UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PÓS-GRADUAÇÃO

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Tese apresentada por André Felipe Barbosa de Menezes ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Ivo Dantas.

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO
Direito Público

LINHA DE PESQUISA 2 (PROJETO 2)
Sociedades Transnacionais e Organizações Internacionais

Recife-PE
Junho/2009

André Felipe Barbosa de Menezes

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Ivo Dantas.

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO
Direito Público

LINHA DE PESQUISA 2 (PROJETO 2)
Sociedades Transnacionais e Organizações Internacionais

Recife-PE
Junho/2009

Menezes, André Felipe Barbosa de

Controle de convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos / André Felipe Barbosa de Menezes. – Recife: O Autor, 2009.
361 folhas.

Tese (doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2009.

Inclui bibliografia.

1. Direitos humanos. 2. Controle de convencionalidade. 3. Direitos humanos - Organização dos Estados Americanos (OEA). 4. Responsabilidade Internacional – violação dos direitos humanos.

341.231.14	CDU (2.ed.)	UFPE
341.48	CDD (22.ed.)	BSCCJ2009-027

André Felipe Barbosa de Menezes

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco PPGD/UFPE, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.
Área de concentração : Direito Público
Orientador: Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidencia da primeira, submeteu o candidato à defesa, em nível de Doutorado, e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: APROVADO

Professora Dra. ***ANAMARIA CAMPOS TÔRRES*** (Presidente - UFPE)
Julgamento: APROVADO Assinatura: Anamaria C. Tôrres

Professor Dr. ***JOSÉ FRANCISCO REZEK*** (1º Examinador - UnB)
Julgamento: APROVADO ! Assinatura:

Professor Dr. ***JOSÉ ELIAS DUBARD DE MOURA ROCHA*** (2º Examinador - UNICAP)
Julgamento: APROVADO Assinatura:

Professor Dr. ***BRUNO CÉSAR MACHADO TORRES GALINDO*** (3º Examinador - UFPE)
Julgamento: APROVADO Assinatura:

Professor Dr. **JOÃO PAULO FERNANDES DE SOUZA ALLAIN TEIXEIRA** (4º Examinador - UFPE)
Julgamento: APROVADO Assinatura:

Recife, 06 de agosto de 2009.

Coordenador Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

DEDICATÓRIA

A todos que creem que é possível ser humano.

AGRADECIMENTOS

- A Deus, Rocha da minha salvação: pelo dom da vida, pela graça de conhecer, pelas forças renovadas, pois sem Ele nada posso fazer.

- Ao Professor Dr. Ivo Dantas, meu Orientador: pela confiança em mim depositada, pela constante inspiração na busca do crescimento, pelo que representa no universo jurídico, pelas preciosas lições ministradas.

- Às Professoras Dra. Margarida de Oliveira Cantarelli e Dra. Anamaria Campos Tôrres, mestras primeiras na Graduação na Faculdade de Direito do Recife, espelhos em que fitei os olhos para pautar minha vida acadêmica e profissional.

- A Iracilda Santos Barbosa, minha mãe, querida, incentivadora, presente – sempre: pelo seu amor incondicional que tem sido bálsamo para minha vida, pelo exemplo de pessoa vitoriosa e de fé em Deus, pelo caráter e integridade que me são norte.

- A Ana Karina Menezes Brown, minha irmã: pela lição de garra e coragem, por me mostrar que não existem barreiras intransponíveis, por pisar onde não há chão e manter-se de pé, por nadar contra a correnteza em noite de tempestade e, pela manhã, vencer.

- A Suene Fernandes Silva de Menezes, "mulher da minha vida, minha vida numa mulher": pela cumplicidade de todas as horas, por compreender minhas ausências para a produção desta tese, e, sobretudo, por me ter dado em setembro de 2008 o presente mais valioso de minha vida – meu primeiro filho, Augusto.

- Às Faculdades Integradas Barros Melo e à Faculdade Marista do Recife, onde leciono: pela seriedade e compromisso na formação de juristas, por terem sido laboratório de minha produção científica.

- Ao Ministério Público do estado de Pernambuco, Instituição da qual me orgulho pertencer: por ser fórum permanente de discussões em torno da defesa dos direitos humanos, e por ser efetivo agente de proteção desses direitos.

- A todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para o êxito deste trabalho.

Enquanto a violência acabar com o povão da baixada
E quem sabe tudo disser que não sabe de nada
Enquanto os salários morrerem de velhos nas filas
E os homens banirem as leis ao invés de cumpri-las

Enquanto a doença tomar o lugar da saúde
E quem prometeu ser do povo mudar de atitude
Enquanto os bilhetes correrem debaixo da mesa
E a honra dos nobres ceder seu lugar à esperteza
Não tem jeito não, não tem jeito não...

Só com muito amor a gente muda esse país
Só o amor de Deus pra nossa gente ser feliz
Nós, os filhos Seus, temos que unir as nossas mãos
Em nome da justiça, por obras de justiça
Quem conhece a Deus não pode ouvir e se calar
Tem que ser profeta e Sua bandeira levantar
Transformar o mundo é uma questão de compromisso
E muito mais e tudo isso...

Enquanto o domingo ainda for nosso dia sagrado
E em nome de Deus se deixar os feridos de lado
Enquanto o pecado ainda for simplesmente um pecado
Vivido, sentido, embutido, espremido e pensado
Enquanto se canta e se dança de olhos fechados
Tem gente morrendo de fome por todos os lados
O Deus que se canta nem sempre é o Deus que se vive, não
Pois Deus se revela, se envolve, resolve e revive

E não tem jeito não, não tem jeito não...

(*Em nome da justiça*, letra e música de João Alexandre)

RESUMO

A presente tese objetiva analisar o instituto do controle de convencionalidade como mecanismo de responsabilização internacional do Estado por violação de direitos humanos, no âmbito do sistema interamericano de proteção instituído no seio da Organização dos Estados Americanos (OEA). O tema revela crucial importância e atualidade, mormente ao se considerar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já proferiu duas sentenças envolvendo a República Federativa do Brasil, uma das quais lhe foi desfavorável e impôs o pagamento de indenização compensatória aos familiares da vítima. Circunscrevendo-se a investigação ao âmbito da OEA, o ponto de partida para o referencial teórico é o direito dos tratados e o direito das organizações internacionais, com destaque para o exame da Carta de Bogotá e posteriores protocolos, da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e demais tratados pertinentes ao sistema interamericano. Analisa-se a relação entre o direito internacional e o direito interno na seara da proteção dos direitos humanos no sistema interamericano por meio de um processo sistemático de interpretação e aplicação do Direito, numa perspectiva sistêmica à luz dos pensamentos de Immanuel Kant, Hans Kelsen, Karl Larenz e Claus-Wilhelm Canaris. Cumpre advertir que não se trata aqui da "teoria dos sistemas" como fundamento teórico da tese, em que pese a visitação de noções ligadas à compreensão do que seja um sistema e, via de consequência, um sistema jurídico. Isso porque o trabalho sustenta o caráter de supranacionalidade do sistema interamericano de direitos humanos, mesmo não sendo a OEA uma organização internacional de natureza supranacional. Destaca-se a posição de centralidade do ser humano na presente investigação, consequência da cristalização dos princípios da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos no domínio do *jus cogens* internacional. Tendo em mente que a violação de uma obrigação internacional assumida pelo Estado no contexto do sistema interamericano gera a sua responsabilidade internacional, aferida pela Comissão e pela Corte Interamericanas de Direitos Humanos, a tese conclui que o mecanismo do controle de convencionalidade é instrumento para efetivação da *restitutio in integrum*. Defende-se o exame da não só possível, mas necessária, interação entre as fontes do direito no âmbito da ordem jurídica interna estatal e no âmbito da ordem jurídica internacional, de modo a estabelecer seus pontos de interseção, analisando-se a relação entre direito internacional e direito interno sob a ótica do sistema interamericano de direitos humanos. A jurisprudência da Comissão e da Corte Interamericanas de Direitos Humanos, sobretudo as sentenças e pareceres consultivos desta última, em sede de competência contenciosa e consultiva, respectivamente, constitui fonte primária da investigação como fruto da interpretação do Pacto de São José. A tese constrói paralelo entre o instituto do controle de constitucionalidade, no Brasil, e o do controle de convencionalidade no sistema interamericano, projetando os possíveis impactos do controle de convencionalidade no ordenamento brasileiro, com relação ao Poder Legislativo, ao Poder Executivo, ao Poder Judiciário, ao Ministério Público e aos demais agentes públicos estatais. O trabalho contém estudo de caso relativo à Emenda Constitucional nº 41/2003, declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ação direta de inconstitucionalidade, o que ocasionou a apresentação de denúncia de nossa autoria perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos visando à responsabilização internacional do Estado Brasileiro por violação de direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Pacto de São José. Controle de convencionalidade. Responsabilidade internacional do Estado.

ABSTRACT

This thesis aims to analyze the institute of control of conventionality as a mechanism to establish the international responsibility of the State for human rights violations in the scope of the Inter-American System of Protection within the Organization of American States (OAS). The subject matter is crucial, especially considering that the Inter-American Court of Human Rights has already pronounced two judgments involving the Federative Republic of Brazil, one of which held Brazil responsible for human rights violations and ordered the country to pay fair compensation to the victim's family. Since the framework of this study is restricted to the Organization of American States (OAS), the start point to the theoretical reference is the law of treaties and the law of international organizations, highlighting the Charter of Bogota and its protocols, the American Declaration of the Rights and Duties of Man, the American Convention on Human Rights (Pact of San José, Costa Rica) and other international treaties applicable in the Inter-American System. The relation between international law and municipal law in the field of human rights, in order to be adequately understood, is analyzed through a systematic process of the interpretation and the enforcement of the law. This analysis is developed in a systemic perspective in the light of the doctrine of Immanuel Kant, Hans Kelsen, Karl Larenz and Claus-Wilhelm Canaris. It is necessary to advert that the "systems theory" is not used as the theoretical basis for this work, despite the fact that it refers to some notions about how a system is conceived and, consequently, the concept of a legal system, insofar as this thesis holds the supranational character of the Inter-American System of Protection of Human Rights, even though the OAS is not a supranational organization. It must be highlighted the central position of the human being in this thesis, as a consequence of the consecration of the principles of the human person dignity and the prevalence of human rights into the domain of international *jus cogens*. Bearing in mind that the violation of an international obligation by the State generates its international responsibility, which may be declared by the Inter-American Commission and Court of Human Rights in the context of the Inter-American System, the thesis concludes that the mechanism of control of conventionality is an instrument to the effectiveness of *restitutio in integrum*. This work defends the not only possible but necessary interaction between the sources of law in the ambit of internal legal order of States and of international legal order, in a view to establish their points of intersection and analyze the relation between international law and municipal law in the Inter-American System of Human Rights. The case-law of the Inter-American Commission and Court of Human Rights, especially the judgments and advisory opinions of the latter in its contentious and advisory jurisdiction, respectively, constitutes the primary source of this thesis as a result of the interpretation of the Pact of San José. This study establishes a comparison between the institute of the control of constitutionality, in Brazil, and the control of conventionality in the Inter-American System, examining the possible impacts of the control of conventionality in the Brazilian legal order, regarding Legislative Power, Judiciary Power, Executive Power, Public Prosecution and other public agents of State. This work also contains a case study relating to the Constitutional Emend nº 41/2003, declared constitutional by the Brazilian Supreme Federal Court in the face of a Direct Unconstitutionality Lawsuit, which motivated the author of this thesis to file a complaint before the Inter-American Commission of Human Rights aiming to declare the international responsibility of Brazil for human rights violations.

KEY-WORDS: Inter-American System of Human Rights. Pact of San José, Costa Rica. Control of conventionality. International responsibility of the State.

S U M Á R I O

INTRODUÇÃO.....09
A) Delimitação do tema.....09
B) Perspectiva sistêmica do estudo.....23
C) Estruturação do trabalho.....38

1. **DIREITOS HUMANOS E SUA PROTEÇÃO INTERNACIONAL**.....45
1.1. Conceito, fundamentos e atributos dos direitos humanos..... 45
1.2. Direitos humanos e a relação entre direito interno e direito internacional..... 53
1.3. Direito Constitucional Internacional e Direito Internacional dos Direitos Humanos..... 74
1.4. A Organização dos Estados Americanos e os direitos humanos..... 87

2. **O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS**.....97
2.1. O tríplice regime de proteção no sistema interamericano.....97
2.2. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos..... 104
2.3. A Corte Interamericana de Direitos Humanos..... 106
2.3.1. Competência consultiva da Corte Interamericana.....108
2.3.2. Competência contenciosa da Corte Interamericana..... 115
2.4. Processo perante a Corte Interamericana..... 121

3. O BRASIL NO CONTEXTO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS.....126
3.1. Obrigações do Brasil como Estado Parte do Pacto de São José..... 126
3.2. Aceitação da competência contenciosa da Corte Interamericana..... 133
3.3. Casos contra o Brasil e implementação das decisões.....137
3.4. Executividade das sentenças da Corte em indenizações compensatórias..... 141

4. RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO E REPARAÇÕES NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS..... 157
4.1. Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos..... 157
4.2. Reparações na jurisprudência do sistema interamericano..... 162
4.3. Satisfação..... 166
4.4. Indenização..... 168
4.5. Garantias de não repetição..... 168
4.6. Dever de investigar, processar e punir..... 168
4.7. *Restitutio in integrum*..... 170

4.8. Cessação do ilícito..... 171
4.9. Restituição material..... 172
4.10. Reparação ao projeto de vida..... 172
4.11. Adequação normativa..... 173
4.12. Controle de convencionalidade como instrumento de *restitutio in integrum*..... 181

5. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS..... 184
5.1. Dever de adequação do direito interno ao Pacto de São José..... 184
5.2. Irrelevância da posição hierárquica do Pacto de São José na ordem interna..... 199
5.3. Controle de convencionalidade nos Pareceres Consultivos..... 213
5.4. Controle de convencionalidade nos casos contenciosos..... 232
5.4.1. *Caso del Tribunal Constitucional v. Perú*..... 235
5.4.2. *Caso "La Última Tentación de Cristo" v. Chile*..... 242
5.4.3. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros v. Trinidad y Tobago*…..... 251
5.4.4. *Caso de Las Niñas Yean y Bosico v. Republica Dominicana*..... 254
5.4.5. *Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile*..... 256

6. **IMPACTOS DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL**.....263
6.1. Controle de convencionalidade e controle de constitucionalidade: algumas comparações à luz do direito brasileiro..... 263
6.2. Relação com o Poder Legislativo.....281
6.3. Relação com o Poder Judiciário..... 285
6.4. Relação com o Poder Executivo..... 294
6.5. Relação com o Ministério Público..... 295
6.6. Relação com os demais agentes estatais..... 298

7. **ESTUDO DE CASO**.....299
7.1. Escorço histórico da Previdência Social no Brasil..... 299
7.2. Emenda Constitucional 41/2003: a contribuição previdenciária de servidores aposentados e pensionistas..... 303
7.3. Declaração de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal..... 305
7.4. Denúncia contra o Estado Brasileiro perante o sistema interamericano..... 313
7.5. Controle de convencionalidade da Emenda Constitucional 41/2003 e possíveis impactos no ordenamento jurídico brasileiro..... 319

CONCLUSÕES.....322

REFERÊNCIAS.....336

INTRODUÇÃO

A. Delimitação do tema

O presente trabalho tem como objeto de investigação o que denominamos **controle de convencionalidade** no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), como mecanismo de responsabilização internacional do Estado por violação de direitos humanos.[1]

Por outras palavras, cuida-se do estudo da responsabilidade internacional do Estado no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, gerada pela incompatibilidade do seu direito interno com as obrigações por ele assumidas à luz das normas internacionais de direitos humanos.

O tema proposto revela crucial importância e atualidade, mormente ao se considerar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já proferiu duas sentenças envolvendo a República Federativa do Brasil, uma das quais lhe foi desfavorável e impôs o pagamento de indenização compensatória aos familiares da vítima.

A primeira sentença condenatória da Corte Interamericana contra o Brasil foi proferida no *Caso Ximenes Lopes*, relativo ao assassinato de Damião Ximenes Lopes na cidade do Crato, estado do Ceará, paciente internado na Clínica Psiquiátrica Guararapes, a qual, embora fosse um estabelecimento particular, era conveniada com o Sistema Único de Saúde - SUS, e por isso a morte do paciente sob os seus cuidados gerou a responsabilidade internacional do Estado.[2]

---

[1] A República Federativa do Brasil é membro fundador da Organização dos Estados Americanos, tendo assinado a Carta de Bogotá, tratado constitutivo da Organização, em 30 de abril de 1948, juntamente com os seguintes Estados: Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Equador, El Salvador, Estados Unidos da América, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela.

O segundo caso julgado pela Corte Interamericana envolvendo o Estado Brasileiro foi o *Caso Nogueira de Carvalho y otro*, relativo ao assassinato de Francisco Gilson Nogueira de Carvalho na cidade de Macaíba, estado do Rio Grande do Norte, advogado que militava na defesa dos direitos humanos, em especial contra a impunidade de que gozava o grupo de extermínio conhecido como "meninos de ouro", supostamente integrado por policiais civis e outros funcionários estatais, que sequestravam, assassinavam e torturavam pessoas naquele estado.[3]

O marco legal do controle de convencionalidade repousa no Pacto de São José da Costa Rica (ou Convenção Americana sobre Direitos Humanos), assinado na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos na cidade de San José, na Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, do qual a República Federativa do Brasil é parte.[4]

Além de Estado parte do Pacto de São José da Costa Rica, a República Federativa do Brasil também aceitou a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, concordando em submeter-se a seu julgamento em casos de denúncias contra si formuladas por violação de direitos humanos, mediante declaração expressa manifestada em 10 de dezembro de 1998.[5]

Assim, mediante a sua adesão ao Pacto de São José, o Brasil conferiu poderes à Comissão e à Corte Interamericanas de Direitos Humanos para o monitorar o respeito e

---

[2] Cf. Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Excepción Preliminar*. Sentencia de 30 de noviembre de 2005. Serie C, nº 139; Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, nº 149.

[3] Cf. Corte IDH. *Caso Nogueira de Carvalho y otro Vs. Brasil. Excepciones Preliminares y Fondo*. Sentencia de 28 de Noviembre de 2006. Serie C, nº 161.

[4] O Estado Brasileiro aderiu ao Pacto de São José em 09 de julho de 1992, com o depósito da respectiva carta de adesão em 25 de setembro de 1992, aprovada pelo Congresso Nacional mediante o Decreto Legislativo nº 27/92, tendo ela sido promulgada no território nacional pelo Decreto Presidencial nº 678, de 06 de novembro de 1992.

[5] Tem-se que, por meio do Decreto Legislativo nº 89, de 03/12/1998, em resposta à Mensagem Presidencial nº 1070, de 07/09/1998, o Congresso Nacional autorizou a aceitação da competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos pela República Federativa do Brasil, o que se concretizou com a transmissão de Nota do Presidente da República ao Secretário-Geral da OEA, em 10 de dezembro de 1998. Certamente essa data foi escolhida em homenagem ao cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada em 10 de dezembro de 1948.

a garantia aos direitos humanos no país, dentre os quais se encontra o de promover o **controle de convencionalidade** sobre o seu direito interno, isto é, verificar a compatibilidade da legislação brasileira com instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos.

Esse mister dos órgãos do sistema interamericano de direitos humanos está contemplado nos artigos 41(b),[6] 63(1)[7] e 64(2)[8] do Pacto de São José da Costa Rica, cristalizando o controle de convencionalidade como mecanismo de responsabilização internacional do Estado por violação de direitos humanos.

A temática em estudo é bastante atual e se reveste de profunda relevância, sobretudo porque a República Federativa do Brasil, apesar de ser membro da OEA, de ser parte na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e de ter aceito a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tem demonstrado uma deficiente percepção do alcance das obrigações internacionais assumidas no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos.

No Brasil, tem sido uma constante a recalcitrância das autoridades constituídas em não aplicar as normas de direito internacional, inclusive por parte dos magistrados, chegando-se até a negar reconhecimento à aplicabilidade direta e imediata dos instrumentos normativos internacionais de proteção aos direitos humanos.

Essa realidade no seio do Poder Judiciário foi realçada pelo Ministro Gilson Dipp, membro do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do Seminário "O Sistema

[6] Artigo 41. **A Comissão** tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício do seu mandato, tem as **seguintes funções e atribuições**: (...) (b) **formular recomendações aos governos dos Estados membros**, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos **no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais**, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos. (destaques nossos)

[7] Artigo 63(1). Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, **a Corte determinará** que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, **que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação** desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada. (destaques nossos)

[8] Artigo 64 (2). A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Brasil", realizado por aquela Egrégia Corte em 2007, o qual assim declarou em entrevista:

> "Costumo dizer que minha geração, com uma formação jurídica nos moldes clássicos tradicionais, tem o receio de aplicar certos instrumentos legais à nossa disposição", disse o ministro. Os juízes, segundo ele, têm uma cautela excessiva, por exemplo, em relação à aplicação de mecanismos previstos em tratados internacionais destinados ao combate à lavagem de dinheiro, como a quebra do sigilo bancário ou a interceptação telefônica. "Os operadores do Direito não estão acostumados a trabalhar com tratados internacionais. Muitas vezes aqui no STJ tergiversamos quando a parte alega violação ao Pacto de San José", observa Dipp. [9]

A sinceridade das declarações do Ministro é digna de elogio, assim como o é seu esforço para que os tratados internacionais de direitos humanos sejam aplicados com maior efetividade pelo Poder Judiciário. Mas, ao mesmo tempo, suas palavras refletem uma desalentadora realidade.

Não somente os membros do Poder Judiciário, mas os operadores do direito em geral no Brasil relutam em aplicar os instrumentos normativos internacionais de proteção aos direitos humanos, valendo-se tão-somente das disposições normativas de direitos fundamentais inseridas no domínio do Direito Constitucional pátrio.

Talvez acreditem tais juristas que a proteção dispensada à pessoa humana no quadro do direito interno brasileiro seja suficiente, a ponto de olvidar o plexo de normas internacionais que também – e, às vezes, melhor – protegem o ser humano, a exemplo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e do próprio Pacto de São José.

Recentemente, ao proferir sentença em 26 de setembro de 2006 no julgamento do *Caso Almonacid Arellano y otros*,[10] a Corte Interamericana de Direitos Humanos mencionou pela primeira vez em um julgamento a exata expressão *"control de convencionalidad"*, fazendo menção explícita ao mecanismo em estudo, *ipsis litteris*:

---

[9] PORTAL DA JUSTIÇA FEDERAL, Notícia do Conselho da Justiça Federal, sob o título ***"****Decisões da Corte Interamericana têm eficácia e aplicabilidade imediata, afirma ministro Dipp"*, disponível em <http://www.jf.jus.br/portal/publicacao/engine.wsp?tmp.area=83&tmp.texto=4077&acs.tamanho=&acs.img_tam=>, acesso 04 jun. 2008.

[10] Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, nº 154.

> 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] (destaques nossos)

Já em 1994, quando da expedição do Parecer Consultivo OC 14-94, a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou expressamente que a promulgação de uma lei manifestamente contrária às obrigações assumidas por um Estado ao ratificar ou aderir ao Pacto de São José constitui uma violação a este mesmo Pacto, e, no caso de essa violação afetar indivíduos determinados em direitos e liberdades protegidos, ela gerará responsabilidade internacional para o Estado.[12]

Percebe-se facilmente a importância da presente investigação, sobretudo em face da observação final da Corte Interamericana no trecho transcrito *retro*, no sentido de que, em sede de controle de convencionalidade, o Poder Judiciário nacional deve levar em conta não somente a letra da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mas também a interpretação que dela fez aquele tribunal internacional, intérprete último da Convenção.

---

[11] "A Corte está consciente de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isto, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Porém, quando um Estado ratificou um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar por que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e fim, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. **Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de 'controle de convencionalidade' entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo fez a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana" (tradução livre). *Caso Almonacid Arellano y otros*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, nº 154, § 124.

[12] Cf. Corte IDH. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A, nº 14, § 50.

Isso implica a necessidade premente, indispensável e inolvidável, de construir no Brasil uma cultura jurídica baseada no Direito Internacional dos Direitos Humanos, em especial voltada para a jurisprudência do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.

Em outras palavras, é mister que se consolide no nosso país uma **cultura jurídica baseada no conhecimento da interpretação do Pacto de São José da Costa Rica feita pela Corte Interamericana**, de modo a cumprir as disposições internacionais de proteção aos direitos humanos nele contidas e, assim, evitar que o Estado Brasileiro incorra na prática de algum ato violatório que engaje a sua responsabilidade internacional.

Nesse contexto, cumpre destacar a novidade e a originalidade da presente tese. A uma, por estudar pioneiramente no Brasil o exercício do controle de convencionalidade pelos órgãos do sistema interamericano. A duas, por estabelecer paralelo entre o controle de convencionalidade e o controle de constitucionalidade. A três, por projetar os possíveis impactos do controle de convencionalidade no direito brasileiro. E, enfim, por propor dentro da realidade pátria medidas concretas com o fim de evitar a responsabilização do Estado Brasileiro por violação de direitos humanos.

O estudo do controle de convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos demanda, necessariamente, o enfrentamento de questões ligadas ao Direito Internacional e ao Direito Constitucional, e, como fruto do entrelaçamento desses dois ramos do Direito, de questões ligadas ao Direito Constitucional Internacional, cuja abordagem conduz inafastavelmente à análise do tema à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos.[13]

O tema proposto envolve algumas premissas que devem, de logo, ser postas de forma clara. A **primeira** delas é que, circunscrevendo-se a investigação ao âmbito da

[13] Cf. o Capítulo 1 desta Tese, que aprofunda o exame do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Organização dos Estados Americanos (OEA), o ponto de partida para constituir o referencial teórico será o direito dos tratados e o direito das organizações internacionais, sedimentado nas Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 e 1986.

A **segunda**, corolário da primeira, é que a análise do instituto não pode dissociar-se do exame do tratado constitutivo da referida Organização, qual seja a Carta de Bogotá e posteriores protocolos,[14] bem como dos demais tratados internacionais pertinentes ao sistema interamericano, com especial atenção destinada ao Pacto de São José da Costa Rica.

A **terceira** consiste em que, para ser adequadamente compreendida, a relação entre o direito internacional e o direito interno na seara da proteção dos direitos humanos no sistema interamericano deve ser analisada necessariamente por meio de um processo sistemático de interpretação e aplicação do Direito, numa perspectiva sistêmica, não sendo redundante frisar que o ambiente de estudo é o **sistema interamericano de direitos humanos**.

Nesse ponto, **eis uma advertência**: não se trata aqui da "teoria dos sistemas" como fundamento teórico de nossa tese, mas visitaremos noções ligadas à compreensão do que seja um **sistema** e, via de consequência, um **sistema jurídico**, sobretudo por sustentarmos que, apesar de não ser a OEA uma organização de natureza supranacional, o sistema interamericano de proteção de direitos humanos tem caráter de **supranacionalidade**, conforme abordaremos em capítulo próprio.

Como **quarta** premissa emerge a posição de centralidade do ser humano na presente investigação, consequência da cristalização dos princípios da dignidade da

[14] A Carta de Bogotá foi celebrada na IX Conferência Internacional Americana (Bogotá, 1948), e posteriormente reformada pelo Protocolo de Buenos Aires em 1967, pelo Protocolo de Cartagena das Índias em 1985, pelo Protocolo de Washington em 1992, e pelo Protocolo de Manágua em 1993.

pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos no domínio do *jus cogens* internacional.[15]

A **quinta** é que a violação de uma obrigação internacional assumida pelo Estado pode gerar a sua responsabilidade internacional, aferida por organismos internacionais cuja competência o Estado reconheça, inclusive tribunais internacionais a cuja jurisdição tenha ele manifestado adesão.

Enfim, a **sexta** premissa confunde-se com a conclusão do estudo vertente: o controle de convencionalidade no sistema interamericano constitui mecanismo de responsabilização internacional do Estado por violação de direitos humanos, e, via de consequência, instrumento de reparação para a *restitutio in integrum*.[16]

Um dos fatores de especial preocupação que emerge no contexto do presente estudo é que, no Brasil, a soberania nacional tem sido argumento recorrente para a negativa de aplicação dos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, espelhando anacrônico e equivocado entendimento.

É inconcebível que, nos tempos hodiernos, possa o Estado escudar-se na soberania em detrimento da proteção da pessoa humana, apegando-se ao desgastado conceito de soberania estatal para querer sustentar a primazia do direito interno sobre normas convencionais de direitos humanos por ele válida e legitimamente aceitas no plano internacional.[17]

---

[15] O conceito de *jus cogens* é estabelecido na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969): Artigo 53. Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*). É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. **Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza** (grifo nosso).

[16] Por *restitutio in integrum* entende-se a reparação do dano sofrido com a restituição na íntegra do objeto do direito violado. Cf. o Capítulo 4 desta Tese, que trata das formas de reparação no sistema interamericano de direitos humanos.

[17] Para comparação com a visão dos juízes portugueses sobre o tema, cf. VITORINO, António. *Protecção constitucional e protecção internacional dos direitos do homem: concorrência ou complementaridade?*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1993.

Como afirmou com veemência o ex-Secretário Geral da Organização das Nações Unidas, Kofi Annan, "não há volta na revolução dos direitos humanos".[18] Sobretudo a partir da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, a soberania do Estado passou a ser tema secundário, tanto que o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas já chegou a autorizar formalmente a quebra da soberania estatal para intervenção humanitária.

Explica Simone Martins Rodrigues que o postulado da soberania tem por corolário o direito à garantia da não intervenção. Se, porém, um Estado viola os direitos fundamentais de sua população em grande escala (*v.g.*, genocídio), negligencia sua obrigação de proteger seus cidadãos e dá ensanchas à quebra de sua soberania em virtude de uma decisão coletiva.[19]

Nesse contexto de intervenção humanitária, em seu discurso de abertura da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, junho de 1993), o ex-Secretário Geral da Organização das Nações Unidas Boutros Boutros-Ghali assim se manifesta:

> Je suis tenté de dire que, par leur nature, les droits de l'homme abolissent la distinction traditionnelle entre l'ordre interne et l'ordre international. Ils sont créateurs d'une perméabilité juridique nouvelle. Il s'agit donc de ne les considérer, ni sous l'angle de la souveraineté absolue, ni sous celui de l'ingérence politique. Mais, au contraire, il faut comprendre que les droits de l'homme impliquent la collaboration et la coordination des Etats et des organisations internationales. [20]

Assim continua Boutros-Ghali:

---

[18] CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Comissão Nacional de Direitos Humanos. *Direitos humanos: conquistas e desafios*. Coordenação de Reginaldo Oscar de Castro. Brasília: Letraviva, 1999, p. 10.

[19] Como exemplos de intervenção humanitária, podem ser citados os casos do Iraque (1991), Somália (1992), Bósnia-Herzegovina (1992), Ruanda (1994) e Haiti (1994). Cf. MARTINS, Simone. *Segurança internacional e direitos humanos. A prática da intervenção humanitária no pós-Guerra Fria*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, Capítulo 3, pp. 115-163.

[20] "Eu sou tentado a dizer que, por sua natureza, os direitos humanos devem abolir a distinção tradicional entre a ordem interna e a ordem internacional. Eles são criadores de uma nova permeabilidade jurídica. Trata-se, pois, de não considerá-los nem sob o ângulo da soberania absoluta nem sob o da ingerência política. Ao contrário, porém, deve-se compreender que os direitos humanos implicam a colaboração e a coordenação dos Estados e das organizações internacionais" (tradução livre). *Discours du Secrétaire Général de l'Organisation des Nations Unies à l'ouverture de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme*, Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, disponível em <http://www.unhchr.ch/french/html/menu5/d/statemnt/secgen_fr.htm>, acesso em 03 de julho de 2008.

> Dans ce contexte, l'Etat devrait être le meilleur garant des droits de l'homme. C'est à l'Etat que la communauté internationale devrait, à titre principal, déléguer le soin d'assurer la protection des individus.
>
> Mais la question de l'action internationale doit se poser lorsque les Etats s'avèrent indignes de cette mission, lorsqu'ils contreviennent aux principes fondamentaux de la Charte et lorsque, loin d'être les protecteurs de la personne humaine, ils en deviennent les bourreaux.
>
> Ce problème est évidemment, pour nous, une interpellation permanente, d'autant plus que la circulation des informations et l'action de l'opinion publique internationale rendent ces questions plus pressantes encore. [21]

E, enfim, arremata o ex-Secretário Geral da ONU:

> Dans de telles circonstances, c'est à la communauté internationale de prendre le relais des Etats défaillants, c'est-à-dire aux organisations internationales, universelles ou régionales. Il y a là une construction juridique et institutionnelle qui n'a rien de choquant et qui ne me semble pas attentatoire à la conception moderne que nous avons de la souveraineté.
>
> Car je pose – je nous pose – la question : est-il en droit d'espérer le respect absolu de la communauté internationale, l'Etat qui ternit la belle idée de souveraineté en en faisant ouvertement un usage que la conscience universelle et que le droit réprouvent !
>
> Lorsque la souveraineté devient l'ultime argument invoqué par des régimes autoritaires pour porter atteinte aux droits et libertés des hommes, des femmes, des enfants, à l'abri des regards, alors - je le dis gravement - cette souveraineté-là est déjà condamnée par l'Histoire. [22]

Isto porque a consagração da universalidade dos direitos humanos e a ampliação do conceito de cidadania, num contexto de globalização que tem fragilizado o dogma da soberania estatal, aliadas às mudanças ocorridas no mundo a partir da segunda metade

[21] "Nesse contexto, o Estado deveria ser o melhor garante dos direitos humanos. É ao Estado que a comunidade internacional deveria principalmente confiar a proteção dos indivíduos. No entanto, deve-se levantar a questão da ação internacional quando os Estados se revelam indignos dessa missão, quando violam os princípios fundamentais da Carta [das Nações Unidas], e quando, ao invés de serem os protetores da pessoa humana, se tornam seus atormentadores. Para nós, esse problema é um constante desafio, particularmente porque a circulação de informações e o efeito da opinião pública internacional intensificam ainda mais a pressão em torno dessas questões" (tradução livre). *Discours du Secrétaire Général de l'Organisation des Nations Unies à l'ouverture de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme*, Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, disponível em <http://www.unhchr.ch/french/html/menu5/d/statemnt/secgen_fr.htm>, acesso em 03 de julho de 2008.

[22] "Em tais circunstâncias, a comunidade internacional – quer isto dizer, as organizações internacionais, quer no plano universal quer no regional – deve substituir-se aos Estados que falharem no cumprimento de suas obrigações. Trata-se de uma construção jurídica e institucional que nada tem de chocante e, a meu ver, não agride nossa concepção contemporânea de soberania. Pergunto-me – pergunto a nós – se um Estado tem o direito de esperar o respeito absoluto da comunidade internacional quando macula a bela ideia de soberania, dela fazendo abertamente um uso que a consciência universal e o Direito reprovam! Quando a soberania se torna o argumento último invocado pelos regimes autoritários para legitimar violações dos direitos e liberdades de homens, mulheres e crianças, essa soberania – eu o digo gravemente – já está condenada pela História" (tradução livre). *Discours du Secrétaire Général de l'Organisation des Nations Unies à l'ouverture de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme*, Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, disponível em <http://www.unhchr.ch/french/html/menu5/d/statemnt/secgen_fr.htm>, acesso em 03 de julho de 2008.

do século XX, fizeram emergir uma "*sociedade global* como novo marco de referência político, econômico e cultural, ensejando a pluralidade e concorrência de ordenamentos jurídicos".[23]

Nesse contexto, em acurada análise do fenômeno da globalização e seu impacto na soberania dos Estados no mundo contemporâneo, André Régis chama a atenção para a tendência de intervenções humanitárias na defesa dos direitos humanos, nessas palavras:

> Por outro lado, conforme vimos, as recentes modificações conceituais, no Direito Internacional Público Costumeiro, constituem mais uma prova de que o princípio da soberania não é, nem nunca foi, absoluto. Assim, para os defensores dos Direitos Humanos, o Estado não tem o direito de permanecer protegido pelo preceito da soberania, se ele estiver violando Direitos Humanos, e se ao invés de proteger sua população, estiver massacrando seu próprio povo. Nesses casos, ele perde a condição de Estado soberano, ficando sujeito à intervenção externa, promovida por organizações internacionais, ou, até mesmo, por organizações regionais e, em último caso, por intervenções unilaterais, promovidas por países membros da Comunidade Internacional.[24]

Outro não é o pensamento de Jack Donnelly ao posicionar-se sobre o tema, lembrando que nos últimos dois ou três séculos as relações internacionais têm sido estruturadas em torno da ficção legal de que os Estados detêm jurisdição exclusiva sobre o seu território, seus ocupantes e seus recursos. Nesse sentido, ser soberano é não estar sujeito a nenhum poder hierarquicamente maior.[25]

J. J. Gomes Canotilho, um dos mais consagrados e respeitados constitucionalistas contemporâneos, já há algum tempo vem advertindo sobre os desafios que a chamada

---

[23] Cf. GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e Democracia: Teoria e Práxis*. São Paulo: Editora de Direito, 1998, cap. 1 (itálico no original).

[24] REGIS, André. *Intervenções humanitárias, soberania e a emergência da responsabilidade de proteger no Direito Internacional Humanitário*. *In*: *Prima Facie*, João Pessoa, ano 5, nº 9, jul.-dez. 2006, p. 12, disponível em <http://www.ccj.ufpb.br/primafacie/>, acesso em 04 jun. 2008.

[25] No original: "To be sovereign is to be subject to no higher power. For the past two or three centuries, international relations have been structured around the legal fiction that states have exclusive (sovereign) jurisdiction over their territory and its occupants and resources. Most of the fundamental norms, rules, and practices of international relations rest on the premise of state sovereignty. Even many characteristic violations of sovereignty are themselves rooted in state sovereignty, that is, in the absence of political power or legal authority above states". DONNELLY, Jack. *State sovereignty and international intervention: the case of human rights*, *In*: LYONS, Gene M., MASTANDUNO, Michael (Eds.). *Beyond Westphalia? State Sovereignty and International Intervention*. Baltimore, Maryland: The Johns Hopkins University Press, 1995, pp. 116-118.

"pós-modernidade"[26] pôs diante de velhos dogmas do Direito Constitucional. Suas palavras são dignas de transcrição:

> Os fenómenos de "transnacionalização" e de regresso aos "nacionalismos", a "invenção" de novos espaços públicos (ex.: espaços comunitários), o alargamento dos actores não governamentais, coloca novos desafios ao direito constitucional e à "teoria das normas" que lhe está subjacente. Esse desafio da pós-modernidade poderia sintetizar-se através da seguinte caracterização de constituições:
>
> As constituições, embora continuem a ser pontos de legitimação, legitimidade e consenso autocentradas numa comunidade estadualmente organizada, devem abrir-se progressivamente uma rede cooperativa de metanormas ("estratégias internacionais", "pressões concertadas") e de normas oriundas de outros "centros" transnacionais e infranacionais (regionais e locais) ou de ordens institucionais intermédias ("associações internacionais", "programas internacionais"). (grifo no original) [27]

Prossegue o professor de Coimbra, em alusão ao processo de globalização que se instaurou no planeta, consignando a necessidade de alargar o espectro de visão dos operadores do direito e considerar os novos espaços institucionais de produção jurídica, em nível internacional, para além dos limites territoriais do Estado.

Eis como ele se pronuncia:

> A globalização internacional dos problemas ("direitos humanos", "protecção de recursos", "ambiente") aí está a demonstrar que, se a "constituição jurídica do centro estadual", territorialmente delimitado, continua a ser uma *carta de identidade política e cultural* e uma *mediação* normativa necessária de estruturas básicas de justiça de um Estado-Nação, cada vez mais ela se deve articular com outros direitos, mais ou menos vinculantes e preceptivos (*hard law*), ou mais ou menos flexíveis (*soft law*), progressivamente forjados por novas "unidades políticas" ("cidade-mundo", "europa-comunitária", "casa-europeia", "unidade africana").[28] (destaques no original)

As precisas ponderações de Canotilho evidenciam a necessidade de os operadores do direito abrirem suas mentes e alargarem seus horizontes, a fim de que vejam efetivamente o que está posto diante de seus olhos – novas problemáticas e novos

---

[26] João Maurício Adeodato tece ponderadas considerações acerca da expressão "pós-modernidade", em percuciente análise crítica do seu emprego e significado. Cf. ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 2007; e, do mesmo autor, *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 2005. Cf. também sobre o tema BITTAR, Eduardo C. B., *Ética, educação, cidadania e direitos humanos*. Barueri: Manole, 200, pp. 27-55.

[27] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, pp. 17-18.

[28] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 18.

desafios que a globalização, no seu sentido mais amplo, tem colocado para o mundo do Direito.

Nessa linha de pensamento, ao transcender o universo deste ou daquele país e penetrar na seara do internacional, o jurista facilmente perceberá os inevitáveis entrelaçamentos que daí surgirão, chegando a deparar com jurisdições internacionais a interagir necessariamente com as nacionais.

Como exemplo desses desafios do mundo contemporâneo, na seara do Direito Internacional, pode-se citar a decisão do Tribunal Penal Internacional que ordenou a prisão do Presidente Ohmar do Sudão, Omar al-Bashir, por genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, na região sudanesa de Darfur. A decisão é marcada pelo ineditismo de uma ordem de prisão dirigida a um Chefe de Estado ainda no poder.

E não poderia mesmo ser diferente. Os sistemas jurídicos nacionais não têm sua existência restrita à esfera deste ou daquele país, mas se comunicam com os sistemas jurídicos de outros Estados, por exemplo, pela regulação de relações sociais envolvendo estrangeiros, pela aplicação do direito estrangeiro no território nacional, ou mesmo pela incidência de tratados internacionais envolvendo nacionais do Estado.

A abertura é ínsita aos sistemas jurídicos, qualidade que se acentua na seara da proteção dos direitos humanos devido à interação entre a ordem interna e a ordem internacional. Tal realidade foi espelhada por Boutros-Ghali em 1993, no discurso de abertura da Conferência Mundial de Direitos Humanos em Viena, quando realçou a importância dos meios jurisdicionais internacionais de controle para punir violações de direitos humanos, em alusão à Corte Europeia de Direitos Humanos, no contexto do Conselho da Europa, e à Corte Interamericana de Direitos Humanos, no da OEA.[29]

[29] "However, guaranteeing human rights also means setting up jurisdictional controls to punish any violations that occur. In this area, regional organizations have shown the way - particularly in the context of the Council of Europe, in the form of the European Court of Human Rights, and in the Americas, in the

A responsabilidade internacional constitui tema bastante vasto, abrangendo desde a teoria geral da responsabilidade do Estado, seus antecedentes históricos, evolução, atual estágio, as normas internacionais que regem a matéria, até as sanções aplicáveis como reparação devida pela violação de direitos humanos.

Com efeito, este estudo não pretende abordar o instituto de forma tão ampla à guisa de uma teoria geral, mas se concentra na atuação da Comissão e da Corte Interamericanas de Direitos Humanos enquanto órgãos exercentes do controle de convencionalidade no âmbito do sistema interamericano de proteção.

---

form of the Inter-American Court". *Address by the Secretary-General of the United Nations at the opening of the World Conference on Human Rights*, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, disponível em <http://www.unhchr.ch/html/menu5/d/statemnt/ secgen.htm>, acesso em 03 de julho de 2008.

B. Perspectiva sistêmica do estudo

Uma das premissas sobre a qual se assenta a presente investigação, como já realçado, é que, para ser adequadamente compreendida, a relação entre o direito internacional e o direito interno deve ser analisada numa perspectiva sistêmica, como suporte da conclusão de que o sistema interamericano de direitos humanos constitui um **sistema jurídico próprio**, com normas e instituições próprias.[30]

Sustentamos que, apesar de não ser a OEA uma organização de natureza supranacional, o sistema interamericano de proteção de direitos humanos tem caráter de **supranacionalidade**. Conforme já advertimos, não se pretende utilizar a **"teoria dos sistemas"** como fundamento teórico de nossa tese, mas para a correta compreensão do que seja um **sistema** e, via de consequência, um **sistema jurídico**, será imprescindível analisar alguns apectos ligados ao tema, num processo de interpretação sistemático.

Cumpre ter em mente que o ambiente em que o mecanismo de controle de convencionalidade será estudado cinge-se ao âmbito do sistema interamericano de direitos humanos, razão pela qual não se poderia conceber a análise do tema afastada de uma visão sistemática dos aspectos que o circundam, fora de uma perspectiva sistêmica da constituição, estruturação, funcionamento e eficácia desse sistema de natureza supranacional.

Assim, todas as peças que compõem a engrenagem do sistema interamericano têm que merecer a devida atenção, sob pena de, ao se negligenciar qualquer delas,

---

[30] Pertinente é a admoestação de Sílvio de Macedo no sentido de atentar, por razões metodológicas, para o conceito de sistema: "...o conceito de sistema é fecundo e de uma ampla operacionalidade, penetrando também a ciência jurídica. A pedagogia jurídica, e não somente a ciência jurídica como ciência teórica, deve proceder a uma nova apresentação da dogmática com vistas principalmente à semiótica e à teoria dos sistemas". Enciclopédia Saraiva do Direito, verbete *sistema* (autoria de Sílvio de Macedo). São Paulo: Saraiva, 1977, p. 194.

comprometer-se a efetividade do resultado final da avaliação do mecanismo de controle de convencionalidade ora sob exame.

Não se pretende aqui, naturalmente, elaborar uma "teoria dos sistemas", mas é preciso realçar algumas noções ligadas à compreensão do que seja um **sistema** e, via de consequência, um **sistema jurídico**, sobretudo por sustentarmos que o sistema interamericano de direitos humanos constitui um **sistema particular**, com elementos próprios inter-relacionados que atuam na proteção internacional da pessoa humana, dentro do qual interagem os sistemas jurídicos internos dos Estados participantes desse **sistema supranacional**.[31]

Daí a indispensável perspectiva sistêmica do estudo, visualizando o sistema interamericano de direitos humanos como um "conjunto de regras que, pela sua concatenação lógica, forma um todo harmônico",[32] e por isso deve ser examinada a atuação de todos os elementos integrantes do sistema de modo a avaliar o comportamento de cada parte desse todo.

O termo **sistema** é originário do grego *systema*, traduzindo o significado de conjunto, ordem, organização, totalidade, algo unificado, um plexo de elementos unidos por um princípio, por uma finalidade, por uma ordenação fundamental. De forma simplificada, pode ser entendido como um conjunto de elementos quaisquer inter-relacionados e tendentes a um fim.

O termo sistema não está presente na filosofia clássica, tendo-o empregado Sexto Empírico no sentido de "conjunto das premissas e da conclusão", numa estrutura dedutiva, silogística, cuidando-se, portanto, de um **sistema lógico**, como anota Sílvio de

[31] Impõe-se de logo deixar claro que a Organização dos Estados Americanos não é uma organização internacional de natureza supranacional, como o é a União Europeia; porém, a Organização instituiu, pela vontade de seus Estados membros, um sistema interamericano de direitos humanos que tem, este sim, caráter de supranacionalidade, pois a proteção dos direitos humanos transcende os interesses estatais, calcados na soberania, para fundar-se na dignidade da pessoa humana, que pertence ao domínio do *jus cogens* internacional. Esta observação será aprofundada adiante, quando tratarmos da criação da Organização dos Estados Americanos.

[32] DINIZ, Maria Helena, Dicionário Jurídico, verbete *sistema*. São Paulo: Saraiva, 1998, vol. 4, p. 358.

Macedo, segundo o qual Leibniz desenvolveu esse modelo extensivo à demonstração matemática, como "conjunto de conhecimentos justificado, demonstrado".[33]

Nelson Saldanha vê na filosofia de Hegel o "grande momento de eclosão da ideia de sistema", com a qual "o pensar se desdobrou como um enorme esforço de 'sistematizar' e de ordenar todas as partes do 'sistema' como um vasto conjunto sustentado e alimentado por umas poucas linhas essenciais.[34]

Mais tarde, a evolução filosófica passa a admitir o **sistema empírico**, formado de conteúdos e experiência, ampliando o seu conceito puramente formal como uma complementação no sistema total, completo.[35]

Ao lado do sistema lógico e do sistema empírico, espraiam-se outras acepções como o **sistema físico**, o **sistema biológico**, o **sistema social**, destacando-se com crucial relevância para a presente investigação os **sistemas sócio-culturais**, dentre os quais estão a linguagem, a ciência, a religião, a arte, a ética e, enfim, o direito.

Os sistemas sócio-culturais podem variar em dimensão, dando lugar a maiores ou menores sistemas que se integram em sistemas ainda maiores, que são os chamados **supersistemas**, de natureza ideológica, a exemplo do supersistema sócio-cultural cristão, em que se situam o sistema teológico cristão e o sistema jurídico ocidental, e o supersistema de comunicação, que, conforme anota Sílvio de Macedo, "é objeto de várias perspectivas científicas, desde a genética, cibernética, psicologia, física, linguística, teoria da informação".[36]

Ao enunciar o conceito de direito, por mais elementar que seja, os doutrinadores correntemente o apresentam como um sistema de normas que imperativamente imputam

[33] Enciclopédia Saraiva do Direito, verbete *sistema* (autoria de Sílvio de Macedo). São Paulo: Saraiva, 1977, p. 191.
[34] *Enciclopédia Saraiva do Direito*, verbete *sistema jurídico* (autoria de Nelson Saldanha). São Paulo: Saraiva, 1977, p. 238.
[35] *Enciclopédia Saraiva do Direito*, verbete *sistema* (autoria de Sílvio de Macedo). São Paulo: Saraiva, 1977, pp. 191-192.
[36] *Enciclopédia Saraiva do Direito*, verbete *sistema* (autoria de Sílvio de Macedo). São Paulo: Saraiva, 1977, p. 194.

um "dever-ser", a cuja desobediência corresponde uma sanção aplicável coercitivamente. Mesmo genérica em demasia, a conceituação põe em relevo duas ideias centrais: a ideia de **sistema** e a ideia de **norma**, que obviamente estão presentes nesta investigação sobre o controle de convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos.

O direito como norma tem sido amplamente estudado, e inúmeros trabalhos já foram produzidos nessa abordagem do direito como norma jurídica, norma de conduta, ou, enfim, a norma como elemento central do direito. Já o direito como sistema não tem sido adequadamente percebido em seus meandros internacionais.

O fenômeno jurídico, para ser adequadamente compreendido, não pode prescindir de uma análise sistêmica das normas jurídicas que o compõem. A norma não é um fim em si mesmo, mas um instrumento de realização dos valores nela embutidos. Derivam essas normas de fins a serem alcançados, eleitos pela comunidade a que se destinam em função de fatos cuja ocorrência se mostrou relevante no meio social, reputados como desejáveis ou não.[37]

A normatização da vida social é inevitável, e é corolário do comezinho axioma *ubi societas, ibi jus*. Porém, para a correta interpretação e aplicação dessas normas, a sua sistematização revela-se indispensável sob pena de desvirtuamentos de sentido gerados de desvirtuamentos de contextos.

Nos últimos anos, têm crescido em número os autores que dedicaram algumas páginas de seus livros à concepção sistemática ou sistêmica do direito, à visualização do direito como sistema para além de um conjunto de normas, de modo a considerar

[37] Em harmonia com a teoria tridimensional do direito, do eminente jurista Miguel Reale, que, numa visão geral, enuncia o fenômeno jurídico como a instituição de normas consagradoras de juízos de valor dirigidos a fatos sociais, entrelaçando os elementos fato, valor e norma. Em outras palavras, fatos são valorados e, de acordo com esses juízos de valor, dão lugar às normas jurídicas reguladoras da conduta social. Cf. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

também a cultura e as instituições como elementos determinantes do funcionamento desse sistema.

Mas em tais abordagens essa face de sistema do direito tem sido frequentemente associada à ideia de ordenamento jurídico de dado país, de forma estanque, a exemplo do ordenamento brasileiro, do ordenamento alemão, do ordenamento italiano etc., **percebendo-se a ausência do pensamento sistêmico dirigido às relações entre os ordenamentos internos dos vários países e a ordem jurídica internacional**.

O pensamento sistemático pode – e deve – ser utilizado como fórmula para assegurar a correção e certeza na compreensão do sentido da normas, situadas que estão em contextos diversos e que regulam matérias diversas, mas que, todas elas, estão inter-relacionadas por um fio condutor que as entrelaça numa teia chamada **sistema** – e que transcendem os contextos nacionais para atingir a chamada comunidade internacional.

Outros exemplos sobre as definições de sistema podem ser encontrados na concepção de um "regime em que as coisas estão subordinadas" (De Plácido e Silva), de um "conjunto de elementos, materiais ou ideais, ligados por um fim ou por um princípio, no qual se pode encontrar ou definir uma relação" (Othon Sidou), de uma "reunião de proposições ou de princípios coordenados de modo a formar um todo científico ou doutrinário" (Paulo Matos Peixoto).[38]

O vislumbre sistêmico do estudo proposto também se poderia apoiar no conceito enunciado por Tércio Sampaio Ferraz, para quem sistema

> é não só o nexo, reunião de coisas ou conjunto de elementos, mas também o método, ou seja, um instrumento de análise. É um aparelho teórico mediante o qual se pode estudar a realidade. É o modo de ver, de ordenar, logicamente, a realidade que por sua vez não é sistemática. Todo sistema, portanto, é uma reunião de objetos e seus atributos, que constituem seu repertório, relacionados entre si, conforme regras (estrutura) que variam de concepção a concepção e que lhe dão coesão. [39]

[38] DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*, verbete *sistema*. São Paulo: Saraiva, 1998, vol. 4, p. 358.
[39] DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*, verbete *sistema*. São Paulo: Saraiva, 1998, vol. 4, p. 358.

Digna de nota é também a observação de José Fábio Rodrigues Maciel, quando chama a atenção para as noções de abertura e permeabilidade do sistema jurídico, isto é, a "incompletude, a capacidade de evolução e a modificabilidade do sistema" [40]

Ainda se entrevê o conceito de uma perspectiva sistêmica no comentário de Nelson Saldanha, ao discorrer sobre os caracteres do **sistema jurídico**, *verbis*:

> O conceito de sistema é passível, como foi visto, de duas acepções fundamentais: uma correspondente ao aspecto interno e por assim dizer estrutural, outra atinente às implicações culturais e 'externas' de cada ordenamento ou tipo de ordenamento. No primeiro caso, o sistema (ou antes a sistematicidade) é um traço próprio do direito objetivo, enquanto ordem normativa: é necessário que as normas e as instituições componham um todo logicamente coerente, e essa necessidade é paralela à necessidade de poder que se encontra no sistema político correspondente. No segundo caso, cada sistema é constituído por determinados elementos dotados de caracteres tanto jurídicos como extrajurídicos: fundamentos ideológicos ou doutrinários, correlatos econômicos e políticos, modo de criação do direito (fontes) etc.[41]

Norberto Bobbio, por sua vez, entende por sistema "uma *totalidade ordenada*, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem",[42] e, conforme a terceira acepção do termo por ele encampada, pode-se dizer que "um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele *normas incompatíveis*".[43]

Assim explica o professor italiano:

> Aqui, "sistema" equivale à validade do princípio que exclui a *incompatibilidade* das normas. Se num ordenamento vêm a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas. Se isso é verdade, quer dizer que as normas de um ordenamento têm um certo relacionamento entre si, e esse relacionamento é o relacionamento de compatibilidade, que implica a exclusão da incompatibilidade.[44]

Pode-se perceber que, no contexto do presente trabalho, a dimensão sistêmica do estudo desenvolvido é *conditio sine qua non* para a correta compreensão da relação

---

[40] O sistema jurídico brasileiro, assim, pode ser caracterizado como um sistema aberto. MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Teoria geral do direito: segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 128.

[41] Enciclopédia Saraiva do Direito, verbete *sistema jurídico* (autoria de Nelson Saldanha). São Paulo: Saraiva, 1977, p. 240.

[42] BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10ª ed., 1999, p. 71 (destaques no original).

[43] BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10ª ed., 1999, p. 80 (destaques no original).

[44] BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10ª ed., 1999, p. 80.

entre direito interno e direito internacional – este, especificamente, o direito internacional dos direitos humanos, conforme se verá adiante, com suas especificidades que o distinguem do direito internacional geral ou comum.[45]

Sem desprezo ou menoscabo a qualquer autor que se haja dedicado ao estudo das ciências jurídicas numa perspectiva sistêmica, vemos particularmente em quatro pensadores a essência do pensamento sistemático exposta de forma significativamente inspiradora e esclarecedora, cujas lições dão luz à presente tese: a) Immanuel Kant, b) Hans Kelsen, c) Karl Larenz e d) Claus-Wilhelm Canaris.

Immanuel Kant aborda "a arte dos sistemas" em sua *Crítica da Razão Pura*;[46] Hans Kelsen apresenta sua ideia de sistema ao expor sua *Teoria Pura do Direito*;[47] Karl Larenz alude ao conhecimento sistêmico na sua *Metodologia da Ciência do Direito*;[48] e Claus-Wilhelm Canaris se apoia na noção de sistema para desenvolver seu *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*.[49]

Em sua *Crítica da Razão Pura*, Kant dedica um capítulo à arquitetônica da razão pura, pela qual compreende "a arte dos sistemas". No pensamento kantiano, "a unidade sistemática é o que converte o conhecimento vulgar em ciência, quer dizer, transforma um simples agregado desses conhecimentos em sistema".[50]

Prosseguindo em sua lição, afirma que no domínio da razão os conhecimentos não podem ser manejados de forma desconexa, não devem fomar uma "rapsódia", mas um

[45] Cf. o item 1.3 desta Tese, que analisa o Direito Internacional dos Direitos Humanos.
[46] KANT, Emmanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Martin Claret, 2002.
[47] KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.
[48] LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
[49] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Introdução e tradução de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
[50] KANT, Emmanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 584.

"sistema" somente por meio do qual se podem apoiar e fomentar os fins essenciais da razão. [51]

Sistema, então, é para Kant a unidade de conhecimentos diversos sob uma ideia, formando uma totalidade, uma unidade sistemática na qual nenhuma das partes que formam o todo pode faltar no conhecimento das restantes, pois **essa totalidade é um sistema organizado, articulado, e não um conjunto desordenado**.

Desta feita, o conhecimento científico só pode surgir arquitetonicamente, com a interação sistemática de todas as suas partes, defende Kant:

> Aquilo que designamos por ciência não pode surgir tecnicamente, devido à analogia dos elementos diversos ou ao emprego acidental do conhecimento *in concreto* a toda espécie de fins exteriores e arbitrários, mas, sim, arquitetonicamente, devido à afinidade das partes e à sua derivação de um único fim supremo e interno, que é aquilo que primeiro torna possível a totalidade. Seu esquema deve conter, em conformidade com a idéia, ou seja, *a priori*, o esboço – monograma – da totalidade e a divisão deste nos seus membros e distingui-los de todos os outros com segurança e de acordo com princípios. [52]

Assim, Kant vê o sistema como algo em que o todo não corresponde à soma das partes, mas as precede, de modo a não permitir composição e decomposição sem perda da unidade central, da "unidade sistemática". [53]

Aplicando-se tais conceitos no contexto do sistema interamericano, em estudo, verifica-se que o mesmo foi instituído no âmbito de uma organização internacional com personalidade jurídica própria, derivada dos Estados soberanos que a compõem, que voluntariamente se associaram e mutuamente manifestaram suas vontades de

---

[51] KANT, Emmanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 584.
[52] KANT, Emmanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 585.
[53] O mestre lusitano José de Oliveira Ascensão esboça sua compreensão de sistema partindo da mesma ideia kantiana de "unidade sistemática", e comunga dos posteriores estudos desenvolvidos por Canaris ao enunciar que essa compreensão se funda na adequação valorativa e unidade interior, *verbis*: "A unidade seria teleológica, por derivação da Justiça; consistiria num sistema de princípios gerais do direito; seria aberto, porque incompleto e modificável; não excluiria a existência de contradições; e poderia ser móvel, ou ter elementos móveis, pela possibilidade de intervenção de elementos plúrimos em concatenação variável". Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 3ª ed., 2005, pp. 219-220.

redimensionar coletivamente suas soberanias para a proteção dos direitos humanos, com objetivos comuns que constituem os fins e a razão de ser da Organização nessa seara.[54]

Todos esses elementos revelam nitidamente o caráter supranacional desse sistema, criado para funcionar como uma teia de proteção dos direitos humanos nas Américas, tendo alcance territorial regional correspondente aos Estados membros da Organização dos Estados Americanos, os quais concertaram entre si a instituição de mecanismos de controle dos padrões da proteção dispensada ao ser humano em seus territórios.

Por sua vez, em sua *Teoria Geral do Direito e do Estado*, Hans Kelsen desenvolve sua ideia de sistema a partir do estudo da ordem jurídica, tendo como partida a "unidade de uma ordem normativa". Ao conceber a ordem jurídica como um sistema de normas, examina a questão da validade da norma para perquirir o que confere caráter sistemático a uma profusão de normas, o que faz uma norma pertencer a certo sistema de normas, a uma ordem.[55]

Pondera ele que a verdade de um enunciado sobre a realidade bem poderia repousar na simples correspondência desse enunciado com a realidade, na sua confirmação pela experiência pessoal. Adverte, porém, que tal critério é imprestável quando se trata da **norma jurídica**, cuja validade encontra seu fundamento não na mera conformidade à realidade, mas em outra norma da qual a primeira é derivável, por ele denominada de "norma fundamental".[56]

---

[54] SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. *Manual das organizações internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, pp. 23-26.

[55] Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, capítulo X, pp. 161 a 180.

[56] "Chamamos de norma fundamental a norma cuja validade não pode ser derivada de uma norma superior. Todas as normas cuja validade podem ter sua origem remontada a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem. Esta norma básica, em sua condição de origem comum, constitui o vínculo entre todas as diferentes normas em que consiste uma ordem. Pode-se testar se uma norma pertence a certo sistema de normas, a certa ordem normativa, apenas verificando se ela deriva sua validade da norma fundamental que constitui a ordem". KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 163.

Uma premissa básica kelseniana acerca da ordem jurídica é que ela não constitui um sistema estático, em que o conteúdo das normas é que determina a sua validade, mas um sistema do tipo dinâmico, em que as normas são válidas porque foram criadas pela vontade de indivíduos autorizados a criá-las, por delegação da norma fundamental superior a todas as demais, conferindo positividade ao Direito.[57]

Kelsen consagra a Constituição como a norma fundamental de uma ordem jurídica nacional, e identifica o caráter obrigatório de sua força normativa ao remontar direta ou indiretamente à primeira Constituição, "sob as condições e da maneira determinadas pelos 'pais' da constituição ou pelos órgãos por ele delegados".

Observa, porém, que essa norma fundamental corresponde ao ordenamento de um Estado isolado, pois a pressuposição de um direito internacional implica que as normas fundamentais das diversas ordens jurídicas nacionais são, elas próprias, baseadas em uma norma geral da ordem jurídica internacional. Desta forma, a verdadeira e única norma fundamental, "uma norma que não é criada por um procedimento jurídico, mas pressuposta pelo pensamento jurídico, é a norma fundamental do Direito internacional".[58]

A diferença entre Direito nacional e Direito internacional é apenas relativa, explica Kelsen, apontando como distinção o grau de centralização ou descentralização

[57] "O Direito é sempre Direito positivo, e sua positividade repousa no fato de ter sido criado e anulado por atos de seres humanos, sendo, desse modo, independente da moralidade e de sistemas similares de normas. Esse fato constitui a diferença entre Direito positivo e Direito natural, o qual, como a moralidade, é deduzido a partir de uma norma fundamental presumivelmente auto-evidente, considerada como sendo a expressão da 'vontade de natureza' ou da 'razão pura'. A norma fundamental de uma ordem jurídica positiva nada mais é que a regra básica de acordo com a qual as várias normas da ordem devem ser criadas". KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 165-167.

[58] "Se concebemos o Direito internacional como uma ordem jurídica à qual estão subordinados todos os Estados (e isso quer dizer todas as ordens jurídicas nacionais), então a norma fundamental de uma ordem jurídica nacional não é uma mera pressuposição do pensamento jurídico, mas uma norma jurídica positiva, uma norma do Direito internacional aplicada à ordem jurídica de um Estado concreto. Admitindo a primazia do Direito internacional sobre o Direito nacional, o problema da norma fundamental desloca-se da ordem jurídica nacional para a ordem jurídica internacional. Então, a única norma fundamental verdadeira, uma norma que não é criada por um procedimento jurídico, mas pressuposta pelo pensamento jurídico, é a norma fundamental do Direito internacional." KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 169, 177-178.

da ordem jurídica. O Estado (direito nacional) constitui ordem jurídica mais centralizada na aplicação do direito, a exemplo da instituição de órgãos executivos, legislativos e judiciais para administrar a vida estatal, estabelecer as leis e compor os litígios. Já a sociedade internacional apresenta-se de forma descentralizada.

