

O controle de convencionalidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e no âmbito interno no Brasil

Nicolau Lupianhes Neto*

A realização do controle de convencionalidade, referente ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, pode ser concretizada por meio da atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Cada um desses órgãos exerce suas competências e é responsável pela análise da compatibilidade de normas infraconstitucionais e constitucionais dos Estados em relação à Convenção Americana de Direitos Humanos e aos demais pactos sob a tutela da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006). A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem como prerrogativa a uniformização da interpretação da Convenção na América Latina, a fim de concretizar um *ius commune* latino-americano (PIOVESAN, 2014, p. 50-51).

Afirma Trindade (1997, p. 415) que os relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos mostram que há deficiências no tratamento desses direitos no âmbito interno de vários países latino-americanos e relacionam a proteção de direitos humanos com a própria organização política do Estado¹ (TRINDADE, 1997, p. 415). Assim, é preciso considerar que, depois do processo decisório, as sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos não apenas apresentam soluções para os casos específicos que lhe foram submetidos, como também criam precedentes que devem influenciar diretamente nos aspectos políticos, legislativos e na sociedade como um todo (FIGUEIREDO, 2013, p. 97).

Verificando e analisando casos brasileiros submetidos à Corte Interamericana de Direitos Humanos, constata-se que muitos desses casos advêm de organizações não governamentais - nacionais e internacionais -, de vítimas e suas famílias e de indivíduos ligados a movimentos sociais.

Em razão da atuação desses órgãos internacionais, em inúmeros casos, é possível notar o fim de práticas administrativas que violam direitos humanos, bem como modificar medidas legislativas para garantir esses direitos (TRINDADE, 1991, p. 415), o que revela a influência que o controle de convencionalidade exerce sobre os aspectos internos do ordenamento jurídico, evidenciando o referido diálogo entre as jurisdições do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e as do Brasil.

Utilizando-se do sistema do *Common Law*, numa vertente que permite ir além do *Civil Law* - “criação judicial do direito”² -, a Corte Interamericana de Direitos Humanos não decide apenas as demandas que são a ela direcionadas, mas busca, sobretudo, fixar conceitos e moldar caminhos interpretativos dos direitos previstos no sistema regional, bem como orientar o funcionamento de mecanismos de proteção e promoção desses direitos na América Latina (WEIS, 2014, p. 173). Desse modo, a argumentação trazida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos não deve se limitar apenas aos julgados por ela analisados,³ mas também servir de embasamento para decisões internas dos Estados signatários, como espécie de precedentes.⁴ Por isso, tem-se a utilidade da publicação das condenações e da divulgação no âmbito interno. Outrossim, o diálogo entre jurisdições deve ser permanente para, igualmente, prevenir futuras violações de direitos humanos.

Considerando que o Direito interno e o Direito Internacional se interrelacionam para a proteção do ser humano, é necessário que os tribunais nacionais valorizem e apliquem a jurisprudência internacional. A maior dificuldade verificada para a efetividade das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil e das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos é a resistência da

* Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito Público pela UNIFRAN. Doutorando em Direito na FADISP, sob a ótica da “Função Social no Direito Constitucional.”

¹ Em suas palavras: “logrou a Comissão que se modificassem ou derrogassem leis violatórias dos direitos humanos e que se estabelecessem ou aperfeiçoassem recursos e procedimentos de direito interno para a plena vigência dos direitos humanos” (TRINDADE, 1997, p. 415).

² Expressão do autor Celso Fernandes Campilongo. Para mais, ver: CAMPILONGO, Celso Fernandes. A posição dos tribunais no centro e na periferia do sistema mundial. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

³ “As sentenças da Corte Interamericana possuem o efeito da coisa julgada *inter partes*, vinculando as partes em litígio. Entretanto, cabe considerar o efeito de coisa interpretada em julgado da Corte, pelo qual os órgãos internos devem se orientar pela interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob pena de concretizar a responsabilidade internacional do Estado que representam. Ignorar o efeito de coisa interpretada e enfatizar a vinculação das partes somente em litígio perante a Corte é atitude, no mínimo, irrealista dos órgãos que representam o Estado e que, por isso mesmo, deveriam se preocupar em evitar sua responsabilização internacional” (RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 236).

⁴ Com esse ânimo, pronunciou-se o Juiz García-Sayán em seu voto concorrente do caso *Cepeda Vargas vs. Colômbia*: “[...] altos Tribunais latino-americanos vêm nutrido-se da jurisprudência da Corte, em um processo que poderíamos chamar de ‘nacionalização’ do direito internacional dos direitos humanos. Para que ocorra esse importante processo de interação entre tribunais nacionais e internacionais na região, no qual os primeiros são chamados a aplicar o direito internacional dos direitos humanos e observar o disposto na jurisprudência da Corte Interamericana, é preciso que se continue incentivando o diálogo substantivo que o permita” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, par. 33).

comunidade jurídica nacional a incorporar o Direito Internacional dos Direitos Humanos na sua prática diária (BERNARDES, 2015).

