

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE***CONTROL OF CONVENTIONALITY*****SIDNEY GUERRA**

Pós-Doutor pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra; Pós-Doutor pelo Programa Avançado em Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Doutor e Mestre em Direito (UGF). Professor Associado da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor Titular da Universidade do Grande Rio. Presidente do Instituto Brasileiro Pacificador (IBP). Advogado no Rio de Janeiro. Contato: sidneyguerra@terra.com.br

RESUMO

Apesar da diversidade de interesses dos Estados, a ideia de constitucionalização das regras de conduta da sociedade internacional, no que se refere à proteção dos direitos humanos, é cada vez mais premente. Não por acaso é que conceitos e institutos tradicionalmente consagrados pelo direito internacional, por exemplo a soberania dos Estados, tribunais internacionais para julgar casos relativos aos direitos humanos etc, tem sido alterados com o passar dos tempos. A partir das mudanças perpetradas na arena internacional em favor dos direitos da pessoa humana, é que existe a necessidade premente de se discutir o Controle de Convencionalidade, que garante controle sobre a eficácia das legislações internacionais e permite dirimir conflitos entre direito interno e normas de direito internacional, haja vista que os Estados que ratificam e reconhecem a jurisdição internacional, a exemplo da República Federativa do Brasil no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, não estão submetidos apenas às normas de direito interno e, por consequência, dos tribunais nacionais, mas também ao sistema internacional.

PALAVRAS-CHAVES: Direitos Humanos; Controle de Convencionalidade; Direito Internacional x Direito Interno.

RESUMEN

A pesar de la diversidad de intereses de los Estados, la idea de la constitución de las reglas de conducta de la sociedad internacional, cuanto a la protección de los derechos humanos es cada vez más premente. Así, los conceptos y recomendaciones tradicionalmente consagrados por el derecho internacional, por ejemplo la soberanía de los Estados, los tribunales internacionales para los casos de los derechos humanos, etc. han sido cambiados con lo tiempo. Con las políticas adoptadas en la arena internacional en favor de los derechos de la persona humana, existe una necesidad de tratar el tema del Control de Convencionalid, que va garantizar eficacia de las legislaciones internacionales y permitir dirimir conflictos entre normas internas y normas de derecho internacional

PALABRAS CLAVE: Human rights; Conventional Control; International Law x Domestic Law

INTRODUÇÃO

O processo de elaboração de uma nova Constituição fez com que o Brasil experimentasse outro momento em relação a valorização da pessoa humana em que deixava para trás o cerceamento, o aviltamento e a limitação de liberdades, consagrando em seu texto constitucional rol significativo de direitos fundamentais. Com a promulgação do texto constitucional de 1988, o Brasil assume compromisso frente à sociedade internacional com o respeito, a promoção e a proteção dos direitos humanos.

Diante do quadro favorável consagrado pela *novel* dinâmica em relação à política dos direitos humanos, o legislador constituinte brasileiro estabeleceu

importantes marcos nessa matéria, ou seja, o Estado passou a reconhecer obrigações em matéria de direitos humanos no plano internacional.

Indubitavelmente que a Constituição brasileira é rica na consagração de direitos e garantias fundamentais e reconhece vários dispositivos que vinculam o Estado às obrigações assumidas no âmbito internacional, cujo texto constitucional é marcado por normas internacionais de direitos humanos, destacando-se o artigo 4º que consagra os princípios que norteiam o Estado no campo das relações internacionais¹ e que assume a postura de valorização da pessoa humana consolidando um todo harmônico entre o sistema interno e internacional.²

De fato, atualmente há uma grande interpenetração das normas internacionais de direitos humanos e as normas de direito interno, o que acabam por influenciar de maneira significativa a ordem jurídica brasileira.³

Em um estudo específico realizado sobre esta matéria inferimos à época que “(...) o Estado assume uma série de deveres posto que os direitos que estão concebidos nos documentos internacionais de proteção aos direitos humanos alcançam pessoas e/ou grupos de pessoas.” (GUERRA, 2014, p. 226-227),

A pessoa humana passa a ser considerada valor supremo no texto constitucional brasileiro e que essa mudança de *status* na Constituição republicana decorre de grande influência de outros Estados, bem como em razão das grandes transformações ocorridas no mundo em matéria de direitos humanos, ou seja, a ordem

¹ “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político.” (grifei)

² “A incorporação da normativa internacional de proteção no direito interno dos Estados constitui alta prioridade em nossos dias: pensamos que, da adoção e aperfeiçoamento de medidas nacionais de implementação depende em grande parte o futuro da própria proteção internacional dos direitos humanos. Na verdade, no presente domínio de proteção o direito internacional e o direito interno conformam um todo harmônico: apontam na mesma direção, desvendando o propósito comum de proteção da pessoa humana. As normas jurídicas, de origem tanto internacional como interna, vêm socorrer os seres humanos que têm seus direitos violados ou ameaçados, formando um *ordenamento jurídico de proteção*.” (TRINDADE, 1997, p. 402)

³ Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal no HC 87585, que teve como Relator o Exmo. Ministro Marco Aurélio, por votação unânime conceder a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Relator, onde se colhe a Ementa: DEPOSITÁRIO INFIEL - PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel.

constitucional sofreu grande influência do direito internacional dos direitos humanos (GUERRA, 2015, p. 78-79) ao consagrar os direitos fundamentais no Brasil.⁴

Os problemas existentes entre a ordem jurídica interna e internacional não são novos, ao contrário, sempre demandaram esforços para os *jusinternacionalistas* resolverem fatos desta natureza. As normas protetivas dos direitos humanos se apresentam com natureza de *jus cogens*⁵ com a consequente e progressiva afirmação da perspectiva universalista do Direito Internacional dos Direitos Humanos (MARTINS, 2006, p. 82), cuja base axiológica da dignidade da pessoa humana impõe ao Direito Internacional o reconhecimento a todo o ser humano, em qualquer parte e em qualquer época de um mínimo de direitos fundamentais.

