

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 foi denominada “constituição cidadã” por Ulysses Guimarães (2008, p. 597), presidente da Assembleia Constituinte, em virtude do grande número de direitos e garantias fundamentais previstos no seu texto. Todavia, como se não fosse suficiente o profícuo elenco acolhido expressamente na Lei Maior, o constituinte de 1988 inovou ao prever uma cláusula aberta no art. 5, §2º, por meio da qual assegurou a existência de direitos e garantias fundamentais não apenas no texto constitucional, mas fora dele, demonstrando, assim, a importância concedida à proteção do cidadão.

Essa norma do art. 5, §2º permitiu que diversos juristas brasileiros, a exemplo de Lima (2004), levantassem a possibilidade da existência de um bloco de constitucionalidade nos moldes existentes na França ou na Espanha. A discussão adquiriu ainda mais força com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que introduziu o §3º no art. 5. Neste novo parágrafo, prevê-se a possibilidade dos tratados internacionais de direitos humanos terem *status* de emenda constitucional se aprovados por três quintos em dois turnos em cada casa legislativa (BRASIL, 1988, *on-line*), ou seja, esse dispositivo prevê a existência de normas de hierarquia constitucional fora do texto da Constituição Federal promulgada no 5 de outubro de 1988.

Contudo, as novidades em relação à previsão de direitos e garantias fundamentais não se esgotam nesses dois exemplos. Nos últimos anos, vem também sendo discutida a adoção do controle de convencionalidade. Esse controle foi criado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), em 2006, e determina que as autoridades dos Estados que ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, ou Pacto de São José da Costa Rica, devem deixar de aplicar norma nacional se contrária a essa convenção ou à interpretação que a CorteIDH faz dela.

Trata-se, sem dúvida, de temáticas controvertidas no solo pátrio, tanto em função de serem relativamente novas, como também por envolverem a possibilidade da existência de normas de nível constitucional não criadas pelo poder constituinte.

Nesse contexto, o objetivo do presente texto é demonstrar a relevância da implementação efetiva desses institutos para a proteção e promoção dos direitos humanos. Com essa finalidade, realizou-se pesquisa bibliográfica e documental na doutrina, legislação e jurisprudência nacionais e estrangeiras. Os resultados encontram-se sintetizados neste

trabalho, dividido em dois tópicos. No primeiro, desenvolve-se o tema do bloco de constitucionalidade, enquanto que no segundo expõe-se o controle de convencionalidade.

2. O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004

O bloco de constitucionalidade pode ser definido como o conjunto de normas materialmente constitucionais que, junto com a constituição codificada de um Estado, formam um bloco normativo de hierarquia constitucional. A expressão originou-se no Direito francês, a partir da decisão proferida pelo *Conseil Constitutionnel*, em 16 de julho de 1971, por meio da qual afirmou a existência de um bloco de princípios e regras dotadas de nível constitucional, composto pela Constituição de 1958, o Preâmbulo da Constituição de 1946, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e os princípios fundamentais previstos nas leis da República (FAVOREU, 1991).

A adoção de um bloco de constitucionalidade foi necessária devido à Constituição da França de 1958 não conter uma lista de direitos fundamentais. Nessa decisão de 1971, o Conselho Constitucional declarou inconstitucional uma lei que violava a liberdade de associação, prevista em uma Lei da República, mas ausente na Constituição de 1958. Para poder declarar a inconstitucionalidade, o Conselho Constitucional viu-se obrigado a elevar o *status* hierárquico dessa Lei da República ao nível constitucional, construindo, desse modo, um bloco de constitucionalidade. O *bloc de constitucionalité* foi criado pelo *Conseil Constitutionnel* com base no denominado “bloco de legalidade”, proposto por Maurice Hauriou no início do século XX, também na França, para conferir *status* de lei a algumas normas administrativas (FAVOREU, 1991, p. 20).

A ideia de bloco de constitucionalidade foi seguida por alguns países, a exemplo da Espanha, cujo Tribunal Constitucional reconheceu a sua existência na decisão STC 10/1982 de 23 de março de 1982 (ESPAÑA, 1982, *on-line*). Contudo, diferentemente da França, ainda hoje o Tribunal Constitucional espanhol não tem conseguido definir de modo preciso o conteúdo do seu *bloque de constitucionalidad*. São dois os motivos que provocam essa situação: a) a complexidade da repartição de competências entre o Estado central espanhol e as comunidades autônomas; e, b) o extenso rol de direitos fundamentais contido no texto formal da Constituição espanhola, a exemplo da Constituição brasileira de 1988 (LOPES, 2010, p. 47).