O ponto nodal da sua exposição – e que vem ao encontro da perspectiva sistêmica adotada na presente tese – consiste na noção de **sistema jurídico internacional**, considerando a interação entre a ordem jurídica internacional e os diversas ordenamentos nacionais.

Assim ensina Kelsen:

> Para se compreender isso, é preciso considerar todo o Direito positivo, a ordem jurídica internacional, assim como todas as ordens jurídicas nacionais, como um **sistema jurídico internacional**. Dentro desse sistema, as normas do chamado Direito internacional geral são as normas centrais, válidas para um território que compreende os territórios de todos os Estados efetivamente existentes, e o território em que os Estados podem potencialmente existir. As ordens jurídicas dos Estados são normas locais desse sistema. Enquanto o território do Estado, a esfera territorial de validade de uma ordem jurídica nacional, é limitada por dispositivos do Direito internacional, a esfera territorial de validade da ordem jurídica internacional não é juridicamente limitada. **O Direito internacional é válido onde quer que as suas normas devam ser aplicadas**.[59] (destaques nossos)

Verifica-se o caráter de centralidade que detém o Direito Internacional Geral ou Comum, sobretudo diante do *jus cogens*, cuja imperatividade cristalizada no costume internacional se irradia com força *erga omnes*.[60] Porém, Kelsen destaca o importante papel que nesse contexto pode assumir o Direito Internacional Particular, produzindo também uma centralização relativa e em grau superior por meio dos tratados internacionais:

> Um grau superior de centralização pode ser alcançado pelo Direito internacional particular. **Tribunais, órgãos administrativos e mesmo órgãos legislativos podem ser estabelecidos por tratados internacionai**s. Tais tratados originam comunidades internacionais cuja centralização supera em muito a da comunidade internacional constituída pelo Direito internacional geral. Tal comunidade internacional relativamente centralizada é a

[59] KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 464.
[60] Cf. PEREIRA, Luiz Cezar Ramos. *Costume internacional: gênese do direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

> confederação de Estados. Se a centralização for ainda mais longe, a comunidade torna-se um Estado federal ou mesmo um Estado unitário, e a ordem jurídica criada pelo tratado internacional assume o caráter de Direito nacional. [61] (negrito nosso)

Aplicando as lições de Hans Kelsen à percepção do sistema interamericano de direitos humanos, pode-se concluir com base em seu pensamento que se trata de um **sistema jurídico próprio de natureza supranacional**, dentro de um espaço institucional criado pela vontade soberana dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos, ilação que vai ao encontro do preciso enunciado de Arminjon, segundo o qual...

> (…) Un système juridique est un groupement des personnes unies par une règle juridique qui ordonne les principaux éléments de leur vie sociale et souvent aussi par des institutions juridictionnelles et administratives".[62]

E, com efeito, no sistema interamericano os Estados estão agrupados pela condição de membros da OEA, ligados pelas regras contidas na Carta da Organização, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e no Pacto de São José, os quais são instrumentos normativos que lhes ordenam os principais elementos da vida social, estando ainda ligados por instituições de natureza administrativa e jurisdicional, sendo exemplo desta última a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Karl Larenz também dedicou algumas páginas da sua *Metodologia da Ciência do Direito* ao estudo da ideia de sistema, com rico inventário de autores que se destacaram na análise do tema, visitando as lições de Engisch, Stammler, Esser, Viehweg, Coing, Canaris, Heck, Wilburg, Pawlowski, Peine, Eckhoff, Sundby, Kelsen, Savigny, Puctha e Hegel.[63]

---

[61] KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 464.

[62] "(…) Um sistema jurídico é um agrupamento de pessoas unidas por uma regra jurídica que ordena os principais aspectos de sua vida social, e muitas vezes também por instituições jurisdicionais e administrativas" (tradução livre). ARMINJON, P., *Précis de Droit International Privé*, tomo I, p. 141, *apud* DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.8.

[63] Cf. a Parte I, Capítulo V, Item 7, de LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 230-241.

Numa síntese dos pensamentos recolhidos em sua obra, Larenz apresenta sua ideia de um "sistema de princípios jurídicos directivos relacionados uns com os outros de modo coerente, que lança mão de determinados conceitos e de pontos de vista classificatórios, sem poder exigir para eles qualquer validade geral ou plenitude". Somente assim, afirma ele, é possível falar em uma "verdadeira ordem jurídica", atrelada à ideia de unidade:

> A unidade interna de um *(sic)* ordem jurídica positiva, como ENGISCH expôs adequadamente no ano de 1935, não só é o resultado da actividade sistematizadora da ciência jurídica, como, por outro lado, é predeterminada 'pelas razões normativas e teleológicas previamente dadas dentro da ordem jurídica que, como produto do espírito humano, não é nenhum caos informe'.[64]

Karl Larenz destaca **unidade** e **ordem** como elementos comuns a todos os conceitos de sistema. Transplantando seu entendimento para o contexto da presente tese, vê-se que a partir das noções de "unidade interna" e "razões normativas e teleológicas" da ordem jurídica positiva pode-se visualizar com clareza o sistema interamericano de direitos humanos como um sistema jurídico próprio, norteado por uma teleologia bem definida na normativa internacional em que está fundado.

Ou seja, as "razões normativas e teleológicas" contidas em especial na Carta da OEA, na Declaração Americana de 1948 e no Pacto de São José da Costa Rica evidenciam a "unidade interna" do sistema interamericano de direitos humanos erigida num contexto coerente com a vontade dos Estados que o instituíram, com a finalidade de que os órgãos de controle desse sistema procedam, em caráter supranacional, ao monitoramento do respeito à pessoa humana dispensado por esses mesmos Estados.

Finalmente, Claus-Wilhelm Canaris, em seu *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, também observa que em todas as definições de sistema há dois pilares comuns – **ordenação** e **unidade** – que "estão, uma para com a outra, na mais estreita relação de intercâmbio, mas são, no fundo, de separar". Para ele,

[64] LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 231.

a exigência de ordem é resultado direto do postulado da justiça, e à ordenação e unidade se agrega a necessidade de **adequação** no proceder, em nome da **segurança jurídica**.[65]

Claus-Wilhelm Canaris defende, em suma, que, tendo o ordenamento uma natureza valorativa, não se poderia conceber um sistema jurídico senão como uma ordenação axiológica ou teleológica, representando a "captação racional da adequação de conexões de valorações jurídicas", sendo dotado ainda de duas importantes qualidades: abertura e mobilidade.[66]

Em consonância com as ideias expostas por Canaris, vê-se que a complexa engrenagem do sistema interamericano compreende desde os elementos permanentes, como cada Estado membro da OEA, os tratados internacionais aplicáveis no âmbito interamericano e os organismos de monitoramento e proteção dos direitos humanos, até as diversas variáveis caso a caso, como os diferentes tipos de violações perpetradas pelos Estados, as circunstâncias em que se deram os fatos, as formas de reparação do dano e os desdobramentos de cada caso concreto.

Tudo isto deve ser percebido sob uma ótica sistêmica e não de forma estanque, compartimentalizada, especialmente no que toca à relação entre ordem jurídica internacional e ordem jurídica interna, sem perder de vista que os ordenamentos jurídicos internos dos Estados envolvidos são apenas uma parte de um todo maior. Isso

---

[65] "No que respeita, em primeiro lugar, à ordenação, pretende-se com ela – quando se recorra a uma formulação muito geral, para evitar qualquer restrição precipitada – exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. No que toca à unidade, verifica-se que este factor modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais (...) pois todos esses postulados podem ser muito melhor prosseguidos através de um Direito adequadamente ordenado, dominado por poucos e alcançáveis princípios, portanto um Direito ordenado em sistema, do que por uma mutiplicicade inabarcável de normas singulares desconexas e em demasiado fácil contradição umas com as outras". Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Introdução e tradução de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pp. 12, 18-22.

[66] No entendimento de Canaris, por abertura se entende a incompletude, a capacidade de evolução, a modificabilidade do sistema. Mobilidade pode ser entendida como a interação entre elementos variáveis ou "forças móveis" que determinam a aplicação do direito conforme o fato concreto, evidenciando que a consequência jurídica de um fato surge a partir da concatenação de variáveis previstas no ordenamento, conforme seu número e peso. Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Introdução e tradução de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pp. 71, 104 e 128.

porque os Estados americanos, com suas diferentes localizações geográficas, diferentes valores, diferentes legislações, diferentes conjuntos de instituições, vão interagir num mesmo espaço jurídico-político instituído por suas mútuas vontades.

Diante de todo o exposto, em especial à luz dos pensamentos de Kant, Kelsen, Larenz e Canaris aplicados para uma adequada compreensão do sistema interamericano de direitos humanos, vislumbra-se a importância da perspectiva sistêmica do estudo proposto, tendo restado claro que os Estados integrantes desse sistema de proteção da pessoa humana devem conformar-se às regras e decisões estabelecidas nesse espaço institucional supranacional no âmbito da OEA.

E, em caso de violação dessas obrigações assumidas perante o sistema regional interamericano, emerge a possibilidade de responsabilização internacional do Estado pelo desrespeito às normas criadas e acordadas por eles mesmos, passíveis de monitoramento pelos órgãos de controle da OEA, a que corresponderão as sanções previstas pelo sistema impostas pela Comissão e Corte Interamericanas de Direitos Humanos.

C. Estruturação do trabalho

Alguns esclarecimentos iniciais se fazem necessários no que tange a aspectos metodológicos na estruturação do presente trabalho. O primeiro deles a realçar é a escolha do sistema completo para as notas de rodapé, onde constam referências aos livros, artigos, revistas, sítios eletrônicos na rede mundial de computadores, enfim, às fontes de consulta utilizadas para a confecção desta tese, bem como outras informações que reputamos importante consignar.

Em que pese o gosto de muitos pelo sistema autor-data, preferimos o sistema completo por propiciar ao leitor maior comodidade, pois, ao invés de interromper a sequência da leitura para consultar a fonte de alguma citação no final do trabalho, terá imediatamente disponível essa informação na medida em que se for desenvolvendo o texto.

Por essa mesma razão, as referências serão indicadas na inteireza das informações nas notas de rodapé, repetindo-se o nome completo do autor e o título completo da respectiva obra, assim como os demais dados da fonte consultada, sem o uso das expressões *idem* e *ibidem*, a fim de evitar que o leitor seja obrigado a voltar páginas para encontrar a referência em questão, quebrando a sequência da leitura.

Com relação às citações em idioma estrangeiro, optamos por registrar em nota de rodapé a respectiva tradução, em respeito ao leitor que, porventura, não domine o idioma em questão, e em homenagem à clareza e exatidão na exposição do pensamento. Quando se tratar de tradução do próprio autor desta tese, constará entre parênteses a expressão “tradução livre”; caso contrário, indicar-se-á a fonte por meio da palavra latina *apud*.

As expressões e frases estrangeiras serão grafadas em itálico, figurando entre aspas quando se tratar de citações. Tratando-se de citações longas, que ultrapassarem três linhas, o texto constará em parágrafo um pouco recuado à direita, mas sem itálico e em letra de corpo 10, menor que o corpo 12 utilizado ao longo da tese.

Os casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, assim como as petições apreciadas pela Comissão Interamericana, são referidos em seus títulos originais, conforme o idioma em que foram redigidos as sentenças e os relatórios da Corte e da Comissão, respectivamente. A medida foi adotada para assegurar a máxima fidelidade ao sistema de documentação dos órgãos do sistema interamericano, bem como para facilitar futuras consultas a partir das referências listadas.

Utilizamos o mesmo critério ao referir os casos apreciados pela antiga Comissão Européia de Direitos Humanos e tanto pela antiga quanto pela atual Corte Européia de Direitos Humanos, assim como nas referências aos demais casos que compõem a jurisprudência dos órgãos do sistema universal de proteção dos direitos da Organização das Nações Unidas e da antiga Sociedade das Nações, como a Corte Internacional de Justiça, o Comitê de Direitos Humanos e a antiga Corte Permanente de Justiça Internacional.

De igual modo esse critério foi ainda observado nas citações dos pareceres consultivos e demais documentos oficiais, bem como nas referências a documentos redigidos em idioma estrangeiro, facilitando a sua imediata localização nas fontes consultadas, inclusive na rede mundial de computadores, onde muitos desses documentos podem ser facilmente encontrados por seus títulos originais – valendo ressaltar que, em alguns casos, os seus autores chegam a indicar a forma e o idioma de citação.

O itálico será utilizado para grafar as expressões e frases estrangeiras, as quais figurarão entre aspas quando se tratar de citações. O negrito, por sua vez, será usado para chamar a atenção do leitor para as palavras e frases que o autor considera importantes para a compreensão desta tese, quer pelo seu conteúdo quer pela funcionalidade do destaque na concatenação das ideias expostas.

No que diz respeito à sua estruturação material, a presente tese se divide em sete partes, sem contar com a introdução e as conclusões.

A primeira parte (**"Direitos humanos e sua proteção internacional"**) apresenta o conceito, fundamentos e atributos dos direitos humanos, situando-os na relação entre direito interno e direito internacional, bem como no contexto do Direito Constituicional e do Direito Internacional. A partir dessa contextualização, analisa-se o surgimento do Direito Constitucional Internacional como tentativa de conciliação entre constitucionalistas e internacionalistas, passando do divórcio à interação entre os dois ramos do Direito.

Ainda na primeira parte nosso olhar se volta para o Direito Internacional dos Direitos Humanos, cujas especificidades o consagraram como capítulo particular do Direito Internacional Geral ou Comum, com regras próprias a desenhar um arcabouço normativo destinado à proteção internacional da pessoa humana. E, enfim, passa-se à análise do Direito Internacional dos Direitos Humanos no seio da Organização dos Estados Americanos, em que se instituiu o sistema interamericano de direitos humanos.

A segunda parte (**"O sistema interamericano de direitos humanos"**) inicialmente proporciona uma visão panorâmica da proteção internacional do ser humano no âmbito do sistema universal, ligado à Organização das Nações Unidas, e no quadro dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano, no contexto do Conselho da Europa, da Organização dos Estados Americanos e da União Africana,

respectivamente. A partir desse panorama, passa-se ao aprofundamento do estudo do sistema interamericano de direitos humanos, analisando a sua estrutura e funcionamento.

Nessa segunda parte é esmiuçado o tríplice regime de proteção no sistema interamericano, abordando o papel da Comissão e da Corte Interamericanas de Direitos Humanos como órgãos desse sistema, destacando alguns casos de maior relevo já analisados pela Comissão e pela Corte, em especial os que se ligam ao mecanismo do controle de convencionalidade no sistema interamericano, objeto deste tese. A atuação da Corte é examinada tanto no exercício da sua competência contenciosa, proferindo sentenças, quanto no da consultiva, expedindo pareceres gerais.

Enfim, após descrição do processo perante a Corte Interamericana, a terceira parte (**"O Brasil no contexto do sistema interamericano de direitos humanos"**) é inaugurada situando-se a República Federativa do Brasil no contexto do sistema interamericano de direitos humanos, como membro da Organização dos Estados Americanos e como parte do Pacto de São José da Costa Rica, investigando o alcance das obrigações internacionais assumidas pelo Brasil como consequência da membresia da OEA e da aceitação da competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse ponto, são apontados alguns dos principais casos levados ao sistema interamericano contra o Brasil por violações de direitos humanos, que de algum modo guardam relação com o objeto da presente investigação, procedendo-se ao exame da implementação das decisões emanadas dos órgãos do sistema interamericano no Brasil, a saber os relatórios e recomendações da Comissão e as sentenças da Corte, dedicando atenção especial à força executiva das sentenças da Corte Intermaericana na parte que estabelecer indenizações compensatórias.

As reparações decorrentes da responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos constituem o tema da quarte parte (**"Responsabilidade internacional do Estado e reparações no sistema interamericano de direitos humanos"**). Apresentada a noção de responsabilidade do Estado no Direito Internacional, por violação de direitos humanos, procede-se ao inventário das diferentes modalidades de reparações na jurisprudência do sistema interamericano, abrangendo satisfação, indenização, garantias de não repetição, dever de investigar, processar e punir, *restitutio in integrum*, cessação do ilícito, restituição material, reparação ao projeto de vida e adequação normativa.

A partir da exposição das variadas formas de reparação no sistema interamericano, apresenta-se a ideia central da presente tese ao se identificar o controle de convencionalidade como mecanismo de responsabilização internacional do Estado por violação de direitos humanos, isto é, como instrumento de *restitutio in integrum*, em preparação à quinta parte (**"Controle de convencionalidade na jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos"**), dedicada precisamente ao estudo desse mecanismo na jurisprudência interamericana.

São inicialmente enfrentadas nessa parte as questões relativas ao dever de adequação do direito interno estatal ao Pacto de São José e a irrelevância da posição hierárquica do Pacto na ordem interna, devido aos corriqueiros equívocos de interpretação e aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos a partir da perspectiva do direito interno, em contraste com a natureza das obrigações internacionais assumidas pelos Estados partes do Pacto de São José, aí incluído o Brasil.

Em seguida, o mecanismo do controle de convencionalidade efetuado pelos órgãos do sistema interamericano é analisado nos Pareceres Consultivos da Corte Interamericana e nas sentenças proferidas no exercício de sua competência contenciosa,

bem assim nos relatórios expedidos pela Comissão Interamericana em fase anterior à atuação da Corte.

A sexta parte (**"Impactos do controle de convencionalidade no Brasil"**) estuda os impactos do controle de convencionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, na tentativa de desenhar caminhos possíveis para serem trilhados na ordem jurídica pátria a fim de implementar as decisões emanadas do sistema interamericano. Após o estabelecimento de algumas comparações, à luz do direito brasileiro, entre os institutos do controle de convencionalidade e do controle de constitucionalidade, apresentam-se as possíveis relações do controle de convencionalidade com o Poder Legislativo, com o Poder Judiciário, com o Poder Executivo, com o Ministério Público e com os demais agentes estatais.

A sétima parte (**"Estudo de caso"**) é dedicada ao estudo de um caso concreto perante o sistema interamericano de direitos humanos, ainda pendente de análise pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, envolvendo o controle de convencionalidade da Emenda Constitucional 41/2003, que instituiu a cobrança da contribuição previdenciária de servidores públicos aposentados e pensionistas.

Uma explicação necessária: trata-se de caso iniciado por nós, enquanto Promotor de Justiça do estado de Pernambuco designado pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, a fim de formular denúncia contra o Estado Brasileiro por violação de direitos humanos consagrados no Pacto de São José, afrontados pela promulgação e efetiva aplicação da Emenda Constitucional 41/2003.

Inicialmente, é apresentado um escorço histórico da Previdência Social no Brasil a fim de situar adequadamente o leitor no contexto do caso sob exame. Em seguida, após analisar os efeitos da Emenda Constitucional 41/2003 e discorrer sobre o processo de declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, examina-se o

teor da denúncia por nós formulada contra o Estado Brasileiro e, finalmente, os possíveis impactos no ordenamento nacional do controle de convencionalidade efetuado pela Comissão e Corte Interamericanas de Direitos Humanos.

Enfim, a síntese da exposição desenvolvida na presente investigação apresenta nossas conclusões sobre o tema. Deve-se ressaltar que nossa pretensão não é esgotar o assunto, mas, ao contrário, instigar o debate e provocar o aprofundamento das discussões acerca de uma temática de importância crucial para o Brasil, no afã de contribuir para a formação de uma cultura jurídica baseada no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Espera o autor que esta tese possa constituir-se em contributo para a consolidação no nosso país de uma cultura jurídica baseada no conhecimento da interpretação do Pacto de São José da Costa Rica feita pela Corte Interamericana, de modo a cumprir as disposições internacionais de proteção aos direitos humanos nele contidas e, assim, evitar que o Estado Brasileiro incorra na prática de atos violatórios que engajem a sua responsabilidade internacional.

1. DIREITOS HUMANOS E SUA PROTEÇÃO INTERNACIONAL

1.1. Conceito, fundamentos e atributos dos direitos humanos

O conceito do que sejam direitos que correspondam à tautológica expressão "direitos humanos" não é tarefa simples.[67] O tema constitui uma das mais relevantes, porém tormentosas, questões no âmbito da teoria dos direitos humanos, sobretudo no contexto do processo desenfreado de globalização em marcha na chamada pós-modernidade,[68] em que o materialismo preenche o vazio axiológico que gradualmente se tem instaurado, e a dignidade da pessoa humana assume posição secundária ao redor do globo.

No decorrer da história, acalorados debates têm envolvido o conceito e os fundamentos dos direitos humanos, desde as primeiras declarações de direitos e proclamações libertárias do século XVIII, e que tomaram novo vigor no rastro da consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos no 2º pós-guerra, diante da flexibilização das noções de soberania nacional e jurisdição doméstica como consequência da consagração internacional de parâmetros mínimos de proteção da pessoa humana a que devem conformar-se os ordenamentos jurídicos nacionais.[69]

Nesse cenário, a multiplicidade de sistemas jurídicos no mundo contemporâneo é um fato que não pode ser ignorado, dado o caractere da universalidade atribuído aos direitos humanos. O fenômeno jurídico é algo mais complexo do que simplesmente um conjunto de normas, cada sistema possui características que lhe são próprias e que

---

[67] Discorrendo sobre a fundamentação dos direitos humanos, Norberto Bobbio afirma ser uma ilusão a existência de um fundamento absoluto para tal categoria de direitos, levantando a respeito do tema quatro dificuldades, dentre as quais a tautologia da expressão "direitos humanos". Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, pp. 15-24.

[68] VIEIRA, Liszt. *Cidadania e Globalização*. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 38.

[69] PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo, Max Limonad, 2000, p. 153.

refletem a sua concepção da ordem social e determinam o modo de aplicação e a própria função do Direito.[70]

Por isso, atentando para os elementos subjacentes às normas que compõem os diversos ordenamentos nacionais, a doutrina da universalidade dos direitos humanos deve ser necessariamente analisada numa dimensão global e pluralista, enfrentando, inclusive, o polêmico embate entre universalistas e relativistas sobre a abrangência das normas de direitos humanos, numa **perspectiva multicultural**.

Nesse confronto entre universalismo e relativismo, através das lentes do multiculturalismo, a natureza e a fundamentação dos direitos humanos têm oscilado entre a sua consideração como a) uma **categoria ético-jurídica de alcance universal**, oponível *erga omnes*, independente do sistema jurídico considerado, ou b) como **direitos que irradiariam força normativa apenas por vontade do Estado**, que os reconhece formalmente mediante o processo de positivação e, assim, pode limitar-lhes o alcance conforme os particularismos da cultura que informa o seu ordenamento.[71]

Podemos enunciar um conceito operacional de direitos humanos, que não seja tão abrangente que incorra em vaguidão, nem tão restritivo que limite o seu conteúdo: por direitos humanos se entende o conjunto de direitos e garantias oponíveis *erga omnes*, indispensáveis, por sua essência, à proteção da dignidade da pessoa humana e à sua autodeterminação como ser humano.

Neste aspecto, é ponto nodal a determinação do **conteúdo dos direitos humanos**. Possuem eles uma **fundamentação universal**, de modo a impor uma **ética universal** para que gozem de proteção e respeito também universais? E essa universalidade se coaduna com a **realidade do multiculturalismo**?

---

[70] DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 20.
[71] BARRETO, Vicente de Paula. *Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel?*, In BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 279.

Norberto Bobbio chegou a afirmar que "o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los", relegando a plano secundário a sua justificação filosófica.[72] Porém, podem ser enunciadas pelo menos quatro razões que justificam a necessidade de fundamentar os direitos humanos. A primeira é uma razão ética, a segunda é lógica, a terceira é teórica, e a quarta, pragmática.[73]

A razão do tipo moral é a própria convicção, necessária e indispensável, que se deve ter para defender uma causa em que se acredita. Não seria possível defender por muito tempo a causa dos direitos humanos sem a profunda convicção de que os valores em jogo são bons.

A razão lógica é que a fundamentação dos direitos humanos delimita materialmente o seu conteúdo, porquanto a justificação plausível desses direitos permite sair da retórica vazia, que soa bem, para alcançar a especificação e a concreção dos ideais.

A razão teórica decorre da atividade teórica em si. Como enunciar uma teoria dos direitos humanos sem uma fundamentação teórica? À míngua de fundamentos teóricos, a teoria cai em argumentos puramente retóricos e, com efeito, se esvazia, pois não há realização sem fundamentação.

O argumento pragmático, enfim, pode ser extraído dos três primeiros. Como lutar por algo em que não se acredita, ou que não se sabe ao certo do que se trata? A luta pela luta, a ação pela ação, enfraquece a ideologia dos direitos humanos e lhes retira a enorme força a eles inerente enquanto categoria de direitos naturais, no sentido semântico do termo.

---

[72] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25.
[73] ROBLES, Gregorio. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. Barueri: Manole, 2004, pp. 1-4.

Qual seria, então, o fundamento dos direitos humanos? Ou, mais apropriadamente, **quais** são os seus fundamentos? O plural é proposital, e mesmo imprescindível, porquanto irrompe a iniludível conclusão de que um único fundamento para os direitos humanos é ideia que deve ser afastada para o próprio bem da teoria em apreço, pois teria tal fundamento um caráter absoluto.

Em consonância com o pensamento esposado por Norberto Bobbio, imaginar um fundamento absoluto para os direitos humanos é ideia que não passa de uma ilusão. E contra essa ilusão, em coletânea de escritos o autor italiano levanta quatro dificuldades, adiante reproduzidas.[74]

Primeiro, a expressão **direitos humanos** é muito vaga, e mesmo tautológica, do que decorre uma séria implicação no contexto multicultural: os termos avaliativos podem ser interpretados de formas diversas e conforme a ideologia assumida por cada intérprete.

Segundo, os direitos humanos constituem uma classe variável de direitos, porque são eminentemente históricos, na medida em que são fruto de lutas e tensões sociais em dado tempo e lugar. O que parece fundamental numa época e numa civilização pode não ser fundamental em outras épocas e outras culturas.

Terceiro, além de mal definível e variável, cuida-se de um classe também heterogênea de direitos, não se podendo conceber que um mesmo fundamento sirva de justificação para dois ou mais direitos de conteúdos diferentes, sobretudo porque "não se pode afirmar um novo direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir algum velho direito, do qual se beneficiavam outras categorias de pessoas".[75]

---

[74] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, pp. 15-24.
[75] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 20.

Finalmente, deve-se ter em mente que os direitos humanos são antinômicos, na medida em que o desenvolvimento deles não pode dar-se paralelamente de modo absoluto, pois a realização integral de uns impede a plena realização dos outros – o que, outrossim, não compromete o seu caráter de interdependência e indivisibilidade no que tange ao dever de proteção, conforme adiante será abordado.[76]

Impossível, pois, um fundamento absoluto, incontestável, para os direitos humanos. Subsiste, porém, a necessidade de fundamentá-los como fator vital para a sua proteção, pois se a **proteção** é o **problema prático** dos direitos humanos, o **problema teórico** ainda reside na sua **fundamentação**.

O próprio Bobbio indicou a resposta a essa indagação, apontando para o *consensus omnium gentium* como elemento maior de justificação para os direitos humanos. Certamente, enquanto direitos naturais, inatos, decorrentes da natureza humana, da simples condição de ser humano, essa categoria de direitos constitui inegavelmente uma parcela de direitos arraigados à própria personalidade, à própria identidade humana, à existência em si.

A sua **fundamentação natural**, sem apelos jusnaturalistas ou reducionismos positivistas, é claramente percebida diante da tão-só **condição humana** ou **condição de ser humano**.[77] Mas, ainda assim, considerando a triste realidade de que nem sempre o **poder** respeita, nem sequer reconhece, tais direitos humanos, a via mais segura para a

---

[76] A respeito do caráter indivisível da proteção dos direitos humanos, cf. LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. *O caráter expansivo dos direitos humanos na afirmação de sua indivisibilidade e exigibilidade*. *In*: LYRA, Rubens Pinto (Org.). *Direitos humanos: os desafios do século XXI – uma abordagem interdisciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, pp. 87-100. Jayme Benvenuto Lima Jr. desenvolveu acurado estudo sobre os direitos humanos econômicos, sociais e culturais, em sua obra *Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Cf. também, sob a coordenação do mesmo autor: *RELATÓRIO BRASILEIRO SOBRE DIREITOS HUMANOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. Meio ambiente, saúde, moradia adequada e à terra urbana, educação, trabalho, alimentação, água e terra rural*. Coordenador do Projeto Relatores Nacionais em DhESC Jayme Benvenuto Lima Jr. – Recife: GAJOP, 2003. Cf. ainda obra de referência inafastável: TRINDADE, A. A. Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1997, pp. 353-400.Cf. também TRINDADE, A. A. Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1997, pp. 353-400.

[77] Cf. ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 15-30.

sua proteção seria o reconhecimento formal pelo Estado da sua existência, com a previsão de mecanismos procedimentais para a sua efetividade.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a Declaração Universal de Direitos Humanos[78] constitui uma **certeza histórica**, pois reflete o *consensus omnium gentium* existente entre a quase totalidade dos povos do globo acerca da suma importância dos direitos elencados naquele documento, reputando-os como direitos fundamentais internacionais, essenciais, naturais, indispensáveis, ou simplesmente – na polêmica, porém consagrada, expressão –, **direitos humanos universais**.[79]

O caráter *erga omnes* das obrigações internacionais de proteção aos direitos humanos, sobretudo as de base convencional, é consagrado na jurisprudência interamericana, como assinalado no *Caso Ximenes Lopes* pelo então juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Antônio Augusto Cançado Trindade, em seu voto separado, fazendo verdadeiro desabafo ao criticar o descaso com que alguns Estados se têm portado diante dessas obrigações, *verbis*:

> En mis numerosos escritos y Votos en el seno de esta Corte, vengo expresando hace muchos años mi entendimiento en el sentido de que todas las obligaciones convencionales de protección están revestidas de un carácter *erga omnes*. Me resulta particularmente difícil escapar de la impresión que me asalta en el sentido de que durante todo ese tiempo tal vez haya escrito y continúe escribiendo para los pájaros…[80]

---

[78] A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada e proclamada em 10 de dezembro de 1948, pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em sua 183ª reunião plenária. Estavam reunidos no *Palais de Chaillot*, em Paris, 58 Estados membros da ONU, dos quais 48 votaram a favor e 8 se abstiveram. Votos a favor: Afeganistão, Argentina, Austrália, Bélgica, Bolívia, Brasil, Burma (ou Birmânia, atualmente Mianmar), Canadá, Chile, China, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Dinamarca, Equador, Egito, El Salvador, Estados Unidos, Etiópia, Filipinas, França, Grécia, Guatemala, Haiti, Holanda, Islândia, Índia, Irã, Iraque, Líbano, Libéria, Luxemburgo, México, Nova Zelândia, Nicarágua, Noruega, Paquistão, Panamá, Paraguai, Peru, Reino Unido, República Dominicana, Siam (atualmente Tailândia), Síria, Suécia, Turquia, Uruguai, Venezuela. Abstenções: África do Sul, Arábia Saudita, Bielorússia, Checoslováquia, Iugoslávia, Polônia, Ucrânia, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

[79] Austregésilo Athayde e Daisaku Ikeda publicaram interessante livro em que, sob a forma de diálogos entre os autores, abordam variados temas de direitos humanos. Na obra apresentam um memorial sobre os debates em torno da redação e adoção da Declaração Universal de Direitos Humanos. Cf. ATHAYDE, Austregésilo de, IKEDA, Daisaku. *Diálogo: direitos humanos no século XXI*. Traduação de Nasako Ninomiya. Rio de Janeiro: Record, 2000, cap. VI (Em busca da formação de uma rede global pelos direitos humanos), pp. 123-146.

Impende enfrentar a tormentosa questão do alcance universal dos direitos humanos, de modo a irradiar força normativa independentemente de sua positivação no ordenamento nacional, sem sofrer limitações conforme os particularismos da cultura que informa esse ordenamento.[81]

A questão debatida perpassa o estabelecimento de uma convivência humana possível, em que a pretensão universalista dos direitos humanos não pode nem deve ser vista como uma imposição de valores, sob pena de desnaturar a essência da universalidade proposta – proteger a pessoa humana em qualquer parte do mundo – para se transfigurar num indesejado fundamentalismo ético.[82]

Cuida-se aqui de considerar um problema que não se confunde com a universalidade dos direitos humanos, cujo discurso tem um valor por si incontestável. Por outro lado, é necessário advertir sobre o perigo do uso utilitarista da bandeira dos direitos humanos pelos governantes, desvirtuando o discurso universalista.

É que, na essência, o universalismo constitui manto protetor da dignidade da pessoa humana em qualquer ponto do globo; porém, o utilitarismo revela um discurso deturpado dos direitos humanos e direcionado para interesses unilaterais, como os de cunho econômico – como pano ideológico para encobrir uma estrutura de relações internacionais que não funciona a contento, insuficiente para controlar essa visceral forma pela qual as relações internacionais constroem a interação entre os povos. [83]

---

[80] "Em meus numerosos escritos e votos no seio desta Corte, venho expressando faz muitos anos meu entendimento no sentido de que todas as obrigações convencionais de proteção estão revestidas de um caráter *erga omnes*. Resulta-me particularmente difícil escapar da impressão que me assalta no sentido de que durante todo esse tempo talvez haja escrito e continue escrevendo para os pássaros…" (tradução livre). Cf. Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, nº 149. Voto separado del juez A. A. Cançado Trindade, § 40.

[81] BARRETO, Vicente de Paula. *Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel?*, In BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 279.

[82] "Éticas relativas que combatem fundamentalismos podem fazê-lo de maneira fundamentalista, quando não se aceitam como contestáveis, imaginando-se, à revelia, como unicamente válidas", *In* DEMO, Pedro. *Éticas multiculturais: sobre convivência humana possível*. Petrópolis: Vozes, 2005, pp. 11 e 41.

Isso, porém, não retira a inegável força do discurso universalista, ainda que ressoem as vozes do relativismo como resposta a práticas condenáveis eventualmente encetadas por algum Estado, movido por interesses unilaterais. Nesse sentido, o multiculturalismo é tomado como fator de relativização dos direitos humanos, sobretudo sob o argumento de que seria impossível integrar valores universais no contexto de uma sociedade multicultural.

Ora, remontando a Kant, vê-se ser plenamente possível identificar valores morais universais em todas as sociedades: a identidade humana, a dignidade da pessoa humana, o valor humano, a promoção do bem-estar humano, a igualdade. A questão que se põe diante do jurista é saber se é possível estabelecer um **conteúdo universal** para tais valores.

Essa não parece ser a pretensão da teoria da universalidade dos direitos humanos. Antes, porém, o intuito maior do discurso universalista é integrar valores universais gerais e indeterminados no arcabouço de sistemas normativos que se coadunem com parâmetros mínimos de proteção à pessoa humana, sem identificá-los, contudo, com mecanismos institucionais específicos, ou seja, com as formas institucionais ou estruturas sociais existentes em cada cultura.

Assim, poder-se-ia conciliar a proteção universal da pessoa humana (universalismo) com o respeito aos particularismos culturais de cada povo (relativismo). Isso é, decerto, um grande desafio, pois cada sociedade é, em tese, moralmente livre para formular as normas materializadoras dos valores universais, não se podendo obrigar a uma ou a outra a seguir tal ou qual valor consagrado em determinada

---

[83] Para um panorama das relações internacionais no mundo contemporâneo, cf. CASTRO, Thales. *Elementos de política internacional: redefinições e perspectivas*. Curitiba: Juruá, 1ªed., 3ª tir., 2007; MAGNOLI, Demétrio. *Relações internacionais: teoria e história*. São Paulo: Saraiva, 2004; NOGUEIRA, João Pontes, MESSARI, Nizar. *Teoria das relações internacionais: correntes e debates*. Rio de Janeiro: Editora Campus (Elsevier), 2005; NOUR, Soraya. *À paz perpétua de Kant. Filosofia do direito internacional e das relações internacionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2004; entre outros.

sociedade, especialmente quando se tem em mente a patente hegemonia ocidental de valores no mundo contemporâneo.

Desta feita, devem entrar em cena as "éticas multiculturais", para afastar o perigo de uma "ética fundamentalista", que seria, em última análise, involuntária, heterogênea, fugindo da essência do discurso universalista dos direitos humanos, cujo fundamento de validade reside, sem dúvida, na ética do discurso baseado no consenso.[84]

1.2. Direitos humanos e a relação entre direito interno e direito internacional

A cada dia a relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno se faz mais presente no enfrentamento de polêmicas questões jurídicas envolvendo os direitos humanos, de solução controvertida na doutrina e na jurisprudência, e não raras são as discordâncias entre constitucionalistas e internacionalistas, assim como a resistência de um estudo integrado entre Direito Constitucional e Direito Internacional.

A respeito desse hiato entre constitucionalistas e internacionalistas, o jurista Cançado Trindade tece lúdica crítica:

> Já não mais se justifica que o direito internacional e o direito constitucional continuem sendo abordados de forma estanque ou compartimentalizada, como o foram no passado. Já não pode haver dúvida de que as grandes transformações internas dos Estados repercutem no plano internacional, e a nova realidade neste assim formada provoca mudanças na evolução interna e no ordenamento constitucional dos Estados afetados. [85]

Na mesma linha afirma Flávia Piovesan que os constitucionalistas brasileiros não se arriscam na seara do Direito Internacional, bem como os internacionalistas não se

---

[84] Sobre a teoria das éticas multiculturais, cf. DEMO, Pedro. *Éticas multiculturais: sobre convivência humana possível*. Petrópolis: Vozes, 2005.

[85] TRINDADE, A. A. Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1997, p. 403.

aventuram no campo do Direito Constitucional, reinando o divórcio e o silêncio em lugar do diálogo e da interação.[86]

Uma conciliação entre os estudiosos do Direito Constitucional e os especialistas em Direito Internacional foi o surgimento do Direito Constitucional Internacional, ora visto como ramo autônomo do Direito, ora percebido como mera fusão desses dois ramos sob o argumento de que não apresentaria objeto e método próprios.[87]

De qualquer modo, é indispensável o exame da não só possível, mas necessária, interação entre as fontes do direito no âmbito da ordem jurídica interna estatal e no âmbito da ordem jurídica internacional, de modo a estabelecer seus pontos de interseção. Naturalmente, dada a delimitação do objeto do estudo proposto na presente tese, essa relação entre direito internacional e direito interno deve ser necessariamente analisada sob a ótica do sistema interamericano de direitos humanos.

Essa análise conduz ao vetusto debate travado entre os adeptos da teoria monista e os defensores da teoria dualista. Contudo, não se pretenderá aqui discorrer exaustivamente sobre as diferentes posições doutrinárias sobre o tema, razão pela qual a abordagem será contextualizada no universo do sistema interamericano de direitos humanos e seu reflexo no controle de convencionalidade.

Deve-se destacar de início que Celso de Albuquerque Mello, em seu Curso de Direito Internacional Público, chama a atenção para a necessidade de estudar o Direito Internacional em indissociável paralelo com o estudo da História, a fim de alcançar uma adequada percepção do direito internacional e seu significado no mundo contemporâneo, valendo-se para tanto do método dialético, para o qual "tudo – seja o

[86] "O que se observa, na experiência brasileira, é que os estudiosos do Direito Constitucional não se arriscam no campo do Direito Internacional, e, por sua vez, os que se dedicam a esse Direito também não se aventuram no plano constitucional. Ao invés do diálogo e da interação, prevalecem o divórcio e o silêncio. Isso se faz problemático especialmente quando os dois campos do Direito revelam o mesmo objeto e a mesma preocupação, no caso, a busca de resguardar os direitos humanos". PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 18.

[87] O Direito Constitucional Internacional será abordado no item 1.3 a seguir, *pari passu* com o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

que for – gira sempre em torno do mesmo problema: o conhecimento da totalidade do processo histórico".[88]

Nesse contexto, de logo se percebe a impropriedade da equiparação entre as normas de direito internacional e as de direito interno, enquanto fontes do direito. O direito interno é produto da atividade legislativa de cada Estado, ao passo que o direito internacional, embora não prescinda da figura do Estado, gravita em torno da ideia de **sociedade internacional**,[89] na qual os Estados são co-partícipes na sua produção. Existe, pois, uma pluralidade de vontades na criação das normas internacionais.

Com efeito, a essência do Estado moderno encontra suas origens na Baixa Idade Média e no Renascimento, delineando-se com maior expressividade com a Revolução Francesa. Porém, não se pode descuidar do fato histórico de que a concepção de sociedade internacional no mundo contemporâneo não corresponde àquela desenvolvida há vários séculos, mesmo anteriores ao surgimento do Estado, e que decorre em última análise do axioma *ubi homo, ibi societas - ubi societas, ibi jus*.[90]

Trata-se, portanto, de realidades diferentes em que a produção normativa é também determinada por diferentes fatores. O direito interno de determinado Estado surge para atender às necessidades visualizadas no âmbito de suas delimitações territoriais, e tem como destinatários os indivíduos sobre os quais exerce o Estado a sua

---

[88] MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 14ª ed., Rio de Janeiro-São Paulo: 2002, vol. I, p. 75.

[89] Alguns doutrinadores costumam empregar as expressões **sociedade internacional** e **comunidade internacional** como sinônimas. Outros, porém, não aceitam a sinonímia alegando diferença de intensidade do vínculo psicológico nos grupos sociais. Segundo o sociólogo Ferdinand Tonnies, citado por Celso D. de Albuquerque Mello, seriam características da **comunidade**: a) formação natural; b) vontade orgânica (energia própria ao organismo, manifestando-se no prazer, no hábito e na memória); c) participação de maneira mais profunda dos indivíduos na vida em comum; d) criação de cooperação natural anterior a uma escolha consciente de seus membros; e) regência pelo direito natural. Por seu turno, caracterizariam a **sociedade**: a) formação voluntária; b) vontade refletida (produto do pensamento, dominada pela ideia de finalidade e tendo como fim supremo a felicidade); c) participação de maneira menos profunda dos indivíduos na vida em comum; d) regência por contrato. Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 14ª ed., Rio de Janeiro-São Paulo: 2002, vol. I, p.51.

[90] Optamos por utilizar no presente trabalho as expressões **sociedade internacional** e **comunidade internacional** como sinônimas, tendo em vista que no campo da produção do direito internacional a polêmica em nada repercute.

soberania. Já o direito internacional, nascente no seio da sociedade internacional, transcende as barreiras territoriais de um ou outro Estado, para regular as relações entre dezenas de Estados soberanos que compõem aquela mesma sociedade internacional.

Não se pode ignorar, em consequência, a multiplicidade de fatores na produção normativa internacional e as diferentes realidades internas que a determinam, bem como as forças mais atuantes na vida social internacional, como as forças culturais, econômicas, religiosas, políticas, filosóficas, enfim, todo um conjunto de variáveis que devem ser sopesadas na produção das normas internacionais.[91]

É também um fato histórico a constatação dos Estados de que são incapazes de solucionar certos problemas sozinhos, ou isolados. Antes, necessitam da cooperação dos demais Estados, numa atuação conjunta com os demais membros da sociedade internacional, diante da globalização da economia, diante da criminalidade organizada transnacional, diante da degradação ambiental em nível mundial. Tais fatores, inclusive, repercutiram na criação de associações internacionais de Estados – as organizações internacionais.

Para que se compreendam adequadamente as visões monista e dualista e sua possível repercussão para o controle de convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos, **cumpre preliminarmente considerar alguns aspectos históricos**, conforme a mencionada exortação de Celso Albuquerque Mello, entre eles o papel fundamental dos tratados na história das relações internacionais e na vida cotidiana dos Estados, por constituírem fontes do Direito Internacional reveladoras da vontade desses Estados e, igualmente, das organizações internacionais por eles integradas.[92]

Com efeito, o Direito Internacional enquanto ramo do Direito nada tem de recente. Parte considerável dos doutrinadores nega a sua existência na Antiguidade, a

[91] MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 14ª ed., Rio de Janeiro-São Paulo: 2002, vol. I, pp. 48-51.

exemplo de Laurent, Henry Wheaton, Louis Le Fur e Mário Giuliano. Há outros, porém, que admitem um Direito Internacional na Idade Antiga, destacando-se o Barão Sérgio A. Korff, Paul Vinogradoff, Bederman e Wilhelm Grewe, sendo que os dois primeiros foram pioneiros em sustentar essa tese.[93]

Para o Barão Serge A. Korff, o "Direito Internacional é uma consequência necessária de toda civilização". Paul Vinogradoff, por sua vez, considerando as "formas de organização social" da Antiguidade, chega a dividir o histórico do Direito Internacional em: a) cidades gregas, b) *jus gentium*, c) *Respublica Christiana*, d) relações internacionais entre os Estados territoriais, e) desenvolvimento moderno em si.[94]

Na Antiguidade, Grécia e Roma conheceram e praticaram diversos institutos de Direito Internacional, como a arbitragem, os tratados e a inviolabilidade dos embaixadores. Na Bíblia, nos filósofos, nos historiadores e nos poetas da Idade Antiga podem ser encontradas regras morais e políticas que se aplicavam às relações entre Estados, mas é com o Direito Romano que essas relações passam a ser disciplinadas por normas propriamente jurídicas.[95]

---

[92] Sobre as fontes do Direito Internacional, cf. o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça: "Artigo 38. 1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que sejam submetidas, aplicará: a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b) o costume internacional, como prova de uma prática geralmente aceita como sendo o direito; c) os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; d) as decisões judiciais e as doutrinas dos juristas mais qualificados das diversas nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito, sem prejuízo do disposto no Artigo 59. 2. A presente disposição não restringe a faculdade da Corte para decidir um litígio *ex aequo et bono*, se convier às partes."

[93] MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 14ª ed., Rio de Janeiro-São Paulo: 2002, vol. I, pp. 155-156. Para uma visão histórica mais aprofundada do Direito Internacional, cf. NUSSBAUM, Arthur. *A concise history of the law of nations*. 2nd ed. rev., New York: Macmillan, 1954; STADTMÜLLER, Georg. *Historia del derecho internacional público*. Madrid: Aguilar, 1961; TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Historia del derecho internacional público*. Madrid: Tecnos, 1998. *Apud* MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 35, nota 7.

[94] MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 14ª ed., Rio de Janeiro-São Paulo: 2002, vol. I, pp. 155-156.

[95] PEREIRA, André Gonçalves, QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*. Lisboa: Almedina, 2005, 3ª edição, rev. e aum., p. 19.

É na Roma Antiga que se encontra o germe do Direito Internacional, patenteado nas normas do ***jus gentium*** e do ***jus fetiale***. Em contraste com o *jus civile*, conjunto de regras disciplinadoras das relações entre sujeitos que gozavam da cidadania romana (*cives*), o *jus gentium* era a parte do Direito Romano que regulava as relações entre romanos e estrangeiros ou apenas entre estrangeiros (*peregrini*).

Pode-se afirmar que o *jus gentium* era "formado pelas normas do direito romano que os estrangeiros podiam invocar".[96] Existiam por isso mesmo, dentre os magistrados incumbidos da administração da justiça, dois tipos de pretores: o pretor urbano, que administrava os conflitos entre os *cives* aplicando o *jus civile*, e o pretor peregrino ou dos peregrinos, que manejava o *jus gentium* na administração dos conflitos entre os *peregrini* ou entre estes e os cidadãos romanos.[97]

As exigências do comércio de Roma com o exterior demandavam do pretor peregrino maior maleabilidade na aplicação do *jus gentium* do que a rigidez do *jus civile* aplicado pelo pretor urbano, o que vai transformar gradualmente esse direito das gentes em um "direito comum humano" a confundir-se com o *jus naturale* de raiz helênica, com tendência universal diante da aceitação generalizada por destinar-se a "satisfazer necessidades comuns a todos os homens".[98]

Deve-se, porém, atentar para o importante detalhe de que, apesar dessa vocação para direito universal, assim como o *jus civile* o *jus gentium* era também direito interno de Roma, e ambos detinham caráter de direito privado porque regulavam relações entre

---

[96] MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 14ª ed., Rio de Janeiro-São Paulo: 2002, vol. I, p. 158.
[97] Cf. CRETELLA JUNIOR, José. *Direito romano moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
[98] PEREIRA, André Gonçalves, QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*. Lisboa: Almedina, 2005, 3ª edição, rev. e aum., p. 20.

particulares, embora o *jus gentium* já possuísse "áreas sensíveis ao Direito Público, particularmente no que se referia à guerra".[99]

Interessante notar que Norberto Bobbio vai identificar na diferenciação entre o *jus gentium* e o *jus civile* na Roma Antiga uma correspondente diferenciação entre direito natural e direito positivo, respectivamente, referindo que, enquanto o *jus civile* é posto pelo povo e a esse determinado povo se limita, o *jus gentium* não encontra limites e é posto pela *naturalis ratio*.[100]

O ***jus fetiale***, por seu turno, era um conjunto de normas de caráter religioso e jurídico tido como um "direito público externo" de Roma. O direito fecial, assim como o *jus gentium*, não era elaborado pela comunidade internacional, e por isso não se tratava de verdadeiro direito internacional, mas era utilizado nas relações com as nações estrangeiras, sobretudo no que dizia respeito à declaração de guerra.[101]

Os feciais eram sacerdotes que, integrando um colégio composto por vinte membros, acumulavam funções religiosas, políticas e judiciais. Eram encarregados de rituais que precediam as declarações de guerra, a conclusão da paz e a celebração de tratados, e também intervinham no processo de extradição. Não se pode negar, portanto, a importância do *jus fetiale* na identificação, ao lado do *jus gentium*, do germe do Direito Internacional.

---

[99] PEREIRA, André Gonçalves, QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*. Lisboa: Almedina, 2005, 3ª edição, rev. e aum., p. 20.

[100] BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compilação por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 18.

[101] "Vestiam-se os feciais de lã branca. Eles intervinham nos principais atos da vida internacional, como, por exemplo, na declaração de guerra. Uma guerra não seria considerada 'pia e justa' se não fosse declarada conforme o ritual dos feciais: quatro deles (um recebia a 'verbena' e outro, o chefe da missão, era denominado 'pater patratus') iam à fronteira do Estado ofensor de Roma e lá iniciavam uma verdadeira interpelação reclamando dele uma reparação ('clarigare, clarigatio, res repetere') e davam o prazo de 30 dias para a reparação. Esgotado este lapso de tempo sem receber a devida satisfação, o 'pater patratus' declarava a guerra, com a prévia autorização do Senado, atirando uma lança ensangüentada no território inimigo". MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 14ª ed., Rio de Janeiro-São Paulo: 2002, vol. I, p. 159.

Na Roma Antiga, assim, sedimenta-se a expressão **direito das gentes** como o nascedouro do Direito Internacional, a partir do *jus gentium* e do *jus fetiale*. Porém, se essa expressão se prestou a identificar o germe do Direito Internacional, os doutrinadores espanhóis Francisco de Vitória (1480-1546) e Francisco Suárez (1548-1617) propuseram uma base objetiva ao enunciarem o conceito de Direito Internacional: a existência de uma **comunidade internacional** que transcende os limites da *Respublica Christiana* de Roma.

Nascido em Vitória (daí o seu nome), capital da província de Alava, em Biscaia, Francisco de Vitória visualiza uma sociedade internacional orgânica e solidária, concebendo Estados com uma soberania limitada. Um dos precursores da liberdade dos mares, defendeu o direito de imigração (*jus commumicationis*) e o direito de comércio (*jus comercii*), e cunhou a expressão *jus inter gentes* ao substituir a palavra *homines* por *gentes* na definição de *jus gentium* nas Institutas.[102]

O jesuíta Francisco Suárez nasceu em Granada, e escreveu *De Legibus ac Deo Legislatore*. À semelhança de Francisco de Vitória, visualiza o Direito Internacional como a ordem jurídica da sociedade internacional, por regular as relações entre os povos que compõem essa mesma comunidade. Para Suárez, o "Direito Internacional surge como uma necessidade da sociedade internacional, que necessita de normas para regulamentá-la".[103]

Assim, abandona-se o primitivo sentido romano do direito das gentes – de regulação de **relações entre indivíduos** – para dar lugar à regulação das **relações entre**

---

[102] Francisco de Vitória é autor das *Relectiones Theologicae*. Celso D. de Albuquerque Mello registra que *relectio* "era uma aula extraordinária dada em período de férias, em dia que não fosse domingo ou feriado, e era publicada", destacando como as *relectiones* mais importantes para o Direito Internacional: a) *De Indis Recenter Inventis*, b) *De Jure Belli Hispanorum in Barbaros*, c) *De Potestate Civili*. Valerio de Oliveira Mazzuoli destaca, ainda, uma quarta *relectio*: a *Relectio de Jure Belli*. Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 14ª ed., Rio de Janeiro-São Paulo: 2002, vol. I, pp. 168 e 177, nota 28; e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 37.

[103] MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 14ª ed., Rio de Janeiro-São Paulo: 2002, vol. I, p. 169.

povos, por meio de normas cuja validade deriva da própria existência da comunidade internacional, onde haverão de figurar como sujeitos naturais os Estados soberanos.

Até esse ponto, em que pese o sensível avanço para o adequado entendimento do conceito de Direito Internacional, o seu conteúdo permanecia atrelado ao antigo Direito Romano, com a noção de Ulpiano extraída da enumeração das matérias tratadas pelo *jus gentium*, basicamente ligadas à guerra e à paz, a teor da célebre definição do jurisconsulto romano:

> Ius gentium est sedium occupatio, aedificatio, munitio, bella, captivitates, servitutes, postliminia, foedera, paces, indutiae, legatorum non violandorum religio, connubia inter alienigenas prohibita, et inde ius gentium, quod eo iure omnes fere gentes utentur.[104]

A partir dessa definição de Ulpiano, Santo Agostinho (354-430) discorreu sobre a legitimidade da guerra, esculpindo conceitos sobre guerra justa e injusta, aprofundados por Isidoro de Sevilha ao distinguir vários tipos de guerras, até que Hugo Grotius (1585-1645) propôs a divisão do Direito Internacional em "direito da paz" e "direito da guerra", em sua obra *De Jure Belli ac Pacis*, a qual lhe rendeu o título de "pai do Direito Internacional".[105]

Esse holandês nascido na cidade de Delft foi de fundamental importância para o desenvolvimento do Direito Internacional como ciência, o que vem a ocorrer, finalmente, a partir do final do século XVI e início do século XVII, quando esse ramo do Direito passa a figurar como ciência autônoma e sistematizada, sobretudo com a

---

[104] "Direito das Gentes é a ocupação do território, a construção de edifícios, a defesa, a guerra, a captura de escravos, a servidão, as fronteiras, os tratados, a paz e as tréguas, o respeito da religião pelos legados, a proibição do casamento entre estrangeiros; por isso, é Direito das Gentes o que é usado por todos os povos". *Apud* PEREIRA, André Gonçalves, QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*. Lisboa: Almedina, 2005, 3ª edição, rev. e aum., p. 21.

[105] Hugo Grotius deixou ainda como importante contribuição para o Direito Internacional *De Jure Praedae* e *De Mare Liberum*. Alguns autores consideram que *De Mare Liberum* constitui uma parte de *De Jure Praedae*, e não uma obra autônoma.

conclusão em 24 de abril de 1648 de dois tratados que puseram fim à Guerra dos Trinta Anos: o Tratado de Münster e o Tratado de Osnabrück. Era a **Paz de Westfália**.[106]

Curioso notar que em lugar de um único tratado multilateral foram assinados dois tratados bilaterais, o que se explica por razões históricas que forçaram a elaboração de instrumentos separados. Estavam envolvidos no litígio que precedeu a celebração desses acordos o Império Romano-Germânico e os Reinos da França e da Suécia. O Tratado de Münster foi assinado por Estados católicos, e o Tratado de Osnabrück, pelos protestantes.[107]

Nascia, então, o sistema westfaliano, erigido sobre dois pilares fundamentais: **soberania estatal** e **igualdade jurídica dos Estados**, dos quais decorre naturalmente o da **não intervenção**. A partir da Paz de Westfália consolidou-se a tradicional doutrina da soberania do Estado, afastando a interferência dos demais em suas políticas e assuntos internos, associada ao chamado "domínio reservado do Estado".

A territorialidade do direito é consagrada pela doutrina westfaliana como princípio que "passaria a dominar toda a concepção moderna sobre a eficácia (existência e aplicabilidade) das normas dos sistemas jurídicos nacionais", consoante o registro de Guido Soares: [108]

> A denominada Paz de Vestfália consagraria a regra que passaria a ser conhecida em sua formulação no destestável latim cartorário da época: *hujus regio, ejus religio*, traduzido, literalmente, "na região dele, a religião dele". Na verdade, a regra de Vestfália nada mais quer significar do que: na região (leia-

[106] Hugo Grotius foi responsável direto pela edificação do sistema westafliano, participando da celebração da "Paz de Westfália" na qualidade de Embaixador do Rei da Suécia. Os tratados de Münster e Osnabrück, inclusive, refletem a posição de Grotius que condena as guerras de religião. Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 14ª ed., Rio de Janeiro-São Paulo: 2002, vol. I, p. 163.

[107] O Tratado de Münster foi concluído entre o Império Romano-Germânico e a França, com seus respectivos aliados e confederados (*Instrumenti Pacis Westphalicae / Instrumentum Pacis Caesareo - Gallicum sive Monasteriense*), e o Tratado de Osnabrück, entre o Império e a Suécia, com seus respectivos aliados e confederados (*Instrumenti Pacis Westphalicae / Instrumentum Pacis Caesareo – Suecicum sive Osnabrugense*). Cf. MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de: *O poder de celebrar tratados: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 191.

[108] Cf. SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público. Volume I*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 29.

> se: no território) sob império de um príncipe, esteja vigente unicamente uma ordem jurídica, sua ordem jurídica (claro está, subentendendo-se que *religio*, segundo as discussões da época, quereria significar muito mais a imposição de um ordenamento leigo e altamente operante, e menos uma visão religiosa das maneiras de alguém salvar a própia alma!).

Inaugurando a Idade Contemporânea, a Revolução Francesa de 1789 teve grande repercussão para o Direito Internacional, a exemplo do princípio das nacionalidades, que norteou as unificações alemã e italiana no século XIX, e da proibição da guerra de conquista, dos quais decoreu o instituto do plebiscito.[109]

Especificamente quanto aos direitos humanos, é de destacar a proclamação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, de caráter notadamente universalizante em contraste com a Declaração Americana dos Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776, cujo âmbito foi restrito ao contexto da independência das treze colônias americanas.

Quatro congressos internacionais ocorridos nesse período histórico merecem menção pela sua importância para o Direito Internacional, quais sejam: o Congresso de Viena (1815), o Congresso de Paris (1856), o Congresso de Genebra (1864) e o Congresso de Berlim (1878).

Até o fim da Primeira Guerra Mundial o Direito Internacional se manteria em torno dos conteúdos de paz e guerra, quando é posta em xeque a ideia da soberania indivisível dos Estados sobre a qual se assentava o chamado **Direito Internacional Clássico**. As relações internacionais estavam em franco processo de mudança, conduzindo à necessidade de mudanças também no Direito Internacional de modo a acompanhar a dinâmica do mundo.

---

[109] Cf. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 14. ed., Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, vol. 1, 2002, pp. 164-165.

Num cenário em que a sociedade internacional passaria a absorver matérias que antes eram de domínio exclusivo dos Estados, entra em cena um novo Direito Internacional preocupado, para além da paz e da guerra, com as questões da cooperação, do desenvolvimento, da integração.

Irrompe, assim, o **Direito Internacional Contemporâneo**, com normas mais modernas para regular as relações entre os povos num novo contexto de comunidade internacional, onde passarão a figurar como sujeitos, ao lado dos Estados soberanos, as organizações internacionais e, em certa medida, o próprio indivíduo.[110]

Na esteira das lições de Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros, vê-se que o Direito Internacional atingiu patamar de indiscutível importância na atualidade, por diversos fatores. Primeiro pela sua **universalização**, por ter deixado de ser um direito eurocêntrico para consagrar-se como um direito universal. Segundo, pela criação de espaços de **integração regional**, a exemplo da União Européia e do Mercosul.[111]

Terceiro, pela conjugação entre a **funcionalização** e a **institucionalização** provocadas pelo Direito Internacional, determinantes para o surgimento de organismos internacionais especializados para a solução das controvérsias. Quarto, pela sua **humanização** com a consagração do Direito Internacional dos Direitos Humanos.[112]

---

[110] Sobre a subjetividade internacional do indivíduo, cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 14ª ed., Rio de Janeiro-São Paulo: 2002, vol. I, capítulo XXIX, pp. 779-883. Em sentido contrário à subjetividade internacional do indivíduo, cf. REZEK, J. F. *Direito Internacional Público: Curso elementar*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 152-153. Em verdade, a expressão "subjetividade internacional do indivíduo" não significa, por óbvio, suposto direito do indivíduo de celebrar tratados, mas, no quadro atual do direito internacional contemporâneo, o direito de acesso direto às instâncias internacionais – ainda que fundado em tratado internacional no qual o Estado reconheça tal direito ao indivíduo, o que, em nosso sentir, não o desqualifica como direito nem retira do indivíduo a qualidade de sujeito de direito internacional.

[111] CONI, Luís Cláudio. *A internacionalização do poder constituinte*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006, p. 13.

[112] CONI, Luís Cláudio. *A internacionalização do poder constituinte*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006, pp. 13-14.

E, por fim, pela sua **jurisdicionalização** com a criação de tribunais internacionais incumbidos da responsabilização tanto do Estado quanto do indivíduo por violações de direitos humanos, a exemplo das Cortes Interamericana e Européia de Direitos Humanos e do Tribunal Penal Internacional, respectivamente.[113]

Nesse cenário, revela-se crucial a importância do direito dos tratados e das organizações internacionais, já que a vontade dos Estados expressada nos tratados consubstancia **obrigações internacionais** que eles assumiram e que devem ser por eles cumpridas de boa-fé, implicando não raro a necessidade de adequação do seu direito interno para conformar-se ao tratado internacional de que são partes.[114]

A obrigatoriedade das obrigações internacionais assumidas pelo Estado enfrenta hoje polêmica quase diminuta em comparação com a celeuma de outrora, quando muitos sustentavam tratarem-se tais obrigações de meros compromissos políticos ou morais em virtude da negação do caráter jurídico do Direito Internacional. Dada a inexistência de um Parlamento Internacional, de um Governo Global, de um Judiciário Universal, de uma Política Mundial, já se defendeu até que o Direito Internacional não seria Direito.[115]

É bem verdade que a comunidade internacional é uma ordem anárquica, desprovida de uma autoridade central que exerça a chefia de um governo centralizado, à guisa de um Estado soberano, e se ressente da existência de um colegiado incumbido de legislar em representação de todos os integrantes dessa comunidade, bem como de um tribunal universal com jurisdição em todas as matérias.

---

[113] CONI, Luís Cláudio. *A internacionalização do poder constituinte*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006, p. 14.

[114] Cf. Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969): "Artigo 26. *Pacta sunt servanda*. Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé".

[115] Sobre a negação do Direito Internacional, cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 14ª ed., Rio de Janeiro-São Paulo: 2002, vol. I, capítulo III, pp. 107-111.

Assim, negar-se-ia a juridicidade do Direito Internacional negando-se a existência de uma comunidade superior aos Estados, resumindo o Direito Internacional a uma **moral internacional** ou **costume internacional**. Em verdade, tais argumentos são frágeis e de há muito o mundo real, a realidade mundial, a **força normativa dos fatos** já se encarregou de provar-lhes a insubsistência. Ou, no dizer do *Justice* William O. Douglas, da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, *"common sense revolts at the idea"*. [116]

Percebe-se que a sociedade internacional é universal, descentralizada, paritária, aberta, sem exata correspondência com a sociedade interna, sem uma organização institucional com poderes e funções bem definidas nos moldes do âmbito estatal, sem Executivo, Legislativo e Judiciário próprios que estejam acima dos Estados.