Apesar da diversidade de interesses dos Estados, a ideia de constitucionalização das regras de conduta da sociedade, no que se refere à proteção dos direitos humanos, é cada vez mais premente. Nesse sentido observa-se grande transformação em determinados conceitos e institutos que são consagrados no âmbito do direito internacional, como por exemplo, a soberania dos Estados (GUERRA, 2004) e a própria formação de tribunais internacionais⁶ para julgar matérias relativas aos direitos humanos. Por isso mesmo é que há autores que questionam a supremacia da Constituição frente aos tratados de direitos humanos.⁷

⁴ “Una ley podrá considerarse um hecho ilícito en el ámbito internacional: más allá de violar una Constitución Política, la ley viola un tratado, lo que supone que más arriba – del techo nacional – de la supremacía constitucional há nacido una supremacía convencional y, por conseguinte, se há estructurado jerárquicamente un sólido techo internacional, conocido como Derecho Internacional de los Derechos Humanos.” (...) El derecho internacional de los derechos humanos, exagerando quizás un poco (no demasiado), está pasando de ser un límite para el legislador interno a ser el sustituto de éste, puesto que, a menudo, la ley se limita a reproducir, con mayor o menos fortuna, lo que um documento internacional ya impone y, como mucho, a concretar algunos aspectos técnicos del ejercicio del derecho.” (CANTOR, 2008, p. 41)

⁵ De acordo com o artigo 53 da Convenção de Viena sobre direito dos tratados de 1969: Tratados incompatíveis com uma norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*). É nulo todo o tratado que, no momento da sua conclusão, seja incompatível com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os efeitos da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza.

⁶ Este foi o caso da República Federativa do Brasil que aderiu ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos por força do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992 (promulgou a Convenção Americana de Direitos Humanos); Decreto Legislativo n. 89, de 03 de dezembro de 1998 (o Congresso reconhece a competência da Corte Interamericana) e Decreto n. 4463, de 08 de novembro de 2002 (o Executivo promulga o Decreto que declara a competência obrigatória da Corte Interamericana).

⁷ “La supremacía de la Constitución entra en crisis con las sentencias internacionales? La jurisdicción constitucional es la única y la última instancia para la protección de los derechos humanos? Los tribunales Constitucionales dicen la última palabra, tratándose de la protección de los derechos

Não por acaso é que hodiernamente, a partir das mudanças perpetradas na arena internacional em favor dos direitos da pessoa humana, é que existe a necessidade premente de se discutir o Controle de Convencionalidade, haja vista que os Estados que ratificam e reconhecem a jurisdição internacional, a exemplo da República Federativa do Brasil no sistema interamericano⁸ de proteção dos direitos humanos, não estão submetidos apenas às normas de direito interno e, por consequência, dos tribunais nacionais, mas também ao sistema internacional.

Assim sendo, a proposta do presente artigo é de apresentar aspectos relativos ao Controle de Convencionalidade, que ainda é pouco discutido pela doutrina e jurisprudência pátria, que deve ser realizado no plano internacional, *in casu* pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como no âmbito interno, que deve ser observado pelos juízes e tribunais nacionais.

2 AFINAL DE CONTAS: O QUE É CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE?

O controle de convencionalidade⁹ tem recebido atenção especial nos estudos da atualidade, com repercussões nas decisões dos tribunais de vários países. Tal

humanos? Las respuestas serán negativas. Siguiendo este innovador esquema, podemos decir que La Convención Americana de Derechos Humanos es norma de las normas en La Organización de Estados Americanos y La Corte Interamericana establece como auténtico guardián e intérprete final de La Convención. (...)las Constituciones Políticas de los Estados en este instrumento deberán ser compatibles con el tratado, bajo la fuerza normativa de la Supremacía de la Convención Americana.” (CANTOR, 2008, p. 49)

⁸ No continente americano existe um sistema duplo de proteção dos direitos humanos: o sistema geral, que é baseado na Carta da Organização dos Estados Americanos e na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e o sistema que alcança apenas os Estados que são signatários da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que além de contemplar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como no sistema geral, também abarca a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Este tribunal internacional apresenta-se como uma instituição judicial independente e autônoma regulada pelos artigos 33, b e 52 a 73 da mencionada Convenção, bem como pelas normas do seu Estatuto.

⁹ “El Control de Convencionalidad es un mecanismo de protección procesal que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el evento de que el derecho interno (Constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.), es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados – aplicables – con el objeto de aplicar la Convención u otro tratado, mediante un examen de confrontación normativo (derecho interno com el tratado), en un caso concreto, dictando una sentencia judicial y ordenando la modificación, derogación, anulación o reforma de las normas o prácticas internas, según corresponda, protegiendo los derechos de la persona humana, con el objeto de garantizar la supremacía de la Convención Americana.” (CANTOR, 2008, p. 46)

controle diz respeito a um novo dispositivo jurídico fiscalizador das leis infraconstitucionais que possibilita duplo controle de verticalidade, isto é, as normas internas de um país devem estar compatíveis tanto com a Constituição (controle de constitucionalidade) quanto com os tratados internacionais ratificados pelo país onde vigora tais normas (controle de convencionalidade).

Este instituto garante controle sobre a eficácia das legislações internacionais e permite dirimir conflitos entre direito interno e normas de direito internacional e poderá ser efetuado pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos ou pelos tribunais internos dos países que fazem parte de tal Convenção.