Apesar dessas divergências entre o conteúdo do bloco de constitucionalidade espanhol e do francês, ressalta-se que, nos dois casos, as normas que compõem os blocos são utilizadas como parâmetros para o controle constitucionalidade.

De esta forma, afirmarse que el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución. Se afirma que éstos son “verdaderos principios y reglas de valor constitucional”, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que pueden a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu* (MEZA HURTADO, 2012-2013, p. 148).

No Brasil, a existência de um bloco de constitucionalidade remonta à própria promulgação da Constituição Federal de 1988, mais precisamente ao art. 5º, §2º, cuja redação dispõe que “Os direitos e garantias expressos na Lei Fundamental não excluem outros decorrentes dos princípios ou do regime por ela adotados, assim como os previstos em tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil faça parte” (BRASIL, 1988, *on-line*). Da leitura desse dispositivo, depreende-se que a intenção do constituinte foi considerar a existência de direitos e garantias fundamentais não expressos no texto constitucional, isto é, de normas materialmente constitucionais. Nessa linha, expressa-se Flávia Piovesan (1995, p. 160),

(...) advém de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. A esse raciocínio se acrescentam o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais e a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais.

A existência de direitos fundamentais materialmente constitucionais graças à previsão constitucional de uma cláusula aberta, é também defendida pelo jurista português Canotilho (1999, p, 378):

Trata-se de uma “norma *fattispecie* aberta”, de forma a abranger, para além das positivizações concretas, todas as possibilidades de “direitos”, que se propõem no horizonte da ação humana. Em virtude de as normas que reconhecem e protegem não terem forma constitucional, estes direitos são chamados direitos materialmente fundamentais.

Com base nesse entendimento, nos primeiros anos após promulgada a Constituição Federal 1988, juristas, como a própria Flávia Piovesan (1995) e Antonio Augusto Cançado Trindade (1993), defendiam a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, o que configuraria a existência de um bloco de constitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal (STF), entretanto, posicionava-se de forma contrária, chegando a afirmar, na ADI-

MC 1.480, julgada em 4 de setembro de 1997, que esses tratados, a exemplo de todos os outros, tinham apenas hierarquia de lei (STF, 1997, *on-line*).

A existência de um bloco de constitucionalidade era, portanto, controvertida. Diante desse panorama, alguns juristas defendiam a existência de um bloco de constitucionalidade brasileiro a partir de outras situações. Assim, Gerson Lima (2004), por exemplo, invocava as normas de emendas constitucionais não incorporadas no texto constitucional, como no caso dos artigos 25 ao 33 da EC nº 19/1998 (BRASIL, 1998, *on-line*), como exemplos de bloco.

As emendas constitucionais apresentam alguns dispositivos que já se integraram ao Texto da Constituição, enquanto outros permanecem fora dele, no sentido corpóreo, objetivo, de matéria escrita. Os primeiros são mais comuns e ocorrem quando dizem que determinado artigo da Constituição passará a ter redação “tal”, ou que será acrescentado no dispositivo “qual”, ou que implique supressão de texto. Já os segundos compõem um corpo à parte, com disposição própria, tratando de temas constitucionais. Mas óbvio que todos eles compõem a Constituição, que passa, assim, a ser tanto o complexo dos seus artigos, reunidos e ordenados numericamente no mesmo diploma, quanto dos dispositivos periféricos integrantes das emendas constitucionais (LIMA, 2004, p. 107).

Esse elasticidade da compreensão do elenco das normas com nível constitucional era, entretanto, visto com certo receio, conforme o próprio Lima alertava.

A crítica que se pode acrescer, ainda, é a de que o elasticidade incauto destas normas pode tornar o complexo jurídico um arcabouço de normas constitucionais banalizadas, com a vulgarização da Constituição. E, então, a possibilidade de ineficácia constitucional aumentaria, eis que, ante o número de disposições regulamentando tudo, ensejaria interpretações fragilizadoras da sociedade. Com efeito, a experiência jurídica do Direito Comparado mostra que as Constituições mais analíticas são as de texto mais frágeis, enquanto as sintéticas possuem disposições textuais mais respeitadas. Enquanto as primeiras tendem a levar a interpretações literais e restritivas, as outras pendem para uma hermenêutica verticalizada, com elasticidade das suas disposições e de sentido do texto, em todos os seus aspectos (políticos, sociais, jurídicos...). Reflexo de como a sociedade contribui para a formação histórica da sua Constituição (LIMA, 2004, p. 109).