Não quer isto dizer, entretanto, que na sociedade internacional todos os Estados exercem o mesmo poder, num mesmo pé de igualdade. O quadro das relações internacionais no mundo contemporâneo é bem desenhado por Thales Castro, que desenha de forma clara como é detido o poder nessa sociedade, em realidade intermédia entre a bipolaridade de outrora e a almejada multipolaridade: a sociedade internacional é desigual.[117]

Vê-se, por exemplo, a partir da configuração do Conselho de Segurança da ONU, que entre os seus cinco membros permanentes, França, Reino Unido, Rússia e China são grandes potências, mas ainda assim os Estados Unidos da América são reputados como uma superpotência.[118]

---

[116] A expressão do *Justice* William O. Douglas ("O bom senso repugna tal ideia", em tradução livre), se identifica com a ideia da "força normativa dos fatos", utilizada por Georg Jelinek e por Carl Schmitt. Cf. CONI, Luís Cláudio. *A internacionalização do poder constituinte*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006, pp. 42-43.

[117] Cf. o capítulo III "Ordem Munidial, Hegemonia, Polaridade e Lateralidade" de CASTRO, Thales. *Elementos de política internacional: redefinições e perspectivas*. 1ª ed., 3ª tir., Curitiba: Juruá, 2007, pp. 53-67.

[118] A título de ilustração, lembre-se que os Estados Unidos da América promoveram a invasão e ocupação do território iraquiano, em 2003, a despeito da falta de consenso no próprio Conselho de Segurança da ONU.

Além dos Estados que são membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU, tem-se que Alemanha, Japão, Itália e Canadá também são Estados importantes e apresentam seu peso estratégico no desenho da comunidade internacional, as quais, aliadas aos Estados Unidos, Reino Unido, França e Rússia, formam o chamado Grupo dos Oito - G8 (ou Grupo dos Sete - G7 mais a Rússia).[119]

Desta feita, entre a bipolaridade oligárquica, que deixou para trás um "direito internacional de confisco",[120] e a multipolaridade ainda em construção, que haverá de corresponder a um "direito internacional de participação", está situada uma sociedade internacional unimultipolar, isto é, no cenário da multipolaridade tradicionalmente despontam os Estados Unidos da América como uma superpotência.[121]

Nesse cenário, as organizações internacionais assumem importante papel na tentativa de equilibrar algumas desigualdades e, na medida do possível, amenizar o superpoder americano na conjugação de esforços dos Estados membros dessas organizações, a exemplo da ONU e da OEA, das quais os Estados Unidos da América são membro, ou mesmo do Conselho da Europa e da própria União Europeia, cuja atuação no contexto internacional tem recebido o respeito da superpotência americana.[122]

---

[119] O Brasil tem pleiteado a redefinição da composição do Conselho de Segurança, buscando com isso conquistar uma vaga como membro permanente. Com efeito, o Estado Brasileiro é membro fundador da Organização das Nações Unidas, e conta com um brasileiro na função de Juiz da Corte Internacional de Justiça – o jurista Antônio Augusto Cançado Trindade, ex-Juiz Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

[120] Segundo registro de Bedjaoui, no "direito internacional de confisco" há confisco de independência e de soberania dos Estados-satélites, enquanto no "direito internacional de participação" todos os Estados participarão na elaboração e aplicação das normas internacionais. *In* MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 14ª ed., Rio de Janeiro-São Paulo: 2002, vol. I, p. 57.

[121] A expressão **unimultipolaridade** tem sido utilizada para retratar esse contexto das relações internacionais. Contudo, o tema merece reflexão face à **crise econômica** instaurada a partir de 2008 em virtude das sérias dificuldades enfrentadas no **mercado imobiliário dos Estados Unidos**, o que poderá, em certa medida, provocar uma reavaliação desse contexto unimultipolar. Poder-se-ia indagar se os Estados Unidos haverão de continuar na liderança mundial que justifica o desenho unimultipolar do cenário das relações internacionais, ou, em caso de o país não se recuperar plenamente dessa crise financeira, haverá de perder espaço para outros mercados que, talvez, dela sairão mais fortalecidos, a exemplo de China ou Japão.

Porém, é certo que o Direito Internacional ainda enfrenta uma dificuldade central no tocante ao respeito e efetividade de suas normas: em grande parte o seu cumprimento repousa na vontade dos Estados de assimilar e cumprir as normas internacionais, o que, se não esvazia a sua força normativa, ao menos lhe diminui o caráter regulador e sancionatório próprio do direito interno estatal, com maior carga de heteronomia e coercitividade.

Feitas tais considerações preliminares, pode-se avançar na análise das teorias monista e dualista, que têm ensejado um embate histórico entre vários doutrinadores quanto à interação entre normas internacionais e normas de direito interno. Como já ressaltado, essa análise será desenvolvida na perspectiva da proteção dos direitos humanos, com direcionamento para o sistema interamericano.

Para alguns doutrinadores, o estudo do monismo e do dualismo é inútil, dispensável, não passa de mera retórica acadêmica, de pouca ou quase nenhuma importância prática. O jurista Cançado Trindade chega a dizer que o tratamento das relações entre o direito interno e o direito internacional sob essas doutrinas é uma "polêmica clássica, estéril e ociosa", "erigida sobre falsas premissas". E, com efeito, com ele concordamos. [123]

---

[122] A propósito da estrutura das relações internacionais no mundo contemporâneo, Antonio Papisca tece algumas críticas, em especial quanto às ideias de **interesse nacional** e **política de potência**. Observa que, com a queda do Muro de Berlim, em 1989, fechavam-se quarenta anos de regime bipolar no mundo, marcados pela contraposição entre Ocidente e Oriente e pela estratégia de recíproca dissuasão termonuclear dos dois Blocos Leste–Oeste. Assim registra o autor: "O principal indicador desta inadequação é a tentativa, ainda em curso, de retomar a velha idéia do interesse nacional e da política de potência, quando, ao contrário, discernimento, perspicácia e responsabilidade deveriam contribuir para lançar uma verdadeira ofensiva de solidariedade e cooperação. A estratégia americana e ocidental, da assim chamada *de-regulation* (que é substancialmente uma privatização), iniciada na segunda metade dos anos setenta, foi imposa pelo G7 (agora G8 com a cooptação da Rússia) à Europa Central e Oriental através dos ditames do livre mercado, sem nenhuma consideração pelas precárias condições de vida daqueles povos, expostos de uma dia para outro à competição exercitada em escala mundial". PAPISCA, Antonio. *Linhas para uma nova ordem política mundial*. Tradução de Mônica Zambotti e Giuseppe Tosi. *In*: LYRA, Rubens Pinto (Org.). *Direitos humanos: os desafios do século XXI – uma abordagem interdisciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 25.

[123] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I. Porto Alegre: Renovar, 1997, p. 22.

Porém, deve-se considerar que a resistência dos Estados em implementar as normas do Direito Internacional Clássico, durante muito tempo, se deveu precisamente ao apego a essas doutrinas do monismo e dualismo, e, para que se consolide de uma vez por todas o adequado entendimento da relação e interação entre direito interno e direito internacional no âmbito do Direito Internacional Contemporâneo, mormente em sede de proteção dos direitos humanos, é mister conhecer o assunto, ainda que os seus entraves sejam falsos problemas, para tecer críticas com autoridade e conhecimento de causa.

Segundo registra Armando Álvares Garcia Júnior, a doutrina do dualismo foi concebida por Carl Heinrich Triepel, que a desenvolveu sistematicamente, embora a denominação "dualista" tenha sido dada por Alfred Verdross, em 1914, e aceita por Triepel em 1923, na Alemanha. Sua concepção foi albergada por Dionisio Anzilotti na Itália, em 1905, seguida por inúmeros doutrinadores, como L. Oppenheim, Karl Strupp, Perassi e Sereni.[124]

Para o dualismo, as ordens jurídicas interna e internacional seriam distintas, porque as suas normas emanam de fontes diferentes, têm destinatários diferentes e produzem efeitos em esferas diferentes. A tese, porém, padece dos inconvenientes do voluntarismo, ignora que o costume internacional é aplicado pelos tribunais na ordem interna, desconsidera a subjetividade internacional do indivíduo, que é uma realidade atual, e despreza a conjuntura globalizada da comunidade internacional.

Com esteio na lição de Charles Rousseau, a exposição precisa de Oliveiros Litrento fulmina o pensamento dualista ao demonstrar a inexistência, a rigor técnico, de uma **diversidade de fontes** do Direito Interno e do Direito Internacional, pois se faz confusão entre a origem da norma e seus fatores de expressão, de uma **diversidade de sujeitos de direitos**, pois o Estado não existe fora dos indivíduos, e de uma **diversidade**

[124] "Todavia, o próprio *Verdross* reconheceu posteriormente a deficiência desde termo ao admitir que não existe apenas um direito interno, mas diversos, tantos quantos são os Estados, sendo preferível denominá-la de 'teoria pluralista'". Cf. GARCIA JÚNIOR, Armando Álvares. *Conflito entre normas do Mercosul e direito interno: como resolver o problema? : o caso brasileiro.* São Paulo: LTr, 1997, pp. 127-128.

de estrutura entre as sociedades interna e internacional, havendo tão-somente diferença de grau, não de natureza. [125]

O monismo, por sua vez, sustenta a existência de uma única ordem jurídica, que é una, que apresenta uma unidade normativa pela conjugação entre ordem interna e ordem internacional, formando apenas um sistema jurídico. Desdobra-se em monismo com primazia do direito interno e monismo com primazia do direito internacional, conquanto prevaleçam as normas da ordem interna sobre as da internacional ou vice-versa.[126]

Como o enfoque do presente trabalho é a proteção dos direitos humanos, ao se considerarem hipóteses de eventual conflito entre disposições de tratados de direitos humanos e disposições constitucionais relativas a direitos fundamentais, sob a ótica monista ou dualista, vê-se que três situações se apresentam possíveis.

Primeiro, **pode haver coincidência entre as normas internacionais e as nacionais**, hipótese em que a Constituição repete disposições contidas em tratados, com encampação expressa do conteúdo dos tratados no texto constitucional, a exemplo do art. 5º, III, que reproduziu literalmente o disposto no art. 5º da Declaração Universal de

---

[125] "Os argumentos da teoria dualista estão longe de ser decisivos. a) É inexato falar de uma diversidade de fontes do Direito Interno e do Direito Internacional. Como G. Scelle observou, não há outra coisa senão uma "confusão entre a origem da norma e seus fatores de expressão". Quer na ordem internacional quer na interna, o Direito é menos uma criação do Estado e que um produto da vida social, diferindo apenas a forma de expressão técnica. b) O argumento extraído de uma pretendida diversidade de sujeitos de direitos choca-se também com objeções sérias. Há contradição, inicialmente, pela coexistência, na mesma ordem jurídica, de normas dirigidas a sujeitos diferentes: é suficiente pensar na divisão do Direito Interno em privado e público. Sob o ponto de vista técnico, de resto, há identidade dos sujeitos de direito: o Estado – sujeito direto do Direito Internacional na construção dualista – não tem existência fora dos indivíduos (governantes e governados) que o compõem, uma vez que são os governantes, tanto na ordem interna quanto na internacional, os verdadeiros destinatários das normas jurídicas. c) Quanto à diversidade de estrutura destacada por autores dualistas entre as sociedades interna e internacional, não há senão alcance limitado; não se trata de oposição fundamental e irredutível, senão de diferença orgânica e formal, explicável pela desigual integração do meio social visado, ou seja, há diferença de grau, não de natureza". LITRENTO, Oiveiros. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp.99-100.

[126] Podem citar-se como defensores do monismo com primazia do direito interno os seguintes autores: Hefter, Greffcken, Badallore Pallieri, Fiore, Max Wenzel, H. Nawiasky, Georg Jellinek, Alfred Verdross (inicialmente), F. Berolzheimar, Chailley, Georges Burdeau, entre outros. Como defensores do monismo com primazia do direito internacional, podem citar-se os seguintes autores: Hans Kelsen, Alfred Verdross (como dissidente), Kuntz, George Scelle, Duguit, Politis, Bonfils, Fauchille, Redslob, Le Fur, Oppenheim, entre outros.

1948, ao enunciar que "Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante". Aqui, pois, inexiste controvérsia.

Segundo, as normas internacionais podem **complementar ou ampliar o elenco de direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição**. *In casu*, não haveria conflito entre a Constituição e o tratado, uma vez que este apenas traria à ordem jurídica interna mais direitos não previstos naquela, oferecendo maior proteção à pessoa humana e mesmo preenchendo lacunas do direito pátrio. Como exemplo, os artigos 27, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, e 30, da Convenção sobre os Direitos da Criança, com relação à proteção cultural das minorias étnicas, religiosas ou linguísticas.[127]

Finalmente, **pode acontecer que o tratado internacional contenha disposições normativas mais benéficas – ou mais gravosas – ao indivíduo do que aquelas expressas na Constituição**, gerando conflito entre as duas fontes. Neste ponto é que se pode vislumbrar algum choque normativo, a exemplo da questão da prisão civil por dívida, autorizada pelo art. 7º, § 7º, do Pacto de São José apenas quanto ao devedor de alimentos, enquanto a Carta Brasileira em seu art. 5º, LXVII, prevê também a prisão do depositário infiel.

É certo que, hodiernamente, qualquer jurista que se disponha minimamente – mas com seriedade e compromisso científico – a estudar o Direito Internacional, facilmente perceberá que são falsos problemas as questões agitadas nesse contexto, sobretudo com a ampla dimensão que tem tomado a proteção internacional dos direitos humanos de

[127] *Artigo 27 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*: "Nos estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua". *Artigo 30 da Convenção sobre os Direitos da Criança*: "Nos Estados Partes onde existam minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, ou pessoas de origem indígena, não será negado a uma criança que pertença a tais minorias ou que seja indígena o direito de, em comunidade com os demais membros de seu grupo, ter sua própria cultura, professar e praticar sua própria religião ou utilizar seu próprio idioma".

modo a consolidar, inclusive na jurisprudência dos tribunais internacionais, a **primazia do ser humano** ao invés do primado do direito interno ou do direito internacional.[128]

Nesse sentido registra Antônio Augusto Cançado Trindade, em conclusão cuja clarividência merece transcrição:

> No presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno, longe de operarem de modo estanque ou compartimentalizado, se mostram em constante interação, de modo a assegurar a proteção eficaz do ser humano. Como decorre de disposições expressas dos próprios tratados de direitos humanos, e da abertura do direito constitucional contemporâneo aos direitos internacionalmente consagrados, não mais cabe insistir na primazia das normas do direito internacional ou do direito interno, como na doutrina clássica, porquanto o primado é sempre da norma – de origem internacional ou interna – que melhor proteja os direitos humanos; o Direito Internacional dos Direitos Humanos efetivamente consagra o critério da primazia da norma mais favorável às vítimas. [129]

A conclusão vai ao encontro do que enunciou o então Secretário Geral da Organização das Nações Unidas, Boutros Boutros-Ghali, em seu histórico discurso proferido na abertura da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, junho de 1993), onde deixou clara a noção de que os direitos humanos estão acima da tradicional distinção entre ordem interna e ordem internacional e, portanto, de qualquer embate entre monistas e dualistas:

> Je suis tenté de dire que, par leur nature, **les droits de l'homme abolissent la distinction traditionnelle entre l'ordre interne et l'ordre international**. Ils sont créateurs d'une perméabilité juridique nouvelle. Il s'agit donc de ne les considérer, ni sous l'angle de la souveraineté absolue, ni sous celui de l'ingérence politique. Mais, au contraire, il faut comprendre que les droits de l'homme impliquent la collaboration et la coordination des Etats et des organisations internationales. [130] (destaque nosso)

---

[128] Cuida-se, aqui, do princípio da aplicação da norma mais protetiva ao ser humano, que resolve satisfatoriamente qualquer situação de conflito entre a aplicação de norma de direito interno e norma de direito internacional. Nesse sentido é que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem interpretado o artigo 29, "b", do Pacto de São José, *in verbis*: *"De conformidad con el artículo 29.b) de la Convención, si alguna ley del Estado Parte u otro tratado internacional del cual sea Parte dicho Estado otorga una mayor protección o regula con mayor amplitud el goce y ejercicio de algún derecho o libertad, éste deberá aplicar la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos"*. Tradução livre: "De conformidade com o artigo 29.b) da Convenção, se alguma lei do Estado Parte ou outro tratado internacional do qual seja Parte dito Estado outorga uma maior proteção ou regula com maior amplitude o gozo e exercício de algum direito ou liberdade, este deverá aplicar a norma mais favorável para a tutela dos direitos humanos". Cf. Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004*. Serie C, nº 111, § 180.

[129] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I. Porto Alegre: Renovar, 1997, p. 22.

Em verdade, a leitura do artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, assinada em 26 de maio de 1969, com entrada em vigor em 27 de janeiro de 1980, já afastaria qualquer dúvida sobre o assunto. Eis sua dicção: **"Artigo 27. *Direito interno e observância de tratados*. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46"** (itálico no original). [131]

Com efeito, o mencionado artigo 27 deve conjugar-se com o disposto no artigo 26 da mesma Convenção, que assim reza: **"Artigo 26. *Pacta sunt servanda*. Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé"** (itálico no original). Assim, deflui das normas em comento o dever imposto ao Estado de respeitar, aplicar e interpretar os tratados em conformidade com os princípios do *pacta sunt servanda* e da boa-fé, sendo certo que o direito interno estatal não pode ser invocado para eximir-se o Estado de cumprir uma obrigação internacional por ele assumida.

O direito dos tratados, conforme se vê, é peremptório em impor ao Estado o estrito cumprimento de suas obrigações internacionais. Antevendo a eventual hipótese de querer o Estado esquivar-se desse cumprimento em caso de violação, a Convenção esculpiu a regra do artigo 61(2) sobre impossibilidade superveniente de cumprimento, assim dispondo:

---

[130] "Eu sou tentado a dizer que, por sua natureza, os direitos humanos devem abolir a distinção tradicional entre a ordem interna e a ordem internacional. Eles são criadores de uma nova permeabilidade jurídica. Trata-se, pois, de não considerá-los nem sob o ângulo da soberania absoluta nem sob o da ingerência política. Ao contrário, porém, deve-se compreender que os direitos humanos implicam a colaboração e a coordenação dos Estados e das organizações internacionais" (tradução livre). *Discours du Secrétaire Général de l'Organisation des Nations Unies à l'ouverture de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme*, Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, disponível em <http://www.unhchr.ch/french/html/menu5/d/statemnt/secgen_fr.htm>, acesso em 03 de julho de 2008.

[131] A regra consagra o monismo com primazia do Direito Internacional sobre o direito interno, como defendido por Hans Kelsen: "Se concebemos o Direito internacional como uma ordem jurídica à qual estão subordinados todos os Estados (e isso quer dizer todas as ordens jurídicas nacionais), então a norma fundamental de uma ordem jurídica nacional não é uma mera pressuposição do pensamento jurídico, mas uma norma jurídica positiva, uma norma do Direito internacional aplicada à ordem jurídica de um Estado concreto. Admitindo a primazia do Direito internacional sobre o Direito nacional, o problema da norma fundamental desloca-se da ordem jurídica nacional para a ordem jurídica internacional. Então, a única norma fundamental verdadeira, uma norma que não é criada por um procedimento jurídico, mas pressuposta pelo pensamento jurídico, é a norma fundamental do Direito internacional." KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 169, 177-178.

> Artigo 61. *Omissis*.
> 1. Omissis.
> 2. A impossibilidade de cumprimento não pode ser invocada por uma das partes como causa para extinguir um tratado, dele retirar-se, ou suspender a execução do mesmo, se a impossibilidade resultar de uma violação, por essa parte, quer de uma obrigação decorrente do tratado, quer de qualquer outra obrigação internacional em relação a qualquer outra parte no tratado.

À guisa de arremate, na seara da proteção internacional dos direitos humanos, que tem como diretrizes últimas a defesa da dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos, deve-se entender que a aplicação da normativa internacional tem como propósito **aperfeiçoar** – e não **desafiar** – a normativa interna, em benefício dos seres humanos protegidos. [132]

1.3. Direito Constitucional Internacional e Direito Internacional dos Direitos Humanos

Conforme já mencionado, a tentativa de conciliação entre internacionalistas e constitucionalistas fez nascer o Direito Constitucional Internacional, ora visto como ramo autônomo do Direito, ora percebido como mera fusão desses dois ramos sob o argumento de que não apresentaria objeto e método próprios.

A esse respeito cabe de logo uma advertência, *data venia*: o que verdadeiramente importa não é saber se o Direito Constitucional Internacional é dotado de autonomia, se possui ou não objeto e método próprios, mas perceber que existem temas comuns ao Direito Constitucional e ao Direito Internacional, cuja relevância impõe a sua consideração tanto sob a ótica do direito interno estatal quanto sob a ótica da normativa internacional.

Por outras palavras, o foco do estudo nesta área do conhecimento jurídico é precisamente o que existe de internacional no Direito Constitucional e, na mesma

[132] TRINDADE, A. A. Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1999, p. 129.

medida, o que há de constitucional no Direito Internacional, de modo a visualizar o fenômeno jurídico numa conjugação das normas internacionais e das normas constitucionais.

Analisando a interação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional, Hélène Tourard assim observou :

> L'internationalisation du droit correspond à l'influence du droit international sur la formation e le contenu des normes appartenant au système juridique interne des États (…) un degré de plus en plus fort de pénétration du droit international en droit constitutionel.[133]

J .J. Gomes Canotilho tece ponderadas considerações a respeito das relações entre a Constituição e o Direito Internacional, quando assevera a consagração do **princípio da abertura internacional** ou **princípio internacionalista**, consoante o qual se tem afastado do campo do Direito Constitucional a arrogância do "orgulhosamente sós", [134] o que vai ao encontro da síntese de Celso de Albuquerque Mello, para quem o Direito Constitucional Internacional "enxerga o direito internacional através da Constituição".[135]

A expressão "abertura internacional da Constituição" é talhada para indicar esse entrelaçamento entre Direito Constitucional e Direito Internacional, de que resultou o despertamento para um Direito Constitucional Internacional. Registra Canotilho que essa abertura internacional apresenta várias dimensões, das quais destaca quatro.[136]

---

[133] "A internacionalização do direito corresponde à influência do Direito International sobre a formação e o conteúdo das normas jurídicas pertencentes ao sistema jurídico interno dos Estados (...) um grau cada vez mais elevado de penetração do Direito Internacional no Direito Constitucional" (tradução livre). TOURARD, Hélène. *L'internalisation des Constitutions Nationales*. Paris: L.G.D.J., 2000, *apud* CONI, Luís Cláudio. *A internacionalização do poder constituinte*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006, pp. 68-69.

[134] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 369.

[135] Sobre o tema, cf. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional: uma introdução. Constituição de 1988 revista em 1994*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000; PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2000; BOSON, Gerson de Britto Mello. *Constitucionalização do direito internacional: internacionalização do direito constitucional - direito constitucional internacional brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996; entre outros.

[136] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, pp. 369-370.

Primeiro, a inclusão do Estado na comunidade internacional, aceitando as dimensões fáticas e jurídicas da interdependência internacional, haverá de pressupor a **abertura da Constituição**, "que deixa de ter a pretensão de fornecer um esquema regulativo exclusivo e totalizante assente num poder estatal soberano para aceitar os quadros ordenadores da comunidade internacional".

Em segundo lugar, **o direito internacional se afirmará como direito do próprio Estado**, reconhecendo-se alguns dos seus princípios ou regras como "medida de justiça vinculativa da própria ordem jurídica". Erige-se, em consequência, o princípio da interpretação conforme o Direito Internacional dos Direitos Humanos.[137]

Em terceiro, tem-se a necessidade de **participação ativa do Estado na solução dos problemas internacionais**, integrando-se à vida da comunidade internacional. No contexto da OEA, no que pertine ao sistema interamericano de direitos humanos, percebe-se com clareza a transferência de poderes, funções e competências estatais, delegados pelo Estado a órgãos da Organização para a regulação das relações interestatais.[138]

Em quarto lugar, a abertura internacional reclama a **não discriminação entre nacionais e estrangeiros**, numa "base antropológica amiga de todos os homens e todos os povos". O jurista português destaca que, por serem a ordem internacional e a ordem interna ordens de paz e de solução pacífica dos conflitos, justifica-se o estabelecimento de um sistema de segurança coletiva e a criação de tribunais internacionais.

---

[137] O princípio da interpretação em conformidade com o Direito Internacional dos Direitos Humanos conduz à ideia de um Estado internacionalmente limitado, em virtude de ter a normativa internacional de direitos humanos um conteúdo materialmente constitucional.Vale lembrar, neste ponto, que, por estarem inseridos na Constituição, os direitos fundamentais são elementos limitativos de natureza formalmente constitucional, e também o são quanto à matéria – por isso também é o seu conteúdo materialmente constitucional – e nisto se igualam aos direitos humanos internacionais, os quais, por força do seu idêntico conteúdo e natureza, são igualmente concebidos na ordem interna como direitos fundamentais implícitos ou atípicos, conforme a dicção do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988.

[138] Cf. artigo 45 do Pacto de São José: "Art. 45. (1) Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece a competência da Comissão para receber e examinar as comunicações em que um Estado Parte alegue haver outro Estado Parte incorrido em violações dos direitos humanos estabelecidos nesta Convenção."

Ressai do pensamento de Canotilho o fim do mito da pirâmide: a realidade das relações internacionais e a imersão dos Estados soberanos em organizações internacionais evidenciam a inafastável conclusão de que a teoria piramidal das fontes do direito foi a pique no que diz respeito ao **vértice** da pirâmide normativa, no qual sempre figurou a Constituição como dogma absoluto.[139]

Eis como enuncia o doutrinador lusitano:

> Em geral dizia-se e ensinava-se que a Constituição representava o vértice de um sistema de normas construído sob a forma de *pirâmide jurídica* que, na sua globalidade, formava a *ordem jurídica*. Este modelo não tem hoje virtualidades suficientes para captar o relevo jurídico do direito internacional e do direito comunitário. **Não há um vértice com uma norma superior**; no estalão superior situam-se vários *ordenamentos superiores* – ordenamento constitucional, ordenamento internacional e ordenamento comunitário – cuja articulação oferece inequívocas dificuldades, sobretudo quando qualquer desses ordenamentos disputa a *supremacia normativa* ou, pelo menos, a *aplicação preferente* das suas normas e princípios. [140] (itálico no original, negrito nosso)

Referindo-se à definição de relação hierárquica no direito interno entre normas constitucionais e tratados internacionais, se se cuida de tratados que versem direitos humanos o aparente conflito se resolve pelo mencionado princípio da aplicação preferente, prevalecendo a norma internacional face ao seu caráter de *jus cogens* que impõe temperamentos na relação de hierarquia.[141]

Na realidade, para o Direito Internacional não importa a posição hierárquica das normas internacionais no âmbito do ordenamento jurídico interno, pois as normas estatais são apreendidas pelas instâncias internacionais como meros fatos, sem qualquer

---

[139] Cf. o capítulo - desta tese, em que se analisa a visão piramidal do ordenamento jurídico proposto por Hans Kelsen.

[140] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 695.

[141] Nesse contexto, observa Luís Cláudio Coni: "A realidade jurídica derivada da globalização, em seu processo de contínua transformação, apresenta desafios concretos ao cânone do Direito Constitucional. Como visto acima, noções clássicas e bem estabelecidas como a da preeminência da jurisdição constitucional, da primazia da soberania, da centralidade da produção normativa ou da unidade do ordenamento jurídico organizado em níveis hierárquicos já não respondem às necessidades de um mundo cada vez mais interdependente, no qual a formação de políticas públicas e internacionais extrapolou os atores estatais institucionais, por meio da atuação de múltiplos atores privados e de uma sociedade civil extremamente ativa e participativa". Cf. CONI, Luís Cláudio. *A internacionalização do poder constituinte*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006, pp. 67-68.

valor normativo na esfera internacional – o que se aplica até mesmo às normas de envergadura constitucional.[142]

D'outra banda, assim como do entrelaçamento entre Direito Constitucional e Direito Internacional resultou o Direito Constitucional Internacional, verifica-se como fruto da especificidade das normas de direito internacional que versam sobre a proteção dos direitos humanos a existência e presença marcante de ramo autônomo do Direito: o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A normatização em nível internacional voltada para a proteção dos direitos humanos foi uma consequência natural da percepção do amplo alcance de sua importância num contexto global, nascendo a partir daí um arcabouço de regras que deu lugar ao surgimento desse novo ramo do direito como disciplina autônoma face às suas particularidades.

No entanto, é um fato no Brasil a reticência dos operadores do direito em aplicar nas lides forenses as normas internacionais de proteção dos direitos humanos. Da mesma sorte, percebe-se a falta de cuidado dos legisladores em verificar a adequação das leis que promulgam com as convenções internacionais de direitos humanos, e terminam algumas leis sendo editadas (e, inadvertidamente, aplicadas) pelas autoridades públicas em geral – em flagrante desacordo com a normativa internacional.

---

[142] *"En los supuestos o hipótesis de violación de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados Partes y que resulten de una eventual contradicción entre sus normas de derecho interno y las de la Convención, aquellas serán evaluadas por la Corte en los procesos contenciosos como simples hechos o manifestaciones de voluntad, susceptibles de ser ponderados sólo respecto de las convenciones y tratados involucrados y con prescindencia de la significación o jerarquía que la norma nacional tenga dentro del ordenamiento jurídico del respectivo Estado"*. Tradução livre: "Nas suposições ou hipóteses de violação das obrigações internacionais assumidas pelos Estados Partes e que resultem de uma eventual contradição entre suas normas de direito interno e as da Convenção, aquelas serão avaliadas pela Corte nos processos contenciosos como simples fatos ou manifestações de vontade, suscetíveis de ser ponderados somente em relação às convenções e tratados envolvidos e independentemente da significação ou hierarquia que a norma nacional tenha dentro do ordenamento jurídico do respectivo Estado". Corte IDH. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A, nº 14, § 22 (*in fine*). Cf. ainda o capítulo 5 desta tese, que aprofunda o exame do assunto.

Como exemplo dessa reticência dos operadores do Direito, pode-se citar recente julgamento proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no Agravo em Apelação Criminal nº 4795-CE, de relatoria da Desembargadora Federal Margarida de Oliveira Cantarelli, a qual foi voto vencido ao deferir que uma espanhola condenada por tráfico internacional de drogas viajasse à Espanha para tratamento de saúde da filha recém-nascida.

O acórdão da lavra do Desembargador Marcelo Navarro registrou a "inocorrência de malferimento à políticas de cooperação penal internacional",[143] em contraste com o voto da relatora vencida que se alinha às regras do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e por cujos persuasivos argumentos merecem literal transcrição, em resumo:

> a) a ESPANHA é competente para processar, julgar, punir e homologar sentença condenatória contra a Requerente pelo crime praticado no Brasil. (...)
> b) A ESPANHA é um dos Estados, juntamente com a Bélgica, a aceitar, para a aplicação da lei penal no espaço, o "Princípio da Justiça Universal", ou seja, um delito internacional não deve ficar impune, podendo o seu autor ser processado, julgado ou cumprir pena na Espanha. (...)
> c) No caso de o Estado requerido, onde se encontra a pessoa extraditanda, não conceder a extradição da mesma tem o dever de processar, punir ou fazer cumprir sentença condenatória contra ela. (...)
> d) O Brasil assinou um Tratado (geral) de Cooperação Internacional em matéria penal com a Espanha que está tramitando no Congresso Nacional, já foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça, por unanimidade, com parecer do Deputado Ibsen Pinheiro, seguindo agora os demais trâmites para a sua aprovação através de Decreto Legislativo, posterior promulgação e ratificação. (...)
> e) Mesmo não estando ainda em vigor o Tratado supra referido, o Direito Internacional admite atendimento de cooperação em matéria penal aplicando-se o "Princípio da Reciprocidade". (...)

E, rememorando o caso do sequestro do empresário Abílio Diniz, em São Paulo, arremata a Desembargadora em seu voto vencido:

> f) É bom lembrar que há alguns anos passados um casal de namorados, filhos de família influente no Canadá, recebeu a concessão de cumprir o restante da sua pena decorrente do seqüestro do empresário Abílio Diniz, em São Paulo, no Canadá, país de sua nacionalidade. (...) Será que o Direito só deveria voltar-se para os influentes e ricos? (...)

---

[143] PORTAL DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO, consulta processual por número do processo (processo originário nº 2006.81.00.007396-7/02), disponível em <http://www.jf.jus.br/portal/publicacao/engine.wsp?tmp.area=83&tmp.texto=4077&acs.tamanho=&acs.img_tam=>, acesso 13 mar. 2009.
Disponível em http://www.trf5.jus.br/processo/2006.81.00.007396-7/02, acesso em 18 fev. 2009.

> g) O Brasil tem atualmente tratados de transferência de pessoas condenadas com diversos países, como por exemplo: Portugal, é signatário da Convenção Interamericana sobre o cumprimento de sentenças penais no Exterior, Peru, os já mencionados com Argentina, Chile e Canadá; com o Paraguai, Reino Unido e ESPANHA, entre outros. (...)
> h) Se nenhum dos argumentos anteriores for suficientemente convincente, o Direito Internacional ainda conhece e aplica o "Princípio Humanitário". (...)
> i) Ora, se, eventualmente, passados os seis meses a Requerente não retornar, é o caso do *(sic)* Juiz comunicar à "Autoridade Central", órgão do Ministério da Justiça no Brasil, encarregado da cooperação internacional em matéria penal, para que acione o congênere na Espanha (no ministério da Justiça), habituado e aparelhado a funcionar em razão dos tratados europeus, onde situações como esta é pura rotina. Assim, ela poderá cumprir a sua pena no seu país natal, perto de sua família, do modo a criar de uma melhor forma uma criança nascida no Brasil.

É mister o desenvolvimento de uma consciência plena das obrigações internacionais assumidas pelo Estado Brasileiro na proteção dos direitos humanos, irrompendo a necessidade de conhecer e manejar com proficiência o Direito Internacional dos Direitos Humanos, de dominar as especificidades que o mesmo apresenta, alargando o espectro de visão da dignidade da pessoa humana no seio do direito brasileiro, de modo a contemplar os direitos humanos internacionais e promover a sua aplicação efetiva no âmbito interno.[144]

O Direito Internacional dos Direitos Humanos se tem afirmado como ramo autônomo da ciência jurídica contemporânea. Situa-se no campo do Direito Internacional, mas apresenta particularidades tais que dele o distinguem, sobretudo pelo seu objeto menos abrangente: a proteção da pessoa humana no plano internacional – com seus inegáveis reflexos no plano nacional, naturalmente.

Pode ser conceituado o Direito Internacional dos Direitos Humanos como o conjunto de normas jurídicas internacionais dirigidas à proteção internacional do ser

---

[144] Oportuna é a admoestação de Maurício Andreiuolo Rodrigues: "Em tempos de Direito da Integração, os instrumentos clássicos que auxiliavam na solução concreta de questões internacionais se mostram insuficientes face às mudanças na formação dos Estados nacionais. O conceito de soberania estatal, como exemplo, vem se modificando a cada dia. Entretanto, é necessário ir além. O pensamento jurídico não pode se limitar ao direito posto, somente. Há que perquirir os valores a ele agregados. Munição farta para legitimar uma fundamentação razoável". Cf. RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. *Os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e a Constituição*, *In* TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 159.

humano, que formam um sistema jurídico próprio, de caráter supranacional, para a proteção da pessoa humana.

O conceito acima enunciado se harmoniza com os ensinamentos do eminente jurista Antônio Augusto Cançado Trindade em seu *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, que desponta, sem dúvida, como a obra de maior referência na doutrina brasileira sobre a matéria, por cuja autoridade merece transcrição:

> Trata-se essencialmente de um *direito de proteção*, marcado por uma lógica própria, e voltado à salvaguarda dos direitos dos seres humanos e não dos Estados. Neste propósito se mostra constituído por um *corpus juris* dotado de uma multiplicidade de instrumentos internacionais de proteção, de natureza e efeitos jurídicos variáveis (tratados e resoluções), operando nos âmbitos tanto global (Nações Unidas) como regional.
> Tal *corpus juris*, no plano substantivo, um conjunto de normas que requerem uma interpretação de modo a lograr a realização do objeto e propósito dos instrumentos de proteção que as consagram, e, no plano operacional, uma série de mecanismos (essencialmente, de petições ou denúncias, relatórios, e investigações) de supervisão ou controle que lhe são próprios. A conformação deste novo e vasto *corpus juris* vem atender uma das grandes preocupações de nossos tempos: assegurar a proteção do ser humano, nos planos nacional e internacional, em toda e qualquer circunstância.[145]

As especificidades do Direito Internacional dos Direitos Humanos desafiam a concepção clássica de Direito Internacional, baseada em ultrapassados conceitos como soberania e supremacia da Constituição – ao menos no que diz respeito à proteção da pessoa humana – e põem em xeque a tradicional visão da relação entre direito internacional e direito interno que tem fomentado as discussões em torno das doutrinas monista e dualista.[146]

Em verdade, tem sido mesmo comum entre os internacionalistas uma separação entre o estudo do Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional

---

[145] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I. Porto Alegre: Renovar, 1997, pp. 20-21.

[146] É bem oportuna a observação de Gustav Radbruch, comentando sobre o ultrapassado conceito de soberania que, durante muito tempo, constituiu verdadeiro dogma no direito internacional: "Assim, o quadro que o dogma da soberania nos pinta da vida jurídica dos Estados nas suas mútuas relações de coexistência, está longe de ser o duma comunidade jurídica entre sujeitos de direitos iguais, obrigados a um recíproco reconhecimento. Assemelha-se antes ao duma arena povoada de feras. Cada uma delas pretende para si todo o espaço em volta. Mas como nenhuma pode destruir ou expulsar as outras, daí resulta que todas se vêem obrigadas a tolerarem-se mutuamente, rodando continuamente em volta umas das outras, arreganhando os dentes e rugindo". RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução do Prof. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado – Editor, Sucessor, 1979, p. 377.

Geral. Percebe-se, por exemplo, que o tema da responsabilidade internacional do Estado é estudado em paralelo e de forma dissociada pelos cultores do Direito Internacional e pelos especialistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos.[147]

E, com efeito, os estudiosos do Direito Internacional dos Direitos Humanos reforçam essa segregação, no entendimento de que ela permitirá um alargamento da proteção dos direitos humanos pela adoção de teorias ainda não reconhecidas pelo Direito Internacional Geral – o "verdadeiro" Direito Internacional.[148]

Essa tendência segregacionista pode ser bem visualizada no preciso comentário de Bruno Simma, que assim se expressa:

> The separation of international human rights law from international law has been furthered by both sides. Mainstream international lawyers have tolerated, if not encouraged, the development of a system of segregation wehereby international human rights law has largely been kept separate from international law "proper". On the other hand, international human rights lawyers have generally accepted such a development since it enables them to operate within a more limited and thus manageable framework and permits them to apply less rigourous standards of legal analysis in order to support their desired policy positions. [149]

À parte essa problemática segregacionista, é inegável a realidade de que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, assim como o Direito Internacional Geral ou Comum, necessariamente interage com o direito interno de cada Estado. Focalizando

---

[147] RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos. Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos. Seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis. Teoria e prática do Direito Internacional*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2004, p. 10-18.

[148] Na expressão crítica de Bruno Simma, *apud* RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos. Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos. Seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis. Teoria e prática do Direito Internacional*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2004, p. 12.

[149] "A separação do direito internacional dos direitos humanos do direito internacional tem sido estimulada por ambos os lados. A maioria dos internacionalistas tem tolerado, se não encorajado, o desenvolvimento de um sistema de segregação onde o direito internacional dos direitos humanos tem sido mantido em larga medida separado do "verdadeiro" direito internacional. Por outro lado, os especialistas em direito internacional dos direitos humanos têm geralmente aceito o desenvolvimento desse sistema, na medida em que isto lhes proporciona um quadro mais limitado e, por isso, mais fácil de administrar, e lhes permite a aplicação de padrões menos rigorosos de análise legal para apoiar as suas desejadas posições políticas" (tradução livre). SIMMA, Bruno. *International Human Rights and General International Law: a comparative analysis*. *In*: Collected Courses of the Academy of European Law, vol. IV, Book 2, Netherlands: Kluwer Law International, 1995, p. 165, *apud* RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos. Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos. Seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis. Teoria e prática do Direito Internacional*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2004, p. 12, nota 17.

essa interação sob o prisma do Direito Constitucional, emerge questão histórica das mais tormentosas no direito pátrio – embora, a nosso ver, a solução está diáfana estampada diante de nossos olhos.

A referência feita versa sobre o conflito entre direito interno – inclusive quando se tratar de norma constitucional – e os tratados internacionais de direitos humanos, perquirindo qual norma deve prevalecer e ser aplicada em caso de contraposição. O problema tem sido descrito como polêmico e delicado, mas dele não se pode fugir sob pena de, sublimando-se a discussão, comprometer a efetividade do *non liquet* e a proteção da pessoa humana em toda a sua dimensão.

Na seara dos direitos humanos o dever do Estado de cumprir as obrigações internacionais por ele assumidas, nos tratados de que seja parte, também se faz presente, como se vê na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, preparada e adotada após a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos (realizada em San José de Costa Rica de 07 a 22 de novembro de 1969 – daí ser a Convenção conhecida também como Pacto de São José), que entrou em vigor em 18 de julho de 1978.

Reza o artigo 1º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

> Artigo 1. *Obrigação de respeitar os direitos*. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Na mesma esteira dos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, o artigo 2º da citada Convenção Americana sobre Direitos Humanos assim determina:

> Artigo 2. *Dever de adotar disposições de direito interno*. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições

> desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Resta claro, portanto, que as obrigações internacionais relativas à proteção dos direitos humanos podem impactar o seu ordenamento interno estatal, e isto é mesmo natural tendo em vista que a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional não podem ser vistas como estruturas estanques, mas devem ser percebidas sob uma perspectiva sistêmica a fim de que seja adequadamente compreendida a sua relação.

A uma, pois direito interno e direito internacional interagem necessariamente numa relação de **complementariedade**, e não de **concorrência**, visto que a diferença entre normas internas e normas internacionais não é propriamente de hierarquia, mas de natureza – o que muda é tão-somente a origem da norma, o seu *locus* de produção. [150]

A duas, porque a assunção de obrigações pelo Estado no âmbito internacional não descaracteriza essa manifestação de vontade como ato de soberania do Estado, como exercício do poder soberano estatal. E, com efeito, quando essa soberania é exercida no seio de uma organização internacional de que o Estado é membro, a única novidade é o cenário internacional em que foi tomada a decisão.

A três, tendo em vista que os destinatários das normas de proteção dos direitos humanos são, em última análise, os seres humanos onde quer que se encontrem, sejam essas normas de direito interno ou de direito internacional, isto é, tenham sido produzidas no âmbito estatal ou no âmbito internacional por meio de tratados.

A questão pode ser vista ainda sob outro prisma, na consideração de que no seio das organizações internacionais os Estados soberanos transferem poderes, delegam competências a essas organizações, entendidas como associações voluntárias de Estados

---

[150] A esse respeito, cf. VITORINO, António. *Protecção constitucional e protecção internacional dos direitos do homem: concorrência ou complementaridade?*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1993.

para a consecução de objetivos comuns, e que constituem um espaço institucionalizado para a tomada de decisões pelos Estados membros.

No caso da Organização dos Estados Americanos (OEA), por exemplo, as deliberações dos seus Estados membros, entre eles o Brasil, são obviamente atos de soberania, diferindo daqueles praticados em território nacional apenas pelo *locus* internacional em que são produzidos.[151]

Tomando como exemplo a decisão do Brasil em aderir ao Pacto de São José da Costa Rica e aceitar a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é incontestável que tal decisão se reveste da mais legítima autoridade de soberania estatal, sobretudo porque obedeceu estritamente ao processo constitucional interno para a sua efetivação.[152]

Na esteira da asserção da Corte Permanente de Justiça Internacional, por ocasião do julgamento do *Caso S.S. Wimbledon*, afirma-se sem embargo de dúvida que a decisão de aderir ao Pacto de São José e aceitar a competência contenciosa da Corte Interamericana é um direito do próprio Estado e se revela como verdadeiro atributo da soberania estatal. Assim enunciou aquele tribunal:

> The Court declines to see in the conclusion of any Treaty by which a State undertakes to perform or refrain from performing a particular act an abandonment of its sovereignty. No doubt any convention creating an obligation of this kind places a restriction upon the exercise of the sovereign rights of the State, in the sense that it requires them to be exercised in a certain

[151] A afirmação vai ao encontro da doutrina da internacionalização do Poder Constituinte, que "representa, efetivamente, uma reorganização, uma espécie de deslocamento em relação às categorias tradicionais do Direito Constitucional, com perda de autonomina da ordem jurídica estatal. Pois a internacionalização do Poder Constituinte pode ser entendida como a influência direta do Direito Internacional na produção de normas internas, cujos detinatários passam a sofrer os efeitos de uma escolha política que se realizou, também, no exterior das fronteiras estatais". Cf. CONI, Luís Cláudio. *A internacionalização do poder constituinte*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006, p. 71.

[152] O Estado Brasileiro aderiu ao Pacto de São José em 09/07/92, com o depósito da respectiva carta de adesão em 25/09/92, aprovada pelo Congresso Nacional mediante o Decreto Legislativo nº 27/92, tendo ela sido promulgada no território nacional pelo Decreto Presidencial nº 678, de 06/11/92. Por meio do Decreto Legislativo nº 89, de 03/12/1998, em resposta à Mensagem Presidencial nº 1070, de 07/09/1998, o Congresso Nacional autorizou a aceitação da competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos pela República Federativa do Brasil, o que se concretizou com a transmissão de Nota do Presidente da República ao Secretário-Geral da OEA, em 10 de dezembro de 1998.

> way. But the right of entering into international engagements is an attribute of State sovereignty. [153] (destaques nossos)

Portanto, o argumento da soberania estatal mostra-se frágil e inconsistente para obstar a interação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, não podendo ser aceito como óbice à implementação das decisões do sistema interamericano de direitos humanos no Brasil, mormente as sentenças da Corte Interamericana, que inclusive constituem título executivo na parte que determinar indenizações compensatórias. [154]

Urge a tomada de consciência de que os tempos são outros, e que o apego ao passado nesse contexto configura inconcebível retrocesso. Chega mesmo a causar espécie o anacronismo de certas colocações de algumas autoridades brasileiras, em absoluto descompasso com a realidade global contemporânea, na contra-mão dos direitos humanos.

É compreensível – embora de todo inaceitável e sem qualquer respaldo jurídico – a insistência de alguns incautos no argumento da soberania devido ao ranço da "doutrina militar da segurança nacional", como observou o Deputado Federal Nilson Mourão em seu Relatório de 08 de outubro de 2007 apresentado à Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional do Congresso Nacional, *verbis*:

> Pois bem, o governo brasileiro, até meados da década de 90, se recusava a emitir essas declarações e a se submeter ao crivo de cortes e comitês internacionais. Tal recusa repousava fundamentalmente no argumento de que o reconhecimento desses mecanismos significaria detestável renúncia de soberania, conforme apregoava a doutrina militar da segurança nacional. [155]

---

[153] "**A Corte se recusa a ver na conclusão de qualquer tratado pelo qual o Estado se compromete a praticar ou abster-se de praticar determinada conduta como um abandono de sua soberania**. Sem dúvida, qualquer convenção criando uma obrigação dessa natureza impõe ao Estado uma restrição ao exercício de seus direitos soberanos, no sentido de que essa obrigação exige que tais direitos sejam exercidos de certa maneira. Porém, **o direito de contrair obrigações internacionais é um atributo da soberania do Estado**" (tradução livre). Cf. PCIJ. *Case of the S.S. Wimbledon*. Judgment on August 17, 1923. Ser. A., nº 1, 1923, p. 11.

[154] Conforme estabelecido no Pacto de São José, em seu artigo 68, *verbis*: Artigo 68. (1) Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes. (2) A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

[155] CÂMARA DOS DEPUTADOS. Portal de Consulta da Tramitação das Proposições, disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/511650.pdf>, acesso em 08 jun. 2008, p. 4.

Insista-se que a primazia do ser humano constitui elemento central norteador de todo o sistema interamericano, e é fator determinante para a correta compreensão do sistema, cuja estrutura e funcionamento se voltam para a integral proteção da pessoa humana, o que será visto por meio da análise da jurisprudência da Comissão e da Corte Interamericanas de Direitos Humanos.

Finalmente, conforme se verificará no bojo do presente trabalho, não se pode olvidar como é vista a interação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos na jurisprudência interamericana, com direcionamento para os casos examinados pela Comissão e pela Corte Interamericanas de Direitos Humanos, sobretudo em que a responsabilidade internacional do Estado foi verificada por incompatibilidade entre o seu direito interno e o direito internacional dos direitos humanos.

Nisso é que, precisamente, consistirá a construção da tese do controle de convencionalidade no sistema interamericano como mecanismo de responsabilização internacional do Estado por violação de direitos humanos.

1.4. A Organização dos Estados Americanos e os direitos humanos

Antes de adentrar a proteção dos direitos humanos no âmbito da Organização dos Estados Americanos, cumpre observar que, como reflexo do esforço mundial para conter os horrores havidos durante a 2ª Grande Guerra, foi estabelecida a Organização das Nações Unidas (ONU), em considerável avanço histórico na consolidação do Direito Internacional e da própria ideia de uma sociedade internacional regida, na medida do possível, por valores e ideais comuns de fraternidade e solidariedade.

Com a criação da ONU, concretamente começou a modificar-se a antiga concepção westfaliana de "sistema internacional", dominante desde o estabelecimento da Liga das Nações, onde o Estado soberano era o único sujeito de direito, norteado basicamente pelos eflúvios da soberania, autodeterminação do Estado, igualdade entre as Partes Contratantes e reciprocidade entre os Estados no cumprimento das obrigações.[156]

Instaura-se, assim, a Organização das Nações Unidas na esfera global, com mecanismos de defesa, promoção e proteção aos direitos humanos, formando um conjunto de instrumentos internacionais conhecido como **sistema universal de proteção dos direitos humanos**, que se funda precipuamente na Carta de São Francisco, tratado internacional de constituição da ONU assinado em 1945, e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada em 1948, ambos na Califórnia, Estados Unidos da América.

O sistema universal de proteção dos direitos humanos conta com vários tratados internacionais de cunho global, dentre os quais merecem destaque o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, e respectivo Protocolo Adicional, e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os quais ao lado da Declaração Universal de Direitos Humanos formam a chamada Carta Internacional de Direitos Humanos (*International Bill of Rigths*).[157]

---

[156] "O chamado 'sistema internacional westfaliano' é o sistema do Direito e das relações internacionais que emergiu do Tratado de Westfália, de 1648, pondo fim à Guerra dos Trinta Anos e selando a paz na Europa por meio de um instrumento jurídico destinado a regular as relações interestatais.". ALVES, José Augusto Lindgren. *A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*. Coleção Juristas da Atualidade (Coord. Hélio Bicudo). São Paulo: FTD, 1997, pp. 14-15.

[157] Outros tratados multilaterais de proteção aos direitos humanos no contexto global da ONU podem ser mencionados: a) Convenção contra a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, b) Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, c) Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, d) Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, e) Convenção sobre os Direitos da Criança, f) Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, g) Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e Membros das duas Famílias, entre outros.

Esses dois Pactos foram originalmente idealizados como um tratado único, que traria força vinculativa às disposições da Declaração Universal de Direitos Humanos, mas findaram por constituir instrumentos separados face à pressão dos países ocidentais, como registra Manfred Novak:

> Originally, the United Nations evisaged only one general human rights treaty to give binding force to the provisions of the Universal Declaration. During the early years of the Cold War, the Western States succeeded, however, in their demand for *two separate Covenants* with two different State obligations and different monitoring bodies and procedeures. In their view only civil and political rights of the so-called 'first-generation' were genuine human rights that could be guaranteed immediately and implemented by judicial procedures, whereas the economic, social and cultural rights of the so-called 'second-generation' were only considered as 'programme rights'.[158]
> (itálico no original)

Existem também **sistemas regionais de proteção dos direitos humanos**, como fruto de acordos internacionais para a proteção dessa categoria de direitos na Europa, nas Américas e no continente Africano, cuja *ratio* repousa na maior homogeneidade cultural e institucional de seus membros, proporcionando o fortalecimento da universalidade dos direitos humanos dentro da realidade dos sistemas jurídicos de cada Estado membro.

Em verdade, alguns elementos dos sistemas regionais são cronologicamente anteriores aos instrumentos internacionais da ONU, a exemplo da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, adotada alguns meses antes da Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948, o que demonstra a relação não de rivalidade mas de complementaridade entre os sistemas universal e regionais.[159]

---

[158] "Originalmente, as Nações Unidas conceberam um único tratado geral de direitos humanos para dar força obrigatória às disposições da Declaração Universal de Direitos Humanos. Porém, durante os primeiros anos da Guerra Fria os Estados ocidentais lograram êxito em sua pretensão de *dois Pactos separados* com duas diferentes obrigações para os Estados e diferentes órgãos e procedimentos de monitoramento. Na sua visão, apenas os direitos civil e politicos da chamada 'primeira geração' eram genuínos direitos humanos que poderiam ser garantidos imediatamente e implementados por procedimentos judiciais, enquanto os direitos econômicos, sociais e culturais da chamada 'segunda geração' eram apenas considerados como 'direitos programáticos'." (tradução livre). NOVAK, Manfred. *The International Covenant on Civil and Political Rights*, *In* HANSKI, R., SUKSI, M. (Eds.). *An introduction to the international protection of human rights: A Textbook*, Åbo, Åbo Akademi University, second, revised edition, 2000, p. 83.

O mais desenvolvido dentre os sistemas regionais de direitos humanos é o **sistema europeu**, criado sob os auspícios do Conselho da Europa e que se fulcra na Convenção para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, conhecida abreviadamente como Convenção Europeia de Direitos Humanos, assinada em Roma em 1950 e vigente desde 1953, a partir do depósito do 10º instrumento de ratificação, enquadrando-se no "movimento de dotar a Europa de uma carta comum de direitos e liberdades que resuma os valores políticos e culturais das democracias ocidentais".[160]

Originalmente, a Convenção Europeia previa o funcionamento da Comissão Europeia de Direitos Humanos *pari passu* com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, sediado na cidade francesa de Estrasburgo. Todavia, com o Protocolo nº 11/98 a Comissão foi absorvida pela Corte Europeia, passando esta a constituir o principal tribunal de direitos humanos do continente europeu, ligado ao Conselho da Europa, organização internacional intergovernamental de importância estratégica para esse continente.

O **sistema africano** é o mais incipiente, mas conta com um dos instrumentos mais avançados para a proteção dos direitos humanos: a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (Carta de Banjul), aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana (OUA) em Banjul, Gâmbia, em janeiro de 1981, e adotada pela XVIII Assembléia dos Chefes de Estado e Governo dessa Organização em Nairóbi, Quênia, em 27 de julho de 1981.[161]

---

[159] A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem Digno de nota é que a Assembleia Geral da OEA, em sua terceira sessão plenária realizada em 2 de junho de 1998, por meio da Resolução AG/RES. 1591 (XXVIII-O/98) recomendou a mudança do título da Declaração Americana, de modo a fazer inserir "pessoas" no lugar de "homem", passando ela a denominar-se Declaração Americana dos Direitos e Deveres das Pessoas.

[160] BARRETO, Irineu Cabral. *A convenção europeia dos direitos do homem anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 29.

[161] A Carta de Banjul entrou em vigor em 21 de outubro de 1986 depois da sua ratificação por 26 Estados membros da Organização da Unidade Africana (OUA), posteriormente sucedida pela União Africana (UA) por obra do Ato Constitutivo de 11 de julho de 2000, em Lome, na República de Togo.

Inicialmente existia apenas a Comissão Africana de Direitos Humanos, nos moldes da antiga Comissão Européia de Direitos Humanos e da atual Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A Comissão Africana foi temporariamente instalada em Addis Ababa, Etiópia, e posteriormente transferida para Banjul, Gâmbia. Mais tarde, a entrada em vigor de um Protocolo à Carta de Banjul fez nascer a Corte Africana de Direitos Humanos, estabelecida em Arusha, Tanzânia.[162]

O **sistema interamericano**, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), teve suas bases lançadas precipuamente no tratado celebrado na IX Conferência Internacional Americana na cidade de Bogotá, Colômbia, em 1948, denominado Carta da OEA ou Carta de Bogotá, tratado que instituiu a Organização,[163] regendo-se pelas diretrizes traçadas pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, assinada na mesma Conferência.

Todos os trinta e cinco países americanos integram a OEA como Estados membros, quais sejam: Antigua e Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belize¸ Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Equador, El Salvador, Estados Unidos, Granada, Guatemala, Guyana, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Santa Lúcia, São Cristóvão e Névis, São Vicente e Granadinas, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai, Venezuela.[164]

Em relação à Organização das Nações Unidas, a OEA funciona como agência regional. Além dos Estados membros que a integram, atuam junto a ela, na condição de

[162] Um novo Protocolo, ainda em discussão, prevê a criação da Corte Africana de Justiça, que absorverá a Corte Africana de Direitos Humanos e terá estendida a sua jurisdição para outros assuntos para além dos direitos humanos, no âmbito da União Africana.

[163] A Carta de Bogotá (1948) foi sucessivamente reformada pelos Protocolos de Buenos Aires (1967), Cartagena das Índias (1985), Washington (1992) e Manágua (1993).

[164] Dos trinta e cinco Estados membros da Organização dos Estados Americanos, os Estados fundadores que em 30 de abril de 1948 assinaram a Carta de Bogotá são os seguintes: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Equador, El Salvador, Estados Unidos da América, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela. A lista com todos os Estados membros da OEA está disponível no sítio oficial da Organização na Internet, no seguinte endereço: <http://www.oas.org/documents/eng/memberstates.asp>, acesso em 25 jul. 2008.

observadores permanentes, a União Europeia, a Santa Sé e, até a presente data, cinquenta e nove Estados não americanos.[165]

A OEA apresenta peculiaridades em função da realidade própria das Américas, sobretudo considerando as oscilações entre regimes democráticos e autoritários no seio dos Estados americanos. Na atualidade, pode-se dizer que todos os governos nas Américas foram eleitos democraticamente, à exceção de Cuba. [166]

Cuba ainda vivencia nos dias de hoje experiência autoritária, sob o comando de Raul Castro, irmão e sucessor de Fidel Castro, que renunciou à presidência em 19 de fevereiro de 2008. Por essa razão, apesar de Cuba ainda integrar a OEA como Estado membro, seu atual governo está suspenso da Organização desde 1962. [167]

O levantamento dessa suspensão está condicionado à implementação no país de um regime democrático. A exclusão do atual governo de Cuba se deu conforme deliberação na Oitava Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, no âmbito da OEA, realizada em Punta del Este, Uruguai, de 22 a 31 de janeiro de 1962, por meio da Resolução VI. [168]

---

[165] Alemanha, Algéria, Angola, Arábia Saudita, Armênia, Áustria, Azerbaijão, Bélgica, Bósnia e Herzegovina, Bulgária, Catar, Cazaquistão, Coreia, China, Croácia, Chipre, Dinamarca, Egito, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Filipinas, Finlândia, França, Gana, Geórgia, Guiné Equatorial, Grécia, Holanda, Hungria, Iêmen, Índia, Irlanda, Islândia, Israel, Itália, Japão, Letônia, Líbano, Luxemburgo, Marrocos, Nigéria, Noruega, Paquistão, Polônia, Portugal, República Checa, República Sérvia, Romênia, Rússia, Suécia, Suíça, Sri Lanka, Tailândia, Tunísia, Turquia, Ucrânia e Reino Unido. A lista dos observadores permanentes da OEA está disponível no sítio oficial da Organização na Internet, no seguinte endereço: <http://www.der.oas.org/list_observers.html>, acesso em 25 jul. 2008.

[166] No contexto das oscilações entre os regimes democráticos e autoritários, e a importância de uma efetiva participação política do povo, cf. SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002; MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? : a questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2ª ed., 2000; entre outros.

[167] Considera-se aqui a acepção de democracia formal, fugindo dos objetivos do presente trabalho tecer maiores considerações acerca do regime vigente em Cuba. É fato, porém, que o seu atual governo está suspenso da participação na OEA, muito embora no âmbito do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos a Comissão Interamericana continua a monitorar a situação dos direitos humanos naquele país.

[168] A Resolução VI assim dispôs em sua parte deliberativa: "1.Que a adesão de qualquer membro da Organização dos Estados Americanos ao marxismo-leninismo é incompatível com o Sistema Interamericano e que a filiação desse governo ao bloco comunista destrói a unidade e a solidariedade do Hemisfério; 2.Que o atual Governo de Cuba, oficialmente identificado como governo marxista-leninista, é incompatível com os princípios e propósitos do Sistema Interamericano; 3.Que essa incompatibilidade exclui o atual Governo de Cuba da participação no Sistema Interamericano". *In* Pró-Memória: A Situação de Cuba na OEA e a Proteção dos Direitos Humanos, OEA/Ser.G, CP/CG-1527/03, 25 abril 2003.

A Carta de Bogotá, celebrada na IX Conferência Internacional Americana ocorrida na Colômbia, em 1948, sofreu emendas pelo Protocolo de Buenos Aires, em 1967, pelo Protocolo de Cartagena das Índias, em 1985, pelo Protocolo de Washington, em 1992, e finalmente pelo Protocolo de Manágua, em 1993.

A teor do artigo 53 da sua Carta, a Organização dos Estados Americanos realiza os seus fins por intermédio de oito órgãos – com a possibilidade da criação de órgãos subsidiários, organismos e outras entidades que forem julgados necessários – quais sejam: 1) a Assembleia Geral, 2) a Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, 3) os Conselhos, 4) a Comissão Jurídica Interamericana, 5) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 6) a Secretaria-Geral, 7) as Conferências Especializadas, e 8) os Organismos Especializados.

À Assembleia Geral, órgão soberano da OEA, tocam atribuições ligadas às ações e políticas gerais da Organização, bem como ao estabelecimento de normas para a coordenação de suas atividades e colaboração com outras entidades, abrangendo todos os seus Estados membros.[169]

Caberá à Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores a consideração de problemas de natureza urgente e de interesse comum para os Estados americanos, servindo de órgão consultivo para que a Organização possa deliberar. Hipótese de convocação da Reunião de Consulta é, por exemplo, a ocorrência de ataque armado ao território de um Estado americano.[170]

Todos os Estados membros têm o direito de fazer-se representar, com direito a voto, no Conselho Permanente da Organização e no Conselho Interamericano de Desenvolvimento Integral, os quais são diretamente dependentes da Assembleia Geral e têm sua competência definida na Carta e em outros instrumentos interamericanos, além

[169] Arts. 54 a 60 da Carta da OEA.
[170] Arts. 61 a 69 da Carta da OEA.

das que lhes forem confiadas pela própria Assembleia Geral e pela Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores.[171]

A Comissão Jurídica Interamericana, sediada na cidade do Rio de Janeiro, representa o conjunto dos Estados membros da OEA. Compõe-se de onze juristas nacionais dos Estados membros, eleitos dentre listas tríplices apresentadas pelos Estados para mandato de quatro anos, funcionando como corpo consultivo da Organização em assuntos jurídicos, cabendo-lhe, entre outras atribuições, promover o desenvolvimento progressivo e a codificação do direito internacional.[172]

À Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi destinado um único artigo na Carta da OEA (art. 106), o qual lhe comete a função precípua de promover o respeito e a defesa dos direitos humanos, atribuindo-se-lhe natureza de órgão consultivo em tal matéria. Porém, a teor do art. 91, letra "f", que trata das atribuições do Conselho Permanente da Organização, depreende-se que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos pode elaborar relatórios para consideração pelo Conselho Permanente, o qual apresentará à Assembleia Geral as observações e recomendações que julgar pertinentes.

Não se pense que a Carta da OEA menosprezou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos ao destinar-lhe apenas um artigo. Pelo contrário, dado o seu papel fundamental na promoção do respeito e defesa dos direitos humanos, dispôs que uma "convenção interamericana sobre direitos humanos estabelecerá a estrutura, a competência e as normas de funcionamento da referida Comissão, bem como as dos outros órgãos encarregados de tal matéria." [173]

---

[171] Arts. 70 a 98 da Carta da OEA. Como já registrado, excetua-se o Estado Cubano.

[172] Arts. 99 a 105 da Carta da OEA. Sobre a codificação do Direito Internacional, registra-se também a existência da Comissão de Direito Internacional, órgão ligado à Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, cujos trabalhos, no âmbito universal da ONU, têm subsidiado a atuação dos demais órgãos no âmbito regional, como a Comissão Jurídica Interamericana. Vale observar que os relatórios, projetos e comentários da Comissão de Direito Internacional detêm a mesma autoridade da doutrina dos publicistas no âmbito do direito internacional, como anota Ian Brownlie: *"Sources analogous to the writings of publicists, and at least as authoritative, are the draft articles produced by the International Law Commission (...)*". BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. 6th ed., New York: Oxford University Press, 2003, p. 24

[173] Art. 106, *in fine*.