O Controle de Convencionalidade aparece pela primeira vez na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso que envolveu o Chile x Almonacid Arellano, no ano de 2006.¹⁰

Ernesto Reis Cantor (2008, p. 46), em alentada monografia sobre o tema, defende a nova competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para aplicar o controle de convencionalidade sobre direito interno a fim de garantir a efetiva tutela de tais direitos, ou seja, a Corte Interamericana poderá obrigar internacionalmente o Estado a derrogar uma lei que gera violação de direitos humanos em todos os casos que dizem respeito à aplicação da Convenção de Direitos Humanos.¹¹

Tal fato é importante, pois o posicionamento dominante era de que os tribunais regionais sobre direitos humanos não teriam competência para analisar a

¹⁰ Neste sentido, o caso Almonacid Arellano: 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.

¹¹ “La Corte Interamericana aplicando la Convención debe obligar internacionalmente al Estado a hacer cesar las consecuencias jurídicas de esas violaciones ordenando, a título de reparaciones, derogar o modificar la ley para lo cual tendrá que hacer previamente un examen de confrontación (control) de la ley con la Convención, a fin de establecer la incompatibilidad y, consecuentemente, las violaciones, como fruto de interpretación de dicho tratado.” (CANTOR, 2008, p. 42)

convencionalidade de uma lei em abstrato, tampouco a possibilidade de invalidar uma lei interna.

Para demonstrar este entendimento e a possibilidade da aplicação do controle de convencionalidade Cantor, valendo-se de estudos formulados por Cançado Trindade e outros autores estrangeiros, assinala que:

[...] el Control de Convencionalidad de las normas de derecho interno es fruto de la jurisprudencia de la Corte y como tal el Tribunal tiene competencia inherente para la protección internacional de la persona humana, según se desprende del segundo considerando del Preámbulo de la Convención Americana que 'enuncia el objeto y fin del tratado. Además, consideramos que de los artículos 33, 2 y 62.1 de la Convención se infiere el fundamento jurídico de la nueva competencia. El primer texto expresa: Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contrídos por los Estados Partes en esta Convención: a) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y b) La Corte Interamericana de Derechos Humanos'. En otras palabras, si un Estado incumple los compromisos internacionales derivados del artículo 2 de la Convención ('Deber de adoptar Disposiciones de Derecho Interno'), expidiendo leyes incompatibles con esta disposición y violando los derechos humanos reconocidos en este tratado, corresponde a la Corte verificar dicho incumplimiento, haciendo un exame de confrontación normativo del derecho interno (Constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.), con las normas internacionales al que llamamos 'control', el que por 'asegurar y hacer efectiva la supremacía de la Convención denominamos Control de Convencionalidad: es un control jurídico y judicial. (CANTOR, 2008, p. 43)

De fato, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem legitimidade para assegurar e fazer efetiva a supremacia da Convenção por meio do controle de convencionalidade, configurando-se como um controle judicial sobre sua interpretação e aplicação nas legislações internas.

Com isso, a Corte tem competência *ratione materiae* para utilizar o controle de convencionalidade, cujo objetivo é de verificar o cumprimento dos compromissos estabelecidos pelos Estados que fazem parte desta Convenção, já que ela tem o dever de proteção internacional sobre os direitos humanos.¹² Relembre-se, por oportuno, que esse controle de convencionalidade poderá ocorrer no plano interno ou no

¹² "Consideramos que la Corte Interamericana consolidará la efectividad em la protección jurisdiccional internacional de la persona humana, cuando lós Estados, por ejemplo, derogan leyes internas, o reforman Constituciones, como medidas de reparación por las violaciones a los derechos humanos." (CANTOR, 2008, p. 44)

externo. Ainda que brevemente, há de se fazer a distinção entre o internacional e nacional.

O controle de convencionalidade em sede internacional se apresenta como um mecanismo processual utilizado para averiguar se o direito interno (Constituição, leis, atos administrativos, jurisprudência, etc.) viola algum preceito estabelecido pela Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos mediante um exame de confrontação normativo em um caso concreto. Assim, torna-se possível emitir uma sentença judicial e ordenar a modificação, revogação ou reforma das normas internas, fazendo prevalecer a eficácia da Convenção Americana.

O órgão que possui competência jurisdicional para realizá-lo no sistema americano é Corte Interamericana de Direitos Humanos¹³ e se apresenta como uma espécie de “controle concentrado de convencionalidade”, pois por meio de uma sentença judicial proveniente de um caso concreto, seus efeitos geram modificação, revogação ou reforma das normas ou práticas internas em benefício dos direitos da pessoa humana.

Sem embargo, o controle de convencionalidade permite que a Corte Interamericana interprete e aplique a Convenção por meio de um exame de confrontação com o direito interno, podendo este ser uma lei, um ato administrativo, jurisprudência, práticas administrativas e judiciais, e até mesmo a Constituição. É possível, portanto, que um Estado-parte seja condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a revogar leis incompatíveis com a Convenção ou adaptar suas legislações através de reformas constitucionais para que se garanta a tutela de direitos humanos no âmbito do direito interno.¹⁴

¹³ Con respecto al control de convencionalidad, la Corte Interamericana ha establecido que “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 ex officio el “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. 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” ¹³ Disponível em

https://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/mcourt/registration/documents/2012_bench_me_morandum.es.pdf?rd=1. Acesso em: 20.jun.2017

¹⁴ A propósito, veja a manifestação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no paradigmático caso Almonacid Arellano y otros x Chile: El Estado, desde que ratificó la Convención Americana el 21

Quanto ao Estado brasileiro, cita-se a título ilustrativo, o caso *Gomes Lund e outros x Brasil* que trata da responsabilização do Estado Brasileiro frente ao desaparecimento forçado de aproximadamente 70 pessoas, no período de 1972 a 1975, a fim de dizimar o foco de resistência conhecida por “Guerrilha do Araguaia”.