Talvez seja esse o motivo pelo qual o STF, apesar de ter se pronunciado a respeito da existência de um bloco de constitucionalidade na ADI 595/ES, julgada no 18 e fevereiro de 2002, recorria escassamente ao seu uso.

A definição do significado de bloco de constitucionalidade - independentemente da abrangência material que se lhe reconheça - reveste-se de fundamental importância no processo de fiscalização normativa abstrata, pois a exata qualificação conceitual dessa categoria jurídica projeta-se como fator determinante do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais contestados em face da Carta Política [...] É por tal motivo que os tratadistas - consoante observa JORGE XIFRA HERAS ("Curso de Derecho Constitucional", p. 43) -, em vez de formularem um conceito único de Constituição, costumam referir-se a uma pluralidade de acepções, dando ensejo à elaboração teórica do conceito de bloco de constitucionalidade (ou de parâmetro constitucional), cujo significado - revestido de maior ou de menor abrangência material - projeta-se, tal seja o sentido que se lhe dê, para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da própria Constituição formal, chegando, até mesmo, a compreender normas de caráter

infraconstitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, desse modo, e em função de perspectivas conceituais mais amplas, a concretização da ideia de ordem constitucional global. Sob tal perspectiva, que acolhe conceitos múltiplos de Constituição, pluraliza-se a noção mesma de constitucionalidade/inconstitucionalidade, em decorrência de formulações teóricas, matizadas por visões jurídicas e ideológicas distintas, que culminam por determinar - quer elastecendo-as, quer restringindo-as - as próprias referências paradigmáticas conformadoras do significado e do conteúdo material inerentes à Carta Política (STF, 2002, *on-line*).

Esse receio no reconhecimento da existência de um bloco de constitucionalidade no Brasil foi relativamente superado com a promulgação da EC nº 45/2004, que acrescentou o §3º ao art. 5º da Constituição Federal de 1988, 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” (BRASIL, 1988, *on-line*). Com essa norma, os tratados de direitos humanos aprovados seguindo o procedimento adotado para a aprovação de emendas constitucionais passaram a ter a mesma hierarquia desse tipo de normas, ou seja, hierarquia constitucional.

Na atualidade, já há um tratado com esse *status*. Trata-se da Convenção Internacional de Pessoas com Deficiência, aprovado em 2007 e ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 6949 de 25 de agosto de 2009 (BRASIL, 2009, *on-line*). Isso significa que os tratados de direitos humanos aprovados seguindo o rito previsto no art. 5º, §3º fazem parte do bloco de constitucionalidade.

[...] a adoção do procedimento previsto no art. 5o, § 3º, da CF, os tratados em matéria de direitos humanos passariam a integrar o bloco de constitucionalidade, que representa a reunião de diferentes diplomas normativos de cunho constitucional, que atuam, em seu conjunto, como parâmetro do controle de constitucionalidade, o que configura um avanço em relação à posição mais restritiva do nosso Supremo Tribunal Federal na matéria, que, por exemplo, não outorga força normativa superior ao Preâmbulo da Constituição (SARLET, 2005, p. 17).

A ampliação do rol dos direitos fundamentais para além do próprio texto codificado prevista no art. 5º, §3º, com base na abrangência material da Constituição de 1988, vem a confirmar não apenas a existência de um bloco de constitucionalidade brasileiro, mas, e especialmente, a relevância concedida aos direitos humanos enquanto protetores da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro, conforme estabelecido no art. 1º, III (BRASIL, 1988, *on-line*).

3. O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Os esforços para evitar a repetição dos horrores cometidos durante a Segunda Guerra Mundial provocaram uma grande mudança no cenário internacional. Assim, a proteção dos direitos humanos deixou de se restringir ao âmbito interno de cada Estado para passar a ser uma tarefa da sociedade internacional (LOPES; RODRIGUES, 2015). Com essa finalidade, criou-se um sistema global de proteção de direitos humanos vinculado à Organização das Nações Unidas (ONU), e três sistemas regionais: europeu, interamericano e africano. O Estado brasileiro, por seu turno, além de ser parte do sistema global, compõe também o sistema regional interamericano.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) foi criado em 1948 por meio da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA). Dentre seus principais documentos citam-se: a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948); a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica (1969) e o Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ou Protocolo de San Salvador (1998).

