi criada a Comissão Americana de Direitos Humanos, órgão competente para examinar reclamações encaminhadas por indivíduos contra os Estados-membros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), por eventual violação aos seus direitos.

Dez anos após a criação da Comissão, foi finalmente aprovada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. Porém, tal documento somente entrou em vigor em 1978, tendo em vista a necessidade de que, no mínimo, 11 Estados membros da OEA a ratificassem. Isso posto, em 1979, criou-se a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com competência consultiva e contenciosa, permitindo-se, assim, processar e julgar Estados-partes da Convenção por violações à defesa e garantia dos direitos humanos⁷.

Verifica-se, com isso, que a tutela dos direitos humanos passa a ser efetivada não apenas pelo respectivo Estado, com o estabelecimento, no ordenamento interno, principalmente em sua Constituição, de um rol de direitos fundamentais, mas por diferentes sistemas, em múltiplos níveis, seja global ou regional, daí falar-se em tutela

⁵ CDESC. *Comentário Geral* n° 3, 1990. Disponível em: <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCESCR%2fGE C%2f4758&Lang=en>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁶ Até a presente data, 46 Estados já o assinaram e, destes, 21 já o ratificaram. Dentre os países latinos, Argentina, Bolívia, Costa Rica, Equador, El Salvador e Uruguai já o ratificaram. Chile, Guatemala, Paraguai e Venezuela estão em processo de ratificação. O Brasil ainda não assinou o protocolo facultativo.

⁷ O Sistema Interamericano de proteção aos direitos humanos se apresenta como um sistema bifásico formado por dois órgãos distintos e com competências bem definida, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo de competência da primeira realizar um juízo de admissibilidade da causa, a qual, se admitida, será encaminhada para apreciação da segunda, tendo esta última competência jurisdicional para decidir o caso com base imperativamente na CADH.

multinível dos direitos humanos.

Por conseguinte, esta tutela multinível conta com distintos instrumentos normativos, quais sejam os tratados internacionais (e regionais) sobre direitos humanos, os quais, como visto, são guardados por entidades (com natureza de Tribunais) que detêm competência consultiva e contenciosa para a sua efetivação.

Cresce de importância, nesta tutela multinível dos direitos humanos, o efetivo diálogo entre as fontes do Direito (norma interna e norma internacional) e entre as Cortes Internacionais/Regionais e os Poderes Estatais Pátrios (não apenas o Judiciário, a quem compete, em último plano interno esta interlocução).

Como principal ferramenta para essa consecução, encontra-se o controle de convencionalidade dos atos do Poder Público (abrangidos, por este viés, não apenas os atos normativos, mas também os administrativos e os judiciais), ainda pouco conhecido e explorado no Brasil, razão pela qual ainda não se tem consolidada uma teoria geral, para a qual o presente trabalho busca contribuir, principalmente com a construção desenvolvida na próxima seção.

3 O controle de convencionalidade como ferramenta de efetivação da tutela multinível de direitos humanos

Inicialmente, torna-se necessário dizer que, neste trabalho, aborda-se o contexto brasileiro desenvolvido sob os auspícios do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, afirmando-se que, ao ratificar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), o Estado firmou o compromisso previsto nos artigos 1º e 2º deste instrumento, os quais estabelecem as obrigações de respeito e garantia aos direitos nela elencados, com a obrigação de adotar todas as medidas internas necessárias ao cumprimento do Pacto.

Esta necessidade de adoção decorre do artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, a qual estabelece que o Estado-parte não poderá invocar disposições de direito interno para justificar o inadimplemento às disposições assumidas por ocasião da ratificação de um tratado internacional.

No cenário interamericano, ainda que haja precedentes pontuais em votos isolados de alguns juízes⁸, foi no caso *Almonacid Arellano e outros v. Chile*, julgado em 26 de setembro de 2006, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, pela primeira vez, assentou a necessidade de realização de um Controle de Convencionalidade por parte dos juízes e tribunais dos Estados-partes da CADH⁹ (SAGÜÉS, 2010, p. 118)¹⁰.

Para tanto, há de se dizer que o cumprimento das obrigações de respeito, garantia e adequação do sistema interno à CADH só será possível com o estabelecimento de um agir estatal adequado às normas de direitos humanos. Nesse sentido, a jurisprudência da Corte tem estabelecido o entendimento de que, se um Estado manifesta sua intenção em cumprir a Convenção, a aplicação de uma norma interna com ela incompatível ou a falta de adaptação do ordenamento interno e das condutas estatais constituem-se como violação ao Pacto (RIVAS, 2012, p. 105).