De fato, assim o fez a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em 22 de novembro de 1969 na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, na cidade de San José, na Costa Rica, conforme se verá com mais profundidade adiante.

A Secretaria-Geral, órgão central e permanente da OEA, é dirigida pelo Secretário-Geral, o qual é eleito pela Assembleia Geral para mandato de cinco anos, permitida uma reeleição, não podendo ser sucedido por pessoa da mesma nacionalidade. Poderá levar à atenção da Assembleia Geral ou do Conselho Permanente qualquer assunto que, a seu juízo, possa afetar a paz e a segurança nas Américas, bem como o desenvolvimento dos Estados membros da Organização.

Além das funções que lhe atribuam a Carta da OEA, a Secretaria-Geral exercerá as que lhe confiarem outros tratados e acordos interamericanos e a Assembleia Geral, devendo cumprir os encargos de que for incumbida pela Assembleia Geral, pela Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores e pelos Conselhos. [174]

As Conferências Especializadas são reuniões intergovernamentais realizadas por determinação da Assembleia Geral ou da Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, por iniciativa própria ou a pedido de algum dos Conselhos ou Organismos Especializados, e se destinam a discutir assuntos técnicos especiais ou aspectos relativos à cooperação interamericana. [175] Os Organismos Especializados, por sua vez, são organismos intergovernamentais estabelecidos por acordos multilaterais, atuando em matérias técnicas de interesse comum para os Estados americanos.[176]

Cumpre, enfim, destacar que a Organização dos Estados Americanos não é uma organização internacional de natureza supranacional, como o é a União Europeia; porém, a Organização instituiu, pela vontade de seus Estados membros, um sistema

[174] Arts. 107 a 121 da Carta da OEA.
[175] Arts. 122 e 123 da Carta da OEA.
[176] Arts. 124 e 130 da Carta da OEA.

interamericano de direitos humanos que tem, este sim, caráter de supranacionalidade, pois a proteção dos direitos humanos transcende os interesses estatais, calcados na soberania, para fundar-se na dignidade da pessoa humana, que pertence ao domínio do *jus cogens* internacional.

2. O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

2.1. O tríplice regime de proteção no sistema interamericano

Existe um **tríplice regime jurídico** para os membros da Organização dos Estados Americanos, com consequências jurídicas distintas para cada Estado conforme seja ou não parte do Pacto de São José da Costa Rica e, para além disso, haja ou não aceito expressamente a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A **primeira posição jurídica** nesse tríplice regime diz respeito aos Estados membros da OEA que não ratificaram o Pacto de São José e, por isso, não estão submetidos às disposições nele contidas. Ainda assim, estão sujeitos ao monitoramento da Comissão Interamericana, que supervisionará a proteção dos direitos humanos nesses Estados com base na Carta da OEA e na Declaração Americana de Direitos Humanos.

Estará a Comissão atuando, nessa primeira situação, como órgão da OEA cujas funções derivam da própria Carta da Organização e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Isto porque a Carta da OEA assim dispôs, em seus artigos 106 e 145: [177]

> Artigo 106.
> Haverá uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos que terá por principal função promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria.
> Uma convenção interamericana sobre direitos humanos estabelecerá a estrutura, a competência e as normas de funcionamento da referida Comissão, bem como as dos outros órgãos encarregados de tal matéria.
>
> Artigo 145.
> Enquanto não entrar em vigor a convenção interamericana sobre direitos humanos a que se refere o Capítulo XV, **a atual Comissão Interamericana de Direitos Humanos velará pela observância de tais direitos**.

[177] Artigos em sua redação original, conforme texto da Carta da OEA aprovado na IX Conferência Internacional Americana na cidade de Bogotá, Colômbia, em 1948.

Essas normas atribuíram à Comissão Interamericana a competência de velar pelos direitos humanos, e esses direitos aqui referidos não poderiam ser outros senão os enunciados e definidos na Declaração Americana de 1948, época da redação da Carta da OEA, conforme assentado pela Corte Interamericana em seu Parecer Consultivo OC-10/1989, de 14 de julho de 1989:

> Puede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA.[178]

Tal entendimento é corroborado pelo teor do artigo 1º do Estatuto da Comissão, que assim reza:

> Artigo 1.
> 1. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um órgão da Organização dos Estados Americanos criado para promover a observância e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização nesta matéria.
> 2. Para os fins do presente Estatuto, por direitos humanos se entende:
> a. os direitos definidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos com relação aos Estados Partes na mesma;
> b. os direitos consagrados na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, com relação aos demais Estados membros. [179]

Ademais, a dualidade de funções da Comissão Interamericana ficou ainda mais evidenciada quando, em outubro de 1979, a Assembléia Geral da OEA aprovou o novo Estatuto da Comissão, conferindo-lhe atribuições dirigidas à sua atuação com relação aos

---

[178] "Pode considerar-se então que, como interpretação autorizada, os Estados membros têm entendido que a Declaração contém e define aqueles direitos humanos esenciais aos quais a Carta se refere, de modo que não se pode interpretar e aplicar a Carta da Organização em matéria de direitos humanos, sem integrar as suas normas pertinentes com as correspondentes disposições da Declaração, como resulta da prática seguida pelos órgão da OEA" (tradução livre). Cf. Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989**.** Serie A, nº 10, § 43.

[179] Estatuto aprovado pela Resolução nº 447, adotada pela Assembleia Geral da OEA em seu Nono Período Ordinário de Sessões, celebrado en La Paz, Bolívia, em outubro de 1979. Ademais, os artigos 18 e 20 desse mesmo Estatuto enumera, expressamente, as atribuições da Comissão Interamericana que se dirigem à sua atuação com relação aos Estados membros da OEA que não são Partes do Pacto de São José.

Estados membros da Organização que não sejam Partes do Pacto de São José, a teor dos artigos 18 e 20 desse mesmo Estatuto.[180]

Digno de registro é que já se questionou a obrigatoriedade ou vinculatividade das disposições contidas na Declaração Americana, pelo fato de a mesma não constituir um tratado internacional, o que a identificaria como mera *soft law* sem a normatividade da tradicional *hard law*. Impende de logo esclarecer alguns pontos a respeito.

O maior traço distintivo entre *hard law* e *soft law* reside precisamente no caráter mais ou menos vinculante de um ato jurídico internacional. São tradicionalmente reputadas como *hard law* as fontes formais do Direito Internacional correspondentes aos tratados e ao costume internacional, em contraste com outras disposições internacionais de valor normativo mais limitado sem aptidão para criar obrigações jurídicas.[181]

Inventariando as várias categorias encontradas na literatura sobre *soft law*, Salem Hikmat Nasser enunciou alguns conceitos possíveis:

> 1. normas, jurídicas ou não, dotadas de linguagem vaga, ou de noções com conteúdo variável ou aberto, ou que apresentam caráter de generalidade ou principiológico que impossibilite a identificação de regras específicas e claras;
>
> 2. normas que prevêem, para os casos de descumprimento, ou para a resolução de litígios delas resultantes, mecanismos de conciliação, mediação, ou outros, à exceção da adjudicação;
>
> 3. atos concertados, produção dos Estados, que não se pretende sejam obrigatórios. Sob diversas formas e nomenclaturas, esses instrumentos têm em comum uma característica negativa: em princípio, todos eles não são tratados.
>
> 4. as resoluções e decisões dos órgãos das organizações internacionais, ou outros instrumentos por elas produzidos, e que não são obrigatórios;

---

[180] "Art. 18. A Comissão tem as seguintes atribuições com relação aos Estados membros da Organização: (...)"; "Art. 20. Com relação aos Estados membros da Organização que não são Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Comissão terá, além das atribuições assinaladas no artigo 18, as seguintes: (...)".

[181] Salem Hikmat Nasser, citando Salmon, registra um usual conceito genérico de *soft law*: *"Règles don la valeur normative serait limitée soi parce que les instruments qui les contiennent ne seraient pas juridiquement obligatoires, soit parce que les dispositions en cause, bien que figurant dans un instrument contraignant, ne créeraient pas d'obligations de droi positif, ou ne créeraient que des obligations peu contraignantes"* (tradução livre: "Regras cujo valor normativo seria limitado, seja porque os instrumentos que as contêm não seriam juridicamente obrigatórios, seja porque as disposições em causa, ainda que figurando em um instrumento constringente, não criariam obrigações de direito positivo, ou não criariam senão obrigações pouco constringentes"). Cf. NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 25, nota de rodapé 8.

> 5. instrumentos preparados por entes não estatais, com a pretensão de estabelecer princípios orientadores do comportamento dos Estados e de outros entes, e tendendo ao estabelecimento de novas normas jurídicas. [182]

À primeira vista, a Declaração Americana de Direitos Humanos poderia ser identificada como *soft law*, enquadrando-se no conceito do item 3 referido por Nasser, por ser uma produção de Estados que não se reveste da formalidade de um tratado internacional. Porém, afirma-se sem embargo de dúvida que ela não se resume a uma mera declaração internacional que enuncia princípios (*soft law*); antes, goza de força convencional (*hard law*) por equiparação.

É que, apesar de ter nascido sob a roupagem de *soft law*, a Declaração Americana é instrumento jurídico de interpretação da Carta da OEA, tratado que instituiu a Organização, e por isso mesmo se reveste da mesma força normativa vinculativa que tem o tratado a cuja interpretação se dirige.

Isso já foi reconhecido reiteradamente pela Assembleia Geral da Organização, a exemplo da sua Resolução 314 (VII-0/77) de 22 de junho de 1977, da sua Resolução 371 (VIII-0/78) de 01 de julho de 1978, e da sua Resolução 370 (VIII-0/78) de 01 de julho de 1978.[183] É também *jurisprudence constante* na Comissão e na Corte

---

[182] NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 25. Na leitura de Guido Fernando Silva Soares, "...a oposição *soft law* versus *hard law* indicaria um contraste entre duas realidades coexistentes e que se auto-implicam: tanto se encontra presente o fator tempo (a *hard law* seria um produto acabado, ao final de uma evolução geracional ao longo do tempo, portanto, a norma terminada em sua inteireza, e *soft* seria um vir a ser, um ato em potência, um ato de vontade dos Estados, que aspira a tornar-se uma norma), quanto o fator finalidade (na *hard law*, os Estados estabelecem obrigações jurídicas fortes, para serem efetivamente cumpridas, e na *soft law* existem normas jurídicas, mas seu cumprimento é meramente recomendado aos Estados, que podem, inclusive, não cumpri-las sem que haja sanções aplicáveis aos inadimplentes)". SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público. Volume I*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 137.

[183] Na Resolução 314 (VII-0/77) de 22 de junho de 1977, a Assembleia Geral da OEA encomendou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos a elaboração de um estudo no qual constasse a obrigação de cumprir os compromissos previstos na Declaração Americana; na Resolução 371 (VIII-0/78) de 01 de julho de 1978, reafirmou seu compromisso de promover o cumprimento da Declaração Americana; e, na Resolução 370 (VIII-0/78) de 01 de julho de 1978, referiu-se aos compromissos internacionais de respeitar os direitos humanos reconhecidos pela Declaração Americana por um Estado Membro da Organização.

Interamericanas de Direitos Humanos que a Declaração Americana constitui fonte de obrigações legais para todos os Estados membros da OEA.[184]

A esse respeito a Corte Interamericana asseverou que todos os Estados membros da OEA, sejam ou não partes do Pacto de São José da Costa Rica, estão vinculados aos compromissos previstos na Declaração Americana, pois a circunstância de serem partes do Pacto não os exime das obrigações internacionais contidas na Declaração, por constituir ela um instrumento de interpretação da Carta da Organização dos Estados Americanos.[185]

Enfim, pode-se ainda destacar o *Caso 9247* perante a Comissão Interamericana envolvendo os Estados Unidos da América (Estado membro da OEA, mas não ratificante do Pacto de São José). A Comissão afirmou que, em decorrência das obrigações contidas nos artigos 3(j), 16, 51(e), 112 e 150 da Carta da OEA, as disposições de outros instrumentos da Organização adquiriram "força obrigatória", a exemplo do seu Estatuto e Regulamento e da Declaração Americana de 1948.[186]

Uma **segunda situação possível** é que o Estado, além de membro da OEA, seja parte do Pacto de São José da Costa Rica, tendo-o ratificado ou a ele aderido. Assim, continuará esse Estado a ser monitorado pela Comissão Interamericana, mas agora, além da Carta da OEA e da Declaração Americana, o Pacto de São José também será

---

[184] Cf. Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989**.** Serie A, nº 10, §§ 35-45; Caso 9647 *(James Terry Roach e Jay Pinkerton v. Estados Unidos)*, Resolução 3/87, de 22 de setembro de 1987, Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1986-87, paras. 46-49. Para exemplos de decisões em que a Comissão proclamou violações da Declaração Americana perpetradas por Estados membros da OEA que não são parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cf. Caso 1742 (Cuba), maio de 1975, Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1975; Caso 10.116 *(Maclean v. Suriname)*, Resolução nº 18/89, Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1988-1989; Caso 12.067 *(Michael Edwards et al. v. Bahamas)*, Relatório nº 48/01, Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2000; Caso 12.243 *(Garza v. United States)*, Relatório nº 52/01, Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2000.

[185] Cf. Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989**.** Serie A, nº 10, § 43 a 46.

[186] A Comissão entendeu por "direitos humanos" tanto os direitos definidos no Pacto de São José quanto os previstos na Declaração Americana de 1948, e, como "órgão autônomo" da OEA, afirmou que as disposições sobre direitos humanos na Declaração Americana tinham caráter normativo.

referência normativa para a atuação da Comissão, que aplicará os dispositivos do Pacto de modo a concretizar os direitos nele previstos com relação ao Estado parte.

O Pacto de São José da Costa Rica constitui importante marco no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, e demonstra a coordenação existente entre os sistemas regionais de proteção e o universal, no âmbito da Organização das Nações Unidas. Nesse contexto, na fase preparatória da Convenção restou evidente tal noção de coordenação, e não de competição, diante da recusa por parte dos Estados Americanos de uma distinção radical entre universalismo e regionalismo.[187]

Entre outros direitos protegidos pelo Pacto de São José, destacam-se os seguintes: direito à vida, direito à integridade pessoal, direito a não ser escravizado, direito à liberdade de locomoção, direito a garantias judiciais, direito a indenização por erro judiciário, direito à honra e dignidade, direito à liberdade de crença religiosa, direito à liberdade de expressão, pensamento e resposta, direito à liberdade de reunião e associação, direito à nacionalidade, direito à igualdade, direito à propriedade privada, direito ao nome, direitos políticos.[188]

Ademais, os Estados enquadrados nesse segundo regime jurídico de proteção dos direitos humanos são diretamente alcançados pela competência consultiva da Corte

---

[187] "A esse respeito, assim se pronunciou a Corte Interamericana de Direitos Huamanos: "Igualmente, na fase preparatória ficou evidenciada a oposição da maioria das partes a considerar, nesta matéria, uma distinção radical entre universalismo e regionalismo. Em efeito, a propósito da abertura para assinatura do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e do Protocolo Facultativo deste último, concebidos dentro do marco da ONU, o Conselho da OEA, em junho de 1967, consultou aos Estados Membros da Organização se devia prosseguir a preparação de uma convenção americana, não obstante a aprovação daqueles instrumentos pelas Nações Unidas. Dez dos doze Estados que responderam a consulta se inclinaram pela continuação dos trabalhos preparatórios dessa Convenção, dentro da ideia de que a mesma se coordenaria com as disposições dos pactos aprovados pela Assembleia Geral da ONU. Como resultado desta consulta, celebrou-se finalmente a Conferência Interamericana Especializada sobre Direitos Humanos, na Costa Rica, em novembro de 1969. De modo que, então, também os trabalhos preparatórios revelam a tendência a integrar o sistema regional com o universal, que já se havia advertido na própria Convenção" (tradução livre do original em espanhol). Cf. Corte IDH. *"Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de *1982*. Série A, nº 1, § 47.

[188] É importante destacar que o Pacto de São José da Costa Rica é o único tratado internacional a enunciar, até o momento, que o direito à vida deve ser protegido desde a concepção: "Artigo 4. Direito à vida. 1.Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente".

Interamericana, obrigatória a todo Estado parte do Pacto de São José em decorrência da tão-só condição de parte no tratado. Estarão, assim, vinculados aos Pareceres Consultivos da Corte, como são chamados os pronunciamentos do tribunal emitidos no exercício de sua competência consultiva.

Anote-se que os Estados membros da OEA que não sejam partes do Pacto de São José (enquadrados no primeiro regime) podem também ser alcançados pela competência consultiva da Corte, por via reflexa, na hipótese de aplicação pela Comissão das diretrizes contidas nos Pareceres Consultivos da Corte, quando a Comissão apreciar denúncias a ela formuladas contra os Estados membros da OEA. Isto porque, no exercício da competência consultiva, a Corte emite pareceres gerais e não decide casos concretos.[189]

A **terceira posição jurídica**, a conferir uma mais ampla e completa proteção dos direitos humanos, é aquela em que o Estado parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos haja reconhecido como obrigatória a competência contenciosa da Corte Interamericana, aceitando submeter-se a seus julgamentos e acatar suas sentenças.

Assim, para além das implicações decorrentes dos dois regimes anteriores, estarão ainda submetidos à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana os Estados partes do Pacto de São José que a houverem expressamente aceito, mediante declaração formal e inequívoca nesse sentido, a teor do artigo 62(1) do Pacto. [190]

O Estado membro da OEA que se incluir nesse terceiro regime jurídico estará proporcionando aos indivíduos sob sua jurisdição a mais ampla garantia de seus direitos humanos, completamente integrado aos mecanismos de proteção do sistema interamericano e em franca elevação dos seus padrões de proteção à pessoa humana.

[189] Cf. os itens 2.3.1 e 2.3.2 no capítulo 2 desta tese, que examinam com maior profundidade as competências consultiva e conteciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

[190] Artigo 62(1). Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

Isso implica dizer, em outras palavras, que o Estado parte submetido à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana revela o firme compromisso de respeitar e proteger os direitos consagrados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, demonstrando de forma irrestrita o seu pendor para a valorização do ser humano. [191]

2.2. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Inicialmente, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi instituída como órgão de supervisão da Carta da OEA e da Declaração Americana de 1948, prevendo o artigo 106 da Carta que uma convenção interamericana sobre direitos humanos disporia sobre a estrutura, a competência e as normas de funcionamento dessa Comissão.

Essa previsão do artigo 106 se concretizou alguns anos mais tarde, com a assinatura em 22 de novembro de 1969, na cidade de São José, na Costa Rica, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Ao entrar em vigor a Convenção Americana, em 19 de julho de 1978, passou a Comissão a funcionar cumulativamente como órgão de supervisão dessa mesma Convenção, sem prejuízo de sua competência anterior sobre os países que não são partes desse instrumento.[192]

A Comissão, desta feita, supervisiona todos os Estados membros da OEA quanto aos direitos elencados na Declaração Americana, com base na própria Carta desta Organização, e supervisiona ainda os Estados partes do Pacto de São José quanto aos direitos nele contidos por força do seu artigo 33. [193] Pode a Comissão, de ofício ou a

[191] Cf. os itens 2.3.1 e 2.3.2 no capítulo 2 desta tese, que examinam com maior profundidade as competências consultiva e conteciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

[192] ALVES, José Augusto Lindgren. *A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*. Coleção Juristas da Atualidade (Coord. Hélio Bicudo). São Paulo: FTD, 1997, pp. 270-287.

[193] "Art. 33. São competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes nesta Convenção: a. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Comissão; e b. a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte."

pedido da parte, solicitar ao Estado que adote **medidas cautelares**, na forma prevista no artigo 25 do Regulamento da Comissão.[194]

Representando todos os Estados membros da OEA, a Comissão é composta de sete membros (comissários) originários de qualquer Estado membro da Organização, que devem gozar de "alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos", eleitos pela Assembleia Geral, a título pessoal, para mandato de quatro anos – admitida uma reeleição – a partir de uma lista de até três candidatos indicados pelos governos dos Estados membros, sendo que ao menos um deles deverá ser nacional de Estado diferente do proponente, se propostos três candidatos. [195]

A Comissão desempenha importante papel para a consciência dos direitos humanos nos povos da América, podendo elaborar estudos, relatórios, expedir recomendações a qualquer Estado membro da OEA,[196] solicitando-lhe informações sobre as medidas adotadas em matéria de direitos humanos, responder a consultas dos Estados membros que lhe sejam formuladas sobre questões relacionadas com os direitos humanos, assessorando-os dentro de suas possibilidades, devendo apresentar relatório anual à Assembleia Geral.

Compete também à Comissão apurar denúncias de violação de direitos humanos atribuídas a qualquer Estado membro da OEA, funcionando como órgão quase judicial na forma dos artigos 44 a 51 da Convenção Americana,[197] condicionada sua atuação à declaração formal do Estado denunciado de que aceita tal competência da Comissão, na hipótese de a denúncia a ser examinada houver sido formulado por Estado membro.[198]

---

[194] "Artigo 25. *Medidas Cautelares*. (1) Em casos de gravidade e urgência, e sempre que necessário de acordo com a informação disponível, a Comissão poderá, por iniciativa própria ou a pedido de parte, solicitar ao respectivo Estado a adoção de medidas cautelares para evitar danos pessoais irreparáveis.

[195] Cf. artigos 34 a 43 sobre a organização e as funções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

[196] Ainda que não seja parte no Pacto de São José, pois estará a Comissão atuando com base na Declaração Americana e na própria Carta da OEA.

[197] Cf. nota anterior.

[198] Declaração desnecessária em caso de petições ou comunicações formuladas por "qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização" (art. 44 da Conveção Americana).

Com relação à Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Comissão Interamericana pode ser comparada ao Ministério Público, *mutatis mutandis*, na medida em que pode receber denúncias ou queixas de violações do Pacto de São José perpetradas por um Estado parte do Pacto formuladas por qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização dos Estados Americanos.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos está sediada em Washington D.C., capital dos Estados Unidos da América, mesma cidade em que também tem sede a própria Organização dos Estados Americanos. É atualmente integrada pelo brasileiro Paulo Sérgio Pinheiro, cujo mandato foi iniciado em 01 de janeiro de 2004 com término previsto para 31 de dezembro de 2011, já que reeleito no trigésimo sétimo período ordinário de sessões da Assembleia Geral da OEA em 2007, para um segundo mandato de quatro anos.

Antes de Paulo Sérgio Pinheiro, a Comissão já teve em sua composição outros três membros brasileiros, a saber: 1) Carlos A. Dunshee de Abranches, entre os anos de 1964 e 1983, 2) Gilda Maciel Correa Russomano, entre os anos de 1984 e 1991, e 3) Hélio Bicudo, entre os anos de 1998 e 2001.[199]

2.3. A Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana é composta de sete juízes originários de qualquer Estado membro da Organização, eleitos a título pessoal, para mandato de seis anos permitida uma recondução, dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, e que possuam as condições exigidas para o exercício das

[199] A composição atual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, bem como seus anteriores integrantes, pode ser encontrada no seu sítio oficial na Internet, nos seguintes endereços: <http://www.iachr.org/personal.esp.htm> e <http://www.iachr.org/Miembros%20anteriores.htm>, acessos em 11 jan. 2008.

mais elevadas funções judiciais, de acordo com as leis do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos.[200]

Os juízes da Corte, que devem ter nacionalidades diferentes, serão eleitos pela Assembleia Geral da OEA em votação secreta e pelo voto da maioria absoluta dos Estados partes na Convenção Americana, a partir de uma lista de candidatos propostos pelos mesmos Estados. Cada Estado pode propor até três candidatos, nacionais do Estado proponente ou de qualquer outro que seja membro da OEA, sendo que, quando se propuser uma lista de três candidatos, pelo menos um deles deverá ser nacional de Estado diferente do proponente.[201]

O Tribunal está sediado na cidade de San José, na Costa Rica, mas os Estados partes da Convenção Americana podem mudar a sede da Corte, por dois terços dos seus votos na Assembléia Geral da OEA. O Tribunal pode, ainda, realizar reuniões no território de qualquer Estado membro da Organização se o considerar conveniente, mediante deliberação da maioria dos seus membros e prévia aquiescência do Estado respectivo.

O juiz da Corte que for nacional de algum dos Estados partes no caso submetido à sua apreciação conservará o direito de conhecer desse caso, a teor do artigo 55(1) do Pacto de São José, ao contrário do membro da Comissão que se encontrar na mesma situação, pois é proibido de participar das deliberações por expressa disposição do Regulamento da Comissão Interamericana, em seu artigo 17(2)(a).[202]

Existe a possibilidade de outro Estado parte no caso designar uma pessoa de sua escolha para fazer parte da Corte na qualidade de juiz *ad hoc*, na hipótese de um dos juízes chamados a conhecer do caso ser de nacionalidade de um dos Estados partes. Se,

[200] Cf. artigo 52 do Pacto de São José.
[201] Cf. artigo 53 do Pacto de São José.
[202] Artigo 55(1) do Pacto de São José: "O juiz que for nacional de algum dos Estados Partes no caso submetido à Corte, conservará o seu direito de conhecer do mesmo". Artigo 17(2)(a) do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos: "Os membros da Comissão não poderão participar na discussão, investigação, deliberação ou decisão de assunto submetido à consideração da Comissão, nos seguintes casos: (a) se forem cidadãos do Estado objeto da consideração geral ou específica da Comissão, ou se estiverem acreditados ou cumprindo missão especial como diplomatas perante esse Estado".

dentre os juízes chamados a conhecer do caso, nenhum for da nacionalidade dos Estados partes, cada um destes poderá designar um juiz *ad hoc*.[203]

A Corte Interamericana de Direitos Humanos já teve em sua composição um juiz brasileiro, o jurista Antônio Augusto Cançado Trindade, eleito para mandato de 01 de janeiro de 1995 a 31 de dezembro de 2000, e reconduzido por aclamação para mandato de 01 de janeiro de 2001 a 31 de dezembro de 2006, tendo sido seu Vice-Presidente a partir de 1997, e Presidente a partir de 1999, função para a qual foi reeleito em 2002. Deixou a Corte Interamericana em 2006, e em 06 de fevereiro de 2009 tomou posse como Juiz da Corte Internacional de Justiça, da ONU.[204]

Pari passu com o disciplinamento da organização, das funções e da competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, bem como do processamento das denúncias de violação de direitos humanos perante esse órgão, fê-lo também o Pacto de São José com relação à Corte Interamericana de Direitos Humanos, dotando-a de uma função judicial propriamente dita (**competência contenciosa**)[205] e de uma função interpretativa (**competência consultiva**).[206]

2.3.1. Competência consultiva da Corte Interamericana

A competência consultiva consiste na função em que está investida a Corte Interamericana de Direitos Humanos de responder a consultas formuladas pelos Estados

[203] O juiz *ad hoc* deve reunir os mesmos requisitos exigidos no artigo 52 do Pacto de São José para os juízes permanentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

[204] A composição atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como seus anteriores integrantes, pode ser encontrada no seu sítio oficial na Internet, no seguinte endereço: <http://www.corteidh.or.cr/composicion.cfm>.

[205] Art 62(1). Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

[206] Art. 64(1).Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

membros da OEA e demais órgãos legitimados em sua Carta, na forma do artigo 64(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, alcançando tal competência a totalidade dos Estados membros da OEA, ainda que não sejam partes do Pacto de São José.[207]

Não se trata *in casu* propriamente de atividade jurisdicional, uma vez que a Corte Interamericana não profere sentenças no âmbito de sua função consultiva, mas pareceres – denominados **Pareceres Consultivos** – que, inobstante não decidam casos contenciosos envolvendo denúncias contra um Estado, apresentam inegável alcance a todos os Estados membros da OEA, ainda que não sejam partes do Pacto de São José.

Naturalmente, esses pareceres consultivos, por sua própria natureza, não têm o mesmo efeito vinculativo que se reconhece no artigo 68 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos para as sentenças proferidas em matéria contenciosa. Como se verá adiante, a sentença da Corte proferida no exercício de sua competência contenciosa é fruto do julgamento de caso concreto a ela submetido contra Estado parte do Pacto de São José, aquilatando sua responsabilidade internacional por violação de direitos humanos.[208]

Acerca de sua competência consultiva pronunciou-se a Corte Interamericana de Direitos Humanos no Parecer Consultivo OC-1/82, de 24/09/1982, ao responder consulta formulada pelo Estado do Peru acerca da expressão "outros tratados" do artigo 64 do Pacto de São José, nos seguintes termos:

> El artículo 64 de la Convención confiere a esta Corte la más amplia función consultiva que se haya confiado a tribunal internacional alguno hasta el presente. Están legitimados para solicitar opiniones consultivas la totalidad de

[207] Art. 64(1).Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

[208] *"No debe, en efecto, olvidarse que las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención"*. Cf. Corte IDH. *"Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A, nº 1, § 51.

> los órganos de la Organización de los Estados Americanos que enumera el Capítulo X de la Carta, e igualmente todo Estado Miembro de la misma, sea o no parte de la Convención. El objeto de la consulta no está limitado a la Convención, sino que alcanza a otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, sin que ninguna parte o aspecto de dichos instrumentos esté, en principio, excluido del ámbito de esa función asesora. Por último, se concede a todos los miembros de la OEA la posibilidad de solicitar opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.[209]

O referido Parecer Consultivo OC-1/82 constitui verdadeiro memorial descritivo da função consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos, digno de exame detido para a correta compreensão de sua essência, a exemplo de referências sobre os trabalhos preparatórios da própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos que aludem ao mecanismo de **controle de convencionalidade** (embora não utilizando essa exata expressão).

Conforme o registro da Corte, os trabalhos preparatórios da Convenção confirmam o propósito da mesma no sentido de definir do modo mais amplo a função consultiva desse tribunal. A primeira proposição sobre a matéria se incluiu no anteprojeto preparado pela Comissão Interamericana no seu período extraordinário de sessões de julho de 1968, que foi adotado pelo Conselho da OEA em outubro do mesmo ano.[210]

O artigo 53 do referido anteprojeto conferia legitimidade à **Assembleia Geral**, ao **Conselho Permanente** e à **Comissão Interamericana de Direitos Humanos** para consultar a Corte acerca da interpretação da Convenção ou de outro tratado concernente

---

[209] "O artigo 64 da Convenção confere a esta Corte a mais ampla função consultiva que se haja confiado a tribunal internacional algum até o presente. Estão legitimados para solicitar pareceres consultivos a totalidade dos órgãos da Organização dos Estados Americanos que enumera o Capítulo X da Carta, e igualmente todo Estado membro da mesma, seja ou não parte da Convenção. O objeto da consulta não está limitado à Convenção, mas alcança a outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos, sem que nenhuma parte ou aspecto de ditos instrumentos esteja, em princípio, excluído do âmbito dessa função assessora. Por último, concede-se a todos os membros da OEA a possibilidade de solicitar pareceres acerca da compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais" (tradução livre). Corte IDH. *"Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A, nº 1, § 14.

[210] Cf. OEA/Ser.G/V/C-d-1631. Corte IDH. *"Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A, nº 1, § 17.

à proteção dos Direitos Humanos nos Estados Americanos. E aos **Estados partes**, por seu turno, acerca da compatibilidade entre alguma de suas leis internas e ditos instrumentos internacionais.

A amplitude do texto já superava outros antecedentes análogos em direito internacional, e a modificação introduzida pelo artigo 64 da vigente Convenção estendeu ainda mais a função consultiva da Corte. No que se refere à faculdade de consulta, foi conferida também aos órgãos da OEA enumerados no Capítulo X da Carta e aos Estados membros da Organização, mesmo que não sejam partes da Convenção. E no tocante à matéria passível de consulta, substituiu-se o singular do artigo 53 do anteprojeto da Convenção ("outro tratado concernente") pelo plural ("outros tratados concernentes"), evidenciando-se, no seu conjunto, uma marcante tendência extensiva.

A Corte não ignorou os temores de que a sua função consultiva pudesse debilitar a contenciosa ou ser desvirtuada, ou mesmo pudesse alterar, em prejuízo da vítima, o funcionamento do sistema de proteção previsto pela Convenção.

Nesse passo, ventilou-se a preocupação com o eventual acionamento da instância consultiva da Corte com o deliberado propósito de burlar o trâmite de um caso pendente de análise ainda perante a Comissão, fugindo da jurisdição contenciosa da Corte e do ônus da obrigação dela decorrente, que é o cumprimento da sentença, em detrimento do cabal funcionamento dos mecanismos do Pacto de São José e do interesse da vítima.[211]

Da leitura do artigo 64 do Pacto de São José se depreende que a competência consultiva da Corte Interamericana encontra limites *ratione materiae* e *ratione personae*, no que toca, respectivamente, ao conteúdo da matéria sob consulta e aos legitimados para solicitar a emissão do parecer. Ainda assim, em comparação com

[211] Corte IDH. *"Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A, nº 1, § 24.

outros tribunais internacionais, percebe-se a maior amplitude da competência consultiva da Corte Interamericana.

O artigo 96 da Carta da Organização das Nações Unidas confere competência à Corte Internacional de Justiça para emitir pareceres consultivos sobre qualquer questão jurídica, mas restringe a legitimidade para a solicitação das consultas à Assembleia Geral e ao Conselho de Segurança, ou, em certas condições, a outros órgãos e organismos especializados da Organização. Veda-se, portanto, a possibilidade aos Estados membros.[212]

No sistema europeu de direitos humanos, a Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia de Direitos Humanos) outorga competência à Corte Europeia de Direitos Humanos para emitir pareceres consultivos, mas dentro de limites precisos: apenas o Comitê de Ministros detém legitimidade para formulação das consultas.

Ademais, o parecer poderá versar unicamente sobre questões jurídicas relativas à interpretação da própria Convenção Europeia e seus Protocolos, excluído qualquer outro instrumento de direitos humanos, ainda que dele seja parte Estado membro do Conselho da Europa, assim como os demais assuntos que, em virtude de um recurso previsto na Convenção, poderiam ser submetidos à Comissão Europeia de Direitos Humanos,[213] à própria Corte ou ao Comitê de Ministros.

Com efeito, à semelhança do que ocorre com a atuação consultiva da Corte Internacional de Justiça da ONU, a competência consultiva da Corte Interamericana de

---

[212] Corte IDH. *"Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A, nº 1, § 15.

[213] Originalmente, por força do Protocolo nº 2 à Convenção Europeia de Direitos Humanos, existia a previsão nesse rol da antiga Comissão Europeia de Direitos Humanos, que, com a entrada em vigor do Protocolo nº 11, de 1998, foi extinta e teve seus membros integrados à Corte Europeia de Direitos Humanos. Cf. Corte IDH. *"Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A, nº 1, § 15.

Direitos Humanos é de natureza permissiva e comporta o poder de apreciar se as circunstâncias em que se funda a petição são tais que a levem ou não a dar uma resposta, a teor do artigo 66 do Pacto de São José. [214]

Digno de nota é o fato de que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no exercício de sua competência consultiva, pode manifestar-se sobre a interpretação de qualquer tratado sempre que esteja diretamente implicada a proteção dos direitos humanos em um Estado membro da OEA, ainda que se trate de tratado multilateral de que sejam partes Estados não americanos.[215]

Não se poderia presumir um propósito restritivo para excluir da competência consultiva da Corte instrumentos internacionais de direitos humanos concebidos fora do sistema interamericano, dada a ausência de previsão expressa. Entendimento contrário constituiria afronta à dicção literal do artigo 29(b) do Pacto de São José.[216]

Nesse contexto, o parecer da Corte Interamericana fez menção ao mecanismo de **controle de convencionalidade** (apesar de não ter mencionado literalmente essa expressão), ao aludir a consultas sobre a compatibilidade entre o direito interno estatal e tratados de direitos humanos concluídos fora do sistema interamericano, assim registrando:

> En esa perspectiva, habida cuenta de que un Estado americano no está menos obligado a cumplir con un tratado internacional por el hecho de que sean o puedan ser partes del mismo Estados no americanos, **no se ve ninguna razón para que no pueda solicitar consultas sobre la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y tratados concernientes a la protección de los derechos humanos, que hayan sido adoptados fuera del marco del sistema interamericano**. Existe, además, un interés práctico en que esa función interpretativa se cumpla dentro del sistema interamericano, aun cuando se trate de acuerdos internacionales adoptados fuera de su marco, ya que, como se ha destacado respecto de los métodos regionales de tutela, éstos "son más

[214] Corte IDH. *"Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A, nº 1, § 28. Cf. *Interpretation of Peace Treaties*, 1950 I.C.J. 65.

[215] Corte IDH. *"Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A, nº 1, §§ 21, 37 e 48.

[216] Art. 29. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: (b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados.

> idóneos para la tarea y al mismo tiempo podríamos decir que son más tolerables para los Estados de este hemisferio..." (Sepúlveda, César, "Panorama de los Derechos Humanos", en **Boletín del Instituto de Investigaciones Jurídicas** (México), setiembre-diciembre 1982, pág. 1054).[217] (grifo nosso)

Enfim, nas conclusões sobre a sua competência consultiva, arremata a Corte Interamericana de Direitos Humanos, à unanimidade, que: [218]

a) pode ser exercida, em geral, sobre toda disposição, concernente à proteção dos direitos humanos, de qualquer tratado internacional aplicável nos Estados americanos, independentemente de ser bilateral ou multilateral, de qual seja seu objeto principal ou de que sejam ou possam ser partes do mesmo Estados alheios ao sistema interamericano.

b) por decisão motivada, a Corte poderá abster-se de responder a consulta a ela formulada se entender que, nas circunstâncias do caso, a petição excede os limites de sua função consultiva, seja porque o assunto tratado concerne principalmente a compromissos internacionais contraídos por um Estado não americano ou à estrutura ou funcionamento de órgãos e organismos internacionais alheios ao sistema interamericano, seja porque o trâmite da solicitação possa levar a alterar ou a debilitar, em prejuízo do ser humano, o regime previsto pela Convenção, seja por outra razão análoga.

---

[217] "Nessa perspectiva, levando em conta que um Estado americano não está menos obrigado a cumprir um tratado internacional pelo fato de que sejam ou possam ser partes do mesmo Estados não americanos, **não se vê nenhuma razão para que não possa solicitar consultas sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e tratados concernentes à proteção dos direitos humanos, que hajam sido adotados fora do marco do sistema interamericano**. Existe, ademais, um interesse prático em que essa função interpretativa se cumpra dentro do sistema interamericano, ainda quando se trate de acordos internacionais adotados fora de seu marco, já que, como se tem destacado a respeito dos métodos regionais de tutela, estes "são mais idôneos para a tarefa e ao mesmo tempo poderíamos dizer que são mais toleráveis para os Estados deste hemisfério..." (Sepúlveda, César, "Panorama de los Derechos Humanos", en **Boletín del Instituto de Investigaciones Jurídicas** (México), setiembre-diciembre 1982, pág. 1054)" (tradução livre). Corte IDH. *"Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A, nº 1, § 39, *in fine*.

[218] Corte IDH. *"Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A, nº 1, § 52.

2.3.2. Competência contenciosa da Corte Interamericana

A competência contenciosa, por sua vez, como é chamada a função jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos, será exercida apenas sobre os Estados partes do Pacto de São José que a tenham expressamente aceito, nos termos do seu artigo 62(1), de modo a conhecer de casos relativos à interpretação e aplicação das disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos que lhe sejam submetidos.[219]

Cumpre inicialmente esclarecer que, no âmbito dos tribunais internacionais, **jurisdição** e **competência** são expressões sinônimas, em que pese a distinção técnica da natureza de cada qual no âmbito do direito interno estatal. A Corte Permanente de Justiça Internacional chegou a abordar a questão dessa sinonímia, embora não tenha afirmado serem ou não, efetivamente, sinônimas.

Assim enunciou aquele tribunal:

> The Court has not to ascertain what are, in the various codes of procedure and in the various legal terminologies, the specific characteristics of such an objection; in particular it need not consider whether "competence" and "jurisdiction", **incompétence** and **fin de non-recevoir** should invariably and in every connection be regarded as synonymous expressions.[220]

No âmbito de sua função contenciosa, a Corte Interamericana decidirá sobre casos a ela submetidos proferindo sentenças, que devem ser cumpridas de boa-fé pelos Estados partes denunciados e por ela condenados, em caso de proclamação de sua responsabilidade internacional por violação de obrigações internacionais assumidas por referidos Estados.

---

[219] Cf. PCIJ. *The Mavrommatis Palestine Concessions*. Judgment on August 30, 1924. Ser. B, nº 3.

[220] "A Corte não tem que afirmar quais são, nos vários códigos de direito processual e nas várias terminologias legais, as características específicas de tal objeção; em particular a Corte não precisa considerar se "competência" e "jurisdição", **incompetência** e **fim de não receber** devem ser encaradas, invariavelmente e em toda conexão, como sinônimos" (tradução livre). PCIJ. *The Mavrommatis Palestine Concessions*. Judgment on August 30, 1924. Ser. B, nº 3, p. 5.

Diferentemente da competência consultiva, que é obrigatória e automática para todos os Estados partes do Pacto de São José, e extensiva aos demais Estados americanos face à sua tão-só condição de Estados membros da OEA, com base na Carta da OEA, na Declaração Americana e "outros tratados" [221] que lhes imponham obrigações internacionais de proteção aos direitos humanos, a competência contenciosa da Corte Interamericana é facultativa.

Por ocasião da ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou de adesão a ela, o Estado parte pode, ao depositar o respectivo instrumento de ratificação ou adesão, ou em qualquer momento posterior, aceitar a competência contenciosa da Corte Interamericana para processar e julgar casos a ela submetidos em que o Estado seja denunciado por violação de direitos humanos amparados no sistema interamericano, obrigando-se a suportar as sentenças daquele tribunal internacional.

É o que reza o artigo 62(1) do Pacto de São José, *verbis*:

> Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

Assim, a Corte tem competência para conhecer de qualquer caso que lhe seja submetido, relativo à interpretação e aplicação das disposições contidas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, desde que o Estado parte no caso tenha reconhecido ou reconheça a referida competência.[222]

Desta sorte, os Estados partes da Convenção Americana que porventura não estejam submetidos à jurisdição contenciosa da Corte, por não a terem aceito

---

[221] Cf. Corte IDH. *"Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A, nº 1.

[222] O reconhecimento da competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos poderá ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos, devendo ser apresentada ao Secretário-Geral da OEA, o qual encaminhará cópias da mesma aos outros Estados membros da Organização e ao Secretário da Corte. Cf. artigo 62 (2) e (3) do Pacto de São José.

expressamente por ocasião da ratificação da Convenção ou adesão a ela, estarão sujeitos à supervisão da Comissão Interamericana com base na Carta da OEA, na Declaração Americana e, também, com base nas disposições da Convenção Americana em virtude de sua tão-só condição de Estado parte.[223]

É o que ressai do **tríplice regime jurídico** para os Estados no sistema interamericano de direitos humanos, com situações e consequências distintas: **no primeiro**, todos os Estados membros da OEA, signatários ou não do Pacto de São José, sempre estarão sujeitos à supervisão da Comissão Interamericana com base na Carta da OEA e na Declaração Americana; **no segundo**, em virtude de sua tão-só condição de Estados partes da Convenção, estarão também submetidos às suas disposições além de estarem sujeitos à supervisão da Comissão com base na Carta e na Declaração.

No terceiro, para além das implicações decorrentes dos dois regimes anteriores, estarão ainda submetidos à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana os Estados partes do Pacto de São José que a houverem expressamente aceito, mediante declaração formal e inequívoca nesse sentido, a teor do artigo 62(1) do Pacto.[224]

Até a presente data, dos trinta e cinco Estados membros da OEA apenas onze **não** estão sujeitos à competência contenciosa da Corte Interamericana, a saber: a) Antigua e Barbuda, b) Bahamas, c) Belize, d) Canadá, e) Cuba, f) Estados Unidos da América, g) Guyana, h) Santa Lúcia, i) São Cristóvão e Névis, j) São Vicente e Granadinas e k) Trinidad e Tobago.

---

[223] Ressalte-se que, além de Estado membro da OEA, o Brasil é também Estado parte na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e, além disso, aceitou expressamente a jurisdição (competência contenciosa) da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim, assumiu o dever de fazer respeitar e proteger os direitos consagrados no Pacto de São José, submetendo-se à jurisdição da Corte inclusive para efeito de controle de convencionalidade.

[224] O Estado membro da OEA que se incluir nesse terceiro regime jurídico estará proporcionando aos indivíduos sob sua jurisdição a mais ampla garantia de seus direitos humanos, completamente integrado aos mecanismos de proteção do sistema interamericano e em franca elevação dos seus padrões de proteção à pessoa humana. Isso implica dizer, em outras palavras, que o Estado parte submetido à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana revela o firme compromisso de respeitar e proteger os direitos consagrados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, demonstrando de forma irrestrita o seu pendor para a valorização do ser humano.

Quanto a Trinidad e Tobago, deve-se realçar sua adesão ao Pacto de São José em 03/04/1991, com ratificação em 03/04/1991 e depósito do respectivo instrumento em 28/05/1991, ocasião em que reconheceu como obrigatória a competência contenciosa da Corte Interamericana. Porém, esse Estado denunciou o Pacto de São José em 26/05/1998, fulminando, assim, a possibilidade de ser julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sede de sua competência contenciosa.[225]

No tocante ao Brasil registra-se que, embora a Convenção Americana sobre Direitos Humanos tenha sido assinada na Conferência Especializada de 22 de novembro de 1969, a "longa noite do autoritarismo"[226] postergou a adesão brasileira em vinte e três anos, que se deu apenas em 09 de julho de 1992, com o depósito do respectivo instrumento em 25 de setembro de 1992, não obstante tenha ela entrado em vigor desde julho de 1978, com o depósito do 11º instrumento de ratificação.[227]

A adesão brasileira ao Pacto de São José originalmente não reconheceu a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas ainda assim se deu **sem reservas**. Fez, contudo, uma declaração interpretativa sobre os artigos 43 e 48(d) do Pacto: "O Governo do Brasil entende que os artigos 43 e 48, d, não incluem o direito automático de visitas e investigações *in loco* da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que dependerão da anuência expressa do Estado".[228]

---

[225] Trinidad e Tobago permanece, porém, como Estado membro da Organização dos Estados Americanos, podendo ser monitorado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos enquanto órgão da própria Organização, com base na Carta da OEA e na Declaração Americana de Direitos Humanos.

[226] Na expressão do Presidente José Sarney, em discurso perante a Assembleia Geral da ONU em setembro de 1985, *apud* ALVES, José Augusto Lindgren. *A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*. Coleção Juristas da Atualidade (Coord. Hélio Bicudo). São Paulo: FTD, 1997, p. 286.

[227] A adesão brasileira ao Pacto de São José da Costa Rica foi autorizada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 27, de 26 de maio de 1992.

[228] Artigo 43. Os Estados Partes obrigam-se a proporcionar à Comissão as informações que esta lhes solicitar sobre a maneira pela qual o seu direito interno assegura a aplicação efetiva de quaisquer disposições desta Convenção. Artigo 48(1)(d). A Comissão, ao receber uma petição ou comunicação na qual se alegue violação de qualquer dos direitos consagrados nesta Convenção, procederá da seguinte maneira: (d) se o expediente não houver sido arquivado, e com o fim de comprovar os fatos, a Comissão procederá, com conhecimento das partes, a um exame do assunto exposto na petição ou comunicação. Se for necessário e conveniente, a Comissão procederá a uma investigação para cuja eficaz realização solicitará, e os Estados interessados lhes proporcionarão todas as facilidades necessárias.

Tal declaração, como realçado, **não constitui reserva** de acordo com o Direito Internacional, tendo-se limitando o Estado Brasileiro a ressalvar, como de praxe fazem os Estados, o direito de aceitar ou não inspeções *in loco* em seu território, decidindo caso a caso.

A teor do artigo 2(1)(d) da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, eis o significado de reserva:

> d) "reserva" significa uma declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado.

Ainda mais tardiamente, o Brasil **aceitou a jurisdição contenciosa** da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 10 de dezembro de 1998, podendo a Corte a partir de então exercer a sua competência judicial para conhecer de denúncias formuladas contra o Estado Brasileiro, proferindo sentenças.[229]

Portanto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos poderá exercer sua jurisdição contenciosa contra o Estado Brasileiro, sendo competente para apreciar casos que envolvam denúncias de violação das suas obrigações internacionais à luz dos instrumentos normativos que o vinculam no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos.

Deve-se chamar a atenção para o fato de que ainda se faz muita confusão no Brasil quanto à competência contenciosa da Corte Interamericana, patenteando-se a falta de uma

---

[229] Por meio do Decreto Legislativo nº 89, de 03/12/1998, em resposta à Mensagem Presidencial nº 1070, de 07/09/1998, o Congresso Nacional autorizou a aceitação da competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos pela República Federativa do Brasil, o que se concretizou com a transmissão de Nota do Presidente da República ao Secretário-Geral da OEA, em 10 de dezembro de 1998. Digno de registro é que, a rigor técnico, não havia necessidade de novo decreto executivo para promulgar o reconhecimento da competência contenciosa da Corte, como de fato inicialmente não o houve, pois o Decreto Presidencial nº 678, de 06 de novembro de 1992, que promulgou o Pacto de São José, é que inovara a ordem jurídica nacional e era por si só suficiente para autorizar a aceitação da competência contenciosa da Corte. Porém, em 08 de novembro de 2002 foi editado o Decreto Presidencial nº 4.463, promulgando o ato de reconhecimento da competência contenciosa da Corte. Cf. RAMOS, André de Carvalho Ramos. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos. Seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis. Teoria e prática do Direito Internacional*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2004, p. 6.

adequada compreensão do alcance das obrigações convencionais assumidas pelo Estado Brasileiro no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos.

Como bem observa José Augusto Lindgren Alves, a Corte é instância judicial por decisão soberana de cada qual dos Estados partes do Pacto de São José, que o ratificaram ou a ele aderiram por ato volitivo. Não pode, pois, a Corte ser encarada como uma imposição externa, nem tampouco é correto dizer que suas sentenças malferem as soberanias nacionais:

> **A "supranacionalidade" da Corte Interamericana**, assim como a de todos os órgãos multilaterais, da ONU e da OEA, é decorrência da vontade soberana dos Estados que os integram. **Resulta da percepção individual dos próprios Estados de que seus interesses se acham mais bem protegidos pela coletividade organizada do que pela anomia do "estado de natureza", ainda predominante em muitas áreas das relações internacionais.** Ao reconhecer e aceitar a competência judicial da Corte Interamericana os Estados do continente recorrem a uma intermediação tão neutra e construtiva quanto possível, bastante assemelhada ao instituto de arbitragem tradicional para a solução pacífica de controvérsias, que os ajude a resolver problemas pendentes e reparar irregularidades.[230] (destaques nosso)

Essa observação é necessária e, com efeito, vai ao encontro da perspectiva sistêmica do estudo a que fizemos referência no início do presente trabalho, evidenciando o caráter de sistema das estruturas interamericanas de proteção aos direitos humanos.

Enfim, deve-se ainda lembrar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos poderá, em casos de extrema gravidade e urgência, determinar **medidas provisórias** visando à proteção da pessoa humana, conforme previsão no artigo 63(2) do Pacto de São José da Costa Rica,[231] bem como no artigo 25 do Regulamento da Corte.[232]

---

[230] Essa observação vai, com efeito, ao encontro da perspectiva sistêmica do estudo a que fizemos referência na introdução do presente trabalho, evidenciando o caráter de sistema das estruturas interamericanas de proteção aos direitos humanos. ALVES, José Augusto Lindgren. *A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*. Coleção Juristas da Atualidade (Coord. Hélio Bicudo). São Paulo: FTD, 1997, p. 283.

[231] "Artigo 63(2). Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão".

[232] "Artigo 25. *Medidas Provisórias*. (1) Em qualquer fase do processo, sempre que se tratar de casos de extrema gravidade e urgência e quando for necessário para evitar prejuízos irreparáveis às pessoas, a Corte, *ex officio* ou a pedido de qualquer das partes, poderá ordenar as medidas provisórias que considerar pertinentes, nos termos do artigo 63.2 da Convenção.".

Essas medidas provisórias, contudo, somente podem ser ordenadas pela Corte contra Estados partes do Pacto de São José, e que previamente tenham aceito a sua competência contenciosa, na fora do artigo 62(2) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A esse respeito, assim observa Cançado Trindade:

> Na prática, a Corte tem ordenado tais medidas – que já salvaram muitas vidas – com base em uma presunção razoável (*prima facie*), mais do que uma demonstração cabal ou substancial, da veracidade dos fatos alegados. Em todos os casos, ao ordená-las, a Corte verifica previamente se os Estados em questão já reconheceram – sob o artigo 62(2) da Convenção Americana – como obrigatória sua competência em matéria contenciosa. As medidas provisórias de proteção revelam, assim, a importante *dimensão preventiva* da proteção internacional dos dirietos humanos.

2.4. Processo perante a Corte Interamericana

Qualquer Estado parte do Pacto de São José está legitimado para iniciar um processo perante a Corte Interamericana, além da Comissão Interamericana de Direitos Humanos em representação aos peticionários denunciantes, desde que esgotados os processos previstos nos artigos 48 a 50 do Pacto e, ainda, que o Estado denunciado tenha aceito a competência contenciosa da Corte Interamericana.[233]

O trâmite dos procedimentos na Corte Interamericana está disposto no seu Regulamento aprovado pelo Tribunal no seu 49º período ordinário de sessões, celebrado entre 16 e 25 de novembro de 2000 e reformado parcialmente pela Corte em seu 61º período ordinário de sessões, entre 20 de novembro e 4 de dezembro de 2003.

Os idiomas oficiais da Corte são os mesmos da OEA, ou seja, o espanhol, o inglês, o português, e o francês, dentre os quais pode a Corte adotar anualmente idiomas

[233] Artigo 61(1). Somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte. (2) Para que a Corte possa conhecer de qualquer caso, é necessário que sejam esgotados os processos previstos nos artigos 48 a 50.

de trabalho, além de, para um caso determinado, também poder adotar como idioma de trabalho o de uma das partes, sempre que seja oficial. [234]

Os Estados serão representados por seus respectivos Agentes, acreditados perante o Tribunal, sendo a Comissão representada por Delegados designados para tal fim. O novo Regulamento da Corte passou a permitir que as supostas vítimas, seus familiares ou seus representantes devidamente acreditados apresentem suas petições, argumentos e provas de forma autônoma durante todo o processo, consagrando o *jus standi* perante o Tribunal.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos poderá, em casos de extrema gravidade e urgência, determinar **medidas provisórias** visando à proteção da pessoa humana, conforme previsão no artigo 63(2) do Pacto de São José da Costa Rica,[235] bem como no artigo 25 do Regulamento da Corte.[236]

Sobre a adoção de medidas provisórias pela Corte, anota Cançado Trindade:

> Na prática, a Corte tem ordenado tais medidas – que já salvaram muitas vidas – com base em uma presunção razoável (*prima facie*), mais do que uma demonstração cabal ou substancial, da veracidade dos fatos alegados. Em todos os casos, ao ordená-las, a Corte verifica previamente se os Estados em questão já reconheceram – sob o artigo 62(2) da Convenção Americana – como obrigatória sua competência em matéria contenciosa. As medidas provisórias de proteção revelam, assim, a importante *dimensão preventiva* da proteção internacional dos dirietos humanos.

No *Caso Urso Branco* contra o Brasil, a Corte Interamericana determinou **medidas provisórias** por meio de Resolução do seu Presidente em data de 18 de junho

[234] Cf. Artigo 20 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso alguma pessoa não tenha conhecimento suficiente de algum idioma de trabalho da Corte, ela poderá autorizar que a pessoa se expresse em seu próprio idioma, "mas em tal caso adotará as medidas necessárias para assegurar a presença de um intérprete que traduza a declaração para os idiomas de trabalho. Dito intérprete deverá prestar juramento ou declaração solene sobre o fiel cumprimento dos deveres do cargo e sobre o sigilo a respeito dos fatos de que tome conhecimento no exercício de suas funções", a teor do artigo 20(4) do mesmo Regulamento.

[235] "Artigo 63(2). Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão".

[236] "Artigo 25. *Medidas Provisórias*. (1) Em qualquer fase do processo, sempre que se tratar de casos de extrema gravidade e urgência e quando for necessário para evitar prejuízos irreparáveis às pessoas, a Corte, *ex officio* ou a pedido de qualquer das partes, poderá ordenar as medidas provisórias que considerar pertinentes, nos termos do artigo 63.2 da Convenção.".

de 2002, a que se somaram outras quatro datadas de 29 de agosto de 2002, 22 de abril de 2004, 07 de julho de 2004 e 21 de setembro de 2005, diante da não cessação das violações dos direitos humanos dos detentos na Casa de Detenção José Mário Alves, conhecida como Presídio Urso Branco – daí o nome do caso perante a Corte.

Em sede de instrução processual, é admitida uma amplitude de provas perante a Corte Interamericana, inclusive com realização de audiências, produção de prova pericial e comparecimento dos peritos e assistentes para esclarecimentos, ouvida de testemunhas, em moldes similares ao devido processo legal comumente existente nos sistemas jurídicos nacionais dos Estados partes do Pacto de São José, facultando-se à Corte a realização de audiências no território do próprio Estado, com sua aquiescência.

Em rico artigo sobre o sistema de provas no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, o Prof. Alberto Bovino, da Universidade de Buenos Aires, observou que tanto o Pacto de São José quanto o Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos são omissos acerca do tratamento da atividade probatória:

> Quando a Comissão Interamericana de Direitos Humanos demanda um Estado-parte em um procedimento contencioso perante a Corte Interamericana, a prova se torna uma questão central. Tanto a Convenção Americana sobre Direitos Humanos como o Regulamento da Corte se caracterizam por omitir o tratamento da atividade probatória.
>
> Por isso, a Corte tem abordado do ponto de vista da jurisprudência as particularidades de cada processo. Na jurisprudência encontraremos os seguintes aspectos referentes à atividade probatória:
>
> (a) particularidades da atividade probatória no sistema interamericano;
> (b) constituição da prova do caso;
> (c) ônus da prova;
> (d) regime de valoração probatório; e
> (e) padrões para demonstrar violações à Convenção.
>
> Diante das características peculiares dos casos de graves violações de direitos humanos, esse assunto é de crucial importância, e os casos apresentados à Corte têm levado em conta tais singularidades.[237]

[237] BOVINO, Alberto. *A atividade probatória perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. *In*: Revista Internacional de Direitos Humanos, ano 2, nº 3, 2005, pp. 60-83, tradução do original em espanhol por Luis Reyes Gil, disponível em <http://www.surjournal.org/index3.php>, acesso em 03 jun. 2008.

É certo que o processamento do caso na Corte Interamericana de Direitos Humanos comporta, assim como no Direito Processual Civil brasileiro, o instituto da revelia, como já assentou a Corte em sua jurisprudência:

> Al respecto, la Corte considera, como ya lo ha hecho en otros casos, que cuando el Estado no contesta la demanda de manera específica, se presumen verdaderos los hechos sobre los cuales guardó silencio, siempre que de las pruebas presentadas se puedan inferir conclusiones consistentes sobre los mismos.
> Seguidamente la Corte apreciará el valor de los documentos, testimonios y dictámenes periciales que integran el acervo probatorio del presente caso, según la regla de la sana crítica, la cual permitirá llegar a la convicción sobre la veracidad de los hechos alegados.[238]

A teor do artigo 56 do Regulamento da Corte, as suas sentenças conterão: a) o nome do Presidente e dos demais juízes que a tenham proferido, do Secretário e do Secretário Adjunto; b) a identificação das partes e seus representantes; c) uma relação dos atos do procedimento; d) a determinação dos fatos; e) as conclusões das partes; f) os fundamentos de direito; g) a decisão sobre o caso; h) o pronunciamento sobre as reparações e as custas, se procede; i) o resultado da votação; e j) a indicação sobre o texto que faz fé.

No que tange especificamente às consultas formuladas à Corte Interamericana sobre a interpretação das leis internas dos Estados membros da OEA, a solicitação de parecer consultivo deverá fazer-se acompanhar do texto da lei e, ainda, indicar: a) as disposições de direito interno, bem como as da Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos, que são objeto da consulta; b) as perguntas específicas sobre as quais se pretende obter o parecer da Corte; c) o nome e endereço do Agente do solicitante. [239]

---

[238] "A respeito, a Corte considera, como já o fez em outros casos, que quando o Estado não contesta a demanda de maneira específica se presumem verdadeiros os fatos sobre os quais guardou silêncio, sempre que das provas apresentadas se possam inferir conclusões consistentes sobre os mesmos. Em seguida, a Corte apreciará o valor dos documentos, testemunhos e pareceres dos peritos que integram o acervo probatório do presente caso, segundo o princípio do livre convencimento do juiz, o qual permitirá chegar à convicção sobre a veracidade dos fatos alegados" (tradução livre). Corte IDH. *"Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A, nº 1, § 14.

[239] Artigo 62 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Os atos praticados pelo Presidente na condução do processo, se não puserem fim ao caso, são passíveis de recurso para a Corte, mas contra a sentença do Tribunal não cabe qualquer impugnação, a teor do artigo 67 da Convenção Americana e do artigo 29(3) do Regulamento da Corte. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, o Tribunal a interpretará, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença.

3. O BRASIL NO CONTEXTO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

3.1. Obrigações do Brasil como Estado Parte do Pacto de São José

A República Federativa do Brasil é membro da Organização dos Estados Americanos e é parte de quase todos os instrumentos de proteção aos direitos humanos vigentes no sistema interamericano. No tocante ao Pacto de São José da Costa Rica, a adesão brasileira tardou em vinte e três anos, pois se deu apenas em 09 de julho de 1992, com depósito do respectivo instrumento em 25 de setembro de 1992, não obstante tenha ela entrado em vigor desde 18 de julho de 1978, com o depósito do 11º instrumento de ratificação.[240]

Ainda mais tardiamente, o Brasil **aceitou a jurisdição contenciosa** da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 10 de dezembro de 1998,[241] podendo a Corte a partir de então exercer a sua competência judicial para conhecer de denúncias formuladas contra o Estado Brasileiro com base no Pacto de São José, além da competência consultiva que já detinha por força da própria Carta da OEA.[242]

O Pacto de São José e demais tratados de direitos humanos se inspiram em valores comuns superiores (centrados na proteção do ser humano), estão dotados de mecanismos específicos de supervisão, se aplicam de conformidade com a noção de garantia coletiva, consagram obrigações de caráter essencialmente objetivo, e têm uma natureza especial, no

---

[240] Adesão foi autorizada pelo Congresso Nacional, pelo Decreto Legislativo 27, de 26 de maio de 1992.

[241] Certamente essa data foi escolhida em homenagem ao cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada em 10 de dezembro de 1948.

[242] Autorização do Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 89, de 03 de dezembro de 1998. O Estado Brasileiro não reconheceu a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos no momento da adesão ao Pacto de São José, mas ainda assim a ele aderiu **sem reservas**, pois a declaração interpretativa sobre dois artigos do Pacto não constitui reserva de acordo com o Direito Internacional, limitando-se a ressalvar, como de praxe, o direito do Estado de aceitar ou não inspeções *in loco* em seu território, decidindo caso a caso.

que diferem dos tratados internacionais em geral, que regulamentam interesses recíprocos entre os Estados partes e são aplicados por estes, com todas as consequências jurídicas que daí derivem nos ordenamentos jurídicos internacional e interno. [243]

O Estado Brasileiro, assim, assumiu obrigações convencionais no âmbito do sistema interamericano, consistentes em respeitar os direitos e liberdades estatuídos na Convenção Americana e garantir seu livre e pleno exercício, as quais sofrem a incidência de mecanismos de monitoramento pelos órgãos da OEA para assegurar o seu adimplemento pelos Estados partes.

Entretanto, constata-se que o Brasil ainda não aprendeu a lidar corretamente com as questões referentes à promoção, proteção e concretização dos direitos humanos em seu ordenamento jurídico interno, conforme observa Antônio Augusto Cançado Trindade:

> A despeito dos sensíveis avanços nos últimos anos, ainda resta um longo caminho a percorrer. No Brasil, assim como na maioria dos países que têm ratificado os tratados de direitos humanos, até o presente lamentavelmente ainda não parece haver se formado uma consciência da natureza e do amplo alcance das obrigações convencionais contraídas em matéria de proteção dos direitos humanos. Urge que um claro entendimento destas últimas se difunda, a começar pelas autoridades públicas.[244]

A doutrina de Cançado Trindade é de profunda significação para a compreensão desse fenômeno jurídico de interação entre ordem internacional e ordem interna no que tange à proteção dos direitos humanos, mormente quando a própria Suprema Corte brasileira resiste de modo inconcebível à assimilação interna dos direitos contidos nos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil seja parte.