Na sentença, a Corte não aceita o argumento da existência de uma “Lei de Anistia” no Brasil que impeça a responsabilização individualizada dos ex-agentes do Estado e faz, neste caso, sua primeira manifestação sobre o controle de convencionalidade¹⁵:

[...] 49. Em numerosas ocasiões, a Corte Interamericana afirmou que o esclarecimento quanto à violação ou não, pelo Estado, de suas obrigações internacionais, em virtude da atuação de seus órgãos judiciais, pode levar este Tribunal a examinar os respectivos processos internos, inclusive, eventualmente, as decisões de tribunais superiores, para estabelecer sua compatibilidade com a Convenção Americana¹⁶, o que inclui, eventualmente, as decisões de tribunais superiores. No presente caso, não se solicita à Corte Interamericana a realização de um exame da Lei de Anistia com relação à Constituição Nacional do Estado, questão de direito interno que não lhe compete e que foi matéria do pronunciamento judicial na Arguição de Descumprimento No. 153 (*infra* par. 136), mas que este Tribunal realize um controle de convencionalidade, ou seja, a análise da alegada incompatibilidade daquela lei com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana. Conseqüentemente, as alegações referentes a essa exceção são questões relacionadas diretamente com o mérito da controvérsia, que podem ser examinadas por este Tribunal à luz da Convenção Americana, sem contrariar a regra da quarta instância. O Tribunal, portanto, desestima esta exceção preliminar.”

de agosto de 1990, ha mantenido vigente el Decreto Ley No. 2.191 por 16 años, en inobservancia de las obligaciones consagradas en aquella. Que tal Decreto Ley no esté siendo aplicado por el Poder Judicial chileno en varios casos a partir de 1998, si bien es un adelanto significativo y la Corte lo valora, no es suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2 de la Convención en el presente caso. En primer lugar porque, conforme a lo señalado en los párrafos anteriores, el artículo 2 impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de las cortes internas puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente

¹⁵ Disponível em http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=7. Acesso em 01/05/2017.

¹⁶ Cf. Caso dos “Meninos de Rua” (Villagrán Morales e outros) versus Guatemala. Mérito. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C No. 63, par. 222; Caso Escher e outros, supra nota 27, par. 44, e Caso Da Costa Cadogan, supra nota 35, par. 12.

Evidencia-se, pois, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁷ tratou de aplicar o controle de convencionalidade em relação a legislação brasileira. Mazzuoli, ao estudar o tema, enfatiza que:

[...] a consequência prática dessa decisão é que a Lei de Anistia brasileira deixou de ter valor jurídico (é inválida), ou seja, doravante não poderá o Estado impedir a apuração dos referidos crimes cometidos pelos seus agentes (ditadores ou por quem agiu em nome da ditadura), devendo eliminar todos os obstáculos jurídicos que durante anos impediram as vítimas de acesso à informação, à verdade e à justiça.” (MAZZUOLI, 2011, p. 164)

Ernesto Cantor afirma que este controle de convencionalidade só será viável pela via difusa, uma vez que sua sentença gerará efeitos apenas para o caso concreto analisado¹⁸. Todavia, Mazzuoli (MAZUOLI, 2010), cujo estudo versa

¹⁷ A propósito, vide as manifestações dos parágrafos 173, 174 e 175: “**173.** A Corte considera necessário enfatizar que, à luz das obrigações gerais consagradas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, os Estados Parte têm o dever de adotar as providências de toda índole, para que ninguém seja privado da proteção judicial e do exercício do direito a um recurso simples e eficaz, nos termos dos artigos 8 e 25 da Convenção. Em um caso como o presente, uma vez ratificada a Convenção Americana, corresponde ao Estado, em conformidade com o artigo 2 desse instrumento, adotar todas as medidas para deixar sem efeito as disposições legais que poderiam contrariá-lo, como são as que impedem a investigação de graves violações de direitos humanos, uma vez que conduzem à falta de proteção das vítimas e à perpetuação da impunidade, além de impedir que as vítimas e seus familiares conheçam a verdade dos fatos.

174. Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil.

175. Quanto à alegação das partes a respeito de que se tratou de uma anistia, uma autoanistia ou um “acordo político”, a Corte observa, como se depreende do critério reiterado no presente caso (supra par. 171), que a incompatibilidade em relação à Convenção inclui as anistias de graves violações de direitos humanos e não se restringe somente às denominadas “autoanistias”. Além disso, como foi destacado anteriormente, o Tribunal, mais que ao processo de adoção e à autoridade que emitiu a Lei de Anistia, se atém à sua ratio legis: deixar impunes graves violações ao direito internacional cometidas pelo regime militar. A incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana nos casos de graves violações de direitos humanos não deriva de uma questão formal, como sua origem, mas sim do aspecto material na medida em que violam direitos consagrados nos artigos 8 e 25, em relação com os artigos 1.1. e 2 da Convenção.” Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf

¹⁸ “El juez competente para resolver en el caso concreto tiene la obligación (internacional) de inaplicar la ley y aplicar la Convención, por ser aquélla incompatible con ésta, lo que se denomina Control de Convencionalidad de La ley em sede interna, garantizando así el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos reconocidos em la Convención, es decir, que el juez ordinario da aplicabilidad al tratado del que emergen obligaciones internacionales exigibles inmediatamente (self executing), favoreciendo al titular de los derechos humanos, dictando una providencia judicial debidamente motivada (de conformida con la Convención), así este no lo solicite, porque como se dijo es una obligación internacional, que hay que cumplir por el Estado juez.” (CANTOR, 2008, p. 160)

fundamentalmente sobre controle de convencionalidade das leis por meio dos tribunais e juízes nacionais¹⁹, apresenta a possibilidade de aplicação do controle convencionalidade tanto concentrado quanto difuso na esfera nacional, dependendo do status jurídico dos tratados que se quer aplicar. Assim, passar-se-á ao ponto relativo ao controle de convencionalidade na ordem jurídica brasileira.