Esta relação entre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e os Estados-partes, principalmente entre a Corte e os tribunais nacionais (diálogo interjurisprudencial), compõe, como aponta Bazán (2011, p. 67), uma lógica complexa, não sendo, sempre, uma relação pacífica e linear, da qual não se exclui o Brasil.

Isso porque a mesma disposição que o Estado apresenta ao assinar um tratado internacional não tem sido verificada no momento de adotar as medidas necessárias para a sua concreta efetivação no plano interno, principalmente por demandar uma série de ações que, muitas vezes, são menosprezadas por ir de encontro aos distintos interesses políticos, sociais, culturais, religiosos, dentre outros, que se encontram envolvidos no contexto do Estado signatário.

Dentre estas medidas, Carbonell (2013, p. 68) sintetiza quatro ações que apresentam maior resistência de cumprimento (e até controvérsias) por parte dos Estados-partes, todas extraídas da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

⁸ A exemplo, destaca-se o voto do juiz Sergio García Ramírez, no caso *Myrna Mack Chang v. Guatemala*, julgado em 25 de novembro de 2003, em que este mencionou a necessidade das disposições internas dos Estados-membros aderirem ao previsto na CADH (HITTERS, 2009, p.110).

⁹ A aplicação do controle de convencionalidade não ocupa apenas estudiosos latino-americanos, mas se trata de um tema objeto de estudos intercontinentais. Em estudo abordando o controle de convencionalidade no contexto europeu, principalmente na Espanha, Quesada (2013, p. 24-25) indaga se um órgão da jurisdição ordinária pode deixar de aplicar uma lei interna em vigor (não declarada inconstitucional) que contrarie um tratado internacional ou a interpretação dada a ele pelo órgão encarregado de sua proteção. O autor responde que não só é possível, como se torna um dever, eis que incorporados ao ordenamento interno do país.

¹⁰ Os conceitos desenvolvidos neste tópico constituem-se resultado das pesquisas desenvolvidas, de modo constante, pelos autores, já tendo sido parcialmente apresentados em Alves e Neto (2016).

A primeira é a necessidade de incorporação das normas convencionais ao ordenamento jurídico interno, permitindo, assim, a aplicação do tratado¹¹. A segunda consiste na derrogação das normas internas com ele incompatíveis, promovendo-se uma harmonização entre o ordenamento interno e o convencional¹². A terceira demanda a realização de um diagnóstico acerca da atual situação dos direitos por ele regulados, a fim de precisar a atual situação em que o Estado-parte se encontra na efetivação de tais direitos, com o objetivo de aferir, posteriormente, se houve progresso, estagnação ou retrocesso na sua tutela. A quarta, por sua vez, acarreta a necessidade de reorganização das competências estatais, para que, em todos os níveis do Poder Público, hajam medidas de prevenção às violações dos direitos previstos no tratado, bem como o aparelhamento estatal para investigação, punição e reparação às eventuais violações (CARBONELL, 2013, p. 68).

No tocante ao Estado brasileiro, não se pode desconsiderar que, ao petrificar em sua Constituição (Art. 5º, § 2º), que os direitos e garantias nela expressos “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, o país comprometeu-se a observar e cumprir os dispositivos internacionais de que é parte, no sentido da máxima efetivação dos direitos e garantias neles previstos.

O parágrafo 3º, do mesmo artigo, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, operacionalizou a incorporação dos dispositivos internacionais que versem sobre direitos humanos, estabelecendo que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”¹³.

A presença de normas de reconhecimento e aceitação do direito internacional em nossa Constituição reforça a força normativa dos direitos previstos e assegurados nos instrumentos internacionais de que o Estado brasileiro seja parte, os quais devem ser

¹¹ Neste ponto, entendemos que a ratificação, com posterior promulgação do decreto, é suficiente para sua aplicação direta, sem adentrarmos na discussão que poderia cercar o tema (eventual necessidade de lei que regulamente o tratado), servindo o princípio *pro homine* como um instrumento para a realização de uma hermenêutica de integração entre as normas convencionais e internas.