---

[243] Essa distinção é necessária para a correta compreensão da natureza especial dos tratados internacionais de direitos humanos, que, ao contrário dos tratados gerais, que cuidam de interesses recíprocos entre Estados soberanos, visam à proteção integral da pessoa humana independentemente de sua nacionalidade. Essa ideia se entrevê na observação de Nelson Saldanha em comentário sobre a nova ordem mundial que se estabeleceu no segundo pós-guerra: "O advento das 'superpotências', após a Segunda Guerra Mundial, com a partilha do mundo entre duas áreas de exploração e de influência – a da União Soviética e a dos Estados Unidos –, marca o aparecimento de uma nova fase histórica, na qual não se tem mais as nações como ponto de referência marcante". Cf. SALDANHA, Nelson. *O declínio das nações e outros ensaios*. Recife: FUNDAJ, Editora Massangana, 1990, p. 23.

[244] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 137.

Prosseguindo na mesma esteira de pensamento, complementa o ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

> Se houvesse uma clara compreensão em nosso país do amplo alcance das obrigações convencionais internacionais em matéria de proteção dos direitos humanos, muitas dúvidas e incertezas que parecem circundar o atual debate nacional sobre a matéria já teriam sido esclarecidas e superadas. O artigo 5(2) da Constituição Brasileira vigente, que abre um campo amplo e fértil para avanços nessa área, parece ainda esquecido dos agentes do poder público, mormente do Poder Judiciário. Se maiores avanços não se têm logrado até o presente nesse domínio de proteção, não tem sido em razão de obstáculos jurídicos – que na verdade não existem – mas antes da falta de vontade do poder público de promover e assegurar a proteção dos mais fracos e vulneráveis.[245]

A República Federativa do Brasil, portanto, na qualidade de Estado parte da Convenção Americana, está submetida ao regime de responsabilidade internacional por violação de direitos humanos nela adotado, que se assenta na **obrigação dúplice** do Estado de **respeitar** e **garantir** os direitos humanos.

É que o Estado Brasileiro assumiu a obrigação internacional de respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção e a garantir seu livre e pleno exercício a toda a pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.[246]

A obrigação de **respeito** tem caráter negativo, concretiza uma obrigação de não-fazer que se traduz na limitação do Poder Público face aos direitos do indivíduo. A Corte Interamericana de Direitos Humanos já enunciou que se cuida de um dever de abster-se de condutas que importem em violações de direitos humanos.

A obrigação de **garantia**, por sua vez, tem caráter positivo, concretiza uma obrigação de fazer e, conforme declarou a Corte Interamericana, tem por conteúdo o

---

[245] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, pp 140-141.
[246] Cf. Artigo 1° da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

dever dos Estados partes de organizarem "o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do Poder Público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos."[247]

Assim, existe o dever do Estado de criar estruturas que previnam a ocorrência de violações de direitos protegidos, ou seja, o Estado parte está internacionalmente comprometido a estabelecer um amplo arcabouço institucional no qual os direitos humanos possam florescer.[248]

Com efeito, a falha do Estado parte em cumprir com essa sua dúplice obrigação de respeito e garantia dos direitos humanos acarreta a sua responsabilidade internacional, entendida como o dever de reparação ao lesado face à violação de norma de Direito Internacional. De ressaltar que se trata de **responsabilidade objetiva**, porquanto basta para a sua configuração a existência de nexo causal entre a conduta do Estado e o resultado lesivo, **sendo desnecessária a prova da culpa do agente público para a concretização da responsabilidade internacional do Estado**.[249]

A responsabilidade internacional do Estado pode emergir por ato de qualquer de seus órgãos, sendo irrelevante o cargo ou função exercida pelo agente público, pois basta que tenha agido em nome do Estado – é a *ratio essendi* da responsabilidade objetiva.

Pode-se, pois, verificar a responsabilidade internacional do Estado: a) por ato do Poder Executivo, situação mais comum na jurisprudência dos tribunais internacionais;

---

[247] Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH), *Caso Velásquez Rodríguez*, sentença de 29 de julho de 1988, Série C n. 4, § 166.

[248] RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos. Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos. Seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis. Teoria e prática do Direito Internacional*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2004, p. 42.

[249] É a lição do ex-Juiz da Corte Internacional de Justiça da Haia: "Não se investiga, para afirmar a responsabilidade do Estado ou da organização internacional por um ato ilícito, a *culpa subjetiva*: é bastante que tenha havido afronta a uma norma de direito das gentes (...)". REZEK, J. F. *Direito Internacional Público: Curso elementar*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1991, p. 270.

b) por ato *ultra vires*, quando um agente estatal ultrapassa os limites das suas competências oficiais; c) por ato de particulares, em caso de omissão do Estado na posição de garante; d) por ato privativo de Membro do Ministério Público, quando a sua inércia injustificada conduz à impunidade de agentes criminosos; e) por ato de ente federado, uma vez que a chamada "cláusula federal" não isenta o Estado de responsabilidade por ausência de competência federal. [250]

Além dos casos acima elencados, figuram ainda como hipóteses de responsabilidade internacional do Estado outras duas que despertam maior polêmica: f) ato do Poder Legislativo; e g) ato do Poder Judiciário. É justamente em face dos atos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário que emerge a importância crucial do presente estudo.

Apesar de os atos do Poder Legislativo, consubstanciados no produto final da sua atuação primária, e os do Poder Judiciário, materializados nas decisões judiciais proferidas por seus Membros, constituírem atos normativos no âmbito do direito interno, esses **atos** são vistos como meros **fatos** na ordem internacional, os quais serão confrontados com as obrigações internacionais assumidas pelos Estados.

É esta a percepção que tem o Direito Internacional com relação às normas jurídicas internas dos Estados, em nada importando a sua posição hierárquica em cada ordenamento interno, razão pela qual **até mesmo as normas de envergadura constitucional são reputadas como meros fatos** pelas instâncias internacionais, sem qualquer valor normativo.

---

[250] Artigo 28. *Cláusula federal*. (1) Quando se tratar de um Estado Parte constituído como Estado federal, o governo nacional do aludido Estado Parte cumprirá todas as disposições da presente Convenção, relacionadas com as matérias sobre as quais exerce competência legislativa e judicial. (2) No tocante às disposições relativas às matérias que correspondem à competência das entidades componentes da federação, o governo nacional deve tomar imediatamente as medidas pertinentes, em conformidade com sua constituição e suas leis, a fim de que as autoridades competentes das referidas entidades possam adotar as disposições cabíveis para o cumprimento desta Convenção. (3) Quando dois ou mais Estados Partes decidirem constituir entre eles uma federação ou outro tipo de associação, diligenciarão no sentido de que o pacto comunitário respectivo contenha as disposições necessárias para que continuem sendo efetivas no novo Estado assim organizado as normas da presente Convenção.

Isso é um entendimento cristalizado no Direito Internacional, assentando pela antiga Corte Permanente de Justiça Internacional em sua sentença de 25 de maio de 1926, ao conhecer do caso referente a certos interesses alemães na Alta Silésia Polonesa, em que aquela Corte afirmou não caber às instâncias internacionais interpretar o direito interno estatal propriamente como normas jurídicas, mas como meros fatos que expressam a vontade dos Estados e constituem as suas atividades:

> From the standpoint of International Law and of the Court which is its organ, municipal laws are merely facts which express the will and constitute the activities of States, in the same manner as do legal decisions or administrative measures. The Court is certainly not called upon to interpret the Polish law as such; but there is nothing to prevent the Court's giving judgment on the question whether or not, in applying that law, Poland is acting in conformity with its obligations towards Germany under the Geneva Convention. [251]

Quer isto dizer que os tribunais internacionais, ao julgar uma demanda submetida à sua jurisdição, não interpretam as leis de um Estado enquanto direito interno estatal, mas apenas como um dado objetivo que constituirá elemento fático no contexto das provas do processo sob seu julgamento.

A existência de uma lei interna representará para o Direito Internacional apenas a constatação de que essa lei existe no Estado respectivo, recebendo o valor probatório correspondente à sua relevância para o julgamento que a corte internacional haverá de proferir – nada mais.

No julgamento de um caso submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos, uma norma jurídica editada por Estado parte do Pacto de São José que viole obrigação internacional nele contida será norma jurídica para esse Estado, constituirá fonte do direito para a solução dos litígios julgados por esse Estado. Essa mesma norma,

---

[251] "Sob a ótica do Direito Internacional, e da Corte que dele é órgão, as normas de direito interno estatal são meros fatos que expressam a vontade dos Estados e constituem as suas atividades, da mesma maneira que o fazem as decisões legais ou medidas administrativas. A Corte certamente não é conclamada a interpretar as leis polonesas enquanto direito interno polonês; mas nada há que impeça a Corte de decidir sobre a questão de estar ou não a Polônia, em decorrência da aplicação de suas leis internas, agindo em conformidade com suas obrigações com relação à Alemanha debaixo da Convenção de Genebra" (tradução livre). PCIJ. *Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia (The Merits)*. Judgment on May 25th, 1926. Ser. A., nº 7, pp. 15-16.

porém, não constituirá fonte do direito para a solução do litígio submetido à Corte Interamericana, mas será reputada como um fato que, a um só tempo, revela que a norma existe, que o seu conteúdo é contrário ao Pacto de São José e, por isso, gera a responsabilidade internacional do Estado.

Essa dinâmica do julgamento da Corte Interamericana, acima descrita, reflete precisamente o mecanismo do controle de convencionalidade efetuado pela Corte sobre o direito interno estatal, considerando-o como mero fato a ser valorado nos autos como elemento de prova, atribuindo-lhe a relevância jurídica que merecer dentro do conjunto probatório desenhado no processo, analisando o seu conteúdo jurídico em cotejo com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, proclamando a sua compatibilidade ou não com referida Convenção.

A Corte Interamericana, inclusive, já assentou tal entendimento em seu Parecer Consultivo OC-nº 13/1993:

> **En efecto, frente a los órganos internacionales de aplicación de la Convención, una norma interna no puede tener tratamiento distinto al de mero hecho**. En esto no existe diferencia entre la responsabilidad de un Estado derivada de violaciones a la Convención a través de un precepto interno y el tratamiento que en el derecho internacional general reciben las disposiciones internas violatorias de otras obligaciones internacionales.[252]

Fê-lo também no Parecer Consultivo OC-nº 14/1994, nesses termos:

> En los supuestos o hipótesis de violación de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados Partes y que resulten de una eventual contradicción entre sus normas de derecho interno y las de la Convención, **aquellas serán evaluadas por la Corte en los procesos contenciosos como simples hechos o manifestaciones de voluntad**, susceptibles de ser ponderados sólo respecto de las convenciones y tratados involucrados y con prescindencia de la significación o jerarquía que la norma nacional tenga dentro del ordenamiento jurídico del respectivo Estado. [253] (negrito nosso)

---

[252] "**Com efeito, frente aos órgãos internacionais de aplicação da Convençaõ, uma norma interna não pode ter tratamento distinto do que um mero fato**. Nisto não existe diferenta entre a responsabilidade de um Estado derivada de violáceos à Convenção através de um preceito interno e o tratamento que no direito internacional geral recebem as disposições internas violatórias de outras obrigações internacionais" (tradução livre). Corte IDH. *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A, nº 13, § 34.

A Corte Interamericana não haverá de abstrair a natureza de norma jurídica do direito interno estatal, mas confinará a sua incidência normativa às barreiras desse mesmo Estado, pois para além delas o seu direito interno integrará tão-somente o suporte fático que subsidiará o julgamento da Corte, uma vez que o suporte jurídico serão unicamente o Pacto de São José da Costa Rica e os demais instrumentos normativos aplicáveis no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos.

Fácil, portanto, perceber o relevo que assume a presente tese, porquanto o controle de convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos poderá confrontar com Pacto de São José até mesmo a própria Constituição Federal brasileira, de modo que a Corte Interamericana, no exercício de sua competência contenciosa (julgando denúncia contra o Brasil) ou consultiva (emitindo parecer geral) poderá proclamar a incompatibilidade de norma constitucional com o Pacto.

E, enfim, se a Corte Interamericana o fizer no exercício de sua competência contenciosa, proferindo sentença no julgamento de processo originado de denúncia contra o Brasil, poderá ordenar a adequação da Constituição Federal à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, constituindo essa sentença um título executivo contra a Fazenda Pública na parte que eventualmente determinar indenização compensatória à vítima da violação reconhecida pela Corte.[254]

3.2. Aceitação da competência contenciosa da Corte Interamericana

[253] "Nas suposições ou hipóteses de violação das obrigações internacionais assumidas pelos Estados Partes e que resultem de uma eventual contradição entre suas normas de direito interno e as da Convenção, **aquelas serão avaliadas pela Corte nos processos contenciosos como simples fatos ou manifestações de vontade**, suscetíveis de ser ponderados somente em relação às convenções e tratados envolvidos e independentemente da significação ou hierarquia que a norma nacional tenha dentro do ordenamento jurídico do respectivo Estado" (tradução livre, negrito nosso). Corte IDH. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A, nº 14, § 22 (*in fine*).

[254] Sobre a força executiva das sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, cf. o item 3.4.2 da presente tese (Sentenças da Corte: força executiva em indenizações compensatórias).

A República Federativa do Brasil é membro fundador da Organização dos Estados Americanos, tendo assinado a Carta de Bogotá, tratado constitutivo da Organização, em 30 de abril de 1948, juntamente com os seguintes Estados: Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Equador, El Salvador, Estados Unidos da América, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela.

No entanto, em que pese ter sido a Convenção Americana sobre Direitos Humanos assinada na Conferência Especializada de 22 de novembro de 1969, a "longa noite do autoritarismo"[255] postergou a adesão brasileira em vinte e três anos, não obstante tenha ela entrado em vigor desde julho de 1978, com o depósito do 11º instrumento de ratificação.

O Estado Brasileiro aderiu ao Pacto de São José apenas em 09 de julho de 1992, com o depósito da respectiva carta de adesão em 25 de setembro de 1992, aprovada pelo Congresso Nacional mediante o Decreto Legislativo nº 27/92, tendo ela sido promulgada no território nacional pelo Decreto Presidencial nº 678, de 06 de novembro de 1992.

A adesão brasileira ao Pacto de São José originalmente não reconheceu a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas ainda assim se deu **sem reservas**. Fez, contudo, uma declaração interpretativa sobre os artigos 43 e 48(d) do Pacto: "O Governo do Brasil entende que os artigos 43 e 48, d, não incluem o direito automático de visitas e investigações *in loco* da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que dependerão da anuência expressa do Estado".[256]

---

[255] Na expressão do Presidente José Sarney, em discurso perante a Assembleia Geral da ONU em setembro de 1985, *apud* ALVES, José Augusto Lindgren. *A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*. Coleção Juristas da Atualidade (Coord. Hélio Bicudo). São Paulo: FTD, 1997, p. 286.

Tal declaração, como realçado, **não constitui reserva** de acordo com o Direito Internacional, tendo-se limitando o Estado Brasileiro a ressalvar, como de praxe fazem os Estados, o direito de aceitar ou não inspeções *in loco* em seu território, decidindo caso a caso.

Finalmente, por meio do Decreto Legislativo nº 89, de 03/12/1998, em resposta à Mensagem Presidencial nº 1070, de 07/09/1998, o Congresso Nacional autorizou a aceitação da competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos pela República Federativa do Brasil, o que se concretizou com a transmissão de Nota do Presidente da República ao Secretário-Geral da OEA, em 10 de dezembro de 1998.[257]

Digno de registro é que, a rigor técnico, não havia necessidade de novo decreto executivo para promulgar o reconhecimento da competência contenciosa da Corte, como de fato inicialmente não o houve, pois o Decreto Presidencial nº 678, de 06 de novembro de 1992, que promulgou o Pacto de São José, é que inovara a ordem jurídica nacional e era por si só suficiente para autorizar a aceitação da competência contenciosa da Corte. Porém, em 08 de novembro de 2002 foi editado o Decreto Presidencial nº 4.463, promulgando o ato de reconhecimento da competência contenciosa da Corte.[258]

O Estado Brasileiro não reconheceu a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos no momento da adesão ao Pacto de São José, mas ainda assim a ele aderiu **sem reservas**, pois a declaração interpretativa sobre dois artigos do Pacto não constitui reserva de acordo com o Direito Internacional, limitando-

---

[256] Artigo 43. Os Estados Partes obrigam-se a proporcionar à Comissão as informações que esta lhes solicitar sobre a maneira pela qual o seu direito interno assegura a aplicação efetiva de quaisquer disposições desta Convenção. Artigo 48(1)(d). A Comissão, ao receber uma petição ou comunicação na qual se alegue violação de qualquer dos direitos consagrados nesta Convenção, procederá da seguinte maneira: (d) se o expediente não houver sido arquivado, e com o fim de comprovar os fatos, a Comissão procederá, com conhecimento das partes, a um exame do assunto exposto na petição ou comunicação. Se for necessário e conveniente, a Comissão procederá a uma investigação para cuja eficaz realização solicitará, e os Estados interessados lhes proporcionarão todas as facilidades necessárias.

[257] Certamente essa data foi escolhida em homenagem ao cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada em 10 de dezembro de 1948.

[258] Cf. RAMOS, André de Carvalho Ramos. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos. Seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis. Teoria e prática do Direito Internacional*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2004, p. 6..

se a ressalvar, como de praxe, o direito do Estado de aceitar ou não inspeções *in loco* em seu território, decidindo caso a caso.

A aceitação da competência contenciosa da Corte representa, decerto, um grande passo dado pelo Estado Brasileiro, na medida em que proporciona aos indivíduos sob sua jurisdição a mais ampla garantia de seus direitos humanos no contexto do sistema interamericano da OEA, completamente integrado aos seus mecanismos de proteção e em franca elevação dos seus padrões de proteção à pessoa humana.

Essa competência contenciosa possibilita que a Corte conheça de casos concretos originados de denúncias contra o Estado Brasileiro, envolvendo fatos praticados em data posterior a 10 de dezembro de 1998, ou, como consectário lógico, praticados no curso de processo no âmbito nacional instaurado para apurar fatos anteriores a essa data, mas que caracterizem violação do Pacto de São José por denegação de justiça, como adiante se verá.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos já proferiu duas sentenças envolvendo a República Federativa do Brasil, uma das quais lhe foi desfavorável e impôs o pagamento de indenização compensatória aos familiares da vítima. Trata-se do *Caso Ximenes Lopes* e do *Caso Nogueira de Carvalho y otro*.

A primeira sentença condenatória da Corte Interamericana contra o Brasil foi proferida no *Caso Ximenes Lopes*, relativo ao assassinato de Damião Ximenes Lopes na cidade do Crato, estado do Ceará, paciente internado na Clínica Psiquiátrica Guararapes, a qual, embora fosse um estabelecimento particular, era conveniada com o Sistema Único de Saúde - SUS, e por isso a morte do paciente sob os seus cuidados gerou a responsabilidade internacional do Estado.[259]

---

[259] Cf. Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Excepción Preliminar*. Sentencia de 30 de noviembre de 2005. Serie C, nº 139; Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, nº 149.

O segundo caso julgado pela Corte Interamericana envolvendo o Estado Brasileiro foi o *Caso Nogueira de Carvalho y otro*, relativo ao assassinato de Francisco Gilson Nogueira de Carvalho na cidade de Macaíba, estado do Rio Grande do Norte, advogado que militava na defesa dos direitos humanos, em especial contra a impunidade de que gozava o grupo de extermínio conhecido como "meninos de ouro", supostamente integrado por policiais civis e outros funcionários estatais, que sequestravam, assassinavam e torturavam pessoas naquele estado.[260]

Outro caso foi recentemente submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos, referente a interceptações telefônicas clandestinas realizadas no estado do Paraná, ainda sob a apreciação da Corte Interamericana, do qual não se podem colher mais informações devido ao caráter sigiloso do processo durante a sua tramitação junto ao Tribunal.

3.3. Casos contra o Brasil e implementação das decisões

Além dos casos antes referidos, submetidos à apreciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, inúmeras petições já foram apresentadas à Comissão Interamericana contra o Estado Brasileiro, envolvendo violações das mais variadas ao Pacto de São José da Costa Rica.

Um dos casos de maior repercussão foi o *Caso Maria da Penha*, iniciado pela própria vítima, Maria da Penha Maia Fernandes, pelo Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) e pelo Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), relativo à violência contra a mulher. Maria da Penha Maia Fernandes foi vítima de sucessivas agressões por parte de seu então marido, Marco

[260] Cf. Corte IDH. *Caso Nogueira de Carvalho y otro Vs. Brasil. Excepciones Preliminares y Fondo*. Sentencia de 28 de Noviembre de 2006. Serie C, nº 161.

Antônio Heredia Viveiros, vindo a ficar paraplégica em virtude das agressões por ele perpetradas, inclusive tentativas de homicídio.[261]

Deve-se fazer especial menção ao fato de que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no *Caso Maria da Penha*, exerceu controle de convencionalidade sobre a legislação brasileira e recomendeu que o Brasil promovesse as necessárias medidas para a adequação legislativa, isto é, adequação de seu ordenamento aos preceitos internacionais relativos à proteção dos direitos da mulher.

Um dos desfechos do caso, em sede de controle de convencionalidade, foi a edição pelo Brasil da Lei nº 11.340/2006, que alterou significativamente disposições legais do seu direito interno para a maior proteção da mulher contra a violência doméstica.[262]

Ressalte-se que esse caso não pôde ser levado à apreciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos face ao princípio da irretroatividade, uma vez que os fatos em apuração se deram em data anterior a 10 de dezembro de 1998, impedindo aquele Tribunal de tomar conhecimento do caso.

Caso de grande importância foi o *Caso Simone André Diniz*, iniciado pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), a Subcomissão do Negro da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SP) e o Instituto do Negro Padre Batista.[263]

A petição originou-se a partir da discriminação racial sofrida por Simone André Diniz, negra, em face de anúncio publicado no jornal A Folha de São Paulo, com os

---

[261] Cf. CIDH. *Caso Maria da Penha Maia Fernandes*. Mérito (Brasil). Relatório nº 54/01 (Petição nº 12.051).

[262] A Lei nº 11.340/2006 "cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências".

[263] Cf. CIDH. *Caso Simone André Diniz*. Mérito (Brasil). Relatório nº 66/06 (Petiçaõ nº 12.001).

seguintes dizeres: "doméstica. Lar. P/ morar no empr. C/ exp. Toda rotina, cuidar de crianças, c/docum. E ref.; Pref. Branca, s/filhos, solteira, maior de 21a. Gisele". Apesar da clara configuração do crime de racismo, o Ministério Público pediu o arquivamento do inquérito policial, no que foi atendido pelo Poder Judiciário. [264]

Tal situação impediu que Simone André Diniz pudesse ver punida a autora do crime de racismo contra si praticado, já que o ordenamento jurídico brasileiro prevê a possibilidade de ajuizamento de ação penal privada subsidiária da pública apenas se o Ministério Público, titular da ação pena pública, quedar-se inerte. Como o Promotor de Justiça requereu o arquivamento do inquérito policial, cristalizou-se a impunidade.[265]

Esse caso é de profunda relevância, pois se defronta com uma garantia constitucional dos Membros do Ministério Público, que é a independência funcional, e põe em xeque a vedação do exercício de ação penal privada subsidiária da pública em caso de promoção de arquivamento requerida pelo Ministério Público, mesmo quando claramente presentes a prova da materialidade e os indícios suficientes da autoria delitiva.

D'outra banda, quiçá possa o exame do *Caso Simone André Diniz* avivar o debate sobre o cabimento de impetração de mandado de segurança ou outro remédio jurídico, diante da possível configuração de direito líquido e certo à responsabilização criminal do autor do delito em face da prova da materialidade e dos indícios suficientes da autoria delitiva.

Outro caso envolvendo discriminação racial foi o *Caso Neusa dos Santos Nascimento e Gisele Ana Ferreira*, abreviadamente denominado *Caso Neusa Santos*, iniciado pelo Instituto da Mulher Negra (*Geledés*).[266] Nesse caso o Ministério Público

[264] Cf. CIDH. *Caso Simone André Diniz*. Mérito (Brasil). Relatório nº 66/06 (Petiçaõ nº 12.001), nota de rodapé nº 3.
[265] Cf. artigo 100, § 3º, do Código Penal Brasileiro: "A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal".
[266] Cf. CIDH. *Caso Neusa dos Santos Nascimento e Gisele Ana Ferreira*. Admissibilidade (Brasil). Relatório nº 84/06 (Petição nº 1.068-3).

ofereceu denúncia, mas a mesma foi julgada improcedente por falta de provas. No registro do Relatório da Comissão Interamericana,

> O juiz da 24ª Vara Criminal julgou improcedente a ação penal sob a justificativa de *"resta dúvidas a respeito da verdadeira conduta do réu"*. Ademais, afirmou que não havia certeza das provas apresentadas, visto que não se conseguiu demonstrar a real intenção do acusado. (**sic**)

O caso ainda está tramitando perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, não se podendo colher maiores informações sobre o mesmo dado o caráter sigiloso do seu processamento.

Outros casos podem ainda ser citados, como o *Caso Carandiru*,[267] *Caso El Dorado dos Carajás*,[268] *Caso 42° Distrito Policial Parque São Lucas, São Paulo*,[269] *Caso Adolescentes Custodiados pela FEBEM* ,[270] *Caso Internos Presídio Urso Branco, Rondônia*,[271] *Caso Márcia Barbosa de Souza* [272] e outros.

Enfim, cumpre registrar que tem havido negociações para criação de órgão no Brasil para acompanhar a implementação das decisões e recomendações emanadas do sistema interamericano de direitos humanos, composto por agentes públicos e representantes da sociedade civil, que terá, entre outras, as seguintes atribuições:

a) acompanhar a negociação entre os entes federados envolvidos e os peticionários nos casos submetidos ao exame dos organismos internacionais;

---

[267] Cf. CIDH. *Caso Carandiru*. Mérito (Brasil). Relatório nº 34/00 (Petição nº 11.291).
[268] Cf. CIDH. *Caso Eldorado dos Carajás*. Admissibilidade (Brasil). Relatório nº 04/03 (Petição nº 11.820).
[269] Cf. CIDH. *Caso 42° Distrito Policial Parque São Lucas, São Paulo*. Mérito (Brasil). Relatório nº 40/03 (Petição nº 10.301). Conforme listagem apresentada pelas entidades peticionárias, foram vítimas as seguintes pessoas: Arnaldo Alves de Souza, Antonio Permoniam Filho, Amaury Raymundo Bernardo, Tomaz Badovinac, Izac Dias da Silva, Francisco Roberto de Lima, Romualdo de Souza, Wagner Saraiva, Paulo Roberto Jesuíno, Jorge Domingues de Paula, Robervaldo Moreira dos Santos, Ednaldo José da Fonseca, Manoel Sivestre da Silva, Roberto Paes da Silva, Antonio Carlos de Souza, Francisco Marlon da Silva Barbosa, Luiz de Matos e Reginaldo Avelino de Araújo.
[270] Cf. CIDH. *Caso Adolescentes Custodiados pela FEBEM*. Admissibilidade (Brasil). Relatório nº 39/02 (Petição nº 12.328).
[271] Cf. CIDH. *Caso Internos Presídio Urso Branco, Rondônia*. Admissibilidade (Brasil). Relatório nº 81/06 (Petição nº 394-02).
[272] Cf. CIDH. *Caso Márcia Barbosa de Souza*. Admissibilidade (Brasil). Relatório nº 38/07 (Petição nº 12.263).

b) promover entendimentos com os governos estaduais e municipais, Poder Judiciário e Poder Legislativo, para o cumprimento das obrigações previstas nas decisões e recomendações dos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos;

c) fiscalizar o trâmite das ações judiciais que tratem das violações de direitos humanos referentes aos fatos previstos nas decisões e recomendações dos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos;

d) fiscalizar a implementação de políticas públicas nas esferas federal, estadual e municipal necessárias para o cumprimento das decisões e recomendações dos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos;

e) acompanhar a gestão das dotações orçamentárias da União destinadas à execução financeira das decisões e recomendações dos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos;

f) garantir que o valor a ser fixado nas indenizações respeite os parâmetros fixados pelos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos;

g) fazer gestões junto aos órgãos do Poder Judiciário, Ministério Público e Polícia para que agilizem as investigações e apurações dos casos em exame pelos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos.

3.4. Executividade das sentenças da Corte em indenizações compensatórias

Como já visto, o monitoramento do cumprimento das sentenças da Corte se dá por meio de injunções políticas, em mecanismo que repousa sobre viés diplomático característico dos ares internacionais. Nesse quadro, o princípio da boa-fé, que é um dos pilares do Direito Internacional, impõe aos Estados o adimplemento voluntário das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.[273]

Para além de a sentença da Corte Interamericana dever ser cumprida de boa-fé pelos Estados envolvidos, na parte que contiver condenação em dinheiro ela constitui título executivo que pode embasar processo de execução na ordem interna estatal, por expresso comando do artigo 68 do Pacto de São José, *verbis*:

> Artigo 68.
> 1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.
> 2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

Assim, no que pertine às indenizações pecuniárias, as sentenças da Corte são dotadas de executividade, de força executiva, podendo embasar a instauração de processo de execução civil contra o Estado condenado para o recebimento da indenização pecuniária determinada pelo tribunal da Costa Rica.

Na presente investigação, restou constatado que os doutrinadores do Direito Processual Civil pátrio passam ao largo dessa questão. Ao discorrerem sobre a tutela executiva, e, por conseguinte, sobre os títulos executivos, silenciam completamente sobre as **sentenças internacionais**, aludindo tão-somente às **sentenças estrangeiras**.[274]

Uma sentença internacional, porém, é diferente de uma sentença estrangeira. Esta necessita de homologação no âmbito do direito brasileiro para ter eficácia, enquanto aquela dispensa qualquer ato interno para produzir seus imediatos efeitos jurídicos. A

---

[273] Cf. artigo 68(1) do Pacto de São José: "Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes". Cf., ainda, o artigo 26 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados: "Todo o tratado em vigor vincula as Partes e deve ser por elas cumprido de boa-fé."

sentença da Corte Interamericana prescinde de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça,[275] por não se tratar de "sentença estrangeira", mas de sentença internacional.

A distinção é simples: a sentença estrangeira emana de órgão do Poder Judiciário de um Estado soberano ou órgão administrativo com função judicante nesse país estrangeiro, enquanto a sentença internacional é fruto de julgamento efetuado não por Estado, mas por tribunal internacional.

Exemplos da segunda hipótese são a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, e da Corte Europeia de Direitos Humanos, no âmbito do Conselho da Europa, tribunais internacionais dos quais podem emanar sentenças que contenham condenação para pagamento de indenização compensatória às vítimas de violações de direitos humanos perpetradas pelo Estado.

É de lembrar que a sentença **estrangeira**, enquanto não for homologada pelo Superior Tribunal de Justiça, padece de falta de eficácia a teor do artigo 483 do Código de Processo Civil Brasileiro:

> Art. 483. A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal.
> Parágrafo único. A homologação obedecerá ao que dispuser o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.[276]

---

[274] Cf. DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 8ª ed., 2007; MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil, volume 2: teoria geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução.* São Paulo: Atlas, 4ª ed., 2007; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2007; WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007; NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 10ª ed., 2007; entre outros. Sobre "título executivo" no direito processual civil brasileiro, Sérgio Shimura é autor de excelente livro com o mesmo nome. Cf. SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. São Paulo: Método, 2005. Araken de Assis escreveu um completo manual, que é obra de referência sobre execução. Cf. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 11ª ed., 2007.

[275] A competência para homologação de sentença estrangeira, anteriormente, era do Supremo Tribunal Federal, tendo sido transferida ao Superior Tribunal de Justiça com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004.

[276] Cf. nota anterior sobre a modificação da competência para homologação de sentença estrangeira, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004.

Diferentemente, a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que tem natureza de título executivo judicial no direito interno brasileiro e que dispensa qualquer homologação por parte do Superior Tribunal de Justiça, terá eficácia imediata para embasar processo de execução na ordem interna se não cumprida *sponte sua* pela República Federativa do Brasil.

Digno de realce, neste ponto, é que do próprio Superior Tribunal de Justiça, e, com efeito, até mesmo do Supremo Tribunal Federal, poderá emanar o ato violatório do Pacto de São José, consubstanciado em pronunciamento judicial em desacordo com referido tratado. Seria inconcebível, *in casu*, que a eficácia da sentença da Corte Interamericana no Brasil dependesse de homologação judicial por parte do órgão interno de onde partiu a violação à Convenção Americana.

Como já realçado, os doutrinadores em Direito Processual Civil são silentes sobre a matéria. Também o são, diga-se, os estudiosos do Direito Constitucional, sendo a doutrina acerca do tema praticamente inexistente. Alguns poucos internacionalistas é que se têm manifestado acerca do problema, a exemplo de José Carlos de Magalhães,[277] Valério de Oliveira Mazzuoli[278] e Flávia Piovesan.[279]

As poucas manifestações têm sido no entendimento de que as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos constituem títulos executivos judiciais na ordem processual brasileira. Em trabalho acadêmico do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, Sheyla Barreto Braga de Queiroz sustentou essa ideia, assim dizendo:

---

[277] MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 102.

[278] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 181; *Idem*, *Curso de Direito Internacional Público*. 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 736-738.

[279] PIOVESAN, Flávia. *Implementação das obrigações, standards e parâmetros internacionais de direitos humanos no âmbito intragovernamental e federativo*, p. 6, disponível em <http://www.internationaljusticeproject.org/pdfs/Piovesan-speech.pdf>, acesso em 04 jun. 2008.

> Constituem seus julgados títulos executivos judiciais a serem liquidados na conformidade das legislações pertinentes de cada país (Art. 68.2 da Convenção Americana), sendo tratadas ora como sentenças internacionais (posição correta), ora como sentenças estrangeiras (posição controversa), a depender do entendimento da Corte Suprema de cada Estado membro.
>
> Esse último ponto é, aliás, um dos problemas que acometem o sistema regional de proteção de direitos humanos em apreço, na medida em que é causa de enfraquecimento da efetividade dos julgados da Corte a falta de auto-exequibilidade.[280]

Sob a ótica do Direito Processual Civil pátrio, considerando a previsão legal exaustiva contida no Código de Processo Civil acerca dos títulos executivos judiciais, poder-se-ia sustentar que a sentença da Corte Interamericana seria título executivo extrajudicial na ordem interna brasileira. Alguns argumentos são a seguir indicados, embora desde já fique o registro de que não comungamos de tal entendimento.

Primeiro, poder-se-ia argumentar que, embora a Corte Interamericana seja órgão judicial, exercendo legítima atividade jurisdicional sobre o Brasil, não integra, ainda assim, o aparato judiciário estatal, não podendo ser equiparada a órgão judicante nacional para que suas sentenças sejam, em consequência, reputadas como títulos executivos judiciais.

Segundo, os títulos executivos judiciais são enumerados no artigo 475-N do Código de Processo Civil, e têm natureza de *numerus clausus*, não se admitindo reputar a sentença da Corte Interamericana como título executivo judicial à míngua de previsão legal para tanto na ordem interna.

Terceiro, ainda que fossem títulos judiciais, as sentenças da Corte Interamericana não seriam passíveis de liquidação, como proposto acima por Sheyla Barreto Braga de Queiroz, porque as indenizações compensatórias estabelecidas por esse tribunal sempre são líquidas, contêm quantia certa e determinada em seu bojo, podendo fazer-se

---

[280] QUEIROZ, Sheyla Barreto Braga de. *A Corte Interamericana e a proteção dos direitos humanos*. *In*: *Prima Facie*, João Pessoa, ano 4, nº 7, jul.-dez. 2005, p. 72, disponível em <http://www.ccj.ufpb.br/primafacie/prima/artigos/n7/corte.pdf> , acesso em 04 jun. 2008.

necessários apenas cálculos aritméticos para fins de conversão dos valores para a moeda corrente do país.[281]

Assim, considerando que o Pacto de São José atribui força executiva à parte da sentença da Corte Interamericana que determinar indenização compensatória, ela se integraria ao sistema processual civil interno com natureza de título executivo extrajudicial por força do disposto no artigo 585, VIII, do Código de Processo Civil, por não se enquadrar em qualquer previsão de título judicial admitido por esse diploma legal, que reza:

> Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:
> I a VII - *omissis*;
> VIII - todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

Conforme de logo registrado no início da abordagem dessa questão, entendemos serem as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos legítimos títulos executivos judiciais, dotados de força executiva para embasar ação de execução na ordem interna na parte que tiver determinado indenização compensatória, isto é, pagamento de quantia certa.

A interpretação que deflui da harmonização do citado artigo 68 do Pacto de São José com o artigo 585 do Código de Processo Civil Brasileiro, em seu inciso VII, é equivocada e se funda na inaceitável premissa de que o comando normativo da ordem interna é que determinaria a natureza do título executivo em causa.

---

[281] Em regra, as indenizações compensatórias determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos são estabelecidas em dólares americanos, fazendo-se necessários, por isso, cálculos aritméticos para se chegar ao valor da indenização em real. Isto, porém, não caracteriza procedimento de liquidação à luz do Direito Processual Civil brasileiro, que aboliu a chamada "liquidação por cálculo do contador" e hoje comporta apenas a liquidação por artigos e por arbitramento. Sobre o tema, cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença civil: liquidação e cumprimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2006; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2007; NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 10ª ed., 2007; entre outros.

Em verdade, cuida-se de realidade contrária: **a normativa internacional é que determina a natureza do título executivo na ordem processual interna**, pelo simples fato de que o Estado Brasileiro, ao aderir ao Pacto de São José, aceitou incorporar as disposições convencionais em seu ordenamento jurídico. No tocante, pois, à executividade da sentença da Corte Interamericana em indenizações compensatórias, o Brasil aceitou a integração ao direito pátrio de um novo título judicial. [282]

Desta sorte, a própria Convenção Americana é que confere força executiva às sentenças da Corte na parte que determinar o pagamento de quantia certa a título de indenização compensatória, e é igualmente a própria Convenção Americana que preconiza a execução da sentença no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

Trata-se, portanto, de ação de execução contra a Fazenda Pública (federal),[283] figurando no polo passivo da relação processual a União, e, por isso, competente para processar e julgar o feito será o juiz federal de primeiro grau, nos termos do artigo 109 da Constituição Federal de 1988, seja por seu inciso I, ou III, ou X, *verbis*:

> Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
> I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;
> (...)
> III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;
> (...)
> X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;
> (...)

[282] Deve-se chamar a atenção, neste ponto, para o fato de que a exaustividade do rol do art. 475-N do Código de Processo Civil brasileiro é necessariamente relativizada diante da previsão contida no Art. 68(2) do Pacto de São José, afigurando-se de bom alvitre a ampla disseminação da informação entre os processualistas a fim de coadunar a doutrina processual civil pátria à realidade determinada pela normativa da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

[283] Leonardo José Carneiro da Cunha é autor de obra de referência sobre a Fazenda Pública em juízo, aqui incluída a execução contra a Fazenda Pública. Cf. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Dialética, 5ª ed., 2007. Cf. também SOUTO, João Carlos. *A União Federal em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2000.

Naturalmente, se a Corte conceder prazo para o cumprimento voluntário de sua sentença pelo Brasil, somente decorrido *in albis* esse prazo é que poderá ser iniciada a execução no âmbito interno, perfazendo-se o requisito da exigibilidade da obrigação contida na sentença correspondente ao pagamento de quantia certa.

Se intentada a execução antes do prazo assinado pela Corte, a sentença não terá ainda força executiva pois, se a um tempo o título reflete obrigação certa e líquida, tal obrigação ainda não será exigível porque ainda não escoado o prazo concedido pela Corte para o adimplemento voluntário da sentença pelo Brasil.

A competência para a execução da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, por analogia, segue a regra do artigo 484 do Código de Processo Civil: "Art. 484. A execução far-se-á por carta de sentença extraída dos autos da homologação e obedecerá às regras estabelecidas para a execução da sentença nacional da mesma natureza".

Quer isso dizer que dos autos do processo que tramitou perante a Corte Interamericana será extraída carta de sentença, consubstanciando-se o título executivo judicial na referida sentença internacional e respectiva carta, e assim sendo iniciado o processo de execução no âmbito interno sob as mesmas regras estabelecidas para a execução de sentença contra a Fazenda Pública.

Ou seja, a analogia com o artigo 484 do Código de Processo Civil implica tomar a expressão "sentença nacional da mesma natureza" por "título executivo da mesma natureza", uma vez já demonstrado que a sentença da Corte não é sentença estrangeira, e, por isso, prescinde de homologação.

Frise-se que a questão em discussão nada tem a ver com monismo ou dualismo, mas tão-somente com a natureza processual do título executivo de modo a instaurar-se corretamente, nos moldes do direito interno, o processo de execução para concretizar o

pagamento da indenização compensatória determinada pela Corte, se não cumprida sua sentença voluntariamente pelo Brasil.

Impende consignar, no contexto em apreço, a tramitação no Congresso Nacional de projeto de lei que pretende disciplinar os efeitos jurídicos das decisões emanadas dos organismos internacionais no Estado Brasileiro, em especial a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

São de causar espanto algumas colocações feitas pelos Parlamentares, ao defenderem suas posições acerca do tema, descortinando-se a triste realidade em que está mergulhado o país no que tange à (in)efetividade dos compromissos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Em 13 de junho de 2000, foi apresentado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 3.214, de autoria do **Deputado Marcos Rolim**, que assim dispunha em sua redação original:[284]

> Dispõe sobre os efeitos jurídicos das decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos e dá outras providências.
> O Congresso Nacional decreta:
> Art. 1º As decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, constituídas pela Convenção Americana de Direitos Humanos, cuja jurisdição foi reconhecida pelo Decreto Legislativo nº 678, de 6 de novembro de 1992, produzem efeitos jurídicos imediatos no âmbito do ordenamento jurídico interno brasileiro.
> Art. 2º Quando as decisões forem de caráter indenizatório, constituir-se-ão em títulos executivos judiciais e estarão sujeitas à execução direta contra a Fazenda Pública Federal.
> § 1º O valor a ser fixado na indenização respeitará os parâmetros fixados pelos organismos internacionais.
> § 2º O crédito terá, para todos os efeitos legais, natureza alimentícia.
> Art. 3º Será cabível ação regressiva da União contra as pessoas físicas ou jurídicas, privadas ou públicas, responsáveis direta ou indiretamente pelos atos ilícitos que ensejaram a decisão de caráter indenizatório.
> Art. 4º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Vê-se que o projeto, corretamente, dispensava a homologação das sentenças da Corte Interamericana pelo Supremo Tribunal Federal (hoje, pelo Superior Tribunal de

[284] CÂMARA DOS DEPUTADOS. Portal de Consulta da Tramitação das Proposições, disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=19288>, acesso em 08 jun. 2008.

Justiça por alteração introduzida pela Emenda 45/2004). Porém, emenda substitutiva foi apresentada prevendo a necessidade da homologação, com o argumento de que se tratava de "sentenças estrangeiras" proferidas por "órgão jurisdicional alienígena", sob pena de afronta aos princípios da autonomia e exclusividade da jurisdição e soberania.

O projeto de autoria do Deputado Marcos Rolim restou por ser **arquivado**, face à ultrapassagem do prazo regimental para sua votação. Outrossim, a ideia foi restaurada pelo **Deputado José Eduardo Cardozo** mediante apresentação de novo projeto de lei, desta feita de forma mais ampla do que a proposta original do Deputado Marcos Rolim e sucessivas emendas.[285]

Esse novo projeto de lei, em lugar de referir-se aos efeitos jurídicos das **decisões da Comissão Interamericana** ou das **sentenças da Corte Interamericana**, propõe disciplinar os efeitos jurídicos das **decisões dos Organismos Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos** cuja competência haja sido reconhecida pelo Estado Brasileiro, *in verbis*:

> Dispõe sobre os efeitos jurídicos das decisões dos Organismos Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos e dá outras providências.
> O Congresso Nacional decreta:
> Art. 1º As decisões dos Organismos Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos cuja competência foi reconhecida pelo Estado Brasileiro, produzem efeitos jurídicos imediatos no âmbito do ordenamento interno brasileiro.
> Art. 2º Quando as decisões forem de caráter indenizatório, constituir-se-ão em títulos executivos judiciais e estarão sujeitas à execução direta contra a Fazenda Pública Federal.
> § 1º O valor a ser fixado na indenização respeitará os parâmetros fixados pelos organismos internacionais.
> § 2º O crédito terá, para todos os efeitos legais, natureza alimentícia.
> Art. 3º Será cabível ação regressiva da União contra as pessoas físicas ou jurídicas, privadas ou públicas, responsáveis direta ou indiretamente pelos atos ilícitos que ensejaram a decisão de caráter indenizatório.
> Art. 4º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

O projeto sinaliza avanços, afastando qualquer obstáculo à imediata produção dos efeitos jurídicos das decisões na ordem interna e reforçando a responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos. Particularmente no campo

[285] Projeto de Lei nº 4.667/2004, apresentado pelo Deputado José Eduardo Cardozo em 15 de dezembro de 2004. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Portal de Consulta da Tramitação das Proposições, disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=273650>, acesso em 08 jun. 2008.

indenizatório, contempla ação regressiva intentada pela União em face do agente estatal causador da violação declarada pelos órgãos do sistema interamericano.

Nesse contexto, digno de nota é que grande parte das denúncias contra o Estado Brasileiro junto ao sistema interamericano foi originada de violações decorrentes da ação ou omissão de agentes públicos das unidades federativas, e não propriamente da União Federal – o que, aos olhos da Convenção Americana, é irrelevante para a responsabilização internacional do Estado diante da "cláusula federal" contida no seu artigo 28. [286]

Referido Projeto de Lei foi submetido à Comissão de Direitos Humanos e Minorias, à Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional e à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Na Comissão de Direitos Humanos e Minorias, o Deputado **Orlando Fantazzini** apresentou **Emenda Substitutiva** em termos mais minudentes com relação ao projeto original, detalhando o procedimento de implementação das decisões internacionais no âmbito interno.

À luz da referida Emenda Substitutiva, as decisões e recomendações dos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos determinadas por tratados ratificados pelo Brasil devem produzir efeitos jurídicos imediatos, com força jurídica obrigatória e vinculativa na ordem interna, impondo-se à União absoluta prioridade no seu cumprimento, com prazo de 60 dias para pagamento de indenização pecuniárias, a contar da notificação do comando internacional. [287]

---

[286] Artigo 28. *Cláusula federal*. (1) Quando se tratar de um Estado Parte constituído como Estado federal, o governo nacional do aludido Estado Parte cumprirá todas as disposições da presente Convenção, relacionadas com as matérias sobre as quais exerce competência legislativa e judicial. (2) No tocante às disposições relativas às matérias que correspondem à competência das entidades componentes da federação, o governo nacional deve tomar imediatamente as medidas pertinentes, em conformidade com sua constituição e suas leis, a fim de que as autoridades competentes das referidas entidades possam adotar as disposições cabíveis para o cumprimento desta Convenção. (3) Quando dois ou mais Estados Partes decidirem constituir entre eles uma federação ou outro tipo de associação, diligenciarão no sentido de que o pacto comunitário respectivo contenha as disposições necessárias para que continuem sendo efetivas no novo Estado assim organizado as normas da presente Convenção.

[287] Artigo 1º.

Determina-se, ainda, a designação de rubrica própria no Orçamento Geral da União para o pagamento das indenizações compensatórias, assegurado o direito de regresso da União contra os entes federativos, pessoas físicas ou jurídicas, privadas ou públicas, direta ou indiretamente responsáveis pelos atos que deram causa à responsabilização internacional do Estado Brasileiro. [288]

Prevê-se a criação de órgão para acompanhar a implementação das decisões e recomendações em questão, composto por agentes públicos e representantes da sociedade civil, com o estabelecimento do prazo de 20 dias para apresentação de plano de cumprimento de obrigações de fazer, e, em igual prazo, para emissão de relatório sobre investigação ou apuração em curso quando a decisão ou recomendação envolver medida a cargo da Polícia, do Poder Judiciário ou do Ministério Público. [289]

Tratando-se de medidas cautelares determinadas pela Comissão (*precautionary measures*), ou medidas provisórias estabelecidas pela Corte (*provisional measures*), o cumprimento deverá dar-se no prazo de 24 horas a contar do recebimento da sua comunicação pelo responsável pelas providências a serem cumpridas. Em todo caso, as entidades públicas poderão celebras acordos e convênios entre si para se desincumbirem do mister proposto no Projeto de Lei. [290]

Na Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, o **Deputado Laerte Bessa** apresentou **Emenda Modificativa** que muito surpreendeu – negativamente – por revelar uma completa falta de compreensão do funcionamento do processo de responsabilização internacional do Estado por violação de direitos humanos.

[288] Artigos 2º e 3º.
[289] Artigos 4º a 6º.
[290] Artigos 7º e 8º.

O inteiro teor das justificativas apresentadas pelo Parlamentar merecem literal transcrição, para que se possa avaliar o desacerto de suas ideias em toda a sua dimensão:[291]

> Com a máxima vênia, o **absolutismo** proposto no projeto em tela afronta ditames constitucionais previstos no art. 5º da Carta Magna.
> A uma, por afastar o fundamental contraditório e ampla defesa que deve sempre anteceder qualquer decisão que crie ou restrinja direito.
> A duas, **por entregar absoluto poder a organização internacional**, de estabelecer indenizações a serem pagas pelo Estado sem qualquer forma de controle, condição que cria um verdadeiro **ente supraestatal com poderes coercitivos inimagináveis** em um estado de direito.
> O necessário reparo e a fundamental proteção aos direitos humanos não pode, sob qualquer argumento, **transcender ao sistema legal deste país**, de forma a **criar um verdadeiro monstro jurídico**.
> Outrossim, a matéria em tela já encontra guarida no § 6º, do art. 37 da Constituição Federal que dispõe:
> "Art. 37 (...)
> § 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."
> Obviamente, a responsabilidade objetiva é sempre antecedida pelo devido processo legal, mínima condição que se exige em um estado democrático de direito.
> O poder sem limites não cabe em nosso ordenamento jurídico e toda e qualquer pretensão que afete direito alheio, seja público ou privado, deve ser submetido ao salutar sistema tripartite.
> As emendas propostas constitucionalizam o presente projeto, adequando-o à um plano de validade para figurar em nosso ordenamento jurídico.
> Sala da comissão, em 03/04/2007.
> Deputado LAERTE BESSA
> *PMDB/DF* (***sic***, destaques nossos)

Percebe-se o flagrante anacronismo da argumentação do Deputado Federal Laerte Bessa, chegando mesmo a chocar pelo descompasso com a normativa internacional de proteção aos direitos humanos. Seria a Corte Interamericana, aos olhos do Parlamentar, um "monstro jurídico" que imporia ao Estado Brasileiro, sem direito ao contraditório e à ampla defesa, o dever de pagar indenizações sem qualquer tipo de controle?...

No entanto, tal visão distorcida padece de absoluto desconhecimento sobre o funcionamento dos mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos, mormente no âmbito do sistema interamericano. Basta uma simples leitura do Pacto de

[291] CÂMARA DOS DEPUTADOS. Portal de Consulta da Tramitação das Proposições, disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/449039.pdf>, acesso em 08 jun. 2008, p. 4.

São José e dos Regulamentos da Comissão e Corte Interamericanas para visualizar a plêiade de direitos relacionados ao contraditório e à ampla defesa dos Estados.[292]

A proposição do Deputado Laerte Bessa é desprovida de qualquer respaldo jurídico e, com efeito, se distancia por completo da verdadeira *ratio essendi* do sistema interamericano na contra-mão da "consciência jurídica universal" que permeia a proteção dos direitos humanos – na expressão humanista de Antônio Augusto Cançado Trindade, cunhada em seu Voto Concorrente no julgamento do *Caso Barrios Altos*, em que destaca precisamene a necessidade do despertamento para essa consciência. [293]

Felizmente, a Emenda Modificativa do Deputado Laerte Bessa foi rejeitada, por ter entendido a Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional que a mesma desvirtuava por completo o Projeto de Lei e revelava ignorância acerca do processo de responsabilização internacional do Estado, sobretudo o princípio da subsidiariedade da jurisdição internacional face à regra do esgotamento dos recursos internos, a teor do registro do Deputado **Nilson Mourão**:

---

[292] Cf. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigos 48 a 51, Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, artigos 29 a 55, Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, artigos 20 a 55, 58 e 59.

[293] "En mi entender, tanto la jurisprudencia internacional, como la práctica de los Estados y organismos internacionales, y la doctrina jurídica más lúcida, proveen elementos de los cuales se desprende *el despertar de una conciencia jurídica universal*. Esto nos permite reconstruir, en este inicio del siglo XXI, el propio Derecho Internacional, con base en un nuevo paradigma, ya no más estatocéntrico, sino más bien antropocéntrico, situando al ser humano en posición central y teniendo presentes los problemas que afectan a la humanidad como un todo. Así, en cuanto a la *jurisprudencia internacional*, el ejemplo más inmediato reside en la jurisprudencia de los dos tribunales internacionales de derechos humanos hoy existentes, las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos. A ella se puede agregar la jurisprudencia emergente de los dos Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*, para la ex-Yugoslavia y Ruanda. Y la propia jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia contiene elementos desarrollados a partir, v.g., de consideraciones básicas de humanidad". (Tradução livre: "No meu entender, tanto a jurisprudência internacional, como a prática dos Estados e organismos internacionais, e a doutrina jurídica mais lúcida, proveem elementos dos quais se depreende *o despertar de uma consciência jurídica universal*. Isto nos permite reconstruir, neste início do século XXI, o próprio Direito Internacional, com base em um novo paradigma, já não mais estatocêntrico, mas antropocêntrico, situando o ser humano em posição central e tendo presentes os problemas que afetam a humanidade como um todo. Assim, quanto à *jurisprudência internacional*, o exemplo mais imediato reside na jurisprudência dos tribunais internacionais dos directos humanos hoje existentes, as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. A ela se pode agregar a jurisprudeêcia emergente dos dois Tribunais Penais Internacionais *ad hoc*, para a ex-Yugoslavia e Ruanda. E a própria jurisprudência da Corte Internacional de Justiça contém elementos desenvolvidos a partir, v.g., de considerações básicas de humanidade"). Corte IDH. *Caso Barrios Altos*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, nº 75. Voto Concurrente del Juez A.A.Cançado Trindade, § 16. Sobre essa "consciência jurídica universal", cf. ainda TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp.89-96.

> No que tange à emenda apresentada, de autoria do eminente Deputado Laerte Bessa, julgamos que ela não deva prosperar, pois desvirtua inteiramente o projeto. De fato, a redação proposta para o artigo 1º, ao ressalvar a produção de efeitos jurídicos nos casos em que tais efeitos afetem direitos individuais ou coletivos, praticamente inviabiliza a reparação dos danos pleiteados. Ademais, a redação proposta para o artigo 2º do projeto, que condiciona as indenizações à submissão do pleito ao contraditório no Poder Judiciário, ignora que os organismos e cortes internacionais só se pronunciam, como assinalado, sobre casos que já se esgotaram no âmbito jurídico interno dos Estados Partes. Assim, quando há manifestação de organismo internacional, isso significa que já houve, em várias instâncias internas, contraditório e ampla defesa. [294]

Assim, rejeitou-se a proposta do Deputado Laerte Bessa, logrando-se aprovar a Emenda Substitutiva da lavra do Deputado Orlando Fantazzini. No entanto, na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania o Deputado **Luiz Couto** opinou pela aprovação do projeto original, com rejeição do substitutivo da Comissão de Direitos Humanos e Minorias.

O argumento do parlamentar foi que o substitutivo não continha o reconhecimento prévio da jurisdição de um tribunal internacional pelo Estado brasileiro como condição prévia para a produção de efeitos juridicos de suas decisões.

> Quanto a este projeto de lei do ilustre Deputado José Eduardo Cardozo, o ponto fulcral da discussão é que, quando o Estado brasileiro concorda com os termos e ratifica um ato internacional, aderindo a um organismo internacional, sendo que nos estatutos deste há previsão de prestação jurisdicional, opera-se a cessão de uma "parcela" da soberania. Ou seja, o Estado brasileiro aceita, por força do tratado ou convenção, a competência de uma corte estrangeira **(*sic*)**, reconhecendo a sua jurisdição.
> A aceitação desta intepretação pressupõe a admissão da tese da "soberania relativa" (em contraposição à da soberania absoluta), segundo a qual a soberania pode ser parcelada e, portanto, pode o Estado ceder, segundo seu interesse, alguma parte de tal atribuição a um organismo internacional do qual ele seja membro. Essa é a lógica que fundamenta a aceitação de que as decisões de um poder jurisdicional estrangeiro **(*sic*)** tenham eficácia no País.
> No caso da proposição em tela, o importante a destacar é que ela condiciona a produção de efeitos juridicos das decisões dos órgãos internacionais ao reconhecimento prévio do poder jurisdicional pelo Estado brasileiro, nos termos da Convenção ou Tratado Internacional constitutivo. [295]

---

[294] CÂMARA DOS DEPUTADOS. Portal de Consulta da Tramitação das Proposições, disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/511650.pdf>, acesso em 08 jun. 2008, p. 7.

[295] CÂMARA DOS DEPUTADOS. Portal de Consulta da Tramitação das Proposições, disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/582106.pdf>, acesso em 08 jun. 2008, p. 4. Chamamos a atenção para as imprecisões técnicas constantes na manifestação do Deputado Luiz Couto, ao referir-se a **"corte estrangeira"** e **"poder jurisdicional estrangeiro"**. Na verdade, a rigor técnico deveria o Parlamentar ter-se referido a **"corte internacional"** e **"poder jurisdicional internacional"**, visto que o Projeto de Lei não cuida de decisões ou recomendações emanadas de órgão de Estado estrangeiro, mas de tribunais e outros organismos internacionais, previstos em tratados de que o Brasil é parte no seio de organizações internacionais das quais o Brasil é membro. Não se trata, portanto, de deliberação "estrangeira" ligada à soberania de Estado estrangeiro, mas de deliberação "internacional" com fundada

O parecer do Deputado Luiz Couto, relator da matéria na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, foi apresentado em 02 de julho de 2008, encontrando-se o Projeto de Lei ainda em tramitação no Congresso Nacional. Tudo está a indicar, acredita-se, que o mesmo será aprovado e, finalmente, o Estado Brasileiro passará a ter uma normatização interna relativa à implementação das deliberações dos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Enquanto isso, algumas providências têm sido tomadas pelo Estado Brasileiro a fim de implementar as decisões emanadas do sistema interamericano, em seu âmbito interno, a exemplo da expedição em outubro de 2002 do Decreto nº 4433/02, que instituiu a Comissão de Tutela dos Direitos Humanos no âmbito da Secretaria de Estado de Direitos Humanos, órgão ligado ao Poder Executivo Federal.

São objetivos dessa Comissão: a) acompanhar a negociação de soluções amistosas entre os entes federativos envolvidos e os peticionários; b) acompanhar a defesa do Estado Brasileiro nos casos perante a Comissão e a Corte Interamericanas; c) realizar a interlocução dos órgãos dos entes federados com os órgãos do sistema interamericano; e d) fiscalizar as dotações orçamentárias do Tesouro Nacional com vistas à implementação do Decreto. [296]

em permissivo da soberania do próprio Estado Brasileiro.

[296] PIOVESAN, Flávia. *Implementação das obrigações, standards e parâmetros internacionais de direitos humanos no âmbito intragovernamental e federativo*, p. 6, disponível em <http://www.internationaljusticeproject.org/pdfs/Piovesan-speech.pdf>, acesso em 04 jun. 2008. Este texto serviu de base à palestra proferida pela autora no painel "Implementation Through Intrastate Levels of Government, Including Federal, State/Provincial and Municipal Jurisdictions", no evento "Working Session on the Implementation of International Human Rights Obligations and Standards in the Inter-American System", organizado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pelo "The International Justice Project", em Washington, em 01 de março de 2003.

4. RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO E REPARAÇÕES NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

4.1. Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos

Constitui princípio basilar do direito internacional que um Estado tem o dever de prover adequada reparação pelos danos decorrentes da violação de suas obrigações internacionais. A Corte Permanente de Justiça Internacional registrou esse princípio em sua sentença de 13 de setembro de 1928, ao julgar demanda movida pela Alemanha contra a Polônia, conhecida como *Factory of Chorzów Case*:

> It is a principle of international law that the reparation of a wrong may consist in an indemnity corresponding to the damage which the nationals of the injured State have suffered as a result of the act which is contrary to international law. (…) The rules of law governing the reparation are the rules of international law in force between the two States concerned, and not the law governing relations between the State which has committed a wrongful act and the individual who has suffered damage. [297]

Entendeu a Corte que a conduta polonesa de tomar posse da fábrica de nitrato situada em Chorzów violou obrigações internacionais da Polônia para com a Alemanha, previstas em tratado celebrado entre os dois países, e que, a título de reparação, deveria a Polônia pagar indenização compensatória dos danos causados à Alemanha. [298]

Historicamente, apenas os Estados podiam demandar reparações na órbita internacional. Assim, o **Estado A** violava uma obrigação internacional para com o **Estado B** na hipótese de dano causado a um nacional deste último. Como exemplo,

---

[297] "É um princípio de direito internacional que a reparação de um ilícito pode consistir em uma indenização correspondente ao prejuízo sofrido pelos nacionais do Estado vitimado, como um resultado do ato que é contrário ao direito internacional. (...) As regras de direito que regerão a reparação são as normas de direito internacional em vigor entre os dois Estados envolvidos, e não as leis que disciplinam as relações entre o Estado infrator e o indivíduo que sofreu o prejuízo decorrente do ilícito praticado pelo Estado" (tradução livre). PCIJ. *Factory at Chorzów (Merits)*. Judgment on September 13th 1928. Ser. A, nº 17, p. 23.

[298] Cf. PCIJ. *Factory at Chorzów (Merits)*. Judgment on September 13th 1928. Ser. A, nº 17, p. 54, nº 1.

pode-se citar o caso *The Mavrommatis Palestine Concessions* levado a julgamento pela Corte Permanente de Justiça Internacional. [299]

A demanda foi proposta pela Grécia contra a Grã-Bretanha diante da recusa do governo palestino, desde 1921 – e, assim, também do governo britânico[300] – em reconhecer em sua totalidade os direitos adquiridos pelo Sr. Mavrommatis, cidadão grego, decorrentes de contratos e acordos por ele celebrados com as autoridades otomanas envolvendo concessões para algumas obras públicas na Palestina.

A Corte admitiu, por maioria de votos, que a Grécia postulasse contra a Grã-Bretanha em favor de um indivíduo, enunciando que se um Estado encampa a defesa de um nacional para em seu nome postular perante uma corte internacional, está na realidade defendendo os seus próprios direitos, na medida em que, na pessoa de um nacional, busca o respeito às normas do direito internacional.

Assim considerou a Corte, na sentença preliminar sobre a sua jurisdição:

> The general basis of the jurisdiction given to the Permanent Court of International Justice is set down in Articles 34 and 36 of the Statute, according to which, in the first place, **only States or Members of the League of Nations may appear before it** and, in the second place, it has jurisdiction to hear and determine "all cases which the Parties refer to it and all matters specially provided for in Treaties and Conventions in force".
> A dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons. The present suit between Great Britain and Greece certainly possesses these characteristics. **The latter Power is asserting its own rights by claiming from His Britannic Majesty's Government an indemnity** on the ground that M. Mavrommatis, one of its subjects, has been treated by the Palestine or British authorities in a manner incompatible with certain international obligations which they were bound to observe. [301]

E assim arrematou:

---

[299] PCIJ. *The Mavrommatis Palestine Concessions (Jurisdiction)*. Judgment on August 30, 1924. Ser. B, nº 3.

[300] Após a Primeira Guerra Mundial, com o Tratado de Versalhes a Palestina foi dividida entre França e Inglaterra, cabendo a esta última, além de outras porções territoriais, a região de Jaffa, cenário da disputa do caso *The Mavrommatis Palestine Concessions* sob análise. Assim, por força do Mandato Britânico exercido na Palestina, estabelecido sob os auspícios da Liga das Nações, a Grã-Bretanha foi considerada parte legítima para figurar no polo passivo da demanda proposta pela Grécia.