3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO PLANO INTERNO

Ocorre o controle de convencionalidade em sede nacional²⁰ quando o juiz interno aplica a Convenção ou outro tratado ao invés de utilizar o direito interno, mediante um exame de confrontação normativo (material) em um caso concreto e elabora uma sentença judicial que proteja os direitos da pessoa humana. Neste caso, corresponde ao controle de caráter difuso, em que cada juiz aplica este controle de acordo com o caso concreto que será analisado.²¹

Isso ocorre na esfera interna (controle de convencionalidade)²² por intermédio da atuação dos tribunais e juízes internos que terão a competência de aplicar a

¹⁹ “do sistema do domestic affair (a tutela dos nossos direitos compete exclusivamente aos juízes nacionais) passamos para o sistema do internacional concern (se os juízes nacionais não tutelam um determinado direito, isso pode e deve ser feito pelos juízes internacionais). Os juízes internos fiscalizam o produto legislativo do Congresso Nacional; se eles não amparam os direitos das pessoas, compete às cortes internacionais cumprir esse mister;. Para os fins que interessam a este estudo, o que importa destacar é o seguinte: quando não exercido o controle de convencionalidade pelo Judiciário interno, a Corte Interamericana (em sua função complementar das jurisdições nacionais) é que irá realizá-lo. De modo que esse tipo de controle sempre será exercido, se não pelo judiciário local, pelo órgão competente para realizar a interpretação última da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.” (MAZZUOLI, 2011, p. 164)

²⁰ La Corte IDH ha puesto de relieve la importancia de la realización del control de convencionalidad en el ámbito interno para evitar que los Estados incurran en responsabilidad internacional, considerando que ellos son los primeros llamados a cumplir con la labor de protección de los derechos humanos. En este sentido, la Corte IDH ha destacado la subsidiariedad del sistema internacional (en lo contencioso) y ha dado cuenta de la progresiva incorporación del control por parte de la jurisprudencia constitucional comparada.

Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>. Acesso em: 28.jun.2017.

²¹ “Se trata de un examen de confrontación normativo (material) del derecho interno con la norma internacional, alrededor de unos hechos – acción u omisión – internacionalmente ilícitos. La confrontación es una técnica jurídica que se denomina control y tiene por objeto asegurar y hacer efectiva la supremacía de la Convención Americana. En otros términos, preservar la prioridad y primacía del derecho internacional, respecto del derecho interno, incluida en este la propia Constitución del Estado.” (CANTOR, 2008, p. 47)

²² A nivel de los ordenamientos jurídicos nacionales, la Constitución de México establece que se incorporarán las normas de derechos humanos incluidas en tratados internacionales al bloque de

Convenção em detrimento da legislação interna, em um caso concreto, a fim de proteger direitos mais benéficos à pessoa humana.

Não há dúvidas que os juízes de primeiro grau e os tribunais estão submetidos ao império da lei estatal.²³ De outra banda, também não se pode olvidar que um tratado internacional quando ratificado pelo Estado é incorporado à ordem jurídica interna.²⁴

constitucionalidad, otorgándoles jerarquía constitucional a las normas de Derechos Humanos incluidas en tratados internacionales (artículo 1). En la resolución del expediente Varios 912/2010 emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para determinar el trámite a la sentencia emitida por la Corte IDH en el caso Radilla Pacheco Vs. México, aquella determinó la obligación ex officio para los jueces mexicanos, quienes deberán fundar y motivar sus resoluciones, considerando tratados internacionales y asimismo, ordenó la transición a un sistema de control constitucional difuso, que incorporó a la justicia ordinaria a la dinámica de protección de derechos humanos definidos en los instrumentos internacionales. En dicha Resolución se señaló que los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados; no obstante, están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores, dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia. Asimismo se observan importantes desarrollos jurisprudenciales al respecto en otros países de la región.

En otros países como Argentina, los fundamentos del Control de Convencionalidad se encuentra en el artículo 75 en el cual se señala expresamente la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos y hace una delimitación de qué instrumentos internacionales son los que incluye el bloque. En sentencia emitida el 23 de diciembre de 2004 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”, ésta refirió que las decisiones de la Corte Interamericana son de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino y en su considerando 6 refirió que “en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”.

En el caso de Colombia, el artículo 94 de la Constitución Política da sustento al control de convencionalidad. En la Sentencia C-010/00 emitida el 19 de enero de 2000 por la Corte Constitucional, el Tribunal determinó que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, derivándose “que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”. Disponible

em https://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/mcourt/registration/documents/2012__bench__memorandum.es.pdf?rd=1 Acceso em: 28.jun.2017

²³ “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al império 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 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.” (CANTOR, 2008, p. 48)

²⁴ Retornando ao caso acima indicado que envolveu o Estado brasileiro (Guerrilha do Araguaia), importante ainda destacar duas passagens da sentença de 24 de novembro de 2010 que versam sobre a matéria: “176. Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção

Sem embargo, a Convenção de Viena sobre o direito dos tratados de 1969, estabelece que o Tratado é um como um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos qualquer que seja a sua designação específica.