¹² Mais uma vez, salientamos que esta derrogação não necessariamente deve ocorrer de forma expressa (revogação por parte do legislador), mas por intermédio de uma aplicação hermenêutica, aplicando-se a norma mais favorável ao homem (princípio *pro homine*).

¹³ Atualmente apenas a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foram aprovados com o coro especial, promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

assegurados não apenas pela jurisdição interna (controle interno), mas também por tribunais internacionais/regionais (controle externo) (ALCALÁ, 2012a, p. 152).

O *controle interno* de convencionalidade se aplica em sede nacional, por conta dos juízes e tribunais locais (sem excluir-se as demais autoridades públicas), uma vez que necessária a compatibilização interna de todos os atos do Poder Público às convenções internacionais que versem sobre direitos humanos e aos cânones interpretativos estabelecidos em sede de controle externo, por conta dos tribunais internacionais/regionais (BAZÁN, 2011, p. 68).

Significa dizer que o Estado-parte está diante de um novo paradigma vertical de conformação de seus atos (legislativos, administrativos e judiciais), devendo-se proceder, além da conformidade à norma constitucional, a uma conformação às normas convencionais (e a interpretação dada a elas pelas Cortes Internacionais/Regionais encarregadas pela sua guarda), as quais, no sistema brasileiro, tratando-se de direitos humanos, ou possuem status de normas materialmente constitucionais (Art. 5º, § 2º, da Constituição) ou formalmente equivalentes às emendas constitucionais (Art. 5º, § 3º, da Constituição).

Reconhece-se que o controle de convencionalidade causa impactos em um contexto não familiarizado¹⁴. O primeiro (objetivo) é de ordem normativa, que impõe o desafio de sua aplicação/aceitação no ordenamento interno (a exemplo da hierarquia dos tratados). O segundo (subjetivo) é a imposição de que os operadores do direito, os juízes, por exemplo, devem se preparar e conhecer, para poder operar o *corpus iuris* convencional. Estes dois marcos conduzirão a outros dois impulsos, que se constituem na aplicação de ofício do direito convencional por parte do juiz e o afastamento da aplicação de normas nacionais julgadas inconventionais (LAZCANO, 2015, [s.p]).

No sistema brasileiro, é possível reconhecer um *controle interno difuso* e um *controle interno concentrado* de convencionalidade. O primeiro, realizado por qualquer juiz ou tribunal ordinário, no âmbito da apreciação de cada caso concreto, envolvendo a compatibilização do ato questionado às convenções internacionais equivalentes às emendas

¹⁴ Diz-se isso pela estranheza que a prática ainda causa no cenário jurídico brasileiro. Como exemplo, pode-se destacar a notícia do Portal Empório do Direito, que, como um ato de bravura, raríssimo senão inédito, estampa: “Desacato não é crime, diz juiz em controle de convencionalidade”. Tratava-se de decisão proferida pelo juiz Alexandre Morais da Rosa, em 17 de março de 2015, em ação penal (0067370-64.2012.8.24.0023), na comarca de Florianópolis, no Estado brasileiro de Santa Catarina. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/desacato-nao-e-crime-diz-juiz-em-controle-de-convencionalidade>>. Acesso em: 21 abr. 2015.

constitucionais ou aos tratados internacionais com status supralegal, gerando uma decisão *inter partes*.

Já o segundo se dá por intermédio de ação constitucional, diretamente no Supremo Tribunal Federal. Quanto à norma paradigmática com status de emenda constitucional, ou seja, tratado internacional aprovado com o procedimento especial previsto no Art 5º, § 3º, da Constituição Federal, não nos parece que haja maiores dúvidas quanto a sua aplicação, gerando uma decisão com efeito erga omnes.

Por outro lado, ao se tratar de norma paradigmática com status supralegal, defendemos a possibilidade de controle concentrado por intermédio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), com base na previsão contida no Art 5º, § 2º, da Constituição Federal. Significa dizer que a norma internacional, materialmente constitucional, encontra-se no que se convencionou chamar de bloco de constitucionalidade¹⁵, cuja “porta de acesso” é o § 2º, Art 5º, da Constituição, encontrando-se, o preceito fundamental na norma internacional (constante no bloco de constitucionalidade e, portanto, passível de ser paradigma com status constitucional, via preceito fundamental).