[301] "A base geral da jurisdição dada à Corte Permanente de Justiça Internacional está estabelecida nos artigos 34 e 36 do Estatuto, consoante o qual, em primeiro lugar, **apenas os Estados ou os Membros da Liga das Nações podem ser partes perante a mesma** e, em segundo lugar, a Corte tem jurisdição para processar e julgar "todos os casos que as Partes a ela submeterem e todas questões especialmente previstas nos tratados e convenções em vigor". Uma disputa é um desacordo numa questão de direito ou

> **In the case of the Mavrommatis concessions it is true that the dispute was at first between a private person and a State** - i.e. between M. Mavrommatis and Great Britain. Subsequently, the Greek Government took up the case. The dispute then entered upon a new phase; it entered the domain of international law, and became a dispute between two States. Henceforward therefore it is a dispute which may or may not fall under the jurisdiction of the Permanent Court of International Justice.
> It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights - its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law.[302]

Vê-se que, conforme tal entendimento, os Estados é que seriam os titulares do direito de obter reparações em caso de violação de obrigações internacionais por outro Estado. Pode-se dizer, então, que na teoria geral da responsabilidade internacional do Estado o indivíduo não seria titular do direito a reparações.

Isto porque, no passado, o indivíduo nunca pôde demandar diretamente perante as instâncias internacionais, cabendo ao Estado do qual a pessoa era nacional postular as reparações contra outro Estado que, violando obrigações internacionais, atingiu os direitos do seu nacional.

No já citado *Factory of Chorzów Case*, a Corte Permanente de Justiça Internacional deixa claro esse vetusto preceito, explicitando que as regras de regência

---

de fato, um conflito de visões legais ou de interesses entre duas pessoas. A presente ação entre a Grã-Bretanha e a Grécia certamente possui essas características. **Esta última Potência está defendendo seus próprios direitos ao reclamar uma indenização do Governo de Sua Majestade Britânica** sob o fundamento de que M. Mavrommatis, um dos sujeitos, foi tratado pelas autoridades palestinas ou britânicas de maneira incompatível com certas obrigações internacionais que elas se comprometeram a observar". (tradução livre). PCIJ. *The Mavrommatis Palestine Concessions (Jurisdiction)*. Judgment on August 30, 1924. Ser. B, nº 3, pp. 5-7.

[302] "**No caso *Mavrommatis Concessions* é verdade que a disputa era primeiro entre um particular e um Estado** – isto é, entre M. Mavrommatis e a Grã-Bretanha. Subsequentemente, o Governo Grego assumiu o caso. A disputa, então, entrou numa nova fase; entrou no domínio do direito internacional e se tornou uma disputa entre dois Estados. A partir daí, portanto, é uma disputa que pode ou não enquadrar-se na jurisdição da Corte Permanente de Justiça Internacional. **É um princípio elementar de direito internacional que um Estado tem o direito de proteger os seus nacionais, quando estes forem atingidos por atos praticados por outro Estado que sejam contrários ao direito internacional**, do qual não hajam obtido satisfação por meio dos canais ordinários. Assumindo o caso de um de seus nacionais e recorrendo à ação diplomática ou a procedimentos judiciais internacionais em seu nome, **um Estado está na realidade defendendo seus próprios direitos - seu direito de assegurar, na pessoa de seus nacionais, o respeito às regras de direito internacional**" (tradução livre). PCIJ. *The Mavrommatis Palestine Concessions (Jurisdiction)*. Judgment on August 30, 1924. Ser. B, nº 3, pp. 5-7.

das reparações são as normas de direito internacional em vigor entre os dois Estados envolvidos, e não as leis que disciplinam as relações entre o Estado infrator e o indivíduo que sofreu o prejuízo decorrente do ilícito praticado pelo Estado.[303]

Porém, com a evolução do direito internacional esse cenário mudou, sobretudo com a consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em cujo contexto se passou a admitir o acesso direto dos indivíduos às instâncias internacionais a fim de assegurar a proteção dos seus direitos. Ou seja: **os próprios indivíduos passaram a ser titulares do direito de obter reparações** em caso de violação de obrigações internacionais relativas à proteção da pessoa humana.

Busca a própria vítima, então, ou seus familiares, a responsabilização do Estado para reparar os danos sofridos pela violação aos direitos humanos. Disso são exemplos os mecanismos previstos no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos,[304] na Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (abreviadamente conhecida como Convenção Europeia sobre Direitos Humanos)[305] e na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.[306]

No âmbito da Organização dos Estados Americanos, o sistema interamericano de direitos humanos ainda não permite esse acesso direto dos indivíduos à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim como o sistema europeu antes da entrada em vigor do Protocolo nº 11/1998 à Convenção Europeia de Direitos Humanos, as denúncias de violações a direitos humanos são dirigidas à Comissão Interamericana, para que, em caso de acolhimento, sejam encaminhadas à Corte.

---

[303] No original em inglês: *"The rules of law governing the reparation are the rules of international law in force between the two States concerned, and not the law governing relations between the State which has committed a wrongful act and the individual who has suffered damage."* PCIJ. *Factory at Chorzów (Merits)*. Judgment on September 13th 1928. Ser. A., nº 17, p. 23.

[304] No Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas pode receber petições individuais com denúncias de violações de direitos humanos.

[305] Passou passou a admitir o acesso direto dos indivíduos à Corte Europeia de Direitos Humanos depois da entrada em vigor do seu Protocolo nº 11/1998, antes do qual as petições individuais eram examinadas pela antiga Comissão Europeia de Direitos Humanos, que, admitindo-as, as encaminhava à Corte.

[306] No âmbito da União Africana (antiga Organização da Unidade Africana), a Corte Africana também que admitem o acesso direto do indivíduo às instâncias internacionais de proteção aos direitos humanos.

De toda sorte, em 2001 a Corte Interamericana apresentou à OEA um Projeto de Protocolo ao Pacto de São José, que consagra o acesso direto da pessoa humana à justiça internacional, tornando automaticamente obrigatória a competência contenciosa da Corte, a jurisdicionalização do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, com a retenção pela Corte do papel de fiscal da Comissão Interamericana.[307]

A responsabilidade do Estado por violação de direitos humanos, no plano internacional, está ligada naturalmente às obrigações internacionais por ele assumidas envolvendo a proteção do ser humano. Debruçando-se sobre a definição do regime dessa responsabilidade, a Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas desenvolveu grandes avanços, estabelecendo três diferentes tipos de obrigações.

À luz dos estudos da Comissão de Direito Internacional da ONU, podemos distinguir três modalidades de obrigações internacionais: a) as que impõem ao Estado um comportamento específico (**obrigação de conduta**), b) as que exigem do Estado o alcance de um resultado determinado (**obrigação de resultado**), e c) as que demandam do Estado a vigilância ou prevenção do ilícito (**obrigação de garantia**).[308]

A obrigação de conduta se identifica, por exemplo, na proibição da tortura ou da imposição da pena de morte, nos países onde essa pena já foi abolida. Assim, a prática de tortura e a execução da pena capital consistirão em violações da obrigação assumida, face à incompatibilidade da conduta do Estado com o dever de não praticá-la.

A obrigação de resultado pode ser visualizada na regra do esgotamento dos recursos internos. O Estado tem a obrigação de organizar seu sistema jurídico interno de tal forma que ofereça às vítimas de violações de direitos humanos os meios e recursos

---

[307] Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer Su Mecanismo de Protección*. 2. ed., vol. II. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, pp. 1-1015.

[308] Classificação nossa, a partir de estudo desenvolvido por Fernando Urioste Braga sobre os trabalhos da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas. Cf. BRAGA, Fernando Urioste. *Responsabilidad internacional de los Estados en los derechos humanos*. Montevideo, Buenos Aires: Júlio Cesar Faira Editor, 2002, pp. 25-31.

necessários ao exaurimento da jurisdição doméstica. Se, porém, o Estado não disponibiliza a seus jurisdicionados esses meios e recursos, não poderá subsistir a regra do esgotamento das vias internas.

Enfim, a obrigação de garantia revela o dever do Estado de prevenir a ocorrência do dano, de evitar um acontecimento lesivo à pessoa humana. Assim, um ato violador de direitos humanos praticado por particular, e não por agente público, poderá acarretar a responsabilidade internacional do Estado se o mesmo não foi diligente na concretização do seu dever de garante, ou negligenciou a apuração de um crime, ou falhou na efetividade de punir os responsáveis.[309]

4.2. Reparações na jurisprudência do sistema interamericano

O termo **reparação** é gênero do qual são espécies as diversas formas ditadas pelos tribunais internacionais para fazer face à responsabilidade do Estado por violação de direitos humanos, entendimento sedimentado pela Comissão de Direito Internacional em seu projeto de convenção internacional sobre responsabilidade internacional do Estado, bem como pela Comissão de Direitos Humanos no *Projeto Van Boven*.[310]

---

309 *"En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención"*. Tradução livre: "Com efeito, um fato ilícito violatório dos direitos humanos que inicialmente não resulte imputável diretamente a um Estado, por exemplo, por ser obra de um particular ou por não se ter identificado o autor da transgressão, pode acarrear a responsabilidade internacional do Estado, não por esse fato em si mesmo, mas por falta da devida diligência para prevenir a violação ou para tratá-la nos termos requeridos pela Convenção". Cf. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo.* Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, nº 4, § 172.

310 A Carta da ONU conferiu à Assembleia Geral da Organização o encargo de promover a codificação do Direito Internacional, em seu artigo 13, nº 1, "a", e para esse mister foi instituída a Comissão de Direito Internacional, em 1947, órgão subsidiário ligado à Assembleia Geral da ONU. Os relatórios, projetos e comentários da Comissão de Direito Internacional detêm a mesma autoridade da doutrina dos publicistas no âmbito do direito internacional, como anota Ian Brownlie: *"Sources analogous to the writings of publicists, and at least as authoritative, are the draft articles produced by the International Law Commission (...)*". BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. 6th ed., New York: Oxford University Press, 2003, p. 24

A Corte Interamericana de Direitos Humanos já consignou precisamente essa concepção em seus julgados, entendendo que a reparação é termo genérico que consagra distintas fórmulas de eliminação das consequências geradas pelo fato ilícito:

> La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido (restitutio in integrum, indemnización, satisfacción, garantías de no repetición, entre otras).[311]

Na jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos podem ser encontradas variadas formas de reparações, em soluções que aliam preceitos de Direito Internacional Geral às especificidades do Direito Internacional dos Direitos Humanos, de modo a minimizar tanto quanto possível as consequências dos atos ilícitos perpetrados em violação dos direitos humanos.

As reparações no direito internacional têm um duplo propósito: fazer com que os Estados observem certos padrões de direito e, na maior medida possível, reparar os danos decorrentes da falha do Estado em observar esses padrões.[312] O Pacto de São José, em seu artigo 63(1), consagrou um cânone do Direito Internacional Geral, de que toda violação de uma obrigação internacional que resulta em dano gera o dever de repará-lo adequadamente:

> Artigo 63(1). Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

Conforme se vê, o Pacto de São José conferiu à Corte Interamericana poderes para ordenar reparações numa dimensão bem maior do que qualquer outro órgão

---

[311] "A reparação é o termo genérico que compreende as diferentes formas como um Estado pode fazer frente à responsabilidade internacional em que incorreu (restitutio in integrum, indenização, satisfação, garantias de não repetição, entre outras)" (tradução livre). *Caso Loayza Tamayo* (Reparações), Série C, nº 42, sentença de 27 de novembro de 1998, § 85.

[312] PASQUALUCCI, Jo M.. *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 230-231.

internacional de proteção aos direitos humanos. Com efeito, a história legislativa do dispositivo em comento revela essa intenção por parte dos redatores do Pacto.

Conforme o registro de Jo M. Pasqualucci, o texto original do artigo continha apenas a previsão de indenização compensatória, mas foi alterado por iniciativa do representante da Guatemala, cuja proposta incluía a possibilidade de a Corte determinar *"...[t]hat the consequences of the decision or measure that has impaired those rights be stopped; [t]hat the injured party be guaranteed the enjoyment of his violated right or freedom, and [t]he payment of just compensation to the injured party"*.[313]

Em comparação com a Corte Européia de Direitos Humanos, a Corte Interamericana tem maior autoridade para ordenar reparações, pois aquela se limita a determinar o pagamento de indenizações compensatórias às vítimas em caso de violação à Convenção Européia sobre Direitos Humanos, na forma do seu artigo 41 (antigo 50):

> Artigo 41. *Reparação razoável*. Se o Tribunal declarar que houve violação da Convenção ou dos seus protocolos e se o direito interno da Alta Parte Contratante não permitir senão imperfeitamente obviar às consequências de tal violação, o Tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável, se necessário.

Essa limitação contida no artigo 41 da Convenção Européia tem sido reconhecida pela própria Corte de Estrasburgo, a exemplo do *Caso Zanguì* contra a Itália, afirmando a Corte que, no sistema europeu de proteção aos direitos humanos, descabe a determinação pelo tribunal de medida não pecuniária para reparar a situação que deu causa à violação da Convenção, *in verbis*:

> The applicant also requested the Court to indicate to the respondent State measures that should be introduced to remedy the dilatoriness he alleged to be characteristic of the administration of justice in Italy. **The Court recalls that it is for the State to choose the means to be used in its domestic legal system**

[313] "...que cessem as consequências da decisão ou medida que violou aqueles direitos; que seja assegurado à vítima o gozo do seu direito ou liberdade violados, e o pagamento de uma justa compensação à vítima." (tradução livre). Cf. *Observations by the Governments of the Member States on the Draft Inter-American Convention on Protection of Human Rights: Guatemala, OEA/Ser.K/XVI/1.1.doc.24 (English) (8 November 1969)*, *apud* PASQUALUCCI, Jo M.. *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 233.

> **to redress the situation that has given rise to the violation of the Convention**. [314] (destaque nosso)

De igual modo, no *Caso Belilos* contra a Suíça, asseverou a Corte Européia expressamente ser-lhe vedado determinar qualquer medida ao Estado denunciado no sentido de alterar sua legislação doméstica, patenteando a ausência do mecanismo de controle de convencionalidade no sistema europeu de proteção aos direitos humanos:

> **The Court notes that the Convention does not empower it to order Switzerland to alter its legislation**; the Court's judgment leaves to the State the choice of the means to be used in its domestic legal system to give effect to its obligation under Article 53. [315]

Diferentemente das limitações existentes no sistema europeu, no âmbito do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos o Tribunal da Costa Rica tem o poder de determinar, para além de indenizações compensatórias, outras medidas que repute necessárias ao efetivo gozo do direito violado, inclusive de natureza legislativa para a adequação ao Pacto de São José do ordenamento jurídico interno do Estado denunciado – eis o mecanismo do **controle de convencionalidade**.

Como exemplo de reparações ordenadas pela Corte Interamericana, podem ser citados a *restitutio in integrum*, o asseguraramento do gozo efetivo pela vítima do direito ou liberdade violados, o dever de investigar, processar e punir os culpados pela violação, dando-se publicidade ao processo, a edição pelo Estado de leis que concretizem os direitos previstos no Pacto de São José, se ainda não existirem, bem como a modificação do seu direito interno, em caso de conflito com esse tratado.

---

[314] "O requerente também solicitou à Corte que indique ao Estado denunciado medidas que devam ser introduzidas [em seu ordenamento interno] para remediar a demora que ele, requerente, alegou ser característica da administração da justiça na Itália. **A Corte reafirma que cabe ao Estado escolher o meio a ser utilizado no seu sistema legal doméstico para reparar a situação que deu causa à violação da Convenção**" (tradução livre, destaque nosso). Cf. *Zanguì v. Italy*, 194-C ECHR (Ser.A), § 26 (1991).

[315] "**A Corte observa que a Convenção não lhe autoriza ordenar à Suíça que altere a sua legislação**; o julgamento da Corte deixa ao Estado a escolha do meio a ser utilizado no seu sistema legal doméstico para dar efetividade à sua obrigação sob o artigo 53" (tradução livre). Cf. *Belilos v. Switzerland*, 131 ECHR (Ser.A), § 78 (1998).

Podem ser mencionados, ainda, a anulação de julgamentos internos em que não se observou o devido processo legal, a abstenção de determinada conduta ou o dever de praticá-la, a formulação de pedido formal de desculpas do Estado à vítima e seus familiares, o ressarcimento de custas procesuais e honorários com advogado, a indenização pecuniária como compensação pelos danos materiais e morais, inclusive danos ao projeto de vida, assegurando-se a isenção de tributos sobre o montante da indenização.

Passamos a inventariar a seguir as variadas formas de reparação ordenadas pela Corte Interamericana, fazendo ainda alusão a algumas recomendações expedidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, lembrando que só a Corte é que pode **ordenar reparações**, no exercício de sua competência contenciosa,[316] pois a Comissão pode apenas **formular recomendações**, no exercício de sua função de monitoramento.[317]

Justifica-se a referência a algumas recomendações formuladas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos porque, apesar de não apresentarem a mesma força obrigatória das sentenças da Corte, elas contêm importantes indicadores do pensamento que norteia o sistema interamericano em matéria de reparações.

4.3. Satisfação

A satisfação pode assumir subjetivamente caráter multiforme a depender do grau de satisfação (dar-se por satisfeito) da vítima da violação. As medidas de satisfação

[316] Cf. Pacto de São José, artigo 63(1): "Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada".

[317] Cf. Pacto de São José, artigo 41(b): "A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício do seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições: (b) formular recomendações aos governos dos Estados membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitosartigo 41(b) do Pacto de São José".

buscam reparar o dano imaterial sofrido, isto é, não têm um alcance pecuniário, mas uma repercussão pública. Por exemplo, pode dar-se por meio de um pedido de desculpas do Estado, por sua expressa admissão de responsabilidade internacional, pela declaração de tribunal da ilegalidade da conduta estatal, consistente na própria sentença.[318]

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem reputado como medidas de satisfação o reconhecimento da violação em ato público, o pedido formal de desculpas pelo Estado às vítimas e seus familiares, a investigação e sanção dos responsáveis pela violação, a publicidade da sentença por meio de publicação no Diário Oficial e outro jornal de circulação nacional, a criação de uma bolsa de estudos com o nome da vítima e a designação de um dia do ano dedicado às vítimas.

Igualmente, como medidas de satisfação tem a Corte ordenado a criação de cursos de Direitos Humanos e Direito Humanitário destinados às Forças Armadas, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, a obrigação de o Estado dar o nome da vítima a uma praça, rua ou centro educativo, colocando no lugar uma placa em sua homenagem, a localização e entrega dos restos mortais da vítima à seus familiares, a construção de um monumento que lembre a violação, a elaboração de políticas públicas de curto, médio e longo prazo em matéria de menores infratores.

E, ainda, a tradução do Pacto de São José e da sentença da Corte para o dialeto das vítimas, o melhoramento da infra-estrutura de capela na qual as pessoas homenageavam as vítimas da violação, a implementação de um programa de desenvolvimento nas áreas de saúde, educação e infra-estrutura, a adequação das estruturas dos presídios aos padrões do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e a modificação do ordenamento jurídico interno do Estado.

---

[318] Cf. Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004*. Serie C, nº 111, § 208. Cf. ainda sobre o tema o Caso do Estreito de Corfu e o *Rainbow Warrior Affair*.

4.4. Indenização

A indenização consiste no pagamento de compensação pecuniária correspondente e proporcional ao dano sofrido pela violação perpetrada pelo Estado. Comumente denominada de indenização compensatória ou, simplesmente, compensação (cf. *Caso Suárez Rosero*).

4.5. Garantias de não repetição

As garantias de não repetição objetivam assegurar que os fatos ilícitos não serão novamente cometidos pelo Estado violador, impondo-se-lhe um dever de abstenção que consubstancia uma obrigação de não fazer (não violar) ou mesmo de fazer, na hipótese de necessidade de suspender a prática de determinada prática que gerou a violação (v.g., exação indevida).

4.6. Dever de investigar, processar e punir

É imperioso o dever dos Estados de investigar, processar e punir os responsáveis pelas violações de direitos humanos, sob pena de cristalizar-se a impunidade decorrente da violação denunciada, tocando ao Estado o dever de efetivar investigações e levar a cabo as sanções necessárias para punir os responsáveis pela violação dos direitos humanos para que não se caracteriza a denegação de justiça, que *per se* gera a responsabilidade internacional do Estado.

Especial atenção merece o tema das leis de anistia, que por vezes conferem anistia geral de modo a beneficiar, também, os responsáveis pelas violações de direitos

humanos, contrariando a obrigação internacional do Estado de investigar e punir.[319] Como exemplos na jurisprudência do sistema interamericano podem ser citados três casos emblemáticos: o *Caso Castillo Páez*, o *Caso Loayza Tamayo* e o *Caso Barrios Altos*, julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Neste úlimo, *Caso Barrios Altos*, a Corte entendeu que a promulgação e aplicação das Leis de Anistia nº 26479 e 26492 no Estado Peruano caracterizou afronta aos artigos 1.1 e 2 do Pacto de São José, violando os seu artigos 4 (direito à vida), 5 (integridade pessoal), 8 (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial), declarando que referidas leis de anistia eram incompatíveis com a Convenção Americana e, em consequência, careciam de efeitos jurídicos.

Assim disse a Corte Interamericana:

> 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. [320]

A Comissão formulou à Corte pedido de interpretação da sentença, faculdade prevista no artigo 67 do Pacto de São José, a fim de que se pronunciasse sobre o alcance do julgamento, isto é, para que a Corte esclarecesse se sua sentença tinha alcance geral ou se limitava ao caso concreto. Em resposta, o tribunal considerou que, dada a natureza da violação constituída pelas leis de auto-anistia, os efeitos do julgamento não se

---

[319] Dimitri Dimoulis instiga de forma interessante a análise do tema da anistia geral, ampla e irrestrita após o fim de regimes ditatoriais, e a instauração da justiça transicional. Cf. DIMOULIS, Dimitri. *O caso dos denunciantes invejosos: introdução prática às relações entre direito, moral e justiça*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2007.

[320] "Esta Corte considera que são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendan impedir a investigação e sanção dos responsáveis pelas violações graves dos direitos humanos tais como a tortura, as execuções sumárias, extralegais oo arbitrárias e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas por feir direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos" (tradução livre). Cf. Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, nº 75*,* § 85.

restringiam ao caso sob exame, mas alcançava a todas as pessoas prejudicadas pelas leis em referência.

Entendeu a Corte que as leis de auto-anistia conduzem à vulnerabilidade (*indefensión*) das vítimas e à perpetuação da impunidade, impedindo a identificação dos indivíduos responsáveis pelas violações de direitos humanos por obstaculizar a investigação e o acesso à justiça, privando as vítimas e seus familiares de conhecer a verdade e receber a reparação correspondente.

Por essas razões, sendo referidas leis incompatíveis com o Pacto de São José e carecedoras de efeitos jurídicos, concluiu a Corte que elas não podem continuar a ser obstáculo à investigação dos fatos e à identificação e sanção dos responsáveis, não apenas com relação àquele caso sob julgamento, mas a qualquer outro caso igual ou similar.[321]

Vale ainda lembrar os Casos 9777 e 9718 contra a Argentina, e o caso contra o Uruguay envolvendo a legislação de anistia a funcionários policiais e militares naquele país.

4.7. ***Restitutio in integrum***

A ***restitutio in integrum***, expressão latina consagrada no direito internacional para designar a restituição na íntegra, é reputada na doutrina e jurisprudência internacionais

[321] No original: "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. 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". Cf. Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, nº 75, §§ 41-44; cf. também Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo*. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C, nº 83, § 18.

como a melhor forma de reparação em defesa das normas primárias, permitindo a eliminação por completo da conduta violatória e dos seus efeitos.[322]

Essa modalidade somente restaria prejudicada em caso de excessiva onerosidade (de modo a inviabilizar a vida normal do Estado violador) ou impossibilidade material (fática, física).

Alguns Estados levantaram a tese da impossibilidade jurídica (proibição por disposição de direito interno ou sentença nacional transitada em julgado) como óbice à *restitutium in integrum*. Discordamos, porém, sob pena de configuração de novo fato gerador de responsabilidade internacional do Estado recalcitrante, ao invocar seu direito interno para descumprir obrigação internacional.[323]

4.8. Cessação do ilícito

É pressuposto da *restitutio in integrum*, e **onde se enquadra precisamente a revogação ou modificação de lei interna estatal anticonvencional**. Por via de consequência, como efeitos lógicos da declaração da responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos (por decisão do órgão internacional – *v.g.* Comissão e Corte Interamericanas – teremos necessariamente **a imediata cessação do ato violador**).

Nesse sentido enunciou a Comissão de Direito Internacional sobre a Responsabilidade Internacional do Estado, da ONU: *"A primary exigency in*

[322] Costuma-se fazer distinção entre normas primárias, secundárias e terciárias no direito internacional dos direitos humanos, também chamadas de normas de primeira, segunda e terceira classe ou categoria. Primárias são as normas substantivas que enunciam o conteúdo dos direitos. As normas de segunda classe contêm mecanismos de monitoramento do cumprimento das primeiras e a consequente responsabilização do Estado em caso de violação. As normas de terceira categoria correspondem às previsões legais de sanção ao Estado violador e implementação das reparações adequadas na espécie.

[323] Cf. Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, nº 73, Voto Concorrente do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, § 40.

eliminating the consequences of a wrongful act is, however, to ensure cessation of the wrongful act, i. e. discontinuance of the specific conduct which is in violation of the obligation breached". [324]

A síntese de Fernando Urioste Braga é exata a esse respeito, e merece transcrição:

> Cuando se trata de un acto legislativo, la mera existencia de la ley, incompatible con la norma internacional, constituye el acto ilícito que genera la obligación de responsabilidad, porque hay un incumplimiento de la obligación de garantizar los derechos humanos y de dictar normas compatibles con la Convención. **El riesgo de ese daño deriva de la mera existencia de la ley y la reparación puede consistir en la modificación de la norma interna. Esta modificación, derogación o enmienda, opera como cesación del acto ilícito, al cual está obligado el Estado, así como a la obligación de garantizar el goce de su derecho o libertad**. [325] (negrito nosso)

4.9. Restituição material

A restituição material consiste na devolução de pessoas ou bens ilicitamente detidos. Por exemplo: se alguém foi preso ao arrepio da lei, deverá ser-lhe restituída a liberdade; se foi privado de seus bens, estes lhe devem ser devolvidos.

4.10. Reparação ao projeto de vida

A reparação do projeto de vida abrange os danos emergentes e os lucros cessantes, de modo a restaurar a perda de oportunidades dentro de um conjunto de escolhas, de que o indivíduo disporia e das quais foi privado pela violação sofrida, se não tivesse ocorrido o fato ilícito que findou por alterar o curso de sua vida.

---

[324] "Uma exigência primária para a eliminação das consequências de um ato violador é, de toda sorte, assegurar a cessação desse ato violador, i.e., a descontinuação da conduta específica que está violando a obrigação convencional descumprida [pelo Estado]" (tradução livre).

[325] "Quando se trata de um ato legislativo, a mera existência da lei, incompatível com a norma internacional, constitui o ato ilícito que gera a obrigação de responsabilidade, porque há um descumprimento da obrigação de garantir os direitos humanos e de ditar normas compatíveis com a Convenção. **O risco desse dano deriva da mera existência da lei e a reparação pode consistir na modificação da norma interna. Esta modificação, derrogação ou emenda, opera como cessação do ato ilícito, ao qual está obrigado o Estado, assim como a obrigação de garantir o gozo de seu direito ou liberdade**." (tradução livre, negrito nosso).

4.11. Adequação normativa

Aqui precisamente se encontra a ideia de controle de convencionalidade, por meio do qual ao Estado é exigida a concretização do dever convencional de adequar seu direito interno ao Pacto de São José, que traduz a essência da *restitutio in integrum*.

Trata-se da alteração de normas de direito interno que estão a impedir a concretização da restituição na íntegra, tornando exequível em toda a sua plenitude o direito violado. É também chamada de restituição jurídica ou normativa.[326]

A medida está lastreada em muitos precedentes do sistema interamericano de direitos humanos sobre a matéria. Como exemplo, veja-se trecho do voto concorrente de Cançado Trindade por ocasião do julgamento do *Caso "La Última Tentación de Cristo"*:

> La presente Sentencia de la Corte Interamericana sobre el fondo en el caso "La Última Tentación de Cristo" representa, en este particular, a mi modo de ver, un sensible avance jurisprudencial. Como se sabe, **una vez configurada la responsabilidad internacional de un Estado Parte en un tratado de derechos humanos, dicho Estado tiene el deber de restablecer la situación que garantice a las víctimas en el goce de su derecho lesionado (restitutio in integrum), haciendo cesar la situación violatoria de tal derecho, así como, en su caso, de reparar las consecuencias de dicha violación**. La presente Sentencia de la Corte, además de establecer la indisociabilidad entre los deberes generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana (párrs. 85-90), ubica a estos deberes en el marco de las reparaciones, bajo el artículo 63.1 de la Convención: **la Corte correctamente determina que, en las circunstancias del cas d'espèce, las modificaciones en el ordenamiento jurídico interno requeridas para armonizarlo con la normativa de protección de la Convención Americana constituyen una forma de reparación no-pecuniaria bajo la Convención** (párrs. 96-98). [327]

No ano de 2001, no exercício de sua competência contenciosa a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu sentença contra o Estado Peruano

---

[326] André de Carvalho Ramos utiliza a expressão "restituição jurídica", querendo significar a supressão ou modificação da lei anticonvencional para compatibilização do ordenamento interno com a Convenção Americana, isto é, a adequação ou harmonização. Preferimos, porém, "adequação normativa".

[327] Cf. *Caso "La Última Tentación de Cristo"*, também conhecido como *Caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile*, Sentencia de 5 de Febrero de 2001, § 25.

envolvendo a temática das **leis de anistia**, afirmando que as leis de anistia nº 26479 e nº 26492 daquele Estado são incompatíveis com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e, em consequência, carecem de efeitos jurídicos.[328]

Por essas razões, sendo referidas leis incompatíveis com o Pacto de São José e carecedoras de efeitos jurídicos, concluiu a Corte que elas não podem continuar a ser obstáculo à investigação dos fatos e à identificação e sanção dos responsáveis, não apenas com relação àquele caso sob julgamento, mas a qualquer outro caso igual ou similar.[329] Traço marcante do precedente da Corte Interamericana é que aquele tribunal asseverou ter a sentença em tela **efeitos gerais** (*"efectos generales"*), dada a natureza das violações constituídas pelas leis de anistia, beneficiando todas as vítimas de violações atingidas por tal diploma legal, não apenas os peticionários do caso concreto.

Isto inegavelmente repercutirá nos ordenamentos jurídicos de todos os países americanos que, a exemplo do Brasil, hajam editado leis de anistia, provocando a revisão da legislação nacional e sua adequação à normativa internacional de proteção aos direitos humanos, conformando-se sobretudo à jurisprudência da Corte Interamericana, intérprete última do Pacto de São José.

Esse precedente reveste-se de particular importância para o Estado Brasileiro diante da reabertura da discussão sobre a anistia ampla, geral e irrestrita concedida pela Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, em virtude do ajuizamento de ações por parte de

[328] No original: "…las leyes de amnistía nº 26479 y nº 26492 son incompatibles con la convención americana sobre derechos humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos". Cf. Corte IDH. *Caso Barrios Altos*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, nº 75, §§ 41-44.

[329] No original: "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. 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". Cf. Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, nº 75, §§ 41-44; cf. também Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo*. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C, nº 83, § 18.

vítimas de tortura durante o regime militar no Brasil, visando ao reconhecimento da prática desse crime por agentes estatais de modo a lhes declarar a responsabilidade civil decorrente do ilícito perpretado. [330]

Destaca-se, nesse contexto, a Ação Declaratória proposta por César Augusto Teles, Maria Amélia de Almeida Teles e Criméia Alice Schmidt de Almeida, contra o então Major Carlos Brilhante Ustra, responsável pelo DOI-Codi à época e sob cujo comando foram praticados atos de tortura contra os autores. Foi prolatada sentença de procedência nesses autos, declarando que "...existe relação jurídica de responsabilidade civil, nascida da prática de ato ilícito, gerador de danos morais". [331]

Pela transcendência histórica do tema e pela clareza didática do Voto Concorrente do ex-Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Antônio Augusto Cançado Trindade, vale transcrever trecho de seu preciso registro no julgamento do referido *Caso Barrios Altos*:

> El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos pone de relieve que no todo lo que es legal en el ordenamiento jurídico interno lo es en el ordenamiento jurídico internacional, y aún más cuando están en juego valores superiores (como la verdad y la justicia). En realidad, lo que se pasó a denominar leyes de amnistía, y particularmente la modalidad perversa de las llamadas leyes de autoamnistía, aunque se consideren leyes bajo un determinado ordenamiento jurídico interno, *no lo son* en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. [332]

E conclui:

---

[330] "É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares" (Art. 1º da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979).

[331] Sentença de 07 de outubro de 2008, da lavra do Juiz de Direito Gustavo Santini Teodoro, do estado de São Paulo.

[332] "O *corpus juris* do Direito Internacional dos Directos Humanos põe em relevo que nem tudo que é legal no ordenamento jurídico interno o é no ordenamento jurídico internacional, ainda mais quando estão em jogo valores superiores (como a verdade e a justiça). Na realidade, o que se passou a denominar leis de anistia, e particularmente a modalidade perversa das chamadas leis de auto-anistia, mesmo que se considerem como leis à luz de determinado ordenamento jurídico interno, *não o são* no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos" (tradução livre, itálico no original). Corte IDH. *Caso Barrios Altos.* Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, nº 75. Voto Concurrente del Juez A.A.Cançado Trindade, § 6.

> No veo cómo negar que "leyes" de este tipo carecen de carácter general, por cuanto son medidas de excepción. Y ciertamente en nada contribuyen al bien común, sino todo lo contrario: configúranse como meros subterfugios para encubrir violaciones graves de los derechos humanos, impedir el conocimiento de la verdad (por más penosa que sea ésta) y obstaculizar el propio acceso a la justicia por parte de los victimados. [333]

Em nosso sentir, abrem-se as portas no Brasil para uma verdadeira reconciliação nacional em torno do tema da anistia, rumo ao estabelecimento da verdade sobre as graves violações de direitos humanos perpetradas durante o regime militar, possibilitando a revisitação do passado para o estabelecimento de responsabilidades, inclusive no âmbito criminal. Neste ponto, comungamos do pensamento de Cançado Trindade de que a responsabilidade internacional do Estado e a responsabilidade penal individual dos agentes estatais são duas faces da mesma moeda. [334]

De igual modo inúmeros outros precedentes embasam a medida, como a seguir indicado:

1) ***Caso Loayza Tamayo, Solicitud de Interpretación de la Sentencia de 17 de septiembre de 1997***, Resolución de la Corte de 8 de marzo de 1998, Corte I.D.H. (Ser. C) No. 47 (1998), párr. 13, "c":

> 213. La Comisión en el escrito de 16 de enero de 1998 (…) constituye una impugnación de la misma, la cual es definitiva e inapelable. **La Corte sintetiza**

---

[333] "Não vejo como negar que 'leis' deste tipo carecem de caráter geral, porquanto são medidas de exceção. E certamente em nada contribuem ao bem comum; pelo contrário: configuram-se como meros subterfúgios para encobrir violações graves dos direitos humanos, impedir o conhecimento da verdade (por mais penosa que seja esta) e obstaculizar o próprio acesso à justiça por parte dos vitimados" (tradução livre). Corte IDH. *Caso Barrios Altos.* Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, nº 75. Voto Concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade, § 7.

[334] "La responsabilidad internacional del Estado por violaciones de los derechos humanos internacionalmente consagrados, - incluidas las configuradas mediante la expedición y aplicación de leyes de autoamnistía, - y la responsabilidad penal individual de agentes perpetradores de violaciones graves de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, son dos faces de la misma medalla, en la lucha contra las atrocidades, la impunidad y la injusticia. Fue necesario esperar muchos años para poder llegar a esta constatación, la cual, si hoy es posible, también se debe, - me permito insistir en un punto que me es muy caro, - al *despertar de la conciencia jurídica universal*, como *fuente material par excellence* del propio Derecho Internacional". (Tradução livre: "A responsabilidade internacional do Estado por violáceos dos directos humanos internacionalmente consagrados, – incluídas as configuradas mediante a expedição e aplicação de leis de auto-anistia, – e a responsabilidade penal individual de agentes perpetradores de violações graves dos direitos humanos e do Direito Internacional Humanitário, são duas faces da mesma medalha, na luta contra as atrocidades, a impunidade e a injustiça. Foi necessário esperar muitos anos para poder chegar a esta constatação, a qual, se hoje é possível, também se deve, – me permito insistir em um ponto que me é muito caro, – ao *despertar da consciência jurídica universal*, com o *fonte material par excellence* do próprio Direito Internacional". Corte IDH. *Caso Barrios Altos.* Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C nº 75. Voto Concurrente del Juez A.A.Cançado Trindade, §13.

los argumentos presentados por la Comisión en sus observaciones a la demanda de interpretación en los siguientes términos:

c. que son claros el sentido y alcance de la sentencia respecto de la orden de puesta en libertad de la señora María Elena Loayza Tamayo, **en cumplimiento del artículo 63.1 de la Convención, pues de acuerdo con el principio de restitutio in integrum, se debían restituir los derechos y libertades de la víctima consagrados en la Convención Americana y que la Corte declaró violados**. Agregó que el derecho interno peruano contempla el cumplimiento de una resolución emitida por un organismo internacional por parte de sus órganos jurisdiccionales, cuando el Perú se encuentre sometido a su jurisdicción;

2) ***Caso Loayza Tamayo, Reparaciones, Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos***, Sentencia de 27 de noviembre de 1998, párrs. 85 y 151:

c. que son claros el sentido y alcance de la sentencia respecto de la orden de puesta en libertad de la señora María Elena Loayza Tamayo, **en cumplimiento del artículo 63.1 de la Convención, pues de acuerdo con el principio de restitutio in integrum, se debían restituir los derechos y libertades de la víctima consagrados en la Convención Americana y que la Corte declaró violados**. Agregó que el derecho interno peruano contempla el cumplimiento de una resolución emitida por un organismo internacional por parte de sus órganos jurisdiccionales, cuando el Perú se encuentre sometido a su jurisdicción;

85. La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido (**restitutio in integrum**, indemnización, satisfacción, garantías de no repetición, entre otras).

151. Por todo ello, es perfectamente admisible la pretensión de que se repare, en la medida posible y con los medios adecuados para ello, la pérdida de opciones por parte de la víctima, causada por el hecho ilícito. De esta manera la reparación se acerca más aún a la situación deseable, que satisface las exigencias de la justicia: plena atención a los perjuicios causados ilícitamente, o bien, puesto en otros términos, se aproxima al ideal de la restitutio in integrum.

VOTO RAZONADO CONJUNTO DE LOS JUECES
A.A. CANÇADO TRINDADE Y A. ABREU BURELLI

5. La doctrina contemporánea, además, ha identificado distintas *formas* de reparación (***restitutio in integrum***, satisfacción, indemnizaciones, rehabilitación de las víctimas, garantías de no repetición de los hechos lesivos, entre otras) *desde la perspectiva de las víctimas*, de sus necesidades, aspiraciones y reivindicaciones. En efecto, los términos del artículo 63(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos abren a la Corte Interamericana de Derechos Humanos un horizonte bastante amplio en materia de reparaciones.

3) ***Caso Claude Reyes* et al. v. *Chile*, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, párr. 151:** [335]

> 151. Whenever possible, reparation of the damage caused by the violation of an international obligation requires full restitution (*restitutio in integrum*), which consists in the re-establishment of the previous situation. If this is not possible, the international Court must determine measures to guarantee the violated rights, and repair the consequences of the violations. It is necessary to add the measures of a positive nature that the State must adopt to ensure that harmful facts such as those that occurred in the instant case are not repeated. **The responsible State may not invoke provisions of domestic law to modify or fail to comply with its obligation to provide reparation, all aspects of which (scope, nature, methods and determination of the beneficiaries) are regulated by international law**.

No mesmo sentido do julgamento ditado no *Caso Claude Reyes et al. V. Chile*, alinham-se outros precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a saber: *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*,[336] *Caso Tibi Vs. Ecuador,*[337] *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú,*[338] *Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala,*[339] *Caso De la Cruz Flores Vs. Perú,*[340] *Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago,*[341] *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil,*[342] *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia,*[343] *Caso Baldeón García*

---

[335] "A reparação de um dano causado pela violação de uma obrigação internacional requer, sempre que possível, a plena restituição (restitutio in integrum), que consiste no restabelecimento da situação existente antes da violação. Não sendo isto possível, cabe ao tribunal internacional ordenar medidas para garantir o respeito aos direitos violados e reparar as consequências de sua violação. É preciso ainda que o Estado adote medidas de natureza positiva a fim de assegurar que atos violatórios como os que ocorreram no presente caso não se repitam. **O Estado responsável não pode invocar disposições de direito interno para modificar a obrigação internacional assumida ou falhar no cumprimento da reparação do dano, cujos aspectos são inteiramente regulados pelo direito internacional (escopo, natureza, métodos e determinação dos beneficiários)**" (tradução livre).

[336] Cf. Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C, nº 116, § 53.

[337] Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, nº 114, § 224.

[338] Cf. Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C, nº 119, § 231.

[339] Cf. Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre 2004. Serie C, nº 117, § 87.

[340] Cf. Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C, nº 115, § 140.

[341] Cf. Corte IDH. *Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C, nº 123, § 122.

[342] Cf. Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, nº 149, § 48.

[343] Cf. Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C, nº 148, § 112.

Vs. Perú,[344] *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay,*[345] *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*.[346]

A Corte Interamericana, enfim, chama a atenção para a cogência da norma consuetudinária do direito das gentes que impõe ao Estado signatário de tratado internacional o dever de introduzir em seu direito interno as modificações necessárias para assegurar a execução das obrigações assumidas. Ora, trata-se de nada mais do que a observância do princípio *pacta sunt servanda*, previsto no artigo 26 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados: "Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé".

Tal norma costumeira tem validade universal, qualificada pela jurisprudência interamericana como um **princípio evidente** (*"principe allant de soi"*),[347] consoante se vê do pronunciamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos no *Caso La Cantuta v. Peru*, por cuja clareza pedagógica merece a transcrição de dois de seus parágrafos:

Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párrs. 171 a172:

> 171. En la Convención, este principio es recogido en su artículo 2, que establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella consagrados, [348] la cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de effet utile).[349]

---

[344] Cf. Corte IDH. *Caso Baldeón García Vs. Perú***.** *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C, nº 147, § 176.

[345] Cf. Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C, nº 112, § 259.

[346] Cf. Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004*. Serie C, nº 111, § 194.

[347] "En relación con la obligación general contenida en el artículo 2 de la Convención, la Corte ha afirmado en varias oportunidades que [e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (*'principe allant de soi'; Echange des populations grecques et turques, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., série B, no. 10, p. 20*)". *Caso La Cantuta* vs. *Peru*, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, § 170.

[348] *Caso Instituto de Reeducación del Menor*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C, nº 112, § 205; *Caso Bulacio*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C, nº 100, § 142, y *Caso Cinco Pensionistas.* Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, nº 98, § 164.

[349] *Caso Instituto de Reeducación del Menor*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C, nº 112, § 205

> 172. Ciertamente el artículo 2 de la Convención no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma, obviamente por depender ello del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta. Por ello, **la Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber:** i) **la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio**, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.[350] **El Tribunal ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico[351] y, por ende, se satisface con la modificación[352], la derogación, o de algún modo anulación[353], o la reforma[354] de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda**. (grifo nosso)

Enfim, ainda a respeito do tema da revisão da lei de anistia no Brasil, é oportuno lembrar as palavras de Flávia Piovesan em entrevista concedida a O Estado de São Paulo, e publicada no sítio eletrônico do jornal, sob o título "À falta de uma Justiça de transição", na qual a entrevistada menciona o estudo de um Delegado de Polícia sobre a institucionalização da tortura nas delegacias nacionais, assim justificando a necessidade de uma reconciliação com o passado:

> Para construir o futuro precisamos ajustar contas com o passado. Dizem que assim vamos gerar tensão social, injustiça, instabilidade política, debilitar a democracia. Tive um aluno, delegado, cuja tese de doutorado teve por tema a tentativa de explicar por que a tortura persiste sendo o método tradicional de obtenção de informações numa delegacia. É um delegado afirmando isso, partindo dessa premissa. É assim que se investiga no Brasil. Por que isso acontece? Porque houve um continuísmo autoritário na ordem democrática. Nós não conseguimos romper com o passado.
> (…)
> Alguns daqueles que serviram aos porões da ditadura estão ainda na ativa. Outros são nome de rua, de praça, ocupam cargos públicos. É preciso passar a mensagem para a população de que não toleramos a tortura. A tortura, sim, deve ficar no passado. Seria pedagógico para as novas gerações que entram nas Forças Armadas e na polícia perceber que os que se desviaram no passado foram punidos. [355]

---

[350] *Caso Almonacid Arellano y otros*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, nº 154, § 118; *Caso Ximenes Lopes*. Sentencia de 4 de Julio 4 de 2006. Serie C, nº 149, § 83, y *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros).* Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, nº 73, § 85.

[351] *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros),* Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, §§ 87 a 90.

[352] *Caso Fermín Ramírez*. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C, nº 126, §§ 96 a 98, y *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C, nº 94, § 113.

[353] *Caso Caesar*. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C, nº 123, §§ 91, 93 y 94.

[354] *Caso Almonacid Arellano y otros*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, nº 154, § 87.

[355] PORTAL O ESTADO DE SÃO PAULO DIGITAL. Entrevista com a Procuradora do Estado de São Paulo Flávia Piovesan, sob o título **"**À falta de uma Justiça de transição**",** disponível em <http://www.estadao.com.br/suplementos/not_sup220734,0.htm>, acesso em 01 mar. 2008.

4.12. **Controle de convencionalidade como instrumento de *restitutio in integrum***

O artigo 63(1) do Pacto de São José consagrou uma norma consuetudinária identificada como um dos pilares do Direito Internacional Contemporâneo, no que respeita à responsabilidade dos Estados, consistente no dever de reparar as consequências de um fato ilícito imputável ao Estado. E, como destacou a Corte Interamericana, *"La obligación de reparar se regula por el Derecho Internacional, y no puede ser modificada o incumplida por el Estado invocando para ello disposiciones de su derecho interno"*.

A Convenção Americana, assim, prevê como resultado da reparação ordenada o **"gozo do direito violado"**, o ***"goce de su derecho conculcado"***, o ***"enjoyment of the violated right"***, o que pressupõe o restabelecimento do *status quo ante*. No contexto do controle de convencionalidade de ato de natureza legislativa, como consequência lógica do reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado Brasileiro, deverá ser ordenada a imediata **cessação do ato violador** mediante a **adequação da legislação brasileira à Convenção Americana**.[356]

Em se tratando de violação por edição de legislação interna contrária à Convenção Americana, pouco importa a forma pela qual o Estado promoverá a necessária adequação legislativa, desde que o faça com efetividade. Quanto a isto, a Convenção confere certa margem de discricionariedade ao Estado, a teor do seu Artigo 68. É certo, porém, que qualquer via eleita deverá restabelecer sempre o *status quo ante*.[357]

---

[356] "A obrigação de reparar se regula pelo Direito Internacional, e o Estado não pode modificá-la ou descumpri-la invocando para isso disposições de seu direito interno" (tradução livre). Cf. Corte IDH. *Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C, nº 147, § 175.

[357] Artigo 68. (1) Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes. (2) A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

Para a exata compreensão do alcance do mencionado dispositivo da Convenção Americana, é necessário ter em mente a sua relação com as diferentes modalidades de reparação no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos como consequência da responsabilização internacional do Estado por violação desses direitos. E, com efeito, a restituição na íntegra constitui a mais desejada das reparações, por restabelecer seguramente o *status quo ante*.

É que, como visto, a gama de reparações transcende a prática usual de indenização pecuniária adotada pelos ordenamentos jurídicos nacionais em face da particular natureza das violações dos direitos humanos, que demandam reparações para além de meras compensações em dinheiro.

Deve lembrar que a doutrina da responsabilidade internacional do Estado foi desenvolvida em função de litígios entre Estados soberanos, num contexto em que as reparações levavam em conta o dano sofrido pelo Estado por ação de outro Estado.

Mas no domínio dos direitos humanos, as violações geralmente são perpetradas pelo Estado contra seus próprios nacionais, dirigindo-se em alguns casos contra estrangeiros, emergindo por isso a necessidade de reparações para além de indenização pecuniária face às proporções das consequências sofridas pelo ser humano em virtude da violação encetada, que afetam a dignidade da pessoa humana e não a soberania de um Estado.

Isto é emblematicamente ilustrado por um trecho do depoimento da mãe de uma das vítimas no *Caso Niños de la Calle*, citado no voto do então Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, em que ela se manifesta acerca das indenizações a serem estabelecidas pela morte de seu filho: *"(...) ni todo el oro del mundo, (...) ni lo más*

valioso que pueda existir en el mundo, nos va a quitar el dolor que nosotros sentimos por haberlo perdido". [358]

[358] "(...) nem todo o ouro do mundo, (...) nem o mais valioso que possa existir no mundo, nos vai pagar a dor que sentimos por tê-lo perdido" (tradução livre). Cf. *Caso Niños de la Calle* (Reparações), Série C, nº 77, sentença de 26 de maio de 2001, § 38.

5. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

5.1. Dever de adequação do direito interno ao Pacto de São José

Diante do que foi até agora exposto, verifica-se que no domínio de proteção dos direitos humanos o direito internacional deve ser afirmado como direito do próprio Estado. Erige-se o **princípio da interpretação conforme o Direito Internacional dos Direitos Humanos** com esteio na ideia de um Estado internacionalmente limitado, em virtude de ter a normativa internacional de direitos humanos um conteúdo materialmente constitucional.

Isto porque, por estarem inseridos na Constituição os direitos fundamentais são elementos limitativos de natureza formalmente constitucional, e também o são quanto à matéria – por isso também é o seu conteúdo materialmente constitucional – e nisto se igualam aos direitos humanos internacionais, os quais, por força do seu idêntico conteúdo e natureza, são igualmente concebidos na ordem interna como direitos fundamentais implícitos ou atípicos, conforme a dicção do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988.

Em verdade, o princípio então erigido é corolário de outro, qual seja o **princípio da adequação do direito interno ao Direito Internacional dos Direitos Humanos**. É precisamente em tal necessidade de adequação que encontra a sua origem o mecanismo de controle de convencionalidade do sistema interamericano de direitos humanos, sendo ela própria o seu *rationale*.

Essa adequação é requerida pela natureza especial dos tratados internacionais de direitos humanos. Da própria natureza jurídica dessa categoria de tratados resulta o

primado dos direitos que eles consagram, "ao que se agregam a necessidade e o imperativo ético que os três poderes do Estado assegurem a aplicabilidade direta das normas internacionais de proteção e a compatibilidade com estas últimas das leis nacionais".[359]

Percebe-se, facilmente, que a esse princípios relativos à adequação e à interpretação do direito interno está intimamente ligado o instituto da responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos, em cujo contexto o controle de convencionalidade constitui um dos mecanismos para a responsabilização.

O professor uruguaio Fernando Urioste Braga, em excelente obra intitulada *Responsabilidad Internacional de los Estados en los Derechos Humanos*,[360] desenvolveu profícuo estudo sobre o que denominou **"controle internacional de legalidade"**, debruçando-se sobre o controle dos atos legislativos no sistema interamericano, na jurisprudência do Comitê de Direitos Humanos da ONU e na Convenção Europeia sobre Direitos Humanos.

Não nos parece adequada a expressão **"controle de legalidade"** para designar o sentido pretendido pelo autor, que, em certa medida, se identifica com o objeto da presente investigação, qual seja o controle de compatibilidade dos atos legislativos editados pelos Estados com as normas de Direito Internacional de Direitos Humanos.

Considerando que as obrigações internacionais, em sua quase totalidade, repousam em laços jurídicos de base convencional, emergindo de tratados e convenções internacionais, defendemos a expressão "controle de convencionalidade" para designar o mecanismo de monitoramento dessa compatibilidade entre o direito interno dos Estados e o Direito Internacional.

---

[359] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 143.
[360] BRAGA, Fernando Urioste. *Responsabilidad Internacional de los Estados en los Derechos Humanos*. Montevideo-Buenos Aires: Editoral B de F Ltda., 2002.

Entendemos deva-se evitar a expressão **"controle de legalidade"** pela simples razão de que ela exprime **"conformidade com a lei"**, o que poderia levar ao entendimento equivocado de que se estaria pretendendo analisar a conformidade de normas jurídicas internas com outras normas do próprio direito interno do Estado, o que refoge ao âmbito de competência das instâncias internacionais.

Em verdade, em nenhum momento interessará a qualquer órgão internacional saber se as leis internas de um Estado estão em conformidade com seu processo legislativo interno, de acordo ou não com sua Constituição, ou se padecem de qualquer vício formal ou material tendo como paradigma uma norma jurídica do ordenamento interno estatal. Por isso não reputamos adequada a expressão "controle de legalidade", em prol da clareza do instituto que ora estudamos.

Preferimos, pois, utilizar a expressão **"controle de convencionalidade"**, já para indicar que o paradigma normativo é uma convenção, um tratado, uma norma de direito internacional e jamais de direito interno. Nesse contexto, não é demais chamar a atenção para o fato de que se está restringindo o paradigma em referência à chamada *hard law*, de base convencional, uma vez que a *soft law* por si só não se adequaria como parâmetro geral para o controle proposto em virtude de padecer de segura força normativa vinculativa. [361]

São exceções a Declaração Universal de Direitos Humanos e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, pois, apesar de terem nascido com estrutura de *soft law*, servem como instrumento jurídico de interpretação, respectivamente, da Carta da ONU e da Carta da OEA, e por isso mesmo se revestem da mesma força normativa vinculativa que têm os tratados a cuja interpretação se dirigem.

[361] As expressões *hard law* e *soft law* são confrontadas no item 2.1 da presente tese, às quais se remete o leitor.

Desta feita, esclarecida a questão inicial da terminologia, e esclarecida nossa posição quanto ao melhor acerto da expressão "controle de convencionalidade" em lugar de "controle de legalidade", formula-se a seguinte indagação: **podem os órgãos do sistema interamericano de direitos humanos determinar a um Estado americano a modificação de sua legislação interna, inclusive constitucional, ou a rescisão de decisão judicial nacional trânsita em julgado, pelo fato de a legislação ou a decisão judicial contrariar obrigações internacionais assumidas pelo Estado?**

Em outras palavras, pode o Estado, em sede de controle de convencionalidade pela Comissão e Corte Interamericanas de Direitos Humanos, ser compelido a adequar o seu direito interno aos preceitos internacionais consagrados no sistema interamericano de direitos humanos, a exemplo da Declaração Americana e do Pacto de São José?

Em verdade, o que pode parecer uma inaceitável absurdo aos olhos dos desavisados que, anacronicamente, ainda creem – ou convenientemente o fingem – no dogma da soberania absoluta, constitui verdadeiro costume internacional, de natureza de *jus cogens* já consolidado, inclusive, na jurisprudência e doutrina internacionais.

Em seu parecer consultivo sobre a troca de populações gregas e turcas, de 21 de fevereiro de 1925, a Corte Permanente de Justiça Internacional enunciou o **princípio da adequação do direito interno ao direito internacional**:

> (…) a principle which is self-evident, according to which a State which has contracted valid international obligations is bound to make in its legislation such modifications as may be necessary to ensure the fulfilment of the obligations undertaken.[362]

No ano seguinte, ao conhecer do caso referente a certos interesses alemães na Alta Silésia Polonesa, em sua sentença de 25 de maio de 1926 assentou a Corte Permanente

[362] "(…) um princípio que é evidente em si mesmo, consoante o qual um Estado que contraiu validamente obrigações internacionais tem o dever de introduzir em seu direito interno as modificações que sejam necessárias para assegurar o cumprimento das obrigações assumidas" (tradução livre). CPJI. *Advisory Opinion nº 10. Exchange of Greek and Turkish Populations (Lausanne Convention VI, January 30th, 1923, Article 2)*. February 21st, 1925. Ser. B, nº 10., p. 15.

de Justiça Internacional que não cabe às instâncias internacionais interpretar o direito interno estatal propriamente como normas jurídicas, mas como meros fatos que expressam a vontade dos Estados e constituem as suas atividades:

> From the standpoint of International Law and of the Court which is its organ, municipal laws are merely facts which express the will and constitute the activities of States, in the same manner as do legal decisions or administrative measures. The Court is certainly not called upon to interpret the Polish law as such; but there is nothing to prevent the Court's giving judgment on the question whether or not, in applying that law, Poland is acting in conformity with its obligations towards Germany under the Geneva Convention. [363]

Anos mais tarde, em 31 de julho de 1930, a Corte Permanente de Justiça Internacional emitiu parecer consultivo sobre a interpretação da Convenção entre Grécia e Bulgária referente à emigração recíproca, conhecido pelo título abreviado de *Parecer sobre as "Comunidades" Greco-Búlgaras*, afirmando expressamente que **as disposições de direito interno não podem prevalecer sobre as do tratado**:

> In the first place, it is a generally accepted principle of international law that in the relations between Powers who are contracting Parties to a treaty, the provisions of municipal law cannot prevail over those of the treaty.
>
> In the second place, according to Article 2, paragraph 1, and Article 15 of the Greco-Bulgarian Convention, the two [33] Governments have undertaken not to place any restriction on the right of emigration, notwithstanding any municipal laws or regulations to the contrary, and to modify their legislation in so far as may be necessary to secure the execution of the Convention.
>
> In these circumstances, if a proper application of the Convention were in conflict with some local law, the latter would not prevail over the Convention.[364]

---

[363] "Sob a ótica do Direito Internacional, e da Corte que dele é órgão, as normas de direito interno estatal são meros fatos que expressam a vontade dos Estados e constituem as suas atividades, da mesma maneira que o fazem as decisões legais ou medidas administrativas. A Corte certamente não é conclamada a interpretar as leis polonesas enquanto direito interno polonês; mas nada há que impeça a Corte de decidir sobre a questão de estar ou não a Polônia, em decorrência da aplicação de suas leis internas, agindo em conformidade com suas obrigações com relação à Alemanha debaixo da Convenção de Genebra" (tradução livre). PCIJ. *Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia (The Merits)*. Judgment on May 25th, 1926. Ser. A., nº 7, pp. 15-16.

[364] "Em primeiro lugar, constitui um princípio geralmente aceito de direito internacional que, nas relações entre potências que sejam partes de um tratado, as disposições de direito interno não podem prevalecer sobre as do tratado. Em segundo lugar, de acordo com o artigo 2, § 1, e artigo 15, da Convenção Greco-Búlgara, os dois governos concordaram em não estabelecer qualquer restrição ao direito de emigração, a despeito de quaisquer normas ou regulamentos de direito interno em contrário, bem como modificar sua legislação na medida em que seja necessário para assegurar a execução da Convenção. Nessas circunstâncias, se uma aplicação apropriada da Convenção estiver em conflito com alguma norma doméstica, esta não poderá prevalecer sobre a Convenção" (tradução livre). CPJI. *Advisory Opinion nº 17. Interpretation of the Convention Between Greece and Bulgaria Respecting Reciprocal Emigration, Signed at Neuilly-Sur-Seine on November 27th, 1919 (Question of the "Communities"). Short Title: The Greco-Bulgarian "Communities"*). July 31st, 1930. Ser. B, nº 17, p. 25.

E assim, precisamente, conclui a Corte na parte dispositiva desse último parecer consultivo, em resposta aos questionamentos levantados pelo governo grego: *"Should a proper application of the Convention be in conflict with some local law, the latter would not prevail as against the Convention"*. [365]

Deve-se chamar a atenção, no mesmo contexto, para o trabalho desenvolvido pela Comissão de Direito Internacional,[366] no âmbito da Organização das Nações Unidas, com vistas à codificação do direito internacional, cujo relatório foi apresentado apresentado pelo Secretário Geral à Assembleia Geral da ONU. A Comissão anota que a questão está diretamente relacionada à autoridade e efetividade do direito internacional.[367]

Outrossim, reafirma a obrigação dos Estados de efetivar através do seu direito interno os deveres que se originam do direito internacional, em consagração da doutrina da incorporação, consoante a qual as regras do direito internacional fazem parte do direito interno estatal. Originada na Inglaterra e nos Estados Unidos, esta doutrina alastrou-se por outros Estados, inclusive com previsão constitucional a exemplo das Constituições da França, Alemanha, Argentina e Venezuela.

Registra a Comissão de Direito Internacional que os tribunais de muitos outros países, cuja Constituição não inclui expressamente o princípio da incorporação, têm

---

[365] "Se uma aplicação apropriada da Convenção estiver em conflito com alguma norma de direito interno, esta não poderá prevalecer contra a Convenção" (tradução livre). CPJI. *Advisory Opinion nº 17. Interpretation of the Convention Between Greece and Bulgaria Respecting Reciprocal Emigration, Signed at Neuilly-Sur-Seine on November 27th, 1919 (Question of the "Communities"). Short Title: The Greco-Bulgarian "Communities"*). July 31st, 1930. Ser. B, nº 17, p. 28 (parte III, nº 5).

[366] Vale lembrar que os relatórios, projetos e comentários da Comissão de Direito Internacional detém a mesma autoridade da doutrina dos publicistas no âmbito do direito internacional, como anota Ian Brownlie: *"Sources analogous to the writings of publicists, and at least as authoritative, are the draft articles produced by the International Law Commission (...)*". BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. 6th ed., New York: Oxford University Press, 2003, p. 24.

[367] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission: Preparatory work within the purview of article 18, paragraph 1, of the of the International Law Commission - Memorandum submitted by the Secretary-General. A/CN.4/1/Rev.1, 1949 Feb. 10*, disponível em <http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_1_rev1.pdf>, acesso em 15 jun. 2008.

decidido nesse sentido, e que o momento é propício para a sua inserção na codificação em estudo pela ONU, assim arrematando a Comissão:

> The time would therefore appear ripe for the incorporation of the principle, suitably elaborated and denned, that treaties validly concluded by the State and generally recognized rules of customary international law form part of the domestic law of the State; that courts and other national agencies are obliged to give effect to them; that they cannot be unilaterally abrogated by purely national action; and that a State cannot invoke the absence of the requisite national laws and organs as a reason for the non-fulfilment of its international obligations. [368]

No seio do sistema interamericano de direitos humanos, vigora a mesma ideia. Nesse sentido preconiza a Corte Interamericana em seu Parecer Consultivo nº 13/94, acerca de certas atribuições da Comissão no âmbito da OEA que "...no âmbito internacional o que interessa determinar é se uma lei viola as obrigações internacionais assumidas por um Estado em virtude de um tratado".[369]

Como já explicitado, o termo "lei" se refere a qualquer ato normativo. Vê-se, assim, que **as decisões judiciais podem também sofrer o controle de convencionalidade por parte do Tribunal da Costa Rica**, em nada importando para tanto de onde haja partido a decisão.

---

[368] "Desta sorte, o momento parece propício para a incorporação do princípio, apropriadamente elaborado e consagrado, de que os tratados validamente concluídos pelo Estado, bem como as regras do direito internacional costumeiro geralmente reconhecidas, fazem parte do direito interno estatal; de que tribunais e outros órgãos nacionais são obrigados a dar-lhes efeito; de que não podem ser unilateralmente revogados por ação puramente interna; e de que um Estado não pode invocar a ausência das leis e dos órgãos nacionais necessários como razão para o não cumprimento de suas obrigações internacionais" (tradução livre). ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission: Preparatory work within the purview of article 18, paragraph 1, of the of the International Law Commission - Memorandum submitted by the Secretary-General. A/CN.4/1/Rev.1, 1949 Feb. 10*, disponível em <http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_1_rev1.pdf>, acesso em 15 jun. 2008, § 34, pp. 22-23.

[369] No original: *"En el ámbito internacional lo que interesa determinar es si una ley resulta violatoria de las obligaciones internacionales asumidas por un Estado en virtud de un tratado. Esto puede y debe hacerlo la Comisión a la hora de analizar las comunicaciones y peticiones sometidas a su conocimiento sobre violaciones de derechos humanos y libertades protegidos por la Convención"*. Tradução livre: No âmbito internacional o que interessa determinar é se uma lei viola as obrigações internacionais assumidas por um Estado em virtude de um tratado. A Comissão pode e deve fazê-lo ao analisar as comunicações e petições submetidas a seu conhecimento sobre violações de direitos humanos e liberdades protegidos pela Convenção. Cf. Corte IDH. *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993**.** Serie A, nº 13, § 30.