Como assinalado em outra oportunidade (GUERRA, 2016, cap. III), para a celebração dos tratados internacionais devem ser observadas algumas fases em seu processo de elaboração: negociação, elaboração do texto, assinatura, ratificação, promulgação, publicação e registro. Não tendo aqui a pretensão de retomar a discussão, mas apenas de enfatizar a importância da ratificação quanto as etapas para elaboração dos tratados internacionais, imperioso destacar que ela (ratificação) torna o tratado obrigatório internacionalmente por se tratar de ato pelo qual a autoridade nacional competente informa às autoridades correspondentes dos Estados cujos plenipotenciários concluíram, com os seus, um projeto de tratado, a aprovação que dá a este projeto e o que faz doravante um tratado obrigatório para o estado que esta autoridade encarna nas relações internacionais.

Ao ratificar um tratado internacional de direitos humanos o Estado se vincula ao mesmo. Assim, é dever do Estado garantir mecanismos no plano interno que

não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um “controle de convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana. 177. No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*). Como já salientou esta Corte e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados Parte vinculam todos seus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu direito interno²⁴. (grifei). Disponível em http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=7. Acesso em 10.abril.2017

estejam afinados com as normas internacionais, que passam a fazer parte do ordenamento jurídico interno do Estado. Mazzuoli, ao estudar o tema, lembra que:

[...] os direitos humanos constitui a meta da sociedade internacional e da cultura jurídica contemporâneas e que sua implementação prática, pelos diversos Estados que ratificam seus instrumentos de proteção, ainda carece de maior efetividade, notadamente no que tange às soluções das antinomias que decorrem das incompatibilidades da ordem jurídica interna com os mandamentos convencionais (tanto do sistema global, como dos sistemas regionais) de que o Estado é parte.” (MAZZUOLI, 2010, p. 20).

E complementa seu raciocínio ao afirmar que a melhor solução jurídica para atender a este desafio foi proposta por Lima Marques que se baseia no diálogo das fontes, cujos alicerces encontram-se nos estudos de Erik Jayme. Trata-se de coordenar a incidência de normas que possibilitem ao juiz aplicar, no caso concreto, a solução jurídica mais favorável à pessoa humana.²⁵

Em verdade, este estudo não é novo; ao contrário, a doutrina e a jurisprudência nacional adotou este entendimento em várias circunstâncias. Neste sentido, vale trazer à colação o magistério de Trindade que advertiu que:

[...] no presente domínio de proteção, não mais há pretensão de primazia do direito internacional ou do direito interno, como ocorria na polêmica clássica e superada entre monistas e dualistas. No presente contexto, a primazia é da norma mais favorável às vítimas, que melhor as proteja, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. Este e aquele interagem em benefício dos seres protegidos” (TRINDADE, 1997, p. 434)

De fato, os estudos relativos ao direito internacional e ao direito interno são significativos em razão da eficácia do primeiro depender bastante da observância do segundo, ou seja, que o direito interno dos Estados esteja em conformidade com o direito internacional. A validade formal do Direito Internacional é tema preso ao Direito

²⁵ “O que se pretende frisar aqui é que os direitos humanos encontram proteção de diversos contextos (sistemas de proteção) e em diversos instrumentos (mecanismos de proteção). Portanto, os direitos humanos, na pós-modernidade, têm proteção plural. E onde há pluralidade há conflitos. Assim, a existência dessa diversidade de fontes normativas está a requerer soluções para os conflitos advindos das suas relações entre si. A proposta de Erik Jayme é no sentido de que as fontes do direito devam ser coordenadas, ao invés de se optar por uma em detrimento de outra. Tal concepção se aplica perfeitamente aos tratados internacionais de direitos humanos, os quais já contêm cláusulas de comunicação de normas mais protetoras, garantindo a aplicação da norma mais benéfica ao ser humano, em atenção ao princípio internacional *pro homine*.” (CANTOR, 2008, p. 106)

Internacional, considerado como um sistema de normas jurídicas, em face do Direito Interno dos Estados, e visto, também, como um conjunto sistemático de normas da mesma natureza, ou, de outro aspecto, é tema vinculado à determinação das relações específicas entre Direito Internacional e Direito Interno. Ademais, houve um grande acréscimo nos dias atuais de funções a serem desenvolvidas pelo direito internacional.

O direito internacional contemporâneo já não tem apenas a função clássica de regular as relações entre os Estados soberanos, mas procura atuar no desenvolvimento da sociedade internacional, que contempla vários novos atores, inclusive com a própria inserção do indivíduo no campo internacional onde há um grande envolvimento da ordem jurídica internacional e a interna. (RIDRUEJO, 2006, p. 166)

Quando as duas ordens jurídicas estão de acordo não há margens para maiores problemas, entretanto há casos em que as duas ordens jurídicas regulam a matéria de modo diferente. Daí o surgimento da questão: havendo um conflito entre a ordem interna e a internacional, qual das duas deverá prevalecer?

Tradicionalmente a doutrina (GUERRA, p. 43-48) apresenta as teorias que consagram o Dualismo e o Monismo. Essas duas teorias pressupõem que existe um campo comum no qual a ordem interna e internacional pode atuar simultaneamente em relação ao mesmo objeto, sendo o problema que então se coloca o de saber qual ordem jurídica prevalece.