Contrariamente ao Sistema Europeu, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos não conta com a cooperação mútua e eficaz dos Estados em relação aos direitos humanos. Além disso, está inserido em uma realidade ainda de desrespeito a esses direitos, perpetrado pelos próprios Estados integrantes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Talvez, isso ainda ocorra, porque, nos períodos autoritários, os direitos humanos eram considerados como ações e políticas direcionadas contra o Estado.

Além de jovens, as democracias latino-americanas, de modo geral, não conseguem garantir, eficientemente, a proteção dos direitos humanos. Além disso, não se pode deixar de considerar a desigualdade social nos países integrantes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sendo parca a cultura de prevenção e punição das violações desses direitos.

Assim sendo, mostram-se essenciais as atividades de monitoramento e supervisão do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (BERNARDES, 2015), que se revela como um sistema importante e eficaz na proteção desses direitos, mormente quando “as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas” (PIOVESAN, 2012, p. 8).

Com esse modo de agir, pretende-se criar e consolidar, efetivamente, uma cultura jurídica, que reconheça, para além do escrito na norma, os direitos humanos como fundamento e fim precípua do regime político democrático. A democracia que se deseja deve ser fundada nos direitos humanos e legitimada pela aplicação habitual das normas pertinentes.

No ordenamento jurídico interno, o controle de convencionalidade deve ser exercido pelas autoridades brasileiras, magistrados incumbidos de tal competência, tanto no controle difuso como no concentrado, em paralelo ao tradicional controle de constitucionalidade. O exercício do controle de convencionalidade, no âmbito interno, tem relação direta com a recepção de decisões internacionais, já que o Poder Judiciário deve zelar pela efetividade das disposições de tratados internacionais de direitos humanos, para que não sejam violadas por ocasião da aplicação de leis internas.

O Sistema Jurídico Brasileiro, ao considerar o diálogo entre jurisdições, propicia o exercício do controle de convencionalidade e amplia sua incidência, mostrando-se um sistema aberto, apto a assumir compromissos com a ordem internacional de proteção aos direitos humanos.

Pautado em interpretação integrada das normas constitucionais brasileiras,⁵ verifica-se o acolhimento do princípio *pro persona*, que propicia a integração da ordem jurídica interna com a externa, ao permitir que, em caso de conflito normativo entre tais ordens, prevaleça a norma que melhor proteja os direitos da pessoa. Lançam-se aí as bases para o exercício do controle de convencionalidade no âmbito do Direito interno (PIOVESAN, 2012, p. 71), enunciado pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, que exigiu dos Estados sob sua jurisdição que busquem adequar o Direito interno às normas da Convenção Americana (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006, par. 154), afirmando que os juízes internos “poderiam (e deveriam) [...] controlar a convencionalidade das normas domésticas, à maneira como controlam a constitucionalidade das leis” (MARIONI; MAZZUOLI, 2013).

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, o Sistema Jurídico Brasileiro passou a contar com um novo tipo de controle das normas infraconstitucionais - o controle de convencionalidade das leis -, antes não considerado no Brasil.

Assim, após essa emenda, a produção normativa interna conta com um duplo limite vertical/material: a) a Constituição e os tratados de direitos humanos, considerados como o primeiro limite; e b) os tratados internacionais comuns, como o segundo.

Em relação ao primeiro limite, os tratados de direitos humanos podem ter sido ou não aprovados com o *quorum* qualificado, conforme prevê o art. 5º, § 3º, da Constituição. Se não aprovados com a maioria qualificada, seu *status* será de norma materialmente constitucional, o que lhes garante sujeição ao controle somente difuso de convencionalidade. Se aprovados, e entrando em vigor no plano interno, após sua ratificação, pela sistemática do art. 5º, § 3º, tais tratados servirão também de padrão do controle concentrado de convencionalidade, e também para o controle difuso. Os tratados de direitos humanos, paradigma do controle concentrado, autorizam que os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), prevista no art. 103 da Constituição, proponham tal medida no STF como meio de retirar a validade de norma interna (ainda que compatível com a Constituição) que viole um tratado internacional de direitos humanos em vigor no país, ainda que em compatibilidade com a Constituição, em razão do princípio *pro persona*.

Os tratados internacionais comuns servem de padrão de controle de legalidade das normas infraconstitucionais, de sorte que a incompatibilidade destas com os preceitos contidos naqueles invalida a disposição legislativa em benefício da aplicação do tratado (MAZZUOLI, 2009, p. 121).

No ordenamento jurídico brasileiro, o controle de convencionalidade é legitimado pelo *status* superior à legislação ordinária dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos. A hierarquia

⁵ Essa afirmação tem por fundamento também a compreensão de outros dois princípios protetores, o da dignidade da pessoa humana e o da prevalência dos direitos humanos, em sentido amplo (art. 4º, inciso II, da CF).

foi estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 466.343,⁶ em que a Corte decidiu sobre a (i)legitimidade da prisão civil do depositário infiel, tendo em vista sua proibição pela Convenção Americana. Decidiu o Supremo pela distinção hierárquica entre os tratados de direitos humanos incorporados pelo rito do § 2º do art. 5º da CF e aqueles que obedecerem ao rito previsto pelo § 3º do mesmo dispositivo.

Conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, os primeiros gozam de hierarquia supralegal, enquanto os segundos, de hierarquia constitucional.⁷

O entendimento fixado pelo STF não restou isento de críticas de doutrinadores para os quais o reconhecimento da supralegalidade dos tratados internacionais dos direitos humanos é insuficiente. Nesse sentido, os tratados comuns é que deveriam se encontrar nesse nível intermediário, ao passo que os de direitos humanos deveriam gozar de hierarquia constitucional, independentemente do *quorum* de aprovação pelo qual foram aprovados (MAZZUOLI, 2009, p. 121). A aceitação dessa tese, em princípio, levaria à equivalência entre as normas contidas nos tratados internacionais de direitos humanos e as normas constitucionais, e, em decorrência disso, estaria o controle de convencionalidade equiparado ao tradicional controle de constitucionalidade. Ao fim e ao cabo, isso significaria um olhar mais atento a esse instituto, pois seus parâmetros seriam substancialmente alargados. Assim, a constitucionalidade de uma norma estaria fundada em sua compatibilidade com direitos e garantias expressos na Constituição, bem como naqueles implícitos nela, os quais passariam a ser construídos também a partir dos tratados de direitos humanos incorporados pelo rito do § 2º do art. 5º da CF, numa integração completa entre os documentos dessa estirpe e a Constituição. Aqui importa estabelecer que a compatibilidade da lei com o texto expresso pela CF não mais lhe garante validade. Não obstante possa a lei vigente estar em conformidade com o texto constitucional, não será válida,⁸ caso se descumpram os preceitos de um tratado internacional (MAZZUOLI, 2009, p. 114-115).

Imprescindível considerar que o intento protetivo dos direitos humanos requer, além do que acima foi exposto, mecanismos eficazes que efetivem a teoria de proteção dos direitos humanos, tirando-a do campo doutrinário e filosófico e colocando-a como realidade da vida de todo ser humano.

Diante disso, o exercício do controle de convencionalidade pelos juízes brasileiros⁹ assume real importância para a concretização da legislação infraconstitucional às disposições advindas das convenções de proteção aos direitos humanos e para a adaptação e efetivação do Direito brasileiro aos compromissos assumidos perante a comunidade internacional, consolidando-se o Estado Democrático de Direito como previsto no art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Referências

BERNARDES, Marcia Nina. Sistema interamericano de direitos humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. In: REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. 2015. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/get/Artigo15.php?artigo_07htm>. Acesso em: 11 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 466.343. Relator Ministro César Peluzo, julgado em 3 de dezembro de 2008, publicado no DJe-104, divulgado em 4 de junho de 2009, publicado em 5 de junho de 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. San José da Costa Rica, Costa Rica. Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, nº 154; Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Afaro e outros vs. Peru). Voto do Juiz Sérgio García Ramírez.

⁶ "PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito" (BRASIL, 2009).

⁷ A primeira tese, defendendo que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos deveriam gozar de *status* constitucional, embasa-se na interpretação do § 2º do art. 5º da Constituição, como cláusula aberta que admitiria o ingresso desses tratados na exata condição hierárquica das demais normas constitucionais. Sob essa ótica, os tratados incorporados pelo § 2º diferenciar-se-iam daqueles incorporados pelo § 3º apenas por não gozarem do *status* formalmente constitucional, mas sua materialidade bastaria para colocá-los ao lado das demais normas constitucionais.

⁸ Para Ferrajoli, norma vigente é aquela que existe em conformidade com os ditames formais para sua concepção, enquanto a validade atende aos ditames substanciais sobre a formulação da norma (FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004).

⁹ Apesar de vozes destoantes (vide MAZZUOLI, *op. cit.*), adota-se nesse estudo o entendimento de que o controle a ser realizado pelos magistrados nacionais é aquele de caráter incidental, diante do caso concreto. O controle de convencionalidade difuso, de caráter abstrato, deve ficar a cargo exclusivamente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, única legitimada para interpretação *in abstracto* das disposições da Convenção Americana, sob pena de desvirtuar o próprio objetivo do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que é consolidação de um *ius commune* latino-americano (PIOVESAN, 2014, p. 134).

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. San José da Costa Rica, Costa Rica. Caso Cepeda Vargas vs. Colômbia. Voto Concorrente do Juiz Diego García-Sayán, 26 de maio de 2010, par. 33.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 4. ed. Madrid: Ed. Trotta, 2004.

FIGUEIREDO, Marcelo. The universal natural of human rights: the Brazilian stance within Latin America's human rights scenario. In: ARNOLD, Rainer. *The universalism of human rights*. Springer, 2013. p. 97.

MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coords.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. XIV.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 46, n. 181, jan./mar. 2009.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogos entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* - RBDC, n. 19, p. 8, jan.-jul. 2012.

PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 52-53.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 236.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 3-4.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. 486 p.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 173.