O **controle externo** de convencionalidade, de caráter subsidiário, é aplicado pelas Cortes Internacionais, após esgotados os recursos internos, a exemplo do realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – no caso da Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁶, que o realiza tanto em sede consultiva quanto contenciosa, a fim de determinar a compatibilidade ou não do direito interno (ou atos gerais dos agentes pertencentes aos Estados-partes) às disposições convencionais, determinando, por sentença, que o Estado-parte, como obrigação de resultado, modifique, suprima ou derogue suas normas ou atos julgados inconventionais (ALCALÁ, 2012b, p. 1168).

Este controle se desenvolve, predominantemente, por intermédio dos julgamentos de casos concretos, analisando se alguma norma ou ato (omissivo ou comissivo) do Estado demonstra-se incompatível com a CADH, objetivando além da já dita máxima eficácia dos

¹⁵ O “Bloco de Constitucionalidade” é a expressão utilizada principalmente por Llórente (1989) e por Bidart Campos (1998), podendo ser definido como “un conjunto normativo *que parte de la constitución*, y que añade y contiene disposiciones, principios y valores que son materialmente constitucionales *fuera del texto de la constitución escrita*. Suele situarse en ese bloque a los tratados internacionales, al derecho consuetudinario, a la jurisprudencia, etcétera” (BIDART CAMPOS, 1998, p. 276).

¹⁶ Defende-se a concepção de que a aferição da convencionalidade não se esgota apenas na norma, estendendo-se aos critérios interpretativos conferidos pela jurisdição internacional, os quais devem ser observados e aplicados pelos Estados-partes (CARBONELL, 2013, p. 81).

direitos humanos, a plena vigência e força normativa da referida convenção (BAZÁN, 2011, p. 68).

A capacidade de guiar e influenciar os Estados democráticos por intermédio da apreciação de casos concretos, seja na compatibilização da jurisprudência dos tribunais pátrios, tentando se estabelecer o alcance desses direitos, seja na indução de políticas públicas, tem sido não apenas um dos fins da Corte, mas também um de seus principais desafios¹⁷ (ABRAMOVICH, 2009, p. 17).

Para atingir sua consecução, a CIDH tem analisado, no desempenho do controle concentrado de convencionalidade, não apenas o caso concreto, mas também o contexto social e institucional (estrutural) em que esse surgiu e adquiriu sentido. Esta atuação pode ser vista em dois momentos, sendo, o primeiro, relacionado aos regimes militares e ao terrorismo de Estado, com a execução e desaparecimento forçado de determinadas pessoas ou grupo de pessoas, em um contexto de violações massivas e sistemáticas de direitos humanos; já, o segundo, relacionado com a discriminação e violência contra determinados grupos sociais em situação de vulnerabilidade¹⁸ (ABRAMOVICH, 2009, p. 17).

Em virtude disso, tem sido possível observar na atuação da CIDH, algumas medidas características em suas sentenças¹⁹, como determinações específicas quando o poder público esteja deixando de cumprir uma obrigação pontual e concreta; ordens para que ele atue, dentro dos limites discricionários legalmente conferidos, sendo que, neste caso, não há uma determinação com um conteúdo preciso, mas o estabelecimento de um marco, uma espécie de moldura, dentro da qual deve ocorrer o cumprimento, inclusive com a fixação de prazos; e, em caso de omissões contumazes, quando cumpra de forma ineficiente ou incompleta suas obrigações, deixando o direito sem proteção, determinações em um nível mais avançado, impondo soluções concretas, adentrando na sua margem de discricionariedade, em busca da concretização do direito (FERRAND, 2015, p. 122).

O Brasil, até a presente data, sofreu quatro condenações na Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso Ximenes Lopes vs Brasil (2005), Caso Escher vs Brasil (2009),

¹⁷ A respeito, ver: LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Indutora de Políticas Públicas Estruturantes: O Exemplo da Educação em Direitos Humanos – Uma Análise dos Casos Ximenes Lopes e Gomes Lund Versus Brasil – Perspectivas e Desafios ao Cumprimento das Decisões. In: *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. v. 15. n. 15. Fortaleza: IBDH, 2015, p. 287-300.

¹⁸ Observa-se que o caso objeto de análise no presente trabalho se coaduna à primeira observação de Abramovich (2009) – execução e desaparecimento de pessoas;

¹⁹ Torna-se importante dizer que estas medidas podem aparecer de forma cumulativa, alternada ou até complementares e que não necessariamente catalogam um rol taxativo característico de tais decisões, como será visto no próximo tópico.