No passado, a solução para este impasse costumava ser a supressão de uma norma pela outra. O aplicador da lei deveria escolher, de forma absoluta, a norma a ser utilizada no caso concreto. Atualmente esta percepção tem sofrido grandes mudanças em favor dos direitos humanos. Cançado Trindade teve oportunidade de assentar que:

[...] o impacto dos tratados de direitos humanos nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados Partes tem atraído bastante atenção nos últimos anos e tem se notabilizado mormente em numerosos casos que acarretam alterações nas respectivas legislações nacionais com o propósito de harmonizá-los com os referidos tratados." (TRINDADE, p. 430)

Sem embargo, ao incorporarmos normas internacionais ao ordenamento jurídico interno desafios serão impostos para sanar o conflito que uma norma poderá apresentar em relação à outra.

Neste estudo em que o controle de convencionalidade das normas protetivas dos direitos humanos adquirem *locus* privilegiado, as teorias acima indicadas (monismo e dualismo) não devem ser objeto de maiores considerações. Pelo diálogo das fontes, o profissional do direito não é obrigado a indicar apenas um fundamento normativo para tutelar direitos em favor do indivíduo sendo portanto, possível utilizar mais de uma norma (interna ou internacional) possibilitando o diálogo entre as mesmas, com o intuito de alcançar o resultado mais adequado em benefício dos interesses da pessoa humana.

Impende assinalar que o entendimento relativo ao diálogo das fontes serve para aclarar aspectos relativos ao controle de convencionalidade.²⁶ Neste sentido, Mazzuoli²⁷ assevera que o conceito de diálogo das fontes é a peça-chave para o controle de convencionalidade e sustenta que há duas formas de coordenar normas internacionais com legislação interna: por intermédio dos diálogos horizontais e também por diálogos verticais entre as fontes.

Em linhas gerais, os diálogos horizontais são aqueles em que o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno brasileiro guardam relação de complementaridade ou de integração. Assim, há a possibilidade de uma norma internacional apresentar princípios muito semelhantes com uma norma interna, podendo haver, neste caso, uma complementaridade entre elas. Ou seja, ao aplicá-las em um determinado caso concreto, há possibilidade de coordená-las de acordo com o interesse mais favorável à pessoa humana, sem haver necessidade de escolher

²⁶ "(...) Es aquí donde el operador jurídico y, em especial, el juez nacional adquiere cierto protagonismo como juez internacional de derechos humanos, es decir, que el juez ordinario actúa como juez internacional al aplicar el tratado, porque activa el Control de Convencionalidad em sede interna. (...) este es el Control de Convencionalidad en sede interna con los siguientes alcances. Es una especie de Control de Convencionalidad difuso, porque cualquier juez podrá acudir a esta forma de control, por ser el juez llamado a aplicar o inaplicar la ley, en el caso concreto. La inaplicación de la ley interna que efectúa el juez, por medio de una providencia judicial, produce efectos interpartes, esto es, solo entre las partes que intervienen em el caso concreto." (CANTOR, 2008, p. 161)

²⁷ "(...) modelo para as soluções das antinomias entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o direito interno brasileiro, afastando os métodos tradicionalmente utilizados, quando em cena um direito humano fundamental ou um direito internacionalmente reconhecido. (...) o estudo desse novo método de solução de antinomias levará também à teoria do controle de convencionalidade das normas de direito interno." (MAZUOLLI, 2011, p. 129)

uma norma em detrimento da outra. Também há casos em que os diálogos horizontais possibilitarão a supressão de lacunas no direito interno, evocando-se uma norma internacional a fim de garantir a tutela de um direito não regulamentado por lei interna, passando a integrá-la.²⁸

No caso dos chamados diálogos verticais, evidencia-se que são mais complexos por haver uma aparente rivalidade entre a norma internacional e a norma interna. Seja porque o ordenamento interno é omissivo na tutela de um determinado direito consagrado em norma internacional ou porque tal ordenamento proíbe expressamente a tutela de um direito garantido na legislação alienígena. Nos casos em que a legislação interna é omissiva na tutela de algum direito, o diálogo de verticalidade promoverá a inserção da norma internacional para compor nosso ordenamento jurídico, garantindo o cumprimento dos compromissos estabelecidos no tratado ratificado pelo país. Quando o direito interno dispõe de norma que viola frontalmente algum preceito normativo presente em tratado internacional ratificado pelo país, não há obrigatoriedade em revogar norma interna em prol da aplicação absoluta da norma internacional.²⁹

Feitas estas breves considerações sobre o diálogo das fontes, deve-se retomar a discussão acerca do controle de convencionalidade. Portanto, imperioso lembrar que ao ocorrer um conflito entre uma norma de direito internacional e uma norma infraconstitucional, os tribunais e os juízes nacionais poderão aplicar dois tipos de controles: o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade, que poderá ser realizado tanto pela via difusa quanto pela via concentrada.

²⁸ *Ib idem*, p. 154 e 155: “Os diálogos horizontais podem se dar de duas maneiras: a) quando a norma de direito constitucional é mera repetição de um direito que já vem expresso em tratado internacional, caso em que, inegavelmente, o valor extrínseco da norma convencional será o de norma materialmente constitucional, possuindo o poder de revogar todas as disposições internas em contrário; ou b) quando a norma internacional vem a suprir lacunas existentes tanto na Constituição como em leis infraconstitucionais. O primeiro caso denomina-se diálogo de complementaridade e o segundo, diálogo de integração.” (MAZUOLLI, 2011, p. 154-155)