O SIDH possui dois órgãos principais: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH). A CIDH foi criada em 1959 com a finalidade de promover a observância dos direitos humanos contidos na DADH. Dez anos mais tarde, aprovou-se a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), entrando em vigor apenas em 1978. Na CADH, ampliaram-se as competências da CIDH e instituiu-se a CorteIDH. Ambos órgãos atuam hoje conjuntamente na defesa e na promoção dos direitos humanos nas Américas.

A CIDH possui sede em Washington D.C e está composta por sete membros, eleitos pela Assembleia Geral da OEA, de uma lista proposta pelos Estados-membros. Tais membros atuam de forma pessoal, isto é, apesar de serem de algum desses Estados, não os representam. O mandato é de 4 anos, renovável uma vez. Dentre as principais competências da CIDH, podem citar-se as de receber, analisar e investigar, inclusive *in locu*, petições individuais de violações aos direitos humanos. Compete também à CIDH, remeter os casos à jurisdição da Corte IDH, emitir relatórios sobre o cumprimento dos direitos humanos na região e recomendar aos Estados-membros a adoção de medidas para a melhor proteção desses direitos.

Já a CorteIDH, formada igualmente por sete juízes naturais dos Estados-membros da OEA, com mandato de 7 anos, renovável uma vez, tem sua sede em São José da Costa Rica. A Corte IDH tem competência para julgar o Estado-membro que violar os direitos humanos previstos na CADH, proferindo sentença judicial fundamentada, definitiva e inapelável. Além dessa competência contenciosa, a CorteIDH tem também competência consultiva, exercida quando algum Estado-membro da OEA, ou órgão enumerado no Capítulo X da Carta da OEA, realiza consulta acerca da interpretação da CADH ou de qualquer outro tratado de direito humano aplicável em algum dos Estados-membros da OEA (LOPES; DIÓGENES, 2012).

O Estado brasileiro internalizou a CADH por meio do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, e reconheceu a jurisdição contenciosa da CorteIDH através do Decreto nº 4.463, de 08 de novembro de 2002, para o julgamento de fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.

No Brasil, a implementação das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos é obrigatória, da mesma forma como as decisões do Poder Judiciário nacional. Essa obrigatoriedade decorre não só da ratificação da Convenção Americana, mas também, do reconhecimento da competência contenciosa da Corte pelo país (COELHO, 2007, p.155)

A recepção da CADH e o reconhecimento da competência contenciosa da Corte IDH provocaram discussões sobre os contornos e limites da harmonização entre as decisões do SIDH e as do Poder Judiciário nacional.

Essa discussão acirrou-se ainda mais a partir do julgamento do RE 466.343/SP, em 3 de dezembro de 2008, no qual o Supremo Tribunal Federal (STF) consolidou sua jurisprudência em favor do *status* supralegal dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil sem seguir o procedimento previsto no art. 5º, §3º (STF, 2008, *on-line*).

Todavia, o STF foi além da supralegalidade, ao afirmar que esses tratados paralisavam os efeitos das normas infraconstitucionais que lhes fossem contrárias a eles.

[...] diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante (STF, 2008, *on-line*).

Deve-se observar que a relevância dessa decisão não se restringe apenas à elevação desses tratados ao nível supralegal ou à concessão de efeitos paralisantes, mas representa uma abertura à atual tendência mundial de prestigiar documentos internacionais para proteger os direitos humanos. Nesses termos, expressa-se Antônio Moreira Maués:

[...] a tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção dos direitos humanos, a evolução do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, os princípios do direito internacional sobre o cumprimento de obrigações internacionais não permitem mais a manutenção da tese da legalidade, servindo a suprallegalidade como uma solução que compatibilizaria a jurisprudência do STF com essas mudanças, sem os problemas que seriam decorrentes da tese da constitucionalidade. Assim, os tratados de direitos humanos passam a paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com eles conflitante (MAUÉS, 2013, p. 32-33).

Trata-se, sem dúvida, de uma mudança paradigmática no Direito brasileiro, refletindo uma nova realidade constitucional, na qual a dignidade da pessoa humana assume a função de fundamento norteador do ordenamento jurídico nacional.