A antiga Comissão Europeia de Direitos Humanos[370] já realçara que as obrigações assumidas pelos Estados partes na Convenção Europeia são essencialmente de caráter objetivo, concebidas para proteger os direitos fundamentais dos seres humanos de violações praticadas pelos próprios Estados partes, em vez de criar direitos subjetivos e recíprocos entre as partes signatárias.[371]

No mesmo sentido a Corte Interamericana de Direitos Humanos realçou a especial natureza dos tratados internacionais sobre direitos humanos em seu Parecer Consultivo OC-2/82, de 24 de setembro de 1982, ao abordar o efeito das reservas sobre a entrada em vigor da Convenção Americana (artigos 74 e 75), *in verbis*:

> La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.[372]

---

[370] Cf. Austria vs. Italy, Application nº 788/60, *European Yearbook of Human Rights,* (1961), vol. 4, pág. 140, *apud* Corte IDH. Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982, denominada *El Efecto de las Reservas Sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana* (artículos 74 y 75), § 29.

[371] A propósito, a Corte Internacional de Justiça também enunciou que os tratados de direitos humanos transcendem os interesses recíprocos dos Estados signatários para criar obrigações *erga omnes*: *"In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations* erga omnes*"*. Tradução livre: "Em particular, uma distinção essencial deve ser feita entre as obrigações de um Estado para com a comunidade internacional como um todo, e aquelas que emergem *vis-à-vis* outro Estado no campo da proteção diplomática. Por sua natureza, aquelas obrigações são uma preocupação de todos os Estados. Tendo em vista a importância do direitos envolvidos, a todos os Estados pode ser imputado o interesse legal de sua proteção; elas são obrigações *erga omnes*". Cf. ICJ. *Case Concerning The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*. (New Application: 1962). Belgium v. Spain. Second phase. Judgment of 5 February 1970, § 33.

[372] "A Corte deve enfatizar, sem embargo, que os tratados modernos sobre direitos humanos, em geral, e, em particular, a Convenção Americana, não são tratados multilaterais do tipo tradicional, concluídos em função de um intercâmbio recíproco de direitos, para o beneficio mútuo dos Estados contratantes. Seu objeto e fim são a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos, independentemente de sua nacionalidade, tanto frente a seu próprio Estado como frente aos outros Estados contratantes. Ao aprovar esses tratados sobre direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem legal dentro da qual eles, pelo bem comum, assumem várias obrigações, não em relação com outros Estados, senão com outros indivíduos sob sua jurisdição" (tradução livre). Corte IDH. *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A, nº 2, § 29.

É precisamente em tal **necessidade de adequação** que encontra a sua origem o mecanismo de **controle de convencionalidade** do sistema interamericano de direitos humanos, sendo ela própria o seu *rationale*.

Trata-se, pois, da necessidade de adequação da legislação interna à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, requerida pela própria natureza especial dos tratados de direitos humanos. Da própria natureza jurídica dessa categoria de tratados internacionais resulta o primado dos direitos que eles consagram, "ao que se agregam a necessidade e o imperativo ético que os três poderes do Estado assegurem a aplicabilidade direta das normas internacionais de proteção e a compatibilidade com estas últimas das leis nacionais".[373]

Antônio Augusto Cançado Trindade deita pá de cal sobre a questão ao asseverar que o não cumprimento das obrigações assumidas pelo Estado parte acarreta a sua responsabilidade internacional por violação dos direitos humanos protegidos no tratado, pesando sobre o Estado, como um todo, o ônus de arcar com tal responsabilidade, parta de onde partir o ato violador – quer do Executivo, quer do Legislativo, quer do Judiciário, ou seja, de qualquer agente público ligado de qualquer modo ao Estado:

> Ao Poder Executivo incumbe tomar todas as medidas – administrativas e outras – a seu alcance para dar fiel cumprimento àquelas obrigações. A responsabilidade internacional sobrevive aos Governos, e se transfere a Governos sucessivos, precisamente por se tratar de responsabilidade do Estado. Ao Poder Legislativo incumbe tomar todas as medidas dentro de seu âmbito de competência, seja para regulamentar os tratados de direitos humanos de modo a dar-lhes eficácia no plano do direito interno, seja para harmonizar este último com o disposto naqueles tratados. E ao Poder Judiciário incumbe aplicar efetivamente as normas de tais tratados no plano do direito interno, e assegurar que sejam respeitadas. Isto significa que o Judiciário nacional tem o dever de prover recursos internos eficazes contra violações tanto dos direitos consignados na Constituição como dos direitos consagrados nos tratados de direitos humanos que vinculam o país em questão, ainda mais quando a própria Constituição nacional assim expressamente o determina. O descumprimento das normas convencionais engaja de imediato a responsabilidade internacional do Estado, por ato ou omissão, seja do Poder Executivo, seja do Legislativo, seja do Judiciário.[374]

---

[373] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 143.

[374] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, pp. 138-139.

Tem-se que **o Estado como um todo responde pelos atos de seus órgãos porque é uno e indivisível diante da comunidade internacional**, pois no domínio do Direito Internacional dos Direitos Humanos, assim como no Direito Internacional geral, os atos dos agentes estatais em todo caso são imputados ao Estado, sendo irrelevante o cargo ou função que ocupam.[375]

No mesmo sentido foi o voto concorrente do ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Cançado Trindade, no *Caso La Ultima Tentación de Cristo*, no sentido de que

> (…) cualquier acto u omisión del Estado, por parte de cualquier de los Poderes – Ejecutivo, Legislativo o Judicial – o agentes del Estado, independientemente de su jerarquía, en violación de un tratado de derechos humanos, genera la responsabilidad internacional del Estado Parte en cuestión.[376]

No seu voto em separado, Cançado Trindade agregou importantíssimas considerações ao julgamento do referido *Caso La Ultima Tentación de Cristo*, que merecem ser integralmente realçadas:

> El caso *"La Última Tentación de Cristo"*, que la Corte Interamericana viene de decidir en la presente Sentencia sobre el fondo, es verdaderamente emblemático, no sólo por constituir el primer caso sobre libertad de pensamiento y de expresión resuelto por la Corte, en la primera sesión de trabajo por ésta realizada en el siglo XXI, como también - y sobre todo - por incidir sobre una cuestión común a tantos países latinoamericanos y caribeños, y que alcanza los fundamentos del derecho de la responsabilidad internacional del Estado y el propio origen de dicha responsabilidad. A la luz de las reflexiones desarrolladas en este Voto Concurrente, me permito concluir, en resumen, que:
>
> - *primero*, la responsabilidad internacional de un Estado Parte en un tratado de derechos humanos surge al momento de la ocurrencia de un hecho - acto u omisión - ilícito internacional (*tempus commisi delicti*), imputable a dicho Estado, en violación del tratado en cuestión;

---

[375] DIPLA, Haritini. *La responsabilité de l'État pour violation des droits de l'homme – problèmes d'imputation*, Paris: Pedone, 1994, p. 28, *apud* RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2004, pp. 156-157, nota 255.

[376] (...) qualquer ato ou omissão do Estado, por parte de qualquer dos Poderes – Executivo, Legislativo ou Judiciário – ou agentes do Estado, independentemente de sua hierarquia, em violação de um tratado de direitos humanos, gera a responsabilidade do Estado parte em questão (traduçao livre). Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, nº 73, voto concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade, § 40.

- *segundo*, cualquier acto u omisión del Estado, por parte de cualquier de los Poderes - Ejecutivo, Legislativo o Judicial - o agentes del Estado, independientemente de su jerarquía, en violación de un tratado de derechos humanos, genera la responsabilidad internacional del Estado Parte en cuestión;

- *tercero*, la distribución de competencias entre los poderes y órganos estatales, y el principio de la separación de poderes, aunque sean de la mayor relevancia en el ámbito del derecho constitucional, no condicionan la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado Parte en un tratado de derechos humanos;

- *cuarto*, cualquier norma de derecho interno, independientemente de su rango (constitucional o infraconstitucional), puede, por su propia existencia y aplicabilidad, *per se* comprometer la responsabilidad de un Estado Parte en un tratado de derechos humanos;

- *quinto*, la vigencia de una norma de derecho interno, que *per se* crea una situación legal que afecta los derechos protegidos por un tratado de derechos humanos, constituye, en el contexto de un caso concreto, una violación *continuada* de dicho tratado;

- *sexto*, la existencia de víctimas provee el criterio decisivo para distinguir un examen *in abstracto* de una norma de derecho interno, de una determinación de la incompatibilidad *in concreto* de dicha norma con el tratado de derechos humanos en cuestión;

- *séptimo*, en el contexto de la protección internacional de los derechos humanos, la regla del agotamiento de los recursos de derecho interno se reviste de naturaleza más bien procesal que sustantiva (como condición de admisibilidad de una petición o denuncia a ser resuelta *in limine litis*), condicionando así la implementación pero no el surgimiento de la responsabilidad internacional de un Estado Parte en un tratado de derechos humanos;

- *octavo*, la regla del agotamiento de los recursos de derecho interno tiene contenido jurídico propio, que determina su alcance (abarcando los recursos judiciales eficaces), el cual no se extiende a reformas de orden constitucional o legislativo;

- *noveno*, las normas sustantivas - atinentes a los derechos protegidos - de un tratado de derechos humanos son *directamente* aplicables en el derecho interno de los Estados Partes en dicho tratado;

- *décimo*, no existe obstáculo o imposibilidad jurídica alguna a que se apliquen directamente en el plano de derecho interno las normas internacionales de protección, sino lo que se requiere es la voluntad (*animus*) del poder público (sobretodo el judicial) de aplicarlas, en medio a la comprensión de que de ese modo se estará dando expresión concreta a valores comunes superiores, consustanciados en la salvaguardia eficaz de los derechos humanos;

- *décimoprimero*, una vez configurada la responsabilidad internacional de un Estado Parte en un tratado de derechos humanos, dicho Estado tiene el deber de restablecer la situación que garantice a las víctimas en el goce de su derecho lesionado (*restitutio in integrum*), haciendo cesar la situación violatoria de tal derecho, así como, en su caso, de reparar las consecuencias de dicha violación;

- *décimosegundo*, las modificaciones en el ordenamiento jurídico interno de un Estado Parte necesarias para su armonización con la normativa de un tratado de derechos humanos pueden constituir, en el marco de un caso concreto, una forma de reparación no-pecuniaria bajo dicho tratado; y

> - *décimotercero*, en este inicio del siglo XXI, se requieren una reconstrucción y renovación del derecho de gentes, a partir de un enfoque necesariamente antropocéntrico, y no más estatocéntrico como en el pasado, dada la identidad del objetivo último tanto del derecho internacional como del derecho público interno en cuanto a la salvaguardia plena de los derechos de la persona humana.

Tal entendimento foi consagrado pela Comissão de Direito Internacional no seu projeto de Convenção de Responsabilidade Internacional do Estado, cujo Artigo 4°, parágrafo primeiro, permite que qualquer dos Poderes constituídos a nível interno seja utilizado para demonstrar a responsabilização internacional do Estado.

Nas próprias palavras da Comissão de Direito Internacional,

> The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State. [377]

Destaque-se que não se trata de intromissão indevida da Comissão ou da Corte Interamericana na ordem interna do Estado parte, mas de averiguar se a legislação interna está de acordo com as normas do Pacto de São José da Costa Rica[378], ou se há conflito normativo de modo a gerar a responsabilidade do Estado pelo desrespeito à obrigação internacional por ele assumida de respeitar e garantir os direitos e liberdades nela previstos.

Também não se diga que há ofensa à soberania do Estado, porquanto a sua ratificação ou a adesão ao mesmo pelo Estado constitui *per se* um ato de soberania, por meio do qual o ente estatal concorda em submeter-se aos termos do tratado. Vale lembrar que, de acordo com o Direito Internacional, os Estados devem cumprir os seus

---

[377] "A conduta de qualquer órgão do Estado será considerada um ato praticado por esse mesmo Estado para o direito internacional, quer o órgão desempenhe funções no âmbito do Poder Legislativo, Executivo, Judiciário ou qualquer outra função, seja um órgão do governo central ou de uma unidade territorial do Estado" (tradução livre).

[378] Artigo 64 (2): "A Corte, a pedido de um estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais."

compromissos internacionais de boa-fé, não podendo a legislação nacional ser invocada para justificar o seu descumprimento.[379]

A promulgação de uma norma jurídica de direito interno contrária às obrigações internacionais assumidas por Estado parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos constitui uma violação desta mesma Convenção, fazendo emergir a responsabilidade do Estado e o seu dever de reparação ao lesado, porquanto as instâncias internacionais apreendem as leis internas – **inclusive as normas constitucionais** – como meros **fatos sem valor normativo**, analisando se houve ou não violação do *pacta sunt servanda* face ao conflito normativo.

Nesse contexto, Antônio Augusto Cançado Trindade já sustentava, desde 1997, a tese de que um Estado pode ter sua responsabilidade internacional comprometida pela simples aprovação e promulgação de leis em desarmonia com as suas obrigações convencionais, afirmando que enquanto ditas leis permanecem em vigor, conforma-se uma situação continuada de violação das normas pertinentes dos tratados de direitos humanos que vinculam o Estado, conforme o seu Voto Dissidente no *Caso El Amparo (Interpretação da Sentença)*, parágrafos 22 e 23.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, já em 2001, demonstrando ter aquiescido ao entendimento esposado por Cançado Trindade desde 1997, assentou em sua jurisprudência a irrelevância da origem do ato violador da Convenção – se emanou do Executivo, do Legislativo, do Judiciário, enfim, de qualquer agente que atue em nome do Estado –, bem como a irrelevância de que esse ato esteja conforme o direito interno estatal.

Assim entendeu a Corte Interamericana:

> El hecho de que una determinada conducta estatal se conforma con las disposiciones de derecho interno, o inclusive es por este último requerida, no

[379] Cf. Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, Artigo 26 (*Pacta sunt servanda*): "Todo o tratado em vigor vincula as Partes e deve ser por elas cumprido de boa-fé."

> significa que se pueda negar su carácter internacionalmente ilícito, siempre y cuando constituya una violación de una obligación internacional (...). [380]

Está-se diante de legítimo **controle de convencionalidade**, mecanismo que constitui um juízo de adequação dirigido às normas de direito interno dos Estados partes da Convenção Americana em cotejo com as disposições desta mesma Convenção, por meio do qual a Comissão e a Corte Interamericanas, em verificando incompatibilidade, pronuncia a responsabilidade internacional do Estado por violação da Convenção, *i.e.*, por violação de direitos humanos nela consagrados.

O tema é pacífico na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual pedagogicamente descreveu o seu mecanismo por ocasião do julgamento do *Caso Almonacid Arellano y otros*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, nº 154, conforme se lê em seus parágrafos 123 e 124, *verbis*:

> 123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana[381].
>
> 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.

[380] Corte IDH. *Caso Barrios Altos*. Sentencia de fondo de l4 de marzo de 2001. Serie C, nº 75, Voto Concurriente del Juez A.A. Cançado Trindade, § 9.
[381] Cf. *Caso Ximenes Lopes*, nota 14, § 172; e *Caso Baldeón García*, nota 14, § 140.

Posteriormente, a Corte reproduziu seu entendimento sobre o controle de convencionalidade, invocando o trecho citado do *Caso Almonacid Arellano y otros* na sentença de julgamento do *Caso La Cantuta* vs. *Peru*, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, conforme seu parágrafo 173:

> Además, en cuanto a los alcances de la responsabilidad internacional del Estado al respecto, la Corte ha precisado recientemente que:
>
> […] El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.
>
> […] 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.[382] (grifo nosso)

[382] "Ademais, quanto aos alcances da responsabilidade internacional do Estado a respeito, a Corte enunciou recentemente que: […] O cumprimento por parte de agentes ou funcionários do Estado de uma lei violatória da Convenção produz responsabilidade internacional do Estado, e é um princípio básico do direito da responsabilidade internacional do Estado, recolhido no Direito Internacional dos Direitos Humanos, que todo Estado é internacionalmente responsável por atos ou omissões de quaisquer de seus poderes ou órgãos em violação dos direitos internacionalmente consagrados, segundo o artigo 1.1 da Convenção Americana […] A Corte está consciente de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isto, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. **Porém, quando um Estado ratificou um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar por que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e fim, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos**. Em outras palavras, o **Poder Judiciário deve exercer uma espécie de "controle de convencionalidade" entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo fez a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana" (tradução livre). *Caso Almonacid Arellano y otros*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, nº 154, §§ 123 a 125.

5.2. Irrelevância da posição hierárquica do Pacto de São José na ordem interna

A responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos não está ligada ao antigo problema da posição hierárquica dos tratados internacionais na ordem interna brasileira. Esse não é o cerne da questão, e ainda que fosse, no nosso sentir é por demais clara a dicção do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, ao consagrar a chamada **cláusula aberta de direitos fundamentais**.[383]

Em sede da proteção internacional dos direitos humanos, porém, é irrelevante a posição hierárquica na ordem interna brasileira do Pacto de São José ou de qualquer outro tratado de direitos humanos. Nenhuma importância há para o direito internacional se, no âmbito do direito interno estatal, um tratado de direitos humanos goza de *status* constitucional, se tem caráter supralegal mas hierarquia infraconstitucional, ou se é equiparado às leis ordinárias.

Em verdade, para fins de responsabilização internacional do Estado por violação de direitos humanos, o que releva não é como a norma internacional é vista na ordem interna, mas como o ato normativo interno é apreendido na ordem internacional – como mero fato a ser valorado à luz da normativa internacional, em função do que se aquilatará a responsabilidade do Estado.

Sobre o tema a doutrina e a jurisprudência internacionais são uníssonas. A Corte Interamericana de Direitos Humanos reiteradamente o tem asseverado, como se pode ver no trecho do voto em separado de Cançado Trindade no julgamento do recente *Caso Ximenes Lopes V. Brasil*, nas seguintes palavras:

---

[383] CF, art. 5º, § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

> Tales disposiciones de orden interno,- o, menos todavía, de *interna corporis*, - son simples *hechos* del punto de vista del ordenamiento jurídico internacional, o sea, son, del punto de vista jurídico internacional y de la responsabilidad internacional del Estado, enteramente irrelevantes. [384]

Tem-se feito grande, porém descabida, celeuma sobre o assunto, que deixou mesmo de ser tema que mereça discussão. No entanto, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, entrando em vigor do novel parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o inútil debate retomou fôlego nos círculos jurídicos.

Com a Emenda Constitucional nº 45/2004, foram introduzidas algumas modificações no ordenamento jurídico pátrio, dentre as quais se destaca o acréscimo do inciso LXXVIII ao art. 5º da Carga Magna, que trata do direito fundamental à duração razoável do processo, bem como do § 3º e do § 4º a este artigo, alusivos aos tratados internacionais de direitos humanos e aos tribunais penais internacionais cuja jurisdição for aceita pelo Brasil.

Eis a redação do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal:

> 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.

O parágrafo não pôs fim ao embate sobre a natureza e posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos – se gozam ou não de *status* constitucional. Sua criação, a rigor técnico um tanto quanto dispensável, serviu apenas para inserir no corpo da Constituição norma formalmente constitucional para dirimir a polêmica entre constitucionalistas e internacionalistas.

A teor do novo parágrafo, os tratados de direitos humanos apenas terão *status* constitucional se aprovados pelo Congresso Nacional nos mesmos moldes das emendas

---

[384] Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, nº 149. Voto separado del juez A. A. Cançado Trindade, § 34.

constitucionais, ou seja, mediante a aprovação de três quintos dos membros das suas duas Casas.

Ora, em que muda isto a natureza materialmente constitucional das normas inseridas nos tratados internacionais de direitos humanos? A despeito de não estarem tais normas inseridas formalmente na Carga Magna, persiste a sua natureza constitucional porque fundamental o conteúdo nelas enunciado – conteúdo de direitos fundamentais.

É que, enquanto inseridos em tratados internacionais, tais direitos são considerados direitos fundamentais atípicos – ou, apenas, direitos humanos –, o que lhes não desnatura a essência de direitos fundamentais. Receberiam o nome de direitos típicos se formalmente elencados na Constituição, mas não é isso que lhes confere o caráter constitucional, mas sim o conteúdo, a matéria, a substância neles envolvida: materialmente constitucional.

À luz do direito brasileiro, o ponto nodal do problema reside no § 2º do art. 5º da Carta Política de 1988, que reza:

> Artigo 5º. (...)
> § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (destaquei)

Analisando tal dispositivo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho sustenta existirem direitos fundamentais de dois níveis diferentes: um constitucional, concernente aos direitos formalmente expressos na Constituição, e outro meramente legal, correspondente aos direitos previstos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte.[385]

Filiando-se ao entendimento do STF, Ferreira Filho sustenta gozarem os tratados internacionais de direitos humanos de posição hierárquica infraconstitucional,

[385] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 101.

equiparando-se às leis ordinárias. O mesmo pensamento é esposado pelo constitucionalista Alexandre de Moraes.[386]

De fato o tratado internacional é equiparado à lei ordinária,[387] em decorrência do art. 102, III, *b*, da CF, *verbis*:

> Artigo 102. **Compete ao Supremo Tribunal Federal**, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
> (...)
> III – **julgar**, mediante recurso extraordinário, **as causas** decididas em única ou última instância, **quando a decisão recorrida**:
> (...)
> *b*) – declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
> (...) (destaquei)

Porém, o também constitucionalista André Ramos Tavares, conseguindo desprender-se das vetustas amarras positivistas, observa que nessas hipóteses trata-se de tratados internacionais em geral, os quais versam sobre compromissos recíprocos entre os Estados, normalmente de caráter comercial e de cunho disponível. Diferentemente, **os tratados de direitos humanos cuidam de direitos indisponíveis**, não dizem respeito às relações horizontais entre Estados, não tocam às suas prerrogativas internacionais, mas contêm normas de proteção à pessoa humana em nome de sua dignidade, e em geral contra o arbítrio do poder do próprio Estado.

Eis a sensível diferença que faz dos tratados internacionais de direitos humanos uma **categoria diferenciada de tratados** na ordem interna, pois constituem **normas materialmente constitucionais**, embora sob a forma de tratado. Por isso não podem nem devem ser equiparados à lei ordinária, impondo-se reconhecer-lhes *status* constitucional por efeito integrativo do § 2º do art. 5º da Carta Magna, norma constitucional materialmente aberta que consagra o caráter exemplificativo do rol de direitos e garantias fundamentais do art. 5º, não excluindo outros decorrentes do regime

---

[386] MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas (Coleção Temas Jurídicos), pp. 303-308.

[387] Mesmo sujeitando-se o Estado Brasileiro à sua responsabilização internacional em caso de descumprimento do tratado devido à invocação do seu direito interno, a teor do artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

e dos princípios adotados pela Constituição ou dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte.

Paulo Gustavo Gonet Branco já registrara a tramitação no Congresso Nacional de projeto de Emenda Constitucional, no contexto da chamada "Reforma do Judiciário", que visava a acrescentar ao art. 5º da Carta Magna vigente um § 3º com o seguinte teor:

> Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, condicionada à aplicação pela outra parte. [388]

Malgrado alguns argumentem que o mencionado projeto reforça a ideia de que os tratados internacionais de direitos humanos não gozam, ainda, de *status* constitucional, parece ser justamente o contrário: referida proposta de Emenda – aprovada no âmbito da Emenda 45/2003, um tanto dispensável a rigor técnico – serviu apenas para inserir no corpo da Constituição norma formalmente constitucional para (tentar) pôr fim aos embates travados entre constitucionalistas e internacionalistas no exercício da boa (ou má) hermenêutica.

Condicionar a eficácia imediata dos tratados internacionais de direitos humanos (§ 1º do art. 5º), bem como o seu caráter de norma constitucional, à existência de dispositivo ainda mais explícito do que o § 2º do art. 5º é, *data venia*, agarrar-se a um positivismo exacerbado e cego que não mais encontra lugar no Direito moderno, e que tem cedido às abalizadas ponderações de Crisafulli, Peces-Barba, Santiago Nino, Dworkin, Alexy, e de medalhões nacionais como Piovesan e Cançado Trindade, os quais abriram o caminho e continuam a labutar para o mais amplo reconhecimento dos direitos humanos internacionais no Brasil.

---

[388] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 79. Registre-se que a Emenda Constitucional 45/2004 de fato inseriu um § 3º no artigo 5º da CF/88.

É oportuno notar, nesse contexto, a postura do Tribunal Constitucional Alemão nos julgamentos de ações de inconstitucionalidade, ao deparar com situações de conflito com a Constituição, conforme registro de Inocêncio Mártires Coelho:

> (...) os chamados *leading cases* são instantes de viragem hermenêutica que, em certa medida, poderiam ser antecipados ou diferidos, como atesta, aliás, a experiência dos originalíssimos *apelos ao legislador*, ousadas construções hermenêuticas via das quais, nas ações de inconstitucionalidade que é instado a julgar, o Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha – o *Bundesverfassungsgericht* – embora rejeitando o pedido, *adverte* o Parlamento de que se *prenuncia* uma situação de conflito com a Lei Maior, um choque que se tornará atual se não forem tomadas medidas legislativas capazes de conjurar essa *patologia* constitucional. [389]

Conclui o ex-Procurador Geral da República que "embora *ainda* constitucional, aos olhos do tribunal a situação *tende* a se tornar inconstitucional, exigindo do Parlamento uma pronta atuação para estancar o processo e impedir seu desfecho".[390] E, via de regra, esses **apelos ao legislador** têm frutificado, ensejando-se com o seu atendimento profundas reformas legislativas.[391]

Mutatis mutandis, os constitucionalistas parece quererem que primeiro o Legislativo atenda aos *apelos* dos internacionalistas e aprovem o projeto de Emenda acima aludido, após o que, e somente então, poderão os tratados internacionais de direitos humanos incorporar-se na ordem interna com *status* constitucional: em nome da **soberania do Estado** e da **supremacia da Constituição**.

Em verdade, o problema se acentuou devido ao conflito instaurado entre o novel § 3º e o já existente § 2º, porquanto neste último reside a **cláusula aberta de direitos fundamentais**, consoante a qual se reconhece a existência de direitos fundamentais explícitos e implícitos.

---

[389] COELHO, Inocêncio Mártires, *Elementos de Teoria da Constituição e de Interpretação Constitucional*, *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 80.

[390] COELHO, Inocêncio Mártires, *Elementos de Teoria da Constituição e de Interpretação Constitucional*, *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 80 (itálico no original).

[391] MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998, 2. ed., p. 243.

Por direitos explícitos entendem-se aqueles expressos no artigo 5º da Carta Magna, reputando-se por implícitos os decorrentes do regime democrático delineado na Constituição e aqueles decorrentes dos princípios nela consagrados, além dos direitos previstos nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil – eis aqui o nó górdio do problema em discussão.

Os direitos humanos inseridos nos tratados internacionais integram-se à Constituição por meio da cláusula aberta do § 2º do artigo 5º, a que denominados **efeito integrativo**, o que nos remete à necessária análise do debate sob a perspectiva da hermenêutica constitucional norteada por uma interpretação sistêmica das normas constitucionais.

Emerge, então, o choque entre os princípios da supremacia da Constituição, de que decorre o princípio da soberania, e os princípios da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos – cumprindo realçar que a **supremacia da Constituição** decorrente da soberania do Estado é argumento recorrente para negar a força constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos.

Tem-se sustentado que o tratado internacional, como norma derivada da Constituição, não poderá transcender ao que foi posto originariamente pelo legislador constitucional, faltando-lhe um predicado legitimador denominado por Canotilho de **autoprimazia normativa**, isto é, "as normas constitucionais não derivam a sua validade de outras normas com dignidade hierárquica superior",[392] e admitir o contrário seria fragilizar a soberania do Estado.[393]

Nesse debate, cumpre lembrar que argumentos ligados à soberania estatal, à supremacia da Constituição ou à rigidez das normas constitucionais não podem

[392] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 136.
[393] Em sede de direitos humanos, porém, sobretudo a partir da Declaração Universal de 1948, a soberania do Estado passou a ser tema secundário, tanto que o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas já chegou a autorizar formalmente a quebra da soberania estatal para intervenção humanitária. Cf. MARTINS, Simone. *Segurança Internacional e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar.

pretender eximir o Estado do cumprimento das obrigações internacionais assumidas nos tratados por ele celebrados – "ainda que esta não seja a solução dos manuais".[394]

Luís Cláudio Coni chama a atenção para a crise da supremacia da Constituição, sugerindo que "...talvez o princípio da supremacia da Constituição devesse dar lugar à noção de 'princípio da função constitucional precípua de proteção à liberdade'", ante à constatação de que ela deixou de ser a única instância de garantia efetiva dos direitos fundamentais.[395]

Explica Coni que o Direito Internacional deixou de ser indiferente à regulamentação da proteção dos direitos da pessoa humana, e reproduz a lição de Peter Spiro:[396] *"Because the international law and relations of the time did not, for the most part, concern themselves with the ways in which government treated their own nationals, the individual rights of citizens were not implicated by the treaty power"*.[397]

E assim arremata Coni:

> O mesmo espírito que animou a idéia de supremacia da Constituição, porque, historicamente, esta era, até então, o único nicho de proteção adequada da liberdade do indivíduo, é, também, o que torna a idéia de supremacia um conceito insuficiente para a efetiva proteção da liberdade pois impede a sua concretiazação em múltiplos níveis de influência recíproca quando cria uma barreira metodológica desnecessária, ferindo, assim, o sentido das escolhas políticas realizadas e a *ratio essendi* sobre a qual esse princípio repousa.[398]

---

[394] "O 'caráter rígido' das normas fundamentais, no entanto, não as escusa de uma obrigação de atendimento às exigências derivadas da celebração de Tratados. É que, sob pena de as cláusulas inscritas em tais textos se reputarem em desconformidade com o texto fundamental, se impõe, afinal, não o afastamento de tais normas (pois o *commom sense revolts at the idea*, ou seja, a idéia é repugnada pela realidade factual, em decorrência do pragmatismo inerente às relações internacionais), mas, sim, a própria reforma da Constituição (ainda que esta não seja a solução dos manuais)". Cf. CONI, Luís Cláudio. *A internacionalização do poder constituinte*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006, p. 75.

[395] Cf. CONI, Luís Cláudio. *A internacionalização do poder constituinte*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006, p. 135.

[396] SPIRO, Peter. *Treaties, International Law and Constitutional Rights*, *In:* Stanford Law Review, p. 1999-2028, 1999, *apud* CONI, Luís Cláudio. *A internacionalização do poder constituinte*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006, p. 133, p. 32, nota de rodapé 23.

[397] "É que, em razão do 'Direito Internacional e das relações internacionais de outrora, em sua grande maioria, não se preocuparem com o tratamento dado aos cidadãos, por seus governos, os direitos fundamentais não encontravam ressonância no poder de celebrar Tratados (no *treaty power*)'. Quer dizer que a Constituição era a única instância de garantia efetiva desses direitos, devendo ser protegida da influência de um Direito Internacional que ainda não se havia constitucionalizado e que, portanto, era indiferente a essas questões". Cf. CONI, Luís Cláudio. *A internacionalização do poder constituinte*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006, p. 133.

Ora, a prevalência deve ser não da norma constitucional ou da norma internacional, mas daquela que melhor proteja a pessoa humana, em consonância com a lição do professor da Universidade de Brasília Antônio Augusto Cançado Trindade, ex-Juiz Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos e, atualmente, Juiz da Corte Internacional de Justiça:

> A conformação deste novo e vasto *corpus iuris* vem atender uma das grandes preocupações de nossos tempos: assegurar a proteção do ser humano, nos planos nacional e internacional, em toda e qualquer circunstância. (...) O reconhecimento de que os direitos humanos permeiam todas as áreas da atividade humana corresponde a um novo *ethos* de nossos tempos. [399]

J. J. Gomes Canotilho enxerga que **não há mais como tolerar o apego absoluto à Constituição quando se trata de proteger os direitos humanos**. O professor lusitano reconhece a necessidade imperiosa de a ordem jurídica interna andar *pari passu* com a ordem internacional, sob pena de esvair-se a legitimidade da Constituição se ela afrontar os direitos humanos internacionais:

> É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (**cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional**). O Poder Constituinte soberano criador de Constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado. A abertura ao Direito Internacional exige a observância de princípios materiais de política e direito internacional tendencialmente informador do Direito interno. [400]

Alinhando-se a esse pensamento, merecem transcrição as palavras de Luís Cláudio Coni:

> Revela-se, pois, a peculiar situação de um ente "supremo" (a Constituição), que se vê obrigado a se curvar às exigências de quem possui estatura inferior ou subordinada (as normas derivadas de Tratados, de estatura infraconstitucional,

---

[398] Coni registra ainda que Peter Spiro chega a afirmar o seguinte: *"In the old world of an exceptionalluy thin international rights regime and of diverse governmental systems, many of which had little regard for individual dignity, the prospect of rights endind up on the negotiating table "to conciliate some foreign friend" was not so implausible"*. Tradução do autor: "Não se mostrava implausível a possibilidade de os direitos terminaram (**sic**, terminarem) em uma mesa de negociação para 'acalmar um velho amigo estrangeiro', em um mundo no qual quase não havia uma regulamentação internacional de direitos e no qual, também, havia pouco respeito à dignidade fundamental da pessoa humana". Cf. CONI, Luís Cláudio. *A internacionalização do poder constituinte*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006, p. 134.

[399] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 17.

[400] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 18.

> como é o caso no ordenamento brasileiro) para, ao reformar-se a si mesmo, restabelecer o parâmetro constitucional capaz de permitir a dogmática conformação vertical no que, de fato, termina por confirmar a submissão do Direito Constitucional ao Direito Internacional, dada a "força normativa" dos fatos e a impossibilidade de isolamento diante das realidades econômicas pós-globalização. [401]

Para arrematar o correto entendimento sobre o falso problema gerado pelo § 3º em comento, nenhuma palavra seria mais autorizada do que a do autor do § 2º do mesmo artigo 5º da Constituição Federal, o jurista e ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos, Antônio Augusto Cançado Trindade, em seu voto em separado por ocasião do julgamento do *Caso Ximenes Lopes* contra o Brasil:

> Mal concebido, mal redactado y mal formulado, representa un lamentable retroceso con relación al modelo abierto consagrado por el párrafo 2 del artículo 5 de la Constitución Federal de 1988, que resultó de una propuesta de mi autoría para la Asamblea Nacional Constituyente, como ha sido históricamente documentado[402]. En lo referente a los tratados anteriormente aprobados, crea un *imbroglio* muy a gusto de los publicistas estatocéntricos, insensibles a las necesidades de protección del ser humano; con respecto a los tratados por aprobar, genera la posibilidad de una diferenciación muy a gusto de publicistas autistas y miopes, tan poco familiarizados, - así como los parlamentarios que les prestan oídos, - con las conquistas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (§ 30).
>
> (…) en la medida en que el nuevo párrafo 3 del artículo 5 de la Constitución Federal brasileña abre la posibilidad de restricciones indebidas en la aplicabilidad directa de la normativa de protección de determinados tratados de derechos humanos en el derecho interno brasileño (pudiendo incluso inviabilizarla), éste se muestra *abiertamente incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (artículos 1.1, 2 y 29) (§ 31).
>
> El formalismo jurídico vacío prevaleció sobre la identidad de propósito entre el derecho público interno y el derecho internacional en lo referente a la protección integral de los derechos inherentes a la persona humana (§ 36). [403]

---

[401] Mas adverte o autor: "Não se pode esquecer, no entanto, que o embaraço imposto à Constituição, pela necessidade de sua conformação ao Tratado, deriva, no dizer de Tourard, da 'expressão da vontade política dos poderes políticos' legitimamente constituídos". Cf. CONI, Luís Cláudio. *A internacionalização do poder constituinte*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006, p. 76.

[402] Para um inventário circunstanciado sobre o § 2º do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira, com as correspondentes referências às fontes documentológicas, cf. TRINDADE, A. A. Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. III. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 2003, pp. 597-643; TRINDADE, A. A. Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil (1948-1997): As Primeiras Cinco Décadas*. 2. ed., Brasília: Ed. Universidade de Brasília (Ed. Humanidades), 2000, pp. 1-214; GALINDO, George Rodrigo Bandeira Galindo. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2002; LOUREIRO, Sílvia M. da Silveira. *Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2005.

[403] Cf. *Caso Ximenes Lopes*, voto em separado do Juiz Cançado Trindade.

Portanto, a responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos não está ligada ao antigo problema da posição hierárquica dos tratados internacionais na ordem interna brasileira. Esse não é o cerne da questão, mesmo porque o mesmo, no nosso sentir, é por demais clara a dicção do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, ao consagrar a chamada **cláusula aberta de direitos fundamentais**.

O próprio STF sustenta a subordinação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos à Constituição Federal em toda e qualquer hipótese, fundamentando-se no princípio da soberania, do qual decorre o da supremacia da Constituição. Em importante julgamento ocorrido em 03 de dezembro de 2008, passou o Supremo a entender que a Convenção goza de *status* de supralegalidade na ordem interna, acima da legislação ordinária mas ainda abaixo da Constituição. Mas esta não é a questão.[404]

O que releva aqui não é como a norma internacional é vista na ordem interna, mas como o ato normativo interno é visto na ordem internacional, ou seja, irrelevante no caso se a Convenção Americana é concebida no ordenamento brasileiro como lei ordinária ou com *status* constitucional, porque – independentemente disto – **para efeito de responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos a hierarquia da Convenção na ordem interna é indiferente** uma vez que o ato normativo interno será mero fato a ser valorado pelo Direito Internacional e confrontado com as obrigações internacionais assumidas pelo Estado parte.

[404] Como o acórdão do Supremo Tribunal Federal referente ao julgamento em tela ainda não foi publicado, não é possível tecer maiores considerações sobre o tema. No entanto, registra-se que a questão da posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem interna é matéria que em nada importa aos tribunais internacionais, pois os mesmos visualizam a legislação interna estatal como meros fatos.

A esse respeito, André Ramos Tavares reproduz a crítica do ex-Juiz da Corte Internacional de Justiça Francisco Rezek[405] à posição do Supremo Tribunal Federal, cujas palavras merecem transcrição:

> (...) alguém estava ali raciocinando como se a Convenção de São José da Costa Rica fosse um produto que por obra nefanda de alienígenas desabasse sobre nossas cabeças, à nossa revelia, como se aquilo não fosse um pleno exercício de legislação ordinária, como se pudesse o texto de São José valer para nós se o Congresso Nacional não o tivesse aprovado, e se o Presidente da República não o tivesse ratificado. Parece que não se sabe ainda, aqui ou ali, que o Direito Internacional Público não é uma imposição de criaturas exóticas a nossa brasilidade.[406]

É marcante a interdisciplinaridade do tema, o que demanda do jurista o aprofundamento de questões de **Direito Constitucional** sem descurar do necessário contato com o **Direito Internacional** e outros ramos do Direito, inclusive sob a ótica comparatista,[407] de modo a ampliar o campo de visão e atuação dos protagonistas do direito nessa seara, em especial em face do relevo intrínseco do desenvolvimento da **nossa tese do controle de convencionalidade, no âmbito da jurisdição internacional**, com o cotejo da consistente doutrina já consolidada acerca do controle de constitucionalidade, no âmbito da jurisdição doméstica.

É indispensável, enfim, reforçar os preceitos de **Direito Internacional dos Direitos Humanos** e fomentar a proteção dos direitos consagrados no Pacto de São José da Costa Rica, sedimentando no âmbito da jurisdição doméstica o respeito às obrigações

---

[405] Francisco Rezek integrou a Corte Internacional de Justiça de 1996 a 2006. Outros brasileiros também integraram aquele tribunal, a saber: José Philadelpho de Barros e Azevedo (1946-1951), Levi Fernandes Carneiro (1951-1955), José Sette-Câmara (1979-1988, tendo sido Vice-Presidente de 1982 a 1985), e Antônio Augusto Cançado Trindade, que tomou posse em 06 de fevereiro de 2009.

[406] TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 384.

[407] Sobre a importância do estudo do Direito Comparado, cf. DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Comparado. Introdução. Teoria e metodologia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Introdução ao Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2ª ed., 1998; CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de Direito Comparado: Introdução ao Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998; DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002; GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 4ª ed., 2003;KELLY, J. M.. *A short history of western legal theory*. Oxford:Clarendon Press, 2005; RÖHRICH,Wilfried. *Los sistemas politicos del mundo*. Madrid: Alianza Editorial, 2001;ZWEIGERT,Konrad, KÖTZ, Hein. *Introduction to Comparative Law*.Translation from the German by Tony Weir. Oxford:Clarendon Press, 3rd edition,1998; entre outros.

internacionais assumidas pelo Brasil, sob pena de se infligir ao Estado Brasileiro sanção por sua negligência quanto a tais obrigações internacionais.

Quanto à natureza dos atos imputáveis ao Estado, na apuração de responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos, as instâncias internacionais analisam tão-somente o nexo de causalidade entre a ação ou omissão do Estado e o resultado lesivo às vítimas, sendo desnecessária a prova da *culpa* do agente público para a concretização da responsabilidade internacional do Estado por tratar-se de **responsabilidade objetiva**.[408]

E, nesta apuração, qualquer ação ou omissão do Estado, **de qualquer natureza**, por parte de qualquer dos Poderes – Executivo, Legislativo ou Judiciário – ou qualquer agente do Estado, independentemente de sua hierarquia, enfim, qualquer ato em violação de um tratado de direitos humanos gera a responsabilidade internacional do Estado parte em questão.[409]

Neste mesmo sentido, a antiga Comissão Europeia de Direitos Humanos já se pronunciou sobre a matéria:

> Au regard de la Convention, la responsabilité d'un État peut être engagé pour les actes de tous ses organes, agents et fonctionnaires. Comme pour la responsabilité au regard du droit international en général, le rang de ceux-ci n'importe pas, en ce sens qu'en tout état de cause leurs actes sont imputés à l'État. [410]

---

[408] É a lição de José Francisco Rezek, ex-Juiz da Corte Internacional de Justiça da Haia: "Não se investiga, para afirmar a responsabilidade do Estado ou da organização internacional por um ato ilícito, a *culpa subjetiva*: é bastante que tenha havido afronta a uma norma de direito das gentes." REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso elementar*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1991, p. 270.

[409] *"...cualquier acto u omisión del Estado, por parte de cualquier de los Poderes – Ejecutivo, Legislativo o Judicial – o agentes del Estado, independientemente de su jerarquía, en violación de un tratado de derechos humanos, genera la responsabilidad internacional del Estado Parte en cuestión."* Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso "La Ultima Tentación de Cristo"*, voto concorrente do Juiz A.A. Cançado Trindade, sentença de mérito de 5 de fevereiro de 2001, Série C N° 73, § 40.

[410] "Aos olhos da Convenção, a responsabilidade de um Estado pode ser engajada pelos atos de todos os seus órgãos, agentes e funcionários. Assim como a responsabilidade sob a ótica do direito internacional em geral, não importa a posição que ocupem, pois neste sentido e em qualquer outro os seus atos são imputados ao Estado" (tradução livre). *In* DIPLA, Haritini, *La responsabilité de l'État pour violation des droits de l'homme – problèmes d'imputation*, Paris: Pedone, 1994, p. 28, *apud* RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2004, pp. 156-157, nota 255.

Ocorrendo violação dos direitos humanos **insculpidos no Pacto de São José da Costa Rica**, ensejar-se-á a **consequente responsabilização internacional do Estado parte da Convenção por essa violação**, assegurando-se às vítimas o gozo efetivo dos direitos violados, conforme enuncia o **artigo 63(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos**.[411]

Interpretando os Artigos 1(1) e 2 do Pacto de São José da Costa Rica, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a responsabilidade internacional do Estado parte que contenha em seu ordenamento jurídico legislação violatória da Convenção, uma vez que os Estados se comprometeram a adotar as medidas legislativas necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades nela enunciados.

A Corte pronunciou-se sobre a matéria no **Parecer Consultivo n° 14**, de 09 de dezembro de 1994, por solicitação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), com base no Artigo 64 (2) da Convenção, que autoriza a Corte a emitir pareceres sobre a **compatibilidade** da legislação interna de um Estado membro da OEA com os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos aplicáveis aos Estados Americanos.

Afirmou o Tribunal da Costa Rica a responsabilidade internacional do Estado em face da edição de leis internas incompatíveis com a Convenção, esclarecendo que o termo **"lei"** deve ser considerado em **sentido material**, em nada importando a hierarquia da norma jurídica na ordem interna (lei, decreto, emenda constitucional, etc.), bastando a sua edição para a configuração da violação.[412]

---

[411] "Art. 63(1). Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegida nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada."

[412] Tratando-se de "lei" auto-aplicável, a violação é imediata; no caso de "lei" não auto-aplicável, que dependa de regulamentação, configurada estará a violação uma vez editada a norma regulamentadora.

A teor dos Artigos 1 e 2 da Convenção os Estados partes têm a obrigação de respeitar e garantir os direitos e liberdades nela previstos, inclusive mediante a adoção das medidas legislativas necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades. **Como consequência**, ao dever do Estado de adotar medidas legislativas de proteção dos direitos humanos corresponde o dever de não editar legislação incompatível com o objeto e o fim da Convenção, de não adotar medida legislativa que conflite com as normas convencionais.

Não se trata de intromissão indevida na ordem interna do Estado parte, mas de averiguar se a legislação interna está de acordo com as normas da Convenção[413], ou se há conflito normativo de modo a gerar a responsabilidade do Estado pelo desrespeito à obrigação internacional por ele assumida de respeitar e garantir os direitos e liberdades nela previstos. De acordo com o Direito Internacional, os Estados devem cumprir os seus compromissos internacionais de boa-fé, não podendo a legislação nacional ser invocada para justificar o seu descumprimento.[414]

5.3. Controle de convencionalidade nos Pareceres Consultivos

O mecanismo do controle de convencionalidade pode ser exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos tanto no exercício de suas funções consultivas, emitindo pareceres gerais, quanto no julgamento de casos concretos a ela submetidos no exercício de sua competência contenciosa, proferindo sentenças contra o Estado denunciado.

---

[413] Artigo 64 (2): "A Corte, a pedido de um estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais."

[414] Consoante estabelece a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, em seu artigo 26, que assim enuncia: "Artigo 26. *Pacta sunt servanda*. Todo o tratado em vigor vincula as Partes e deve ser por elas cumprido de boa-fé".

Respondendo a consulta formulada pela Costa Rica acerca de projeto de alteração em sua Constituição, a Corte Interamericana emitiu o **Parecer Consultivo OC-4/1984, de 19 de janeiro de 1984** (*"Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización"*) no qual deixou claro que quaisquer atos normativos estatais, inclusive normas constitucionais, podem ser objeto de controle de convencionalidade, com base no artigo 64(2) do Pacto de São José:

> Como la solicitud no se refiere a leyes vigentes sino a reformas propuestas a la Constitución, **cabe preguntarse si la referencia en el artículo 64.2 a "leyes internas" incluye normas constitucionales** y si un proyecto legislativo puede ser objeto de consulta a la Corte con fundamento en las disposiciones de dicho artículo. La respuesta a la primera pregunta no admite duda: siempre que un convenio internacional se refiera a **"leyes internas"** sin calificar en forma alguna esa expresión o sin que de su contexto resulte un sentido más restringido, **la referencia es para toda la legislación nacional y para todas las normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo disposiciones constitucionales**. [415] (grifo nosso)

O **Parecer Consultivo OC-nº 05/1985**, de 13 de novembro de 1985, intitulado *"La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)"*, também solicitado pela Costa Rica, teve como objeto o controle de convencionalidade da Lei Orgânica do Conselho de Jornalistas da Costa Rica (Lei nº 4420/1969) à luz da interpretação dos artigos 13 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos,[416] pois a mencionada lei impunha a afiliação ao Conselho como requisito ao exercício da profissão de jornalista ou repórter.[417]

Entendeu a Corte que a afiliação obrigatória ao Conselho de Jornalistas, como requisito ao exercício da profissão de jornalista ou repórter, constituía uma restrição ao

---

[415] "Como a solicitação não se refere a leis vigentes, mas a reformas propostas à Constituição, **cabe perguntar se a referência no artigo 64.2 a "leis internas" inclui normas constitucionais** e se um projeto legislativo pode ser objeto de consulta à Corte com fundamento nas disposições de dito artigo. A resposta à primeira pergunta não admite dúvida: sempre que um convênio internacional se refira a **"leis internas"** sem qualificar em forma alguma essa expressão ou sem que de seu contexto resulte em sentido mais restringido, **a referência é para toda a legislação nacional e para todas as normas jurídicas de qualquer natureza, incluindo disposições constitucionais**" (tradução livre). Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A, nº 4, § 14.

[416] O artigo 13 se refere ao direito à liberdade de pensamento e de expressão, e o artigo 29 dispõe sobre normas de interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

[417] Cf. Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A, nº 5.

direito de expressar-se infligida a todos os não afiliados, uma vez que não poderiam difundir livremente suas informações e ideias, sob pena de serem responsabilizados, inclusive penalmente, por exercício ilegal da profissão segundo o direito costarriquenho.

Ponderou ainda a Corte que a organização das profissões em geral, em conselhos profissionais, não é *per se* contrária ao Pacto de São José, constituindo meio de regulação e controle da fé pública e da ética através da atuação dos colegas. Porém, o bem comum e a ordem pública reclamam que, dentro de uma socidade democrática, sejam garantidas as maiores possibilidades de circulação de notícias, ideias e opiniões, com o mais amplo acesso à informação por parte da sociedade em seu conjunto.[418]

A Corte Interamericana teve o cuidado de distinguir a afiliação obrigatória dos jornalistas, sob consulta, daquela envolvendo outros profissionais liberais, como advogados e médicos, expressando importantes considerações relativas ao controle de convencionalidade, *in verbis*:

> Esto no se aplica, por ejemplo, al ejercicio del derecho o la medicina; a diferencia del periodismo, el ejercicio del derecho o la medicina -es decir, lo que hacen los abogados o los médicos- no es una actividad específicamente garantizada por la Convención. Es cierto que la imposición de ciertas restricciones al ejercicio de la abogacía podría ser incompatible con el goce de varios derechos garantizados por la Convención. Por ejemplo, **una ley que prohibiera a los abogados actuar como defensores en casos que involucren actividades contra el Estado, podría considerarse violatoria del derecho de defensa del acusado según el artículo 8 de la Convención y, por lo tanto, ser incompatible con ésta**. Pero no existe un sólo derecho garantizado por la Convención que abarque exhaustivamente o defina por sí solo el ejercicio de la abogacía como lo hace el artículo 13 cuando se refiere al ejercicio de una libertad que coincide con la actividad periodística. Lo mismo es aplicable a la medicina. [419] (negrito nosso)

Assim, concluiu a Corte Interamericana que a afiliação obrigatória de jornalistas, por impedir o acesso de qualquer pessoa ao uso pleno dos meios de comunicação social como veículo para expressar-se ou para transmitir informação, é incompatível com o

---

[418] Cf. Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A, nº 5, §§ 68-69.

artigo 13 do Pacto de São José da Costa Rica, com o qual proclamou ser incompatível a lei costarriquenha por impedir o acesso de todas as pessoas ao Conselho de Jornalistas.

A repercussão desse Parecer Consultivo atingiu o Estado Brasileiro. O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública com o fito de abolir do ordenamento pátrio a necessidade de diploma universitário de jornalismo como requisito para o exercício da profissão correspondente, com base tanto na Constituição Federal quanto no Parecer Consultivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O pedido foi julgado parcialmente procedente.[420]

O **Parecer Consultivo OC-nº 06/1986**, de 09 de maio de 1986 (*"La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos"*) foi de iniciativa do Uruguai, no qual o Estado consulta a Corte Interamericana sobre o alcance da expressão "leis" empregada no artigo 30 do Pacto de São José, que se refere à possibilidade de o Estado, por meio de lei interna, restringir o gozo de direitos e liberdades fundamentais previstos no Pacto.[421]

A Corte advertiu que o objeto da consulta não era uma definição geral do vocábulo "lei", mas a sua interpretação no contexto do artigo 30 da Convenção Americana, e, nesse contexto, enunciou que se tratava de norma jurídica de caráter geral, ajustada ao bem comum, emanada dos órgãos legislativos constitucionalmente

[419] "Isso não se aplica, por exemplo, ao exercício do direito ou da medicina; diferentemente do jornalismo, o exercício do direito ou da medicina – isto é, o que fazem os advogados ou os médicos – não é uma atividade especificamente garantida pela Convenção. É certo que a imposição de certas restrições ao exercício da advocacia poderia ser incompatível com o gozo de vários direitos garantidos pela Convenção. Por exemplo, **uma lei que proibisse aos advogados atuar como defensores em casos que envolvam atividades contra o Estado poderia considerar-se violatória do direito de defesa do acusado segundo o artigo 8 da Convenção e, portanto, ser incompatível com esta**. Mas não existe um só direito garantido pela Convenção que abarque exaustivamente ou defina por si só o exercício da advocacia como faz o artigo 13 quando se refere ao exercício de uma liberdade que coincide com a atividade jornalística. O mesmo se aplica à medicina" (tradução livre). Cf. Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A, nº 5, § 73.

[420] O processo, tombado sob o nº 2001.61.00.025946-3, tramitou perante a 16ª Vara Federal de São Paulo e foi julgado por sentença datada de 18 de dezembro de 2002.

[421] "Artigo 30. *Alcance das restrições*. As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas".

previstos e democraticamente eleitos, e elaborada segundo o procedimento estabelecido pelas Constituições dos Estados partes para a edição das leis.[422]

No contexto da presente tese, o mais importante a destacar nesse Parecer Consultivo se encontra no seu parágrafo 22, em que a Corte enunciou categoricamente que a promulgação de uma lei interna em conformidade com a Constituição do Estado não impede que essa mesma lei seja violatória dos direitos humanos consagrados na Convenção Americana:

> Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por **una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución**. (…) En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos **que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior**, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder. [423]

Por outras palavras, disse a Corte Interamericana que a constitucionalidade de uma lei interna não é garantia de respeito aos direitos humanos previstos no Pacto de São José, e por isso, **mesmo sendo constitucional, essa lei pode ser anticonvencional** – e, cumpre realçar, essa lei interna bem pode ser uma norma constitucional, necessitando de igual modo submeter-se ao controle de convencionalidade.

No **Parecer Consultivo OC-nº 07/1986**, de 29 de agosto de 1986 (*"Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos"*), o Estado da Costa Rica solicitou à Corte Interamericana

---

[422] Corte IDH. *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A, nº 6, §§ 27 e 38.

[423] "Por isso, a proteção dos direitos humanos requer que os atos estatais que os afetem de maneira fundamental não fiquem ao arbitrio do poder público, senão que estejam rodeados de um conjunto de garantias destinadas a assegurar que não se vulnerem os atributos invioláveis da pessoa, dentro das quais talvez a mais relevante seja que as limitações se estabeleçam por **uma lei adotada pelo Poder Legislativo, de acordo com o estabelecido pela Constituição**. (…) Em verdade, este procedimento não impede em todos os casos **que uma lei aprovada pelo Parlamento chegue a ser violatória dos direitos humanos, posibilidade que reclama a necesidade de algum regime de controle posterior**, mas sim é, sem dúvida, um obstáculo importante para o exercício arbitrário do poder" (tradução livre). Corte IDH. *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A, nº 6, §§ 22.

que se manifestasse acerca da interpretação e alcance do artigo 14(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1(1) e 2 da mesma, em face da expressão "nas condições que estabeleça a lei" contida na parte final do artigo 14(1).[424]

A Corte Interamericana reafirma o sentido amplo do termo "lei", de modo a abranger qualquer ato normativo de qualquer natureza, inclusive de envergadura constitucional, assentando que o importante é a existência de "medidas" no âmbito do direito interno que, independentemente de serem ou não leis em sentido formal, concretizem os direitos e liberdades contidos no Pacto de São José.

Porém, adverte a Corte, se a concretização dos direitos e liberdades pode efetivar-se mediante "medidas legislativas ou de outro caráter" (*i.e.*, não-legislativas),[425] a sua restrição deve dar-se necessariamente por meio de lei em sentido formal e nos estreitos limites da Convenção Americana, em harmonia com seu anterior Parecer Consultivo OC-nº 06/1986.[426]

Esse Parecer Constultivo apresenta grande relevância na medida em que a Corte Interamericana registrou, de forma expressa, a obrigação do Estado de adequar seu ordenamento jurídico em caso de incompatibilidade de alguma norma interna com o Pacto de São José – e, não é demais lembrar, seja qual for a sua natureza ou posição hierárquica na ordem estatal, será ela passível de controle de convencionalidade:

> …cuando el derecho consagrado en el artículo 14.1 no pueda hacerse efectivo en el ordenamiento jurídico interno de un Estado Parte, ese Estado tiene la obligación, en virtud del artículo 2 de la Convención, de adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la propia

[424] "Artigo 14. Direito de retificação ou resposta. 1. Toda pessoa atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei".

[425] Parte dispositiva da Opinião Consultiva, item 2, letra B.

[426] "Pero si se tratara de restringir el derecho de rectificación o respuesta u otro cualquiera, sería siempre necesaria la existencia de una ley formal, que cumpliera con todos los extremos señalados en el artículo 30 de la Convención". (Tradução livre: "Porém, se se tratasse de restringir o direito de retificação ou resposta ou outro qualquer, seria sempre necessária a existência de uma lei formal, que cumprisse com todos os extremos assinalados no artigo 30 da Convenção"). Corte IDH. *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, Serie A, nº 7, § 32.

> Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias.[427]

No **Parecer Consultivo OC-nº 10/1989**, de 14 de julho de 1989 (*"Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos"*), solicitado pela Colômbia, a Corte Interamericana afirmou ser competente para expedir pareceres consultivos sobre a Declaração Americana de 1948, consignando a interação interpretativa existente entre a Declaração, a Carta da OEA e o Pacto de São José.

Reconhecendo ser o *status* jurídico da Declaração Americana uma questão de fundo no seu pronunciamento, a Corte deixou assente que a Declaração constitui um instrumento de interpretação da Carta da OEA, e por isso todos os Estados membros da Organização, sejam ou não partes da Convenção, estão vinculados aos compromissos e obrigações internacionais previstos na Declaração de 1948.[428]

O **Parecer Consultivo OC-13/1993, de 16 de julho de 1993** (*"Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)"*), em resposta à consulta formulada pelo Uruguai, é de especial importância para o nosso estudo, pois nela a Corte Interamericana deixa entrever bastante clara a essência do que denominaos controle de convencionalidade.

A Corte relembra que são muitas as maneiras pelas quais um Estado pode violar um tratado internacional. Especificamente com relação ao Pacto de São José, no que diz

---

[427] "…quando o direito consagrado no artigo 14.1 não possa fazer-se efetivo no ordenamento jurídico interno de um Estado Parte, esse Estado tem a obrigação, em virtude do artigo 2 da Convenção, de adotar, com a observância de seus procedimentos constitucionais e das disposições da própria Convenção, as medidas legislativas ou de outro caráter que forem necessárias" (tradução livre). Corte IDH. *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, Serie A, nº 7, 2(B) da parte dispositiva. Cf. sobre o tema o item 5.2, sobre a irrelevância da posição hierárquica dos tratados de direitos humanos na ordem interna.

[428] Cf. Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989**.** Serie A, nº 10, § 43 a 46.

respeito à relação entre direito interno e direito internacional, a Corte consigna que o Estado pode fazê-lo deixando de editar leis concretizadoras dos direitos previstos no Pacto, bem como editando leis contrárias às obrigações internacionais nele previstas.

Pondera a Corte Interamericana que, embora não possa a Comissão manifestar-se sobre contradições normativas internas dos Estados (isto é, uma norma interna ferindo outra norma interna), ela pode qualificar uma norma do direito interno de um Estado parte como violatória do Pacto de São José, inclusive quanto aos aspectos da sua razoabilidade, conveniência e autenticidade.[429]

"Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos",[430] afirma a Corte, evidenciando que o parâmetro do controle de convencionalidade jamais será o direito interno estatal, mas sempre a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou outro instrumento aplicável ao sistema interamericano:

> Esto no significa que la Comisión tenga atribuciones para pronunciarse sobre la forma como se adopta una norma jurídica en el orden interno. Esa es función de los órganos competentes del Estado. Lo que la Comisión debe verificar, en un caso concreto, es si lo dispuesto por la norma contradice la Convención y no si contradice el ordenamiento jurídico interno del Estado.[431]

E conclui o Tribunal da Costa Rica, não deixando espaço para dúvidas:

> En estas circunstancias, no debe existir ninguna duda de que la Comisión tiene a ese respecto las mismas facultades que tendría frente a cualquier otro tipo de violación y podría expresarse en las mismas oportunidades en que puede hacerlo en los demás casos. Dicho de otro modo, **el hecho de que se trate de "leyes internas" y de que estas hayan sido *"adoptadas de acuerdo con lo***

[429] Cf. Corte IDH. *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A, nº 13, § 21.

[430] "Se essas normas foram adotadas de acordo com o ordenamento jurídico interno ou contrariamente a ele, é indiferente para esses efeitos" (tradução livre). Cf. Corte IDH. *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A, nº 13, § 26.

[431] "Isto não significa que a Comissão tenha atribuições para pronunciar-se sobre a forma como se adota uma norma jurídica na ordem interna. Essa função cabe aos órgãos competentes do Estado. O que a Comissão deve verificar, em um caso concreto, é se o disposto pela norma contradiz a Convenção e não se contradiz o ordenamento jurídico interno do Estado" (tradução livre). Cf. Corte IDH. *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A, nº 13, § 29.

> ***dispuesto por la Constitución"*, nada significa si mediante ellas se violan cualesquiera de los derechos o libertades protegidos**. Las atribuciones de la Comisión en este sentido no están de manera alguna restringidas por la forma como la Convención es violada.[432]

A clareza do pronunciamento da Corte é meridiana: o fato de uma lei interna ter sido adotada de acordo com as disposições da Constituição do país em nada é relevante se, apesar de ser constitucional, referida lei se afigura anticonvencional, violando qualquer dos direitos ou liberdades protegidos no seio do sistema interamericano de direitos humanos em desrespeito às obrigações internacionais assumidas pelo Estado.

Destaca-se a grande importância do **Parecer Consultivo OC-nº 14/1994, de 09 de dezembro de 1994** (*"Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos*), solicitada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, pois nele a Corte Interamericana analisa a responsabilidade internacional do Estado e a responsabilidade individual do agente público estatal que a aplica.

O Estado Brasileiro, inclusive, participou do processo de consulta na condição de *amicus curiae*, apresentando observações sobre o tema. Na contra-mão das obrigações internacionais assumidas ao ratificar o Pacto de São José, sem reservas, o Brasil manifestou-se avesso ao controle de convencionalidade institucionalizado no sistema interamericano de direitos humanos, sustentando que "os agentes e funcionários do Estado estão adstritos à Constituição, não podendo buscar supedâneo mesmo em convenções internacionais em que o Estado seja parte, para descumpri-la".[433]

---

[432] "Nestas circunstâncias, não deve existir nenhuma dúvida de que a Comissão tem a esse respeito as mesmas faculdades que teria frente a qualquer outro tipo de violação e poderia expressar-se nas mesmas oportunidades em que pôde fazê-lo nos demais casos. Dito de outro modo, **o fato de que se trate de "leis internas" e de que estas tenham sido *"adotadas de acordo com o disposto pela Constituição"*, nada significa se mediante elas se violam quaisquer dos direitos ou liberdades protegidos**. As atribuições da Comissão neste sentido não estão de maneira alguma restringidas pela forma como a Convenção é violada" (tradução livre). Cf. Corte IDH. *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A, nº 13, § 27.

Não obstante a errônea posição do Brasil quanto à consulta formulada, semelhante à de outros Estados membros da Organização dos Estados Americanos, externada no seio do Parecer Consultivo ao também apresentaram suas observações, a Corte Interamericana manteve-se firme no entendimento de que o Estado pode ser responsabilizado internacionalmente pela edição de lei violatória do Pacto de São José, *in verbis*:

> La Corte concluye que la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado.[434]

Assentou a Corte Interamericana que uma lei interna pode ser objeto de controle de convencionalidade, e o parâmetro desse controle não será o ordenamento jurídico estatal, mas o Pacto de São José ou qualquer outro tratado de direitos humanos aplicável aos Estados americanos.[435] E, de forma objetiva e direta, descreve o mecanismo de controle de convencionalidade:

> En los supuestos o hipótesis de violación de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados Partes y que resulten de una eventual contradicción entre sus normas de derecho interno y las de la Convención, aquellas serán

---

[433] Sustentou ainda o Brasil: "Primeiramente, a simples edição de lei em contrário não seria violadora de obrigações internacionais, pois seria necessário, para que tal violação se estabelecesse, a concretização de suas disposições. Em segundo lugar, o âmago do problema resolve-se pela teoria que cada Estado siga em matéria de hierarquia de leis". Corte IDH. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A, nº 14, § 14.