²⁹ “Os diálogos verticais são aqueles em que se presencia uma conversa mais direta – e, poderíamos dizer, mais agressiva – entre as fontes, a fim de resolver o problema das antinomias. Neste caso, temos também duas situações: a) ou a norma internacional dispõe sobre direito não expressamente consagrado na órbita constitucional, o que irá gerar sua inclusão no rol dos direitos constitucionalmente assegurados; b) a norma internacional entra em choque frontal com uma disposição constitucional, consagrando direito que vem disciplinado de modo diverso pela Constituição. Ao primeiro caso, chama-se diálogo de inserção e ao segundo, diálogo de transigência. (MAZUOLLI, 2011, p. 165)

Assim, a norma interna de natureza infraconstitucional terá validade se conseguir passar por estes dois dispositivos de controle: o primeiro tem a finalidade de verificar se a lei infraconstitucional é compatível com a Constituição e o segundo serve para averiguar se há violação de direitos consagrados em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país.³⁰

Complementando o asserto, evidencia-se que o controle de convencionalidade deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional relativamente aos tratados (de direitos humanos ou não) aos quais o país se encontra vinculado. Trata-se de adaptar ou conformar os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para estes deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano do seu direito interno. Ou seja, não somente os tribunais internacionais devem realizar este tipo de controle, mas também os tribunais internos. O fato de serem os tratados internacionais (notadamente os de direitos humanos) imediatamente aplicáveis no âmbito do direito doméstico garante a legitimidade dos controles de convencionalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público.³¹

³⁰ “A compatibilidade do direito doméstico com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no País faz-se por meio do controle de convencionalidade, que é complementar e coadjuvante (jamais subsidiário) do conhecido controle de constitucionalidade. O controle de convencionalidade tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies leis vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado em vigor no território nacional.” (MAZUOLLI, 2011, p. 208)

³¹ Destaca-se, a propósito, o Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012, como se vê: “La responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”. (...)Lo anterior significa que se ha instaurado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico. En otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han

Por fim, não se pode olvidar que a partir do vasto repositório jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos, deve-se concordar com Cantor, que invocou o magistério de Pérez Trepms, sobre a criação de uma espécie de *Ius Commune interamericano de los derechos humanos*, enfatizando que:

[...] si en verdad la justicia de los hombres tendrá un futuro, este no podrá estar fuera de la protección de los derechos humanos; y estos derechos desde ahora se han convertido en una exigencia sin fronteras – una exigencia precisamente transnacional y tendientemente universal.” (CANTOR, 2008, p. 205)

Indubitavelmente que essas mudanças, seja no plano internacional ou interno, decorrem da valorização da dignidade da pessoa humana que passa a se apresentar como novo *ethos* de nossos tempos.

CONCLUSÃO

A Carta Magna de 1988 é rica na consagração de direitos e garantias fundamentais tendo reconhecido vários dispositivos que vinculam o Estado às obrigações assumidas no âmbito internacional, sendo certo a ordem constitucional brasileira recebeu grande influência do direito internacional dos direitos humanos

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, do qual o Estado brasileiro faz parte, apresenta-se como uma ferramenta de importância inestimável para a

dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad.(...)Es decir, si bien el Sistema tiene dos órganos “competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en la Convención” la Corte solo puede “conocer un caso” cuando se han “agotado los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50” de dicho instrumento, sea el procedimiento de peticiones individuales ante la Comisión Interamericana. De tal modo, solamente si un caso no se ha solucionado a nivel interno, como correspondería primariamente hacerlo a cualquier Estado Parte en la Convención en ejercicio efectivo del control de convencionalidad, entonces el caso puede llegar ante el Sistema, en cuyo caso debería resolverse ante la Comisión y, solamente si las recomendaciones de ésta no han sido cumplidas, el caso podría llegar ante la Corte. De tal manera, el funcionamiento lógico y adecuado del Sistema Interamericano de Derechos Humanos implica que, en tanto “sistema”, las partes deben presentar sus posiciones e información sobre los hechos en forma coherente y de acuerdo con los principios de buena fe y seguridad jurídica, de modo que permitan a las otras partes y a los órganos interamericanos una adecuada sustanciación de los casos. La posición asumida por el Estado en el procedimiento ante la Comisión determina también en gran medida la posición de las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes, lo que llega a afectar el curso del procedimiento.

garantia efetiva dos direitos humanos no continente americano, pois através dos dois órgãos previstos na Convenção Americana (Comissão e Corte Interamericana) garante-se não só o acompanhamento da conduta dos Estados membros, como também a possibilidade de se julgar casos, prolatando-se uma sentença que deverá ser cumprida, sob pena de sanções de natureza política perante a Organização dos Estados Americanos.

Os Estados ao se tornarem signatários de tratados internacionais de direitos humanos e, neste particular, a Convenção Americana, geram para si um dever, qual seja, o de adequar sua legislação e jurisdição interna para que estas estejam em consonância com as normas externas e com a jurisprudência da Corte Interamericana.

O Controle de Convencionalidade garante controle sobre a eficácia das legislações internacionais e permite dirimir conflitos entre direito interno e normas de direito internacional.

As normas violadoras ou potencialmente violadoras aos direitos humanos devem ser julgadas e devem estar sujeitas ao crivo do controle de convencionalidade, a exemplo do caso brasileiro sobre a lei de anistia (caso Gomes Lund).

As normas internacionais de proteção dos direitos humanos (*jus cogens*) devem servir de parâmetro para analisar a convencionalidade das leis, que deve ser realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pelos juízes nacionais.

REFERÊNCIAS

CANTOR, Ernesto Rey. ***Control de conveniconalidad de las leys y derechos humanos***. México, D.F.: Porruá, 2008.

GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Direito internacional dos direitos humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____; SILVA, Roberto. **Soberania: antigos e novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

MARTINS, Ana Maria Guerra. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIDRUEJO, Jose A. Pastor. **Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Volume I. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.