Os avanços empreendidos desde então vêm se aperfeiçoando e diversificando, adquirindo novas formas e evidenciando a abertura do ordenamento jurídico ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, configurando o que a doutrina vem chamando diálogo de fontes.

Os problemas dos direitos fundamentais ou dos direitos humanos ultrapassaram fronteiras, de tal maneira que o direito constitucional estatal passou a ser uma instituição limitada para enfrentar esses problemas. [...]

Assim, um mesmo problema de direitos fundamentais pode apresentar-se perante uma ordem estatal, local, internacional, supranacional e transnacional (no sentido estrito) ou, com frequência, perante mais de uma dessas ordens, o que implica cooperações e conflitos, exigindo aprendizado recíproco (NEVES, 2009, p. 120-121).

Walter Claudius Rothenburg considera o diálogo de fontes uma das características do neoconstitucionalismo:

A interlocução do Direito Constitucional interno e estrangeiro, e destes com o Direito internacional, traduz um “diálogo de fontes” que, em termos de Direito Constitucional, é referido como “interconstitucionalismo” (CANOTILHO, 2006, p. 266), “transconstitucionalismo” (NEVES, 2009, p. 242 e s.) ou “cross constitucionalismo” (TAVARES, 2009), e é apontado como uma das características do constitucionalismo contemporâneo (neoconstitucionalismo): a “tendência ‘expansiva’” do constitucionalismo, um “constitucionalismo transnacional” (ARAGON REYES, 2007, p. 38-39), “constitucionalismo supranacional” (PAGLIARINI, 2009, p. 126, com enfoque na experiência da União Europeia) ou – como tenho preferido dizer – um “constitucionalismo internacional”. Forma-se uma plataforma partilhada, com o “estabelecimento de uma espécie de ‘gramática’ jurídico-constitucional comum”, a partir da “aproximação cada vez maior entre as diversas ordens constitucionais nacionais”, como anota, com propriedade, Sarlet (2009, p. 167 e 168). (ROTHENBURG, 2013, p. 685).

Uma das formas como esse diálogo vem se desenvolvendo é por meio do denominado controle de convencionalidade, a partir do qual se exige que juízes e outras autoridades dos países membros do SIDH, deixem de aplicar norma nacional contrária à CADH e à interpretação que a Corte IDH faz dela. Assim, o controle de convencionalidade pode ser definido como a obrigação que juízes e outras autoridades nacionais têm de “*inaplicar*

aquellas normas domésticas que no se conforman con las cláusulas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como la interpretación que de éstas hace la misma Corte” (CONTESE, on-line).

Esse controle foi instituído pela CorteIDH no caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, em 2006 (CORTE IDH, 2006, *on-line*). Nesse caso, o Estado chileno foi condenado por não ter investigado e sancionado os responsáveis pelo assassinato cometido por *carabineros* contra Luis Alfredo Almonacid Arellano no dia 16 de setembro de 1973. A vítima, de 42 anos, era professor de ensino fundamental e militante do Partido Comunista do Chile. O crime não foi investigado porque os autores foram beneficiados pelo Decreto Lei nº 2.191, do 11 de abril de 1978 (CHILE, 1978, *on-line*), que anistiou todas as pessoas envolvidas em fatos criminosos dessa natureza cometidos entre o 11 de setembro de 1973 e o 10 de março de 1978.

Na sentença, a CorteIDH entendeu que, apesar de existir uma lei interna que concedia anistia aos autores desse tipo de crime, o Estado chileno tinha antes a obrigação de respeitar as normas da CADH

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (CORTEIDH, 2006, *on-line*).

Verifica-se, portanto, a existência da obrigação dos Estados que ratificaram a CADH de efetivamente aplicá-la no âmbito interno, o que é, precisamente, denominado controle de convencionalidade.