Caso Gomes Lund vs Brasil (2010) e Caso Sétimo Garibaldi vs Brasil (2011). Destes, o caso mais emblemático ao controle de convencionalidade foi o penúltimo.

No caso Gomes Lund vs Brasil, julgado em 24 de novembro de 2010, envolvendo fatos ocorridos durante o período do regime militar, a exemplo da Guerrilha do Araguaia²⁰, questionou-se a compatibilidade da Lei de Anistia brasileira (Lei nº 6.683/79), publicada em 28 de agosto de 1979, a qual concedia perdão judicial a todos aqueles que tivessem vindo a cometer crimes políticos durante esse período, sejam eles militares ou insurgentes do regime.

Na Corte Interamericana de Direitos Humanos, com base no relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Brasil foi condenado a, dentre outras providências, adotar todas as medidas que sejam necessárias, a fim de garantir que a Lei nº 6.683/79 (Lei de Anistia) não continue representando um obstáculo para a persecução penal de graves violações de direitos humanos que constituam crimes contra a humanidade.

Referiu, ainda, acerca da importância de o Estado brasileiro reconhecer o ocorrido na Guerrilha do Araguaia como um crime contra a humanidade, ressaltando a ideia de que tais crimes não são suscetíveis de anistia e são imprescritíveis, o que não ocorreu até a presente data.

Não obstante, anteriormente, em 24 de abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal julgou, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, improcedente a ADPF nº 153, confirmando a constitucionalidade da Lei de Anistia brasileira. Na ocasião, o Tribunal, seguindo o relator, com apoio de outros seis ministros, decidiu pela constitucionalidade da lei por levar em conta o período em que ela foi editada, bem como pelo fato de tal lei ter decorrido de uma construção social, apoiada, inclusive, pela opinião pública, e, ainda, por se tratar de uma lei necessária, a qual não poderia ser de outra forma senão imbuída de generalidade e abstração, a vista de seu objetivo maior, ou seja, a ruptura com o regime militar e o ingresso do país na ordem democrática.

Como visto, no presente caso, até em decorrência da falta de estabelecimento de uma cultura jurídica voltada ao controle de convencionalidade, o esperado diálogo entre as Cortes não ocorreu, eis que o Supremo Tribunal Federal desconsiderou as recomendações exaradas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a jurisprudência que já

²⁰ Formado por integrantes do Partido Comunista do Brasil (PCdoB), o movimento começou a ser estruturado na segunda metade da década de 1960, com o objetivo de combater o regime militar no Brasil (1964-1985), tendo ocorrido às margens do Rio Araguaia, onde os Estados de Goiás, Pará e Maranhão fazem divisa, por isso ficou popularmente conhecido como Guerrilha do Araguaia.

havia na Corte Interamericana (a decisão do caso *Gomes Lund vs Brasil* foi proferida após o julgamento do STF), restando, este item da decisão, não cumprido até a presente data pelo Estado brasileiro.

4 Conclusão

O controle de convencionalidade resulta, especialmente, da necessidade de observância dos instrumentos internacionais de que o Estado é parte, de modo que haja consonância do ordenamento jurídico interno não só com Constituição Federal, mas também com as normas internacionais de que o Brasil é signatário e com a jurisprudência resultante da interpretação a elas conferidas pelos órgãos encarregados pela sua guarda.

Com isso, a comunidade internacional/regional estabeleceu um sistema internacional/regional de proteção aos direitos humanos, o que confere uma proteção multinível a estes direitos, não mais tutelados apenas no rol de direitos fundamentais constante nas Constituições dos Estados, mas também nos tratados internacionais de vigência regional e internacional, os quais contam com um órgão encarregado de sua guarda, com natureza de Tribunal.

A título exemplificativo, pode-se destacar o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) e o Comitê de Direitos Humanos da ONU (atualmente Conselho de Direitos Humanos); o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU; a Convenção europeia para a proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais (1950) e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos; a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (1969) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos; a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (1979) e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, sendo os dois primeiros, instrumentos de âmbito global, e, os três últimos, de vigência regional.

Demonstra-se, assim, a importância que estes sistemas possuem na proteção multinível dos direitos humanos, demonstrando-se o controle de convencionalidade um instrumento indispensável de compatibilização dos atos do poder público (sejam eles legislativos, administrativos ou judiciais) às normas internacionais, seja por intermédio do controle difuso (interno), seja, subsidiariamente, após o esgotamento deste, pelo controle concentrado (externo).