A depender de como um Estado implemente o controle de convencionalidade internamente, o diálogo entre as cortes pode assumir diferentes modalidades. Nogueira Alcála (2013, p. 175), em texto sobre o diálogo entre a CorteIDH e a Corte Constitucional chilena, identifica seis tipos:

a) *interpretação extensiva*, na qual o juiz pátrio vai além da interpretação realizada pela CorteIDH;

b) *interpretação inovadora*, em que o juiz interno utiliza a CADH de uma forma interpretativa nova diante de um caso ainda não resolvido pela CorteIDH;

c) *interpretação corretiva*, ocorre quando os juízes pátrios modificam sua jurisprudência em virtude da tomada de posição da CorteIDH, a fim de evitar uma condenação do Estado;

d) *interpretação receptiva*, se dá quando há uma internalização das *ratio decidendi* das decisões da CorteIDH ao condenarem outros países;

e) *interpretação neutralizante*, quando se utilizam técnicas de *distinguishing* a fim de não aplicar o precedente da CorteIDH, mantendo a validade da norma nacional;

f) *interpretação abertamente discordante* do tribunal nacional em relação à interpretação dada pela CorteIDH.

Deve-se, entretanto, observar que o controle de convencionalidade não exclui o controle de constitucionalidade, na medida em que o primeiro objetiva aferir a validade de um ato ou norma nacional em relação a uma convenção (tratado) internacional; já, no segundo, verifica-se a validade de um ato ou norma interna em face da constituição.

Deste modo, além do conhecimento crítico da realidade brasileira e do impacto da axiologia dos direitos humanos tem sobre nosso ordenamento jurídico, pressuposto epistemológico da concretização dos direitos humanos, é também necessário o domínio, pelo intérprete, das técnicas do controle de convencionalidade. Isto porque os direitos humanos são extraídos dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, e, por isso, não se exige da jurisdição apenas um controle de constitucionalidade, com vistas a efetivar os direitos previstos na Constituição, mas também um controle de convencionalidade, com o objetivo de efetivar os direitos humanos previstos na ordem internacional. (...) Deste modo, em que pese a efetividade desta proteção internacional esteja calcada igualmente nos mecanismos de proteção internacional, os quais permitem a responsabilização internacional do Estado por violações de direitos humanos, é de se ponderar que a efetividade da proteção internacional recai sobremaneira no controle de convencionalidade das leis brasileiras. (TJPR, HC no 1.358.323-2, p. 8-10).

Em decorrência dessas modalidades de controle, pode-se chegar a resultados diversos, a exemplo da compatibilidade de um ato ou norma nacional com a constituição, mas contrário à jurisprudência da CorteIDH, como aconteceu no julgamento da ADFP 153 no qual o STF decidiu não revisar a Lei da Anistia – Lei nº 6683/79 (STF, 2010, *on-line*), contrariando posição da CorteIDH firmada no caso *Barrios Altos v. Peru* (CORTEIDH, 2001, *on-line*).

VII INCOMPATIBILIDAD DE LEYES DE AMNISTÍA CON LA CONVENCION

41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones

sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

[...]

43. La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.

44. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú

Especificamente no julgamento da ADPF 153, ao não realizar o devido controle de convencionalidade, o STF desconsiderou a farta jurisprudência da Corte IDH sobre a anulação de leis de autoanistia e a imprescritibilidade de crimes contra a humanidade¹. Por outro lado, a aplicação do controle de convencionalidade, se implementada, poderia ensejar um deslinde justo e digno ao julgamento, na medida em que traria à baila os casos assemelhados já decididos pela Corte IDH sobre a temática, garantindo a efetivação da concepção internacionalista dos direitos humanos e do intento de promoção de justiça aos moldes do disciplinado pela seara transicional (MAZZUOLI, 2011, p. 161).

Nessas situações, então, qual a posição deve ser adotada? Essa preocupação não é nova nem exclusiva do Brasil. Assim, o jurista peruano, Pedro Grández Castro (2015) alerta da necessidade de verificar se o diálogo entre as cortes é realmente genuíno, assim como da necessidade de o diálogo atender as exigências de liberdade e igualdade,

¹ Por semelhante modo, tem-se que “(...) a ratificação da interpretação extensiva da Lei de Anistia brasileira pelo STF, quando do julgado da ADPF n. 153, tende a prejudicar todo o ordenamento jurídico transicional, uma vez que desconsidera a necessária promoção do direito à verdade, memória e justiça. Igualmente, fere a jurisdição internacional, por não obedecer ao imperativo controle de convencionalidade. Ainda, traz prejuízos à formalidade do direito, na medida em que permite o prosseguimento de lei nula no ordenamento. Finalmente, no âmbito material, também promove graves violações aos direitos humanos, quando se torna anteparo à punibilidade dos agentes da ditadura e promove o respaldo legal aos atos de violência institucionalizada implementada – no mais das vezes - pelos próprios órgãos de segurança pública, tal qual o ocorrido nos tempos sombrios da ditadura civil-militar.” (CHEHAB, 2013, p. 14)

No se dialoga bajo condiciones de “superioridad” o coerción. De ahí que el diálogo sea, quizá, el único instrumento razonable para “hacer justicia” en contextos en los que la jurisprudencia tenga que dar respuesta a problemas que traspasan tradiciones, lenguas y culturas como ocurre en América Latina (GRÁNDEZ CASTRO, 2015, p. 11)

Trata-se, como afirma Saiz Arnaiz (2015), de alcançar uma interpretação compatível para todas as partes que participam na “conversación”. No entanto, deve-se esclarecer que o objetivo a ser perseguido não é “uniformar, sino de armonizar, de hacer compatibles lecturas distintas del Derecho implicado” (SAIZ ARNAIZ, 2015, p. 156), tendo em vista, sobretudo, que a relação entre os ordenamentos não deve ser hierárquica, mas horizontal. E ainda mais, trata-se da obrigação de buscar a melhor forma de proteger os direitos fundamentais de todos os seres humanos.

CONCLUSÃO

A relevância alcançada pelos direitos humanos no direito internacional vem provocando importantes mudanças nas legislações internas dos diferentes países. Assim, no Brasil, importantes institutos vêm sendo incorporados no ordenamento jurídico nacional, a exemplo do bloco de constitucionalidade e do controle de convencionalidade.

Nesse contexto, no presente artigo, buscou-se elucidar os aspectos conceituais e práticos desses dois novos institutos como forma de contribuir na sua divulgação e, conseqüentemente, promover seu uso, considerando sua idoneidade para o fortalecimento dos direitos fundamentais.

Desse modo, inicialmente, foram apresentadas as noções básicas do bloco de constitucionalidade, incluindo uma breve referência aos seus origens no Direito francês e no Direito espanhol, assim como as controvérsias iniciais sobre sua existência no Direito brasileiro, citando, para tal, posições doutrinárias favoráveis (Piovesan e Cançado Trindade) e a jurisprudência imperante do Supremo Tribunal Federal contrária à doutrina. Seguidamente, mostrou-se a importância da EC nº 45/2004, que acrescentou o §3º ao art. 5º da Constituição Federal de 1988, estabelecendo o nível constitucional dos tratados de direitos humanos aprovados seguindo o mesmo procedimento de elaboração das emendas constitucionais. A partir dessa norma, as controvérsias sobre a existência ou não de um bloco de constitucionalidade no Brasil ficaram superadas.

Num segundo momento, desenvolve-se o controle de convencionalidade, criado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2006, no sentido de determinar a obrigação de juízes e outras autoridades dos países membros do Sistema Interamericano de Direitos

Humanos de deixar de aplicar norma nacional contrária à Convenção Americana de Direitos Humanos e à interpretação que a citada Corte faz dessa Convenção. Trata-se, sem dúvida, de um instituto com uma enorme potencialidade de aprimorar a proteção interna dos direitos humanos, embora, os primeiros passos dados pelo Supremo Tribunal Federal tenham contrários a sua adoção.

Essas duas situações mostram que a proteção internacional e nacional dos direitos humanos encontra-se ainda em construção e da necessidade de um diálogo maior entre esses dois âmbitos de forma a aprimorar a proteção da dignidade de todo ser humano.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Decreto nº 6949 de 25 de agosto de 2009*, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm Acesso em: 15 mar. 2016.

BRASIL. *Emenda constitucional no 19 de nº 4 de junho de 1998*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm Acesso em: 10 fev. 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm Acesso em: 10 fev. 2016.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Ed. Almedina, 1999.

CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Notas críticas sobre a incongruência entre a decisão da ADPF n. 153 e a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil* sob a ótica da justiça de transição. In: VEDOVATO, Luis Renato et. al. (Coord.). *Direito internacional dos direitos humanos II*. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

CHILE. *Decreto Lei nº 2.191 do 11 de abril de 1978*. Disponível em: http://www.usip.org/sites/default/files/file/resources/collections/commissions/Chile90-AmnestyLaw_decree2191.pdf Acesso em: 10 abr. 2016.

COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. *Proteção internacional dos direitos humanos: a Corte Interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008.