Nesta linha, trazendo-se o sistema regional (Sistema Interamericano de Direitos Humanos), mais comumente no Brasil, ao aderir à Convenção Americana de Direitos Humanos o país firmou compromisso internacional, passando a sujeitar-se à atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que, além da proteção normativa (por intermédio dos tratados internacionais) passou a proporcionar a proteção jurisdicional, conferindo uma tutela multinível aos direitos humanos.

Por fim, buscando resposta ao problema de pesquisa, verifica-se que, dentre os principais desafios para a efetividade do controle de convencionalidade no contexto brasileiro, encontra-se a necessidade de realização de uma hermenêutica de integração entre a norma interna e a internacional, através de um diálogo entre as fontes, tendo como primazia a máxima proteção e promoção aos direitos humanos, além do estabelecimento de um diálogo entre as Cortes (internas e internacionais/regionais).

Referências

ABRAMOVICH, Víctor. De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos. In: *Revista Internacional de Derechos Humanos*. v. 6. n. 11., 2009.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno en el periodo 2006-2010. In: *Revista Chilena de Derecho*. v. 39. n. 1., 2012a.

_____. Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. v. 45. n. 135. Ciudad de Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012b.

ALVES, Felipe Dalenogare; NETO, Leopoldo Ayres de Vasconcelos. Aportes para uma teoria do Controle de Convencionalidade no Brasil: O caso Gomes Lund e as implicações resultantes da condenação brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Políticas Públicas e Demandas Sociais: Diálogos Contemporâneos II*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2016.

BAZÁN, Víctor. Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. In: *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. n. 18, 2011.

BIDART CAMPOS, Germán J. *Manual de la Constitución reformada*. t. 1. Buenos Aires: Ediar, 1998.

BRASIL. *Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 30 abr. 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 14 out. 2014.

CARBONELL, Miguel. *Introducción general al control de convencionalidad*. In: GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl; VALADÉS, Diego (Coords). *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*. Ciudad de México: UNAM, 2013.

CDESC. *Comentário Geral nº 3, 1990*. Disponível em: <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCESCR%2fGEC%2f4758&Lang=en>. Acesso em: 30 set. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros versus Brasil*: sentença de 04 de julho de 2006 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San Jose da Costa Rica, 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2014.

EMPÓRIO DO DIREITO. *Desacato não é crime, diz juiz em controle de convencionalidade*. Disponível em: <<http://emporiოდodireito.com.br/desacato-não-e-crime-diz-juiz-em-controle-de-convencionalidade>>. Acesso em: 21 abr. 2015.

HITTERS, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). In: *Estudios Constitucionales*. v. 7, n. 2, 2009.

LAZCANO, Alfonso Jaime Martínez. *Tópicos de convencionalidade: Las nuevas repuestas del derecho - derecho procesal convencional de derechos humanos - big bang de los derechos humanos*. Tuxtla Gutiérrez: Primera Instancia, 2015, epub.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Indutora de Políticas Públicas Estruturantes: O Exemplo da Educação em Direitos Humanos – Uma Análise dos Casos Ximenes Lopes e Gomes Lund Versus Brasil – Perspectivas e Desafios ao Cumprimento das Decisões. In: *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. v. 15. n. 15. Fortaleza: IBDH, 2015.

LLÓRENTE, Francisco Rubio. El Bloque de Constitucionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*. v. 9. n.27., 1989.

MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira Z. Lula mostrou que qualquer cidadão pode recorrer à ONU. In: *Revista Consultor Jurídico*. Edição de 3 de agosto de 2016. Disponível em: <www.conjur.com.br/2016-ago-03/lula-mostrou-qualquer-cidadao-recorre-onu>. Acesso em: 13 nov. 2016.

QUESADA, Luis Jimena. *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad: a propósito del diálogo judicial y de la tutela multinivel de derechos*. Pamplona: Aranzadi, 2013.

RIVAS, Juana María Ibáñez. Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *Anuario de Derechos Humanos*, 2012.

RODAS, Sérgio. Lula faz denúncia contra Sergio Moro na ONU apontando falta de isenção. In: *Revista Consultor Jurídico*. Edição de 28 de julho de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-28/lula-faz-denuncia-sergio-moro-onu-falta-isencao>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidade. In: *Estudios Constitucionales*. v. 8. n. 1, 2010.