CONTESE, Jorge. *¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Disponível em: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf Acesso em: 12. jun. 2015.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Almonacid Arellano y Otros v. Chile*. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf Acesso em: 10 mar. 2016.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Barrios Altos v. Peru*. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf Acesso em: 10 mar. 2016.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Gomes Lund e outros v. Brasil. Disponível em:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_ing.pdf. Acesso em: 10 abr. 2016.

ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 10/1982 de 23 de março de 1982. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/52> Acesso em: 20 out. 2015.

FAVOREU, Louis. Ponencia francesa. In: FAVOREU, Louis; RUBIO LLORENTE, Francisco (org.). *El Bloque de la Constitucionalidad – simposium franco-espanhol de Derecho Constitucional*. Madrid: Civitas, 1991.

GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. Nota preliminar. In: GUERRA, Luis López; SAIZ ARNAIZ, Alejandro (dir.) *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos*. Lima: Palestra, 2015.

GUIMARÃES, Ulysses. Discurso do deputado Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, em 05 de outubro de 1988, por ocasião da promulgação da Constituição Federal. *Revista Direito GV São Paulo*, v. 4, n. 2, p. 595-602, jul-dez 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a12v4n2> Acesso em: 10 abr. 2016.

LANDA ARROYO, César. Diálogo entre la justicia constitucional y la jurisdicción internacional? Entre la incorporación y la manipulación de los estándares de derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico peruano. In: GUERRA, Luis López; SAIZ ARNAIZ, Alejandro (dir.) *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos*. Lima: Palestra, 2015, p. 187- 227.

LIMA, Francisco Gerson Marques. Bloco de constitucionalidade: os sistemas francês e espanhol. *Revista opinião jurídica*, n.3, ano II, 2004

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais: desafios do Poder Judiciário. *Sequência (UFSC)*, v. 30, n. 59, p. 43-60, 2010.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; DIÓGENES, Thanara. A opinião Consultiva OC-17/2002 da Corte Interamericana de Direitos Humanos e os direitos sexuais e reprodutivos de crianças e adolescentes. In: ANNONI, Danielle (Org.). *Direito internacional dos direitos humanos: homenagem à convenção americana de direitos humanos*. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; RODRIGUES, Beatriz Saldanha Lima. O direito à educação no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In: MIRANDA, Jorge at al. *Diálogo ambiental, constitucional e internacional*, v. 3, t. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 313-332

MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; MAUÉS, Antonio Moreira (org.). *Eficácia nacional e internacional dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 27-50.

MAZZUOLI, Valério de Oliverira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. São Paulo: RT, 2011.

MEZA HURTADO, Artemio Daniel. El denominado bloque de constitucionalidade como parâmetro de interpretação constitucional. Es necessário en el Perú? *Revista Oficial del Poder Judicial*. a. 6-7, v. 8 e 9, p. 143-166, 2012-2013.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2009.

NOGUEIRA ALCALA, Humberto. El uso del derecho y jurisprudencia constitucional extranjera y de tribunales internacionales no vinculantes por el Tribunal Constitucional chileno en el periodo 2006-2011. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 11, n. 1, 2013. Disponível em http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000100007&lng=pt&nrm=iso Acesso em: 3 jul. 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Constitucionalidade e convencionalidade da Lei de Anistia brasileira. *Revista Direito GV*, v. 18, p. 681-706, 2013.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro (dir.) *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos*. Lima: Palestra, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. A reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: algumas notas sobre o novo § 3o do art. 5o da Constituição. *Revista Depoimentos*, Vitória, n. 9, p. 11-31, jan.-dez. 2005.

STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *RE 466.343/SP, julgada no 3 de dezembro de 2008*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf> Acesso em: 17 jun. 2015.

STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 153 BRASÍLIA, julgada no 29 de abril de 2010*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf153.pdf> Acesso em: 17 jun. 2015.

STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 595/ES, julgada no 18 e fevereiro de 2002*. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14815695/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-595-es-stf> Acesso em: 09 abr. 2016.

STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI MC 1.480, julgada em 4 de setembro de 1997*. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/742038/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-1480-df> Acesso em: 09 abr. 2016.

TJPR – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. *HC nº 1.358.323-2*. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/5218101/Processo_Nº_1358323-2_-_HC_Crime.pdf Acesso em: 18 fev. 2016.

TRINDADE, Antonio Augusto Caçado. a interação entre direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, n. 182, p. 27-54, 1993.