[434] "A Corte conclui que a promulgação de uma lei manifestamente contrária às obrigações assumidas por um Estado ao ratificar ou aderir à Convenção constitui uma violação desta e que, na hipótese de essa violação afetar direitos e liberdades protegidos de indivíduos determinados, gera responsabilidade internacional para o Estado.". Corte IDH. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A, nº 14, § 50.

[435] *"No es facultad de la Corte en ejercicio de su función consultiva interpretar o definir los ámbitos de validez de las leyes internas de los Estados Partes, sino respecto de su compatibilidad con la Convención u otros tratados referentes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos y siempre y cuando medie un requerimiento expreso por parte de alguno de esos Estados, según lo establecido en el artículo 64.2 de la Convención Americana"*. Tradução livre: "Não é faculdade da Corte no exercício de sua função consultiva interpretar ou definir os âmbitos de validade das leis internas dos Estados Partes, senão com relação à sua compatibilidade com a Convenção ou outros tratados referentes à proteção dos direitos humanos nos Estados amerricanos e sempre e quando houver requerimento expresso por parte de algum desses Estados, segundo o estabelecido no artigo 64.2 da Convenção Americana". Corte IDH. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A, nº 14, § 22.

> evaluadas por la Corte en los procesos contenciosos como simples hechos o manifestaciones de voluntad, susceptibles de ser ponderados sólo respecto de las convenciones y tratados involucrados y con prescindencia de la significación o jerarquía que la norma nacional tenga dentro del ordenamiento jurídico del respectivo Estado.[436]

Esse Parecer Consultivo ainda revela importância ao fortalecer o poder que tem a Comissão Interamericana para exercer o controle de convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos, por meio de recomendações aos Estados membros da OEA no sentido de derrogarem ou reformarem norma de direito interno incompatível com o Pacto de São José, assim afirmando a Corte:

> Como consecuencia de esta calificación, podrá la Comisión recomendar al Estado la derogación o reforma de la norma violatoria y para ello es suficiente que tal norma haya llegado por cualquier medio a su conocimiento, haya sido o no aplicada en un caso concreto. Esta calificación y recomendación pueden ser hechas por la Comisión directamente al Estado (art. 41.b) o en los informes a que se refieren los artículos 49 y 50 de la Convención. [437]

Manifestou a Corte preocupação no sentido de que devem ser adotadas pelos Estados medidas progressivas em prol dos direitos humanos "no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos", e isso abrange tanto a edição de normas concretizadoras dos direitos humanos quanto a abstenção de editá-las em desacordo com as normas de proteção internacional da pessoa humana.[438]

Finalmente, a Corte ainda deixou claro que, perante o sistema interamericano de direitos humanos, é o Estado que é responsabilizado pelas violações constatadas. Porém,

---

[436] "Nas suposições ou hipóteses de violação das obrigações internacionais assumidas pelos Estados Partes e que resultem de uma eventual contradição entre suas normas de direito interno e as da Convenção, aquelas serão avaliadas pela Corte nos processos contenciosos como simples fatos ou manifestações de vontade, suscetíveis de ser ponderados somente em relação às convenções e tratados envolvidos e independentemente da significação ou hierarquia que a norma nacional tenha dentro do ordenamento jurídico do respectivo Estado". Corte IDH. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A, nº 14, § 22 (*in fine*).

[437] "Como consequência desta qualificação, poderá a Comissão recomendar ao Estado a derrogação ou reforma da norma violatória e para isto é suficiente que tal norma haja chegado por qualquer meio a seu conhecimento, tenha sido ou não aplicada em um caso concreto. Esta qualificação e recomendação podem ser feitas pela Comissão diretamente ao Estado (art. 41.b) ou nos relatórios a que se referem os artigos 49 e 50 da Convenção" (tradução livre). Cf. Corte IDH. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A, nº 14, § 39.

isso não afasta a responsabilidade penal individual dos agentes públicos que, mesmo em cumprimento à lei anticonvencional, engajaram a responsabilidade internacional do Estado, caso a sua conduta constitua, *per se*, um crime internacional.

Assim consignou a Corte Interamericana:

> La Corte concluye que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que lo ejecutaron.[439]

O **Parecer Consultivo OC-nº 16/1999, de 01 de outubro de 1999** (*"El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal"*) se deu em resposta à consulta feita pelo México com relação ao direito que tem o estrangeiro sob detenção de receber assistência consular, ou, antes mesmo, de receber a informação sobre esse direito e ter sua prisão informada, como direitos vinculados ao devido processo legal e às garantias judiciais mínimas.

O Estado Mexicano indicou os seguintes pressupostos de fato para a consulta: tanto o Estado que envia (do qual é nacional a pessoa presa) como o Estado receptor (onde foi presa a pessoa) são partes da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, ambos são membros da OEA e signatários da Declaração Americana de Direitos e

---

[438] Artigo 41(b) do Pacto de São José: "A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício do seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições: (b) formular recomendações aos governos dos Estados membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos". Cf. Corte IDH. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A, nº 14, § 36.

[439] "A Corte conclui que o cumprimento por parte de agentes ou funcionários do Estado de uma lei manifestamente violatória da Convenção produz responsabilidade internacional do Estado. No caso de que o ato de cumprimento constitua um crime internacional, gera também a responsabilidade internacional dos agentes ou funcionários que o executaram" (tradução livre). Cf. Corte IDH. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A, nº 14, § 36.

Deveres do Homem, e, apesar de o Estado receptor não ser parte do Pacto de São José, ratificou o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU.[440]

Percebe-se facilmente a intenção do México de obter da Corte Interamericana pronunciamento que alcançasse os Estados Unidos da América, em especial por mencionar na consulta a realização de gestões bilaterais realizadas pelo México em favor de alguns de seus nacionais condenados à morte em dez entidades federativas dos Estados Unidos da América, os quais foram privados, pelo Estado receptor, da informação sobre o direito de comunicar-se e de solicitar assistência das autoridades consulares do Estado de sua nacionalidade.[441]

Esse Parecer pode ser reputado como um marco no exercício da função consultiva da Corte Interamericana. Enfrentou tema que reflete o impacto do Direito Internacional dos Direitos Humanos no preceito do artigo 36(1)(b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963, firmou entendimento contrário ao esposado pelos Estados Unidos da América na condição de *amicus curiae*, e tem sido "inspiração para a jurisprudência internacional emergente, *in statu nascendi*, sobre a matéria, e tem tido um sensível impacto na prática dos Estados da região sobre a matéria".[442]

Assim dispõe o referido artigo 36(1)(b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963:

> Art. 36. *Comunicação com os Nacionais do Estado que Envia*.
> 1. A fim de facilitar o exercício das funções consulares relativas aos nacionais do Estado que envia: (...)
> b) se o interessado lhes solicitar, as autoridades competentes do Estado receptor deverão, sem tardar, informar a repartição consular competente quando, em sua

[440] Cf. Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A, nº 16, § 3.
[441] Cf. Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal.* Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A, nº 16, §§ 1-2.
[442] Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, pp. 65-66. Cf. ainda a nota de rodapé 91, na página 65, em que o autor, recolhendo comentários da bibliografia especializada sobre esse Parecer Consultivo, estabelece paralelo com o julgamento do *Caso LaGrand* perante a Corte Internacional de Justiça da ONU: ICJ. *LaGrand. (Germany v. United States of America), Judgment*. I.C.J. Reports 2001.

> jurisdição, um nacional do Estado que envia for preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira. Qualquer comunicação endereçada à repartição consular pela pessoa detida, encarcerada ou presa preventivamente deve igualmente ser transmitida sem tardar pelas referidas autoridades. Estas deverão imediatamente informar o interessado de seus direitos nos termos do presente sub-parágrafo.

Na audiencia pública perante a Corte Interamericana nos dias 12 e 13 e junho de 1998, pronunciaram-se delegações de sete Estados latinoamericanos (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay e República Dominicana), sendo unânimes em relacionar o mencionado artigo 36(1)(b) com os direitos humanos, em particular com as garantias judiciais e o próprio direito à vida.

Divergiu a delegação dos Estados Unidos da América, para quem a Convenção de Viena não versava direitos humanos e teria caráter interestatal, e por isso a notificação consular não seria um direito humano individual relacionado com o devido processo legal.[443] No entanto, tal pronunciamento contrastou com posição anteriormente assumida em caso movido contra o Irã perante a Corte Internacional de Justiça – *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*.

Na fase escrita daquele processo, que envolvia a detenção pelo Irã de cinquenta e três nacionais americanos *incomunicados*, os Estados Unidos sustentaram enfaticamente a natureza de direito humano individual do artigo 36 da Convenção de Viena, afirmando que esse dispositivo *"establishes rights not only for the consular officer but, perhaps even more importantly, for the nationals of the sending State who are assured access to consular officers and through them to others*".[444]

---

[443] Cf. Corte IDH. *Transcripción de la Audiencia Pública Celebrada en la Sede de la Corte el 12 y 13 de Junio de 1998 sobre la Solicitud de Opinión Consultiva OC-16* (mecanografiada), pp. 34, 36 y 41 (Costa Rica); 44 y 46-47 (El Salvador); 72-73, 75-77 y 81-82 (Estados Unidos); 51-53 y 57 (Guatemala); 58-59 (Honduras); 15, 19-21 y 23 (México); 62-63 y 65 (Paraguay), y 68 (República Dominicana). Cf. Voto Concorrente do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade no Parecer Consultivo em comento, § 17.

[444] "[O artigo 36] estabelece direitos não apenas para o funcinário consular, mas, talvez de modo ainda mais importante, para os nacionais do Estado que envia, que têm assegurado o acesso aos funcionários consulares e, através destes, a outras pessoas" (tradução livre). Cf. ICJ. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran. United States of America v. Iran. Memorial of the Government of the United States of America. Written Proceedings. Merits and Questions of Jurisdiction and Admissibility*. 12 January 1980, p. 174, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/64/9551.pdf>, acesso 09 mar. 2009.

Também na sustentação oral perante a Corte da Haia os Estados Unidos invocaram a mesma Convenção de Viena, primeiramente nas palavras de Benjamim Civiletti, afirmando que a Convenção *"also requires the receiving State to permit another State party's consular officers to communicate with and have access to their nationals"*,[445] e, mais adiante, nas palavras de Roberts B. Owen, ambos representantes do Governo Americano perante a Corte naquele caso:

> It should be noted that even if all of the 53 Americans still in captivity in Tehran were ordinary United States nationals, as contrasted with diplomatic agents and staff, the treatment which has been meted *(sic)* out to them by the Iranian Government would nonetheless be **far below the minimum standard of treatment which is due to *all* aliens, particularly as viewed in the light of fundamental standards of human rights**.[446] (itálico no original, negrito nosso)

Diante de tais considerações, a Corte Interamericana de Direitos Humanos rechaçou a argumentação contrária dos Estados Unidos como *amicus curiae*, aplicando o axioma *"venire contra factum proprium non valet"*, ao ponderar que, por equidade, não poderia o Estado norte-americano pretender prevalecer-se de posição orientada em sentido oposto ao que sustentou, anteriormente, perante a Corte Internacional de Justiça sobre o mesmo ponto, como adverte a jurisprudência internacional: *"allegans contraria non audiendus est"*.[447]

---

[445] "[A Convenção] também requer do Estado recebedor a permissão de que os oficiais consulares de outro Estado Parte se comuniquem com seus nacionais e tenha acesso aos mesmos" (tradução livre). Cf. ICJ. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran. United States of America v. Iran. Memorial of the Government of the United States of America. Oral Proceedings. Provisional Measures*. 12 January 1980, p. 23, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/64/9553.pdf>, acesso 09 mar. 2009.

[446] "Deve-se notar que, mesmo se os 53 americanos ainda em cativeiro em Teerã fossem nacionais ordinários dos Estados Unidos, em contraste com os agentes diplomáticos e funcionários, o tratamento a eles dispensado pelo Governo Iraniano estaria **muito abaixo do padrão mínimo de tratamento que é devido a *todos* os estrangeiros, particularmente como visto à luz dos padrões fundamentais dos direitos humanos**" (tradução livre, itálico no original, negrito nosso). Cf. ICJ. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran. United States of America v. Iran. Memorial of the Government of the United States of America. Written Proceedings. Merits and Questions of Jurisdiction and Admissibility*. 12 January 1980, p. 390, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/64/ 13068.pdf>, acesso 09 mar. 2009.

[447] Os brocardos *"venire contra factum proprium non valet"* e *"allegans contraria non audiendus est"* exprimem a vedação de comportamento contraditório face à expectativa de que o comportamento anterior, por questão de coerência, restará inalterado. O primeiro é comum nos países do *civil law*, e o segundo, nos de *common law*. Espelham a essência do *"pacta sunt servanda"* e se identificam no Direito Internacional muitas vezes na expressão *"estoppel"*, de origem anglo-saxã.

O núcleo das conclusões da Corte Interamericana pode ser encontrado no item 7 do paráfrafo 141 (*Opinión*), a seguir transcrito:

> Que la inobservancia del derecho a la información del detenido extranjero, reconocido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, afecta las garantías del debido proceso legal y, en estas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida "arbitrariamente", en los términos de las disposiciones relevantes de los tratados de derechos humanos (*v.g.* Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 4; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6), con las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esta naturaleza, es decir, las atinentes a la responsabilidad internacional del Estado y al deber de reparación. [448]

Como se vê, o Parecer Consultivo que vem de ser analisado não teve por objeto a incompatibilidade de uma "lei nacional", mas ainda assim revela interesse direto para a investigação em curso face ao controle de convencionalidade desenvolvido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o "processo perante o direito nacional", já que o devido processo legal pode estar de acordo com as normas nacionais e, no entanto, em desacordo com as internacionais.[449]

Com efeito, um importante impacto desse Parecer Consultivo no Brasil foi a expedição, pela Procuradoria da República em São Paulo, de Recomendação à Polícia Federal no sentido de que, nos casos de prisão de cidadãos estrangeiros no Brasil, "fossem eles notificados sobre seu direito de assistência consular, com o registro no auto de prisão em flagrante, para ciência das demais autoridades".[450]

---

[448] "Que a inobservância do direito à informação do estrangeiro detido, reconhecido no artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, afeta as garantias do devido processo legal e, nestas circunstâncias, a imposição da pena de morte constitui uma violação do direito a não ser privado da vida 'arbitrariamente', nos termos das disposições relevantes dos tratados de direitos humanos (*v.g.* Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 4; Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, artigo 6), com as consequências jurídicas inerentes a uma violação desta natureza, isto é, as atinentes à responsabilidade internacional do Estado e ao dever de reparação" (tradução livre). Cf. Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal.* Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A, nº 16, § 141, nº 7 (*Opinión*).

[449] Nesse sentido observa Nádia Araújo: "Dessa forma, o descumprimento do que determina a Convenção de Viena poderia importar em uma nulidade, com evidente prejuízo para a persecução penal, levando à impunidade por omissão injustificada da autoridade pública". Cf. ARAÚJO, Nádia. A influência das Opiniões Consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro. *In*: *Revista do Conselho da Justiça Federal*, Brasília, nº 29, abr.-jun. 2005, p. 67, disponível em <http://www.cjf.jus.br/revista/numero29/artigo09.pdf>, acesso em 09 mar. 2009.

Finalmente, o **Parecer Consultivo OC-nº 18/2003**, de 17 de setembro de 2003 (*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*), solicitado pelo Estado do México, também é considerado um marco histórico no âmbito da competência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tendo como objeto central a condição jurídica e os direitos dos migrantes clandestinos, abordou ainda importantes temas subjacentes e gerou a maior mobilização de toda a história da Corte.

Com a participação de doze Estados, contou com duas audiências públicas, sendo uma delas a primeira realizada fora da sua sede (na Costa Rica, em fevereiro de 2003; no Chile, em junho de 2003), nas quais cinco Estados se pronunciaram, além da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, do Alto Comissariado das Nações Unidas (ACNUR) para os Refugiados, nove entidades da sociedade civil e da Academia de diversos países da região, e do Conselho Centroamericano de Procuradores de Direitos Humanos.[451]

Analisou a Corte se a privação do gozo e exercício de certos direitos trabalhistas aos migrantes clandestinos seria compatível com a obrigação dos Estados americanos de garantir os princípios de igualdade jurídica, não discriminação e proteção igualitária e efetiva da lei, consagrados em instrumentos internacionais, bem como a subordinação ou condicionamento da observância dessas obrigações, em especial as de caráter *erga omnes*, frente à consecução dos objetivos da política interna estatal.

O Tribunal mostrou-se sensível aos argumentos do ACNUR em sua manifestação como *amicus curiae*, o qual chamou a atenção para a dificuldade de distinguir com clareza as situações de deslocamento voluntário e deslocamento forçado de pessoas,

---

[450] Cf. ARAÚJO, Nádia. A influência das Opiniões Consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro. *In*: *Revista do Conselho da Justiça Federal*, Brasília, nº 29, abr.-jun. 2005, p. 67, disponível em <http://www.cjf.jus.br/revista/numero29/artigo09.pdf>, acesso em 09 mar. 2009.

[451] Cf. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003**.** Serie A, nº 18.

porque os motivos que provocam a migração são complexos e implicam uma mescla de fatores políticos, econômicos e sociais.[452]

Em seu voto concorrente, o então Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade chegou a propugnar pelo reconhecimento de um direito subjetivo individual ao asilo, com base numa compreensão mais integral do artigo 22 do Pacto de São José sobre o asilo territorial, pondo fim à clandestinidade e vulnerabilidade dos trabalhadores migrantes. Para isso, "o asilo teria que vir (ou voltar) a ser reconhecido precisamente como um direito individual subjetivo, e não como uma faculdade discricionária do Estado".[453]

E assim arremata, em crítica ao que reputa como retrocesso:

> De igual modo, en cuanto a los refugiados, se les "reconoce", y no se "otorga", su estatuto; no se trata de una simple "concesión" de los Estados. Sin embargo, la terminología hoy día comúnmente empleada es un reflejo de los retrocesos que lamentablemente testimoniamos. Por ejemplo, hay términos, como "protección temporaria", que parecen implicar una relativización de la protección integral otorgada en el pasado. Otros términos (v.g., "refugiados en órbita", "desplazados en tránsito", "safe havens", "convención plus") parecen revestirse de un cierto grado de surrealismo, mostrándose francamente abiertos a todo tipo de interpretación (inclusive la retrógrada), en lugar de atenerse a lo essencialmente jurídico y a las conquistas del derecho en el pasado. Es quizás sintomático de nuestros días que se tenga que invocar las conquistas del pasado para frenar retrocesos aún mayores en el presente y en el futuro. En este momento - de sombras, más que de luz - que vivimos, hay al menos que

---

[452] *"La naturaleza y complejidad de los desplazamientos actuales dificultan la determinación de una línea clara entre migrantes y refugiados. A partir de la década de 1990 el ACNUR ha estudiado el nexo existente entre asilo y migración y particularmente la necesidad de proteger a los refugiados dentro de las corrientes migratorias. Sin embargo, todavía no existe un mecanismo internacional que se ocupe estrictamente de la migración"*. Tradução livre: "A natureza e complexidade dos deslocamentos atuais dificultam a determinação de um alinha clara entre migrantes e refugiados. A partir da década de 1990 o ACNUR tem estudado o nexo existente entre asilo e migração e particularmente a necessidade de proteger os refugiados dentro das correntes migratórias. Sem embargo, ainda não existe um mecanismo internacional que se ocupe estritamente da migração". Cf. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003**.** Serie A, nº18.

[453] "Estamos ante dos enfoques distintos del ordenamiento jurídico internacional, uno centrado en el Estado, el otro (que firmemente sostengo) centrado en la persona humana. Estaría en conformidad con este último la caracterización del derecho de asilo como um derecho individual subjetivo. (…) El *aggiornamento* y una comprensión más integral del asilo territorial, - que podrían realizarse a partir del artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, - podrían venir en socorro de los trabajadores migrantes indocumentados, poniendo fín a su clandestinidad y vulnerabilidad". Tradução livre: "Estamos diante de dois enfoques distintos do ordenamento jurídico internacional, um centrado no Estado, o outro (que firmemente sustento) centrado na pessoa humana. Estaria em conformidade com este último a caracterização do dirieto de asilo como um direito individual subjetivo. (...) O *aggiornamento* e uma compreensão mais integral do asilo territorial – que poderiam realizar-se a partir do artigo 22 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – poderiam vir em socorro dos trabalhadores migrantes clandestinos, pondo fim a sua clandestinidade e vulnerabilidade". Cf. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003**.** Serie A, nº 18, §§ 38 e 39, 2ª parte.

> preservar los avances logrados por generaciones pasadas para evitar un mal mayor.[454]

O Parecer Consultivo em comento reforçou o entendimento de que o *jus cogens* constitui uma categoria aberta de norma internacional, que se expande na medida em que *"se despierta la conciencia jurídica universal (fuente material de todo el Derecho) para la necesidad de proteger los derechos inherentes a todo ser humano en toda y cualquier situación"*.[455]

E foi precisamente essa "conciência jurídica universal" que parece ter norteado a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na exata síntese de Cançado Trindade:

> No es función del jurista simplemente tomar nota de lo que hacen los Estados, particularmente los más poderosos, que no dudan en buscar fórmulas para imponer su "voluntad", inclusive en relación con el trato a ser dispensado a las personas bajo su jurisdicción. La función del jurista es mostrar y decir cual es el Derecho. En la presente Opinión Consultiva n. 18 sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado, con firmeza y claridad, cual es el Derecho. Este último no emana de la insondable "voluntad" de los Estados, sino más bien de la conciencia humana. El derecho internacional general o consuetudinario emana no tanto de la práctica de los Estados (no isenta de ambiguedades y contradicciones), sino más bien de la *opinio juris communis* de todos los sujetos del Derecho Internacional (los Estados, las organizaciones internacionales, y los seres humanos). Por encima de la voluntad está la conciencia. [456]

No contexto da presente tese, verifica-se que a Corte Interamericana proclamou a incompatibilidade da privação dos direitos laborais de estrangeiros migrantes, mesmo clandestinos ou em situação irregular perante os órgãos nacionais de imigração, sob o

---

[454] "De igual modo, aos refugiados se lhes 'reconhece', e não se 'outoroga', seu estatuto; não se trata de uma simples 'concessão' dos Estados. Sem embargo, a terminologia hoje em dia comumente empregada é um reflexo dos retrocessos que lamentavelmente testemunhamos. Por exemplo, há termos, como 'proteção temporária', que parecem implicar uma relativização da proteção integral outorgada no passado. Outros termos (*v.g.*, 'refugiados em órbita', 'deslocados em trânsito', '*safe havens*', 'convenção *plus*') parecem revestir-se de um certo grau de surrealismo, mostrando-se francamente abertos a todo tipo de interpretação (inclusive a retrógrada), em lugar de ater-se ao essencialmente jurídico e às conquistas do direito no passado. É talvez sintomático de nossos dias que se tenha que invocar as conquistas do passado para frear retrocessos ainda maiores no presente e no futuro. Neste momento – de sombras, mais que de luz – que vivemos, é preciso ao menos preservar os avanços logrados por gerações passadas para evitar um mal maior" (tradução livre). Cf. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003**.** Serie A, nº 18, § 40.

[455] "…se desperta a consciência jurídica universal (fonte material de todo o Direito) para a necessidade de proteger os direitos inerentes a todo ser humano em toda e qualquer situação" (tradução livre). Cf. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003**.** Serie A, nº 18, § 68 (*in fine*).

prisma do Direito Internacional dos Direitos Humanos, promovendo verdadeiro controle de convencionalidade sobre a situação sob análise.

Em verdade, não se pode conceber que um Estado denegue tais direitos aos trabalhadores por causa de irregularidade no seu *status* migratório, seja em decorrência de lei expressa ou mesmo da falta de legislação reguladora da matéria, permitindo que a mão-de-obra dessas pessoas seja explorada sem a correspondente remuneração em padrões aceitáveis.

Do contrário, estar-se-ia compactuando com uma forma moderna do trabalho escravo, como acentuado por alguns *amici curiae*:

> Más allá de cualquier construcción jurídica referida a instrumentos internacionales, "es del más elemental sentido de justicia que se garantice que una persona que ha trabajado reciba sus beneficios salariales", lo contrario significaría aceptar una forma moderna del trabajo esclavo.[457]

5.4. Controle de convencionalidade nos casos contenciosos

A jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos contém importantes precedentes envolvendo o que denominamos **controle de**

---

[456] "Não é função do jurista simplesmente tomar nota do que fazem os Estados, particularmente os mais poderosos, que não vacilam em buscar fórmulas para impor sua 'vontade', inclusive em relação ao tratamento a ser dispensado às pessoas sob sua jurisdição. A função do jurista é mostrar e dizer qual é o Direito. No presente Parecer Consultivo nº 18 sobre *A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Clandestinos*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou, com firmeza e claridade, qual é o Direito. Este último não emana da insondável 'vontade' dos Estados, mas da consciência humana. O direito internacional geral ou consuetudinário emana não tanto da prática dos Estados (não isenta de ambiguidades e contradições), mas da *opinio juris communis* de todos os sujeitos do Direito Internacional (os Estados, as organizações internacionais, e os seres humanos). Acima da vontade está a consciência" (tradução livre). Cf. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003**.** Serie A, nº 18, § 87.

[457] "Para além de qualquer construção jurídica referida a instrumentos internacionais, 'é do mais elementar sentido de justiça que se garanta que uma pessoa que tenha trabalhado receba seus benefícios salariais', o contrário significaria aceitar uma forma moderna do trabalho escravo" (tradução livre). Alegações escritas, apresentadas em 21 de fevereiro de 2003, pela Academia de Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário da American University, pela Washington College of Law e pelo Programa de Direitos Humanos da Universidade Iberoamericana do México. Cf. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003**.** Serie A, nº 18, § 47 (p. 63).

convencionalidade, embora essa expressão não seja empregada explicitamente pela Comissão ou pela Corte Interamericanas.

O seu sentido, porém, está claramente evidenciado nos pronunciamentos da Comissão Interamericana, ao analisar petições e denúncias a ela apresentadas, e da Corte Interamericana, ao proferir **sentenças** no exercício de sua competência contenciosa e ao emitir **pareceres** no exercício de sua competência consultiva.

A esse respeito, cumpre registrar que a possibilidade de a Corte efetuar o controle de convencionalidade tanto no âmbito da sua função consultiva quanto no da contenciosa é, hoje, ponto pacífico, pois já foi superada a discrepância de entendimentos sobre o tema, graças ao voto dissidente do então Juiz Cançado Trindade no *Caso El Amparo*.[458]

Referido Juiz já observara, em seu voto discrepante, que a determinação da incompatibilidade de uma lei interna com o Pacto de São José não é prerrogativa exclusiva do exercício da competência consultiva da Corte Interamericana, assim explicando a diferença entre o controle de convencionalidade promovido no âmbito das duas competências:

> La diferencia reside en que, en el ejercicio de la competencia consultiva (artículo 64(2) de la Convención), la Corte puede emitir opiniones sobre la incompatibilidad o no de una ley interna (e inclusive de un proyecto de ley) con la Convención *in abstracto*, mientras que, en el ejercicio de la competencia contenciosa, la Corte puede determinar, a solicitud de una parte, la incompatibilidad o no de una ley interna con la Convención *en las circunstancias del caso concreto*. **La Convención Americana efectivamente autoriza la Corte, en el ejercicio de su competencia contenciosa, a determinar si una ley, impugnada por la parte demandante, y que por su**

[458] "A difereça reside em que, no exercício da competência consultiva (artigo 64(2) da Convenção), a Corte pode emitir pareceres sobre a incompatibilidade ou não de uma lei interna (e inclusive de um projeto de lei) com a Convenção *in abstracto*, enquanto que, no exercício da competência contenciosa, a Corte pode determinar, a pedido de uma parte, a incompatibilidade ou não de uma lei interna com a Convenção *nas circunstâncias do caso concreto*. A Convenção Americana efetivamente autoriza a Corte, no exercício de sua competência contenciosa, a determinar se uma lei, impugnada pela parte demandante, e que por sua própria existência afeta os direitos protegidos, é ou não contrária à Convenção Americana sobre Direitos Humanos" (tradução livre). Cf. Corte IDH. *Caso El Amparo Vs. Venezuela. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C, nº 28, Voto Disidente del Juez A.A.Cançado Trindade, § 11.

> **propia existencia afecta los derechos protegidos, es o no contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos**. [459]

A jurisprudência do sistema interamericano, em seu estágio inicial, não admitia que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no exercício da sua competência contenciosa, exercesse o controle de convecionalidade em abstrato de lei interna que não fora aplicada diretamente no caso sob sua apreciação, isto é, que não produzira os efeitos nela previstos, chegando a consignar tal entendimento no Parecer Consultivo OC-nº 14/94.[460]

Porém, como se verá adiante com maior profundidade, no *Caso El Amparo* o voto dissidente do então Juiz Cançado Trindade abriu novos rumos para os entendimentos futuros da Corte, a qual passou a promover o controle de convencionalidade das leis internas diante da sua tão-só existência no ordenamento jurídico estatal.[461]

Desde então, tem prevalecido no seio daquele tribunal o entendimento capiteneado pelo então Juiz brasileiro, no sentido de que uma lei pode violar os direitos humanos mesmo sem ter causado prejuízos concretos *"en razón de su propia*

[459] "A difereça reside em que, no exercício da competência consultiva (artigo 64(2) da Convenção), a Corte pode emitir opiniões sobre a incompatibilidade ou não de uma lei interna (e inclusive de um projeto de lei) com a Convenção *in abstracto*, enquanto que, no exercício da competência contenciosa, a Corte pode determinar, a pedido de uma parte, a incompatibilidade ou não de uma lei interna com a Convenção *nas circunstâncias do caso concreto*. A Convenção Americana efetivamente autoriza a Corte, no exercício de sua competência contenciosa, a determinar se uma lei, impugnada pela parte demandante, e que por sua própria existência afeta os direitos protegidos, é ou não contrária à Convenção Americana sobre Direitos Humanos" (tradução livre). Cf. Corte IDH. *Caso El Amparo Vs. Venezuela. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C, nº 28, Voto Disidente del Juez A.A.Cançado Trindade, § 11.

[460] Assim entendia a Corte: *"La jurisdicción contenciosa de la Corte se ejerce con la finalidad de proteger los derechos y libertades de personas determinadas y no con la de resolver casos abstractos. No existe en la Convención disposición alguna que permita a la Corte decidir, en el ejercicio de su competencia contenciosa, si una ley que no ha afectado aún los derechos y libertades protegidos de individuos determinados es contraria a la Convención. Como antes se dijo, la Comisión sí podría hacerlo y en esa forma daría cumplimiento a su función principal de promover la observancia y defensa de los derechos humanos. También podría hacerlo la Corte en ejercicio de su función consultiva en aplicación del artículo 64.2 de la Convención"*. Tradução livre: "A jurisdição contenciosa da Corte se exerce com a finalidade de proteger os direitos e liberdades de pessoas determinadas e não com a de resolver casos abstratos. Não existe na Convenção disposição alguma que permita à Corte decidir, no exercício de sua competência contenciosa, se uma lei que não afetou ainda os direitos e liberdades protegidos de indivíduos determinados é contrária à Convenção. Como antes se disse, a Comissão sim poderia fazê-lo e dessa forma daria cumprimento a sua função principal de promover a observância e defesa dos direitos humanos. Também poderia fazê-lo a Corte no exercício de sua função consultiva em aplicação do artigo 64.2 da Convenção".

[461] Cf. Corte IDH. *Caso El Amparo Vs. Venezuela. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C, nº 28, Voto Disidente del Juez A.A.Cançado Trindade, § 2 (*in fine*).

existencia, y, en la ausencia de una medida de aplicación o ejecución, por la amenaza real a la(s) persona(s), representada por la situación creada por dicha ley". [462]

Inúmeros casos concretos têm sido julgados pela Corte envolvendo a violação de direitos humanos pela edição de leis anticonvencionais, ensejando a proclamação de sua inconvencionalidade, em sede de sua competência contenciosa. As circunstâncias de cada caso são bem variadas, abrangendo *verbi gratia* leis que violaram o direito à vida, a liberdade de expressão, o direito a uma nacionalidade, a obrigação de investigar, processar e punir os responsáveis.

Analisa-se a seguir uma seleção de casos concretos em que o mecanismo do controle de convencionalidade é utilizado pela Comissão e pela Corte Interamericanas de Direitos Humanos, a partir dos quais será possível sistematizar a matéria na tentativa de construir uma **teoria da inconvencionalidade** no sistema interamericano.

5.4.1. ***Caso del Tribunal Constitucional v. Perú***

De logo se deve realçar que o *Caso del Tribunal Constitucional v. Perú* constitui precedente emblemático no sistema interamericano, pois nele a Corte Interamericana de Direitos Humanos procedeu a análise aprofundada sobre a extensão da sua competência contenciosa, e rechaçou a pretensão do Estado Peruano de retirar-se da referida competência sem denunciar o Pacto de São José como um todo.

Esse caso foi submetido à Corte em 2 de julho de 1999 pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, originado da denúncia nº 11.760 recebida na Secretaria da Comissão em 2 de junho de 1997, constituindo marco jurisprudencial vital

[462] "…em razão de sua própria existência, e, na ausência de uma medida de aplicação ou execução, pela ameaça real à(s) pessoa(s), representada pela situação criada pela referida lei". Cf. Corte IDH. *Caso El Amparo Vs. Venezuela. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C, nº 28, Voto Disidente del Juez A.A.Cançado Trindade, § 2 (*in fine*).

para o desenvolvimento e fortalecimento do sistema interamericano, no qual a Corte discorreu sobre a *compétence de la compétence* (ou *Kompetenz-Kompetenz*).[463]

Em apertado resumo dos fatos, tem-se que em 5 de abril de 1992 o então Presidente do Peru Alberto Fujimori dissolveu o Congresso e o Tribunal de Garantias Constitucionais, destituindo vários juízes da Corte Suprema de Justiça, tendo sido aprovada em 31 de outubro de 1993, mediante referendo, a nova Constituição Política do Peru.[464]

O artigo 112 da novel Constituição peruana dispunha que o "mandato presidencial é de cinco anos. O Presidente pode ser reeleito de imediato para um período adicional. Transcorrido outro período constitucional, como mínimo, o ex-Presidente pode voltar a postular [a reeleição], sujeito às mesmas condições".

Em junho de 1996 se constituiu nova composição do Tribunal Constitucional peruano, cujos membros eram os juízes Ricardo Nugent (Presidente), Guillermo Rey Terry, Manuel Aguirre Roca, Luis Guillermo Díaz Valverde, Delia Revoredo Marsano de Mur, Francisco Javier Acosta Sánchez y José García Marcelo.

Ocorre que em 23 de agosto de 1996 foi promulgada a Lei nº 26.657 ("Lei de Interpretação Autêntica do artigo 112 da Constituição"), fixando interpretação no sentido de que tal norma alcançaria apenas os mandatos presidenciais posteriores à data da promulgação do texto constitucional, sem computar retroativamente os mandatos anteriores à sua vigência.

O Colégio de Advogados de Lima ajuizou ação de inconstitucionalidade contra referida Lei junto ao Tribunal Constitucional por violação ao artigo 112 da Constituição

---

[463] Cf. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Competencia. Corte IDH. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C, nº 55, §§ 31 e 33. Cf. também, sobre a *compétence de la compétence* (ou *Kompetenz-Kompetenz*), Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C, nº 54, em que a Corte Interamericana igualmente discutiu o tema.

[464] Cf. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Competencia. Corte IDH. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C, nº 55, §§ 56 *et seq*.

peruana, em 29 de agosto de 1996. Após audiência pública havida em 20 de novembro do mesmo ano, seguiu-se em 27 de dezembro a decisão da Suprema Corte do Peru, por cinco votos contra dois, no sentido de declarar "inaplicável", e não "inconstitucional" a Lei atacada.[465]

A partir de então, iniciou-se uma campanha de pressão contra os cinco magistrados que votaram pela inaplicabilidade da Lei em tela, acusados de conspirar contra a reeleição presidencial. Sofreram intimidações, chantagens, chegando a juíza Delia Revoredo Marsano de Mur, juntamente com seu esposo, a serem acusados de contrabando.

Em 3 de janeiro de 1997, ocorreu nova votação sobre a matéria, abstendo-se os juízes Ricardo Nugent, Díaz Valverde, Acosta Sánchez e García Marcelo, enquanto Aguirre Roca, Rey Terry e Delia Revoredo Marsano de Mur mantiveram seus anteriores posicionamentos. Não aceitando a decisão sobre a inaplicabilidade da Lei nº 26.657, quarenta congressistas da maioria parlamentar reagiram exigindo que a Suprema Corte efetivamente se pronunciasse sobre a sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

Em 16 de janeiro de 1997, a Lei foi declarada "inaplicável" em sede de controle difuso, à unanimidade dos votos proferidos, para o caso concreto de uma nova postulação à Presidência da República no ano de 2000 do então Chefe de Estado, registrando-se as mesmas quatro abstenções e os mesmos três votos. O Colégio de Advogados de Lima interpôs recurso aclaratório da decisão, o qual não foi conhecido pelo Pleno do Tribunal.

A partir de então, o Congresso Nacional da República do Peru instaurou uma investigação para apurar as denúncias de pressões sofridas pelos três juízes em questão, que votaram pela "inaplicabilidade" da Lei nº 26.657, ao cabo da qual esses três magistrados foram denunciados por suposta infração à Constituição peruana no julgamento

[465] Pelo artigo 4º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional do Peru, são exigidos seis votos conformes para resolver as demandas de inconstitucionalidade, enquanto para a declaração de inaplicabilidade das leis apenas se exige a maioria simples dos votos emitidos.

do caso em comento, acusando-se também o juiz Ricardo Nugent de, como Presidente da Corte, ter facilitado a atuação ilegal de referidos juízes.

Em 28 de maio de 1997, enfim, o Congresso Nacional decidiu, mediante as Resoluções Legislativas 002-97-CR, 003-97-CR e 004-97-CR, **destituir** a Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry e Delia Revoredo Marsano de Mur **de seus cargos de juízes do Tribunal Constitucional**. Seus recursos contra tais Resoluções foram julgados infundados.

Diante de tal estado de coisas, em 2 de junho de 1997 a Comissão Interamericana recebeu denúncia firmada por vinte e sete deputados do Congresso Nacional peruano, noticiando a destituição dos três magistrados da Suprema Corte. A Comissão reputou admissível a denúncia apresentada, dando regular processamento ao caso. Os peticionários contestaram a proposta de conciliação, afirmando que a única solução possível era a **reintegração dos magistrados** inconstitucionalmente destituídos.

Albergando tal entendimento, a Comissão externou suas conclusões e formulou recomendações ao Estado do Peru mediante o Relatório nº 58/98, no qual reputou violados os artigos 8(1), 23(c) e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, *ipsis litteris*:

> ...el Estado peruano, al destituir a los magistrados del Tribunal Constitucional - Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano de Mur -, por presuntas irregularidades en la tramitación de la aclaratoria a la sentencia que declaró la inaplicabilidad de la Ley Nro. 26.657, el actual Presidente de Perú, vulneró la garantía esencial de independencia y autonomía del Tribunal Constitucional (artículo 25 de la Convención Americana); el derecho al debido proceso (artículo 8.1 de la misma Convención) y la garantía de permanencia en las funciones públicas (artículo 23.c de la Convención).
> (…)
> [q]ue... repare adecuadamente a los Magistrados del Tribunal Constitucional Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano de Mur, reintegrándolos al ejercicio de sus funciones como Magistrados del

> Tribunal Constitucional, indemnizándoles todos los beneficios salariales dejados de percibir, desde la fecha de su ilegítima destitución.[466]

Diante da negativa do Estado peruano em acatar as recomendações formuladas no Relatório nº 58/98, a Comissão Interamericana houve por bem submeter o caso à apreciação da Corte em 17 de junho de 1999, com esteio no artigo 51(1) da Convenção Americana, já que se tratava o Peru de Estado aceitante da competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos.[467]

Iniciada, porém, a tramitação do processo perante a Corte Interamericana, o Embaixador do Peru na Costa Rica compareceu à sede da Corte em 16 de julho de 1999 e apresentou Nota do Ministro das Relações Exteriores do Peru, datada de 15 de julho de 1999, na qual o Estado peruano anunciou sua retirada da competência contenciosa da Corte, nos seguintes termos:

> 1. Mediante Resolución Legislativa No. 27152, de fecha 8 de julio de 1999, el Congreso de la República aprobó el retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
>
> 2. El 8 de julio de 1999, el Gobierno de la República del Perú procedió a depositar en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), el instrumento mediante el cual declara que, de acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la República del Perú retira la declaración de reconocimiento de la cláusula facultativa de sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...)
>
> 3. (...) [E]l retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte produce efectos inmediatos a partir de la fecha del depósito del mencionado instrumento ante la Secretaría General de la OEA, esto es, a partir del 9 de julio de 1999, y se aplica a todos los casos en los que el Perú no hubiese contestado la demanda incoada ante la Corte.

---

[466] "...o Estado Peruano, ao destituir os juízes do Tribunal Constitucional - Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano de Mur -, por presumidas irregularidades na tramitação da aclaratória da sentença que declarou a inaplicabilidade da Lei nº 26.657, o atual Presidente do Peru vulnerou a garantia essencial de independência e autonomia do Tribunal Constitucional (artigo 25 da Convenção Americana); o direito ao devido processo (artigo 8.1 da mesma Convenção) e a garantia de permanência nas funções públicas (artigo 23.c da Convenção)... [q]ue... repare adequadamente aos Magistrados do Tribunal Constitucional Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry e Delia Revoredo Marsano de Mur, reintegrando-os no exercício de suas funções como Magistrados do Tribunal Constitucional, indenizando-lhes todos os benefícios salariais deixados de perceber, desde a data de sua ilegítima destituição" (tradução livre). Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C, nº 55, § 13.

[467] "Artigo 51(1). Se no prazo de três meses, a partir da remessa aos Estados interessados do relatório da Comissão, *o assunto não houver sido solucionado ou submetido à decisão da Corte pela Comissão ou pelo Estado interessado, aceitando sua competência*, a Comissão poderá emitir, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, sua opinião e conclusões sobre a questão submetida à sua consideração" (grifo nosso).

> (...) la notificación contenida en la nota CDH-11.760/002, de fecha 12 de julio de 1999, se refiere a un caso en el que esa Honorable Corte ya no es competente para conocer de demandas interpuestas contra la República del Perú, al amparo de la competencia contenciosa prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. [468]

A Corte Interamericana, no entanto, reputou inadmissível a pretensão do Peru. Realçando o seu poder de determinar o alcance de sua própria competência, inerente à sua natureza de órgão com competências jurisdicionais, afirmou não ser possível a um Estado parte da Convenção Americana simplesmente retirar-se da competência contenciosa da Corte, pretensão que somente poderia ser alcançada mediante denúncia da Convenção como um todo, o que geraria efeitos apenas depois de um ano a partir de tal denúncia, a teor do seu artigo 78.[469]

Nesse contexto, o instrumento de aceitação da competência contenciosa da Corte deve ser apreciado sempre à luz do objeto e propósito da Convenção como tratado de direitos humanos, não podendo dita competência estar condicionada por fatos distintos da atuação da própria Corte.

E assim arrematou a Corte Interamericana:

> Una objeción o cualquier otro acto interpuesto por el Estado con el propósito de afectar la competencia de la Corte es inocuo, pues en cualesquiera circunstancias la Corte retiene la *compétence de la compétence*, por ser maestra de su jurisdicción.[470]

---

[468] Tradução livre: "1. Mediante a Resolução Legislativa nº 27152, datada de 8 de julho de 1999, o Congresso da República aprovou a retirada do reconhecimento da competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2. Em 8 de julho de 1999, o Governo da República do Peru depositou na Secretaria Peral da Organização dos Estados Americanos (OEA) o instrumento mediante o qual declara que, de acordo com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a República do Peru retira a declaração de reconhecimento da cláusula facultativa de submissão à competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (...) 3. (...) A retirada do reconhecimento da competência contenciosa da Corte produz efeitos imediatos a partir da data do depósito do mencionado instrumento ante à Secretaria Peral da OEA, isto é, a partir de 9 de julho de 1999, e se aplica a todos os casos em que que o Peru não houvesse contestado a demanda apresentada ante à Corte. (...) a notificação contida na nota CDH-11.760/002, datada de 12 de julho de 1999, se refere a um caso em que essa Honorável Corte já não é competente para conhecer de demandas interpostas contra a República do Peru, sob o amparo da competência contenciosa prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos". Cf. § 23 da sentença em referência da Corte Interamericana de Directos Humanos.

[469] *"Compétence de la compétence"* ou *"Kompetenz-Kompetenz"*. Cf. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Competencia. Corte IDH. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C, nº 55, §§ 31, 33 e 39.

[470] "Uma objeção ou qualquer outro ato interposto pelo Estado com o propósito de afetar a competência contenciosa da Corte é inócuo, pois em quaisquer circunstâncias a Corte retém a *compétence de la compétence*, por ser senhora de sua jurisdição" (tradução livre). Cf. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Competencia. Corte IDH. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C, nº 55, § 33, *in fine*.

Ressalte-se que a solução internacional de casos de direitos humanos não admite analogia com a solução pacífica das controvérsias internacionais, no contencioso puramente interestatal. Por tratar-se de contextos fundamentalmente distintos, os Estados não podem pretender contar, no primeiro contexto, com a mesma discricionariedade que tradicionalmente se lhes confere no segundo.[471]

Neste ponto, descabe analogia entre o artigo 36 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, no âmbito da ONU, e o artigo 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A competência contenciosa da Corte Internacional de Justiça é, assim como a da Corte Interamericana de Direitos Humanos, obrigatória para os Estados partes que a aceitarem. Aquela, porém, diferentemente desta, pode ter duração determinada e dela pode retirar-se unilateral o Estado parte sem necessariamente ter que denunciar o Estatuto da Corte.

Deixou claro a Corte Interamericana que sua competência não podia estar "condicionada por atos distintos de suas próprias atuações", e igualmente não podia a Convenção Americana estar "à mercê de limitações não previstas por ela, impostas subitamente por um Estado parte por vicissitudes de ordem interna", como realçou Cançado Trindade, que assim arrematou em segura conclusão:

> Trata-se, na verdade, de um precedente judicial inédito também em escala mundial, com repercussões não só em nossa região mas igualmente em outros continentes (como registrado em periódicos jurídicos especializados). Tal precedente marcou o ponto de partida para um acercamento notável e alentador entre o Poder Judicial em níveis nacional e internacional, refletido inclusive na atual convergência de suas respectivas jurisprudências, que serve hoje de exemplo e modelo para outros países. A contrário do que muitos ainda supõem em tantos países, as jurisdições nacional e internacional não são concorrentes ou conflitantes, mas sim complementares, em constante interação na proteção dos direitos da pessoa humana.[472]

---

[471] Cf. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Competencia. Corte IDH. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C, nº 55, § 46.

[472] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Duas sentenças para a História - (Parte I)*, disponível em <http://www.pge.ce.gov.br/arquivos/JORNAL20.DOC>, acesso em 07 jun. 2008.

Finalmente, decidindo sobre o mérito do caso a ela submetido, a Corte Interamericana determinou a reintegração dos magistrados à Suprema Corte daquele país, e ainda a adequação do ordenamento jurídico interno peruano aos preceitos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em sede de controle de convencionalidade.

5.4.2. ***Caso "La Última Tentación de Cristo"***

O importante *Caso "La Última Tentación de Cristo"(Olmedo Bustos y otros) v. Chile* envolveu o polêmico filme de Martin Scorsese com o mesmo título.[473] A sentença da Corte Interamericana aborda a questão fundamental da própria origem da responsabilidade internacional do Estado, assim como o alcance das obrigações convencionais de proteção dos direitos humanos.

A Comissão Interamericana submeteu à Corte, em 15 de janeiro de 1999, demanda originada da Denúncia nº 11.803 contra a República do Chile, recebida na Secretaria da Comissão em 03 de setembro de 1997. Invocando os artigos 50 e 51 do Pacto de São José e os artigos 32 e seguintes do seu Regulamento, a Comissão solicitou à Corte a análise de possível violação por parte do Estado Chileno dos artigos 13 (liberdade de pensamento e de expressão) e 12 (liberdade de crença e de religião) do Pacto de São José.

Em consequência, Comissão Interamericana de Direitos Humanos solicitou ainda o exame de possível violação dos artigos 1.1 (obrigação de respeitar os direitos) e 2 (dever de adotar disposições de direito interno), ambos do mesmo Pacto de São José da Costa Rica.

---

[473] Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, nº 73.

Segundo a narrativa da demanda, ditas violações foram produzidas em prejuízo da sociedade chilena e, em particular, dos senhores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle e Hernán Aguirre Fuentes, como resultado de censura judicial imposta à exibição cinematográfica do filme "A Última Tentação de Cristo", confirmada pela Corte Suprema do Chile.

O problema foi gerado a partir do artigo 19, número 12, da Constituição Política do Chile de 1980, que estabelecia um sistema de censura para a exibição e publicidade da produção cinematográfica, facultando ao Conselho de Qualificação Cinematográfica daquele país orientar a exibição de filmes no Chile e efetuar a sua qualificação.

Em 29 de novembro de 1988 o Conselho de Qualificação Cinematográfica proibiu a exibição do filme "A Última Tentação de Cristo", indeferindo pedido formulado pela companhia de cinema produtora, a *United International Pictures*. A empresa recorreu da resolução do Conselho, a qual foi, no entanto, confirmada por um tribunal de apelação mediante sentença de 14 de março de 1989.

Quase dez anos depois, em 11 de novembro de 1996, o Conselho de Qualificação Cinematográfica reviu a proibição imposta à exibição do filme, provocado por novo pedido formulado pela *United International Pictures*, sendo que, desta feita, por maioria de votos o Conselho autorizou a sua exibição para expectadores maiores de dezoito anos.[474]

Porém, contra essa nova decisão do Conselho de Qualificação Cinematográfica foi interposto um recurso pelos senhores Sergio García Valdés, Vicente Torres

[474] Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, nº 73, § 60(d).

Irarrázabal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristian Heerwagen Guzmán e Joel González Castillo.[475]

Assim, em 20 de janeiro de 1997 o Tribunal de Apelações de Santiago acolheu referido recurso e tornou sem efeito a resolução administrativa do Conselho de Qualificação Cinematográfica, que enfim houvera autorizado a exibição no Chile do filme "A Última Tentação de Cristo".

Inconformados com a cassação da nova decisão do Conselho de Qualificação Cinematográfica, os senhores Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle e Hernán Aguirre Fuentes recorreram da sentença do Tribunal de Apelações de Santiago, levando o caso ao conhecimento da Suprema Corte de Justiça do Chile. Esta, por sua vez, em 17 de junho de 1997 confirmou a sentença recorrida, mantendo a proibição da exibição do filme em questão.

Diante desse estado de coisas, o então Presidente da República do Chile encaminhou, em 14 de abril de 1997, mensagem à Câmara dos Deputados apresentando projeto de reforma constitucional para alterar o artigo 19, número 12, da Constituição chilena, de modo a "eliminar a censura cinematográfica e substituí-la por um sistema de qualificação que consagrasse o direito à livre criação artística".[476]

A Câmara dos Deputados aprovou, em 17 de novembro de 1999, por oitenta e seis votos a favor, seis abstenções e nenhum voto contrário, o projeto de reforma constitucional em apreço, mas até 05 de fevereiro de 2001, data da sentença sob exame da Corte Interamericana, ainda não haviam sido completados os trâmites necessários à aprovação do referido projeto de reforma constitucional.

---

[475] Curioso notar que o recurso foi interposto, também, "em nome de Jesus Cristo e da Igreja Católica". Naturalmente, muito mais pelo simbolismo em virtude dos reflexos religiosos da disputa do que pela legitimidade ativa recursal, inadmissível *in casu* face à óbvia ilegitimidade de parte.

[476] Mensagem Presidencial nº 339-334, de 14 de abril de 1997.

Em sua sentença, entendeu a Corte que a censura prévia imposta ao filme em tela não fora produzida nos limites das restrições ou motivações previstas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mas se fundamentou em suposta ofensa à figura de Jesus Cristo e, por isso mesmo, àqueles que peticionaram à Justiça chilena para proibir a sua exibição, ofendendo a todas as pessoas que o consideram como seu modelo de vida, baseando-se no direito à honra e à reputação de Jesus Cristo.[477]

Ponderou a Corte que a honra dos indivíduos deve ser protegida sem prejudicar o exercício da liberdade de expressão e do direito de receber informação, considerando ainda que o artigo 14 da Convenção prevê que toda pessoa afetada por informações inexatas ou agravantes emitidas em seu prejuízo tem o direito de efetuar pelo mesmo órgão de difusão sua retificação ou resposta. [478]

O ponto nodal da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no que toca ao controle de convencionalidade, encontra-se no enunciado da responsabilidade internacional do Estado como um todo, independentemente de onde tenha partido o ato violador da Convenção Americana:

> (…) el Estado es responsable por los actos del Poder Judicial aún en los casos en los que actúe más allá de su autoridad, independientemente de la postura de sus otros órganos; si bien internamente los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial son distintos e independientes, todos ellos conforman una unidad indivisible y por lo mismo el Estado debe asumir la responsabilidad internacional por los actos de los órganos del poder público que transgredan los compromisos internacionales. [479]

---

[477] Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, nº 73, § 61(h).

[478] Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, nº 73, § 61(i).

[479] "(…) o Estado é responsável pelos atos do Poder Judiciário mesmo nos casos em que atue para além de sua autoridade, independentemente da postura de seus outros órgãos; embora internamente os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário sejam distintos e independentes, todos eles conformam uma unidade indivisível e por isso mesmo o Estado deve assumir a responsabilidade internacional pelos atos dos órgãos do Poder Público que transgridam os compromissos internacionais" (tradução livre). Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, nº 73, § 61(l).

A Corte entendeu que a proibição da exibição do filme "A Última Tentação de Cristo" configurou violação ao artigo 13 do Pacto de São José, engajando a responsabilidade internacional do Estado Chileno:

Reza o mencionado artigo 13 do Pacto de São José:

> Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão
>
> 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.
>
> 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:
>
> a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
>
> b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
>
> 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.
>
> 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.
>
> 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Assim, a decisão do Conselho de Qualificação Cinematográfica de proibir sua exibição, posteriormente reconsiderada, bem como a restauração da proibição pelo Tribunal de Apelações de Santiago, cuja sentença foi confirmada pela Suprema Corte do Chile, configuraram violação ao artigo 13 da Convenção, não se enquadrando a restrição em tela na previsão autorizadora de censura prévia de espetáculos públicos, "com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência", contida no artigo 13(4).

Arremata, então, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com a lapidar conclusão de que a responsabilidade internacional do Estado pode ser gerada por qualquer de seus órgãos:

> Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. [480]

Percebe-se que, em última análise, o ponto de partida da responsabilização internacional do Chile foi a existência no seu ordenamento jurídico de uma norma incompatível com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. E, frise-se, o fato de se tratar de norma constitucional não constituiu empecilho a que a Corte declarasse a responsabilidade do Estado Chileno, uma vez que a posição hierárquica da norma violatória da Convenção, que embasou os atos dos poderes do Estado, é irrelevante para as instâncias internacionais.

Muito embora tenha a Comissão imputado, também, ao Estado Chileno a violação ao artigo 12 do Pacto de São José, relativo à liberdade de consciência e de religião, a Corte entendeu que no caso sob exame a interferência estatal não se referia ao exercício do direito a manifestar e praticar crenças religiosas, mas tão-somente ao acesso à exibição qualificada – sujeita a restrições de idade e ao pagamento de um ingresso – da versão audiovisual de uma obra artística com conteúdo religioso.

Concluindo a análise do caso sob a ótica do artigo 12, explicou a Corte:

---

[480] "Esta Corte entende que a responsabilidade internacional do Estado pode ser gerada por atos ou omissões de qualquer de seus poderes ou órgãos, independentemente de sua hierarquia, que violem a Convenção Americana. Quer isto dizer que todo ato ou omissão, imputável ao Estado, em violação às normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, compromete a responsabilidade internacional do Estado. No presente caso essa responsabilidade se gerou em virtude de que o artigo 19, número 12, da Constituição estabelece a censura prévia na produção cinematográfica e, por essa razão, determina os atos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário" (tradução livre). Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, nº 73, § 72.

> Según el artículo 12 de la Convención, el derecho a la libertad de conciencia y de religión permite que las personas conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias. Este derecho es uno de los cimientos de la sociedad democrática. En su dimensión religiosa, constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida. En el presente caso, sin embargo, no existe prueba alguna que acredite la violación de ninguna de las libertades consagradas en el artículo 12 de la Convención. En efecto, entiende la Corte que la prohibición de la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo" no privó o menoscabó a ninguna persona su derecho de conservar, cambiar, profesar o divulgar, con absoluta libertad, su religión o sus creencias.
>
> Por todo lo expuesto, la Corte concluye que el Estado no violó el derecho a la libertad de conciencia y de religión consagrado en el artículo 12 de la Convención Americana.[481]

Ademais, a Corte Interamericana firmou entendimento de que o Estado do Chile violou os artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, relativos ao dever de respeitar e garantir os direitos e liberdades nela consagrados, que impõe aos Estados, por conseguinte, a obrigação internacional de adotar no âmbito dos seus ordenamentos internos disposições legislativas ou de outra natureza para assegurar o pleno gozo desse direitos e liberdades.

A Corte invocou norma consuetudinária do Direito das Gentes, consistente no dever do Estado de introduzir em seu direito interno as modificações necessárias para assegurar o fiel cumprimento das obrigações assumidas ao ratificar um tratado de direitos humanos, *in verbis*:

> En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile)*. Esto significa que el Estado ha de adoptar

[481] "Segundo o artigo 12 da Convenção, o direito à liberdade de consciência e de religião permite que as pessoas conservem, mudem, professem e divulguem sua religião ou suas crenças. Este direito é um dos alicerces da sociedade democrática. Em sua dimensão religiosa, constitui um elemento trascendental na proteção das convicções dos crentes e em sua forma de vida. No presente caso, sem embargo, não existe prova alguma que ateste a violação de qualquer das liberdades consagradas no artigo 12 da Convenção. Com efeito, entende a Corte que a proibição da exibição do filme "A Última Tentação de Cristo" não privou ou menoscabou a nenhuma pessoa no seu direito de conservar, mudar, professar ou divulgar, com absoluta liberdade, sua religião ou suas crenças. Por todo o exposto, a Corte conclui que o Estado não violou o direito à liberdade de conciência e de religião consagrado no artigo 12 da Convenção Americana" (tradução livre). Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, nº 73, §§ 79 e 80.

> todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención. [482]

Claramente exprime a Corte o seu veredito: ao manter a censura cinematográfica no seu ordenamento jurídico, decorrente da norma contida no artigo 19, número 12, de sua Constituição Política, e do Decreto-lei 679 que a regulamentava, **o Estado Chileno descumpriu o dever de adequar seu direito interno à Convenção Americana** e, assim, de tornar efetivos os direitos nela consagrados, como estabelecem os artigos 1.1 e 2 da mesma Convenção.[483]

A clareza da dicção da Corte ao promover o controle de convencionalidade é incomparável, e qualquer tentativa de negar esse mecanismo é vã e desprovida de senso: a realidade fala por si só. Eis como enunciou o Tribunal Interamericano:

> 97. Respecto del artículo 13 de la Convención, la Corte considera que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico con el fin de suprimir la censura previa, para permitir la exhibición cinematográfica y la publicidad de la película "La Última Tentación de Cristo", ya que está obligado a respetar el derecho a la libertad de expresión y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción.
>
> 98. En relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, **las normas de derecho interno chileno** que regulan la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica **todavía no han sido adaptadas a lo dispuesto por la Convención Americana** en el sentido de que no puede haber censura previa. Por ello el Estado continúa incumpliendo los deberes generales a que se refieren aquéllas disposiciones convencionales. En consecuencia, **Chile debe adoptar las medidas apropiadas para reformar, en los términos del párrafo anterior, su ordenamiento jurídico interno de manera acorde al respeto y el goce del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en la Convención**. [484]

---

[482] "No direito das gentes, uma norma consuetudinária prescreve que um Estado que tenha ratificado um tratado de direitos humanos deve introduzir em seu direito interno as modificações necessária para assegurar o fiel cumprimento das obrigações assumidas. Esta norma é universalmente aceita, com respaldo jurisprudencial. A Convenção Americana estabelece a obrugação peral de cada Estado Parte de adequar seu direito interno às disposições de dita Convenção, para garantir os direitos nela consagrados. Este dever geral do Estado Parte implica que as medidas de direito interno têm de ser efetivas (principio do *effet utile* [efeito útil]). Isto significa que o Estado tem de adotar todas as medidas para que o estabelecido na Convenção seja efetivamente cumprido em seu ordenamento jurídico interno, tal como o requer o artigo 2 da Convenção. Ditas medidas somente são efetivas quando o Estado adapta sua atuação à normativa de proteção da Convenção" (tradução livre). Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, nº 73, § 87. Ver também *Caso Durand y Ugarte*. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C, nº 68, § 137; *Caso Castillo Petruzzi y otros.* Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, nº. 52, § 207.

[483] Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, nº 73, § 88.

E, à luz do parágrafo 99, a Corte arremata de maneira cristalina dizendo que, "quanto a outras reparações, a Corte estima que a presente sentença constitui, *per se*, uma forma de reparação e satisfação moral de significação e importância para as vítimas".

Ou seja, reconheceu o Tribunal da Costa Rica que a ordenada adaptação do direito interno ao Pacto de São José constitui uma forma de reparação, a saber: a *restitutio in integrum*, proporcionando com a retirada da norma anticonvencional do ordenamento jurídico do Chile o gozo efetivo do direito violado, fazendo desaparecer o óbice legal à exibição do filme "A Última Tentação de Cristo".

O episódio, enfim, assim terminou: em relatório adicional à Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 07 de abril de 2003, o Estado Chileno informou que a película *"A Última Tentação de Cristo"* passou a ser exibida, a partir do dia 11 de março de 2003, na sala do Cine Arte Alameda em Santiago (para todo público maior de 18 anos).

Assim registrou Antônio Augusto Cançado Trindade como se deu o efetivo cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos nesse caso envolvendo proibição do filme no Chile:

> Em 09 de junho de 2003, por ocasião da realização em Santiago do Chile de histórica sessão externa da Corte Interamericana, que coincidiu com a realização da Assembleia Geral da OEA na capital chilena, o Presidente da República Ricardo Lagos, ao receber-me em audiência no Palácio de La Moneda, externou-me e a toda a Corte Interamericana o firme compromisso de seu País com as obrigações convencionais do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Posteriormente, em escritos enviados à Corte

[484] 97. A respeito do artigo 13 da Convenção, **a Corte considera que o Estado deve modificar seu ordenamento jurídico com o fim de suprimir a censura prévia, para permitir a exibição cinematográfica e a publicidade da película "A Última Tentação de Cristo"**, já que está obrigado a respeitar o direito à liberdade de expressão e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa sujeita a sua jurisdição. 98. Em relação aos artigos 1.1 e 2 da Convenção, **as normas do direito interno chileno** que regulam a exibição e publicidade da produção cinematográfica **ainda não foram adaptadas ao disposto pela Convenção Americana** no sentido de que não pode fazer censura prévia. Por isto o Estado continua descumprindo os deveres gerais a que se referee aquelas disposições convencionales. Em consequência , **o Chile deve adotar as medidas apropriadas para reformar, nos termos do parágrafo anterior, seu ordenamento jurídico interno de manera acorde ao respeito e ao gozo do direito à liberdade de e pensamento e expressão consagrado na Convenção**. Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, nº 73, § 79-79.

> Interamericana, tanto os indivíduos demandantes (em 21.10.2003) como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (em 27.10.2003) comunicaram ao Tribunal que se encontravam satisfeitos e que consideravam que o Estado Chileno havia dado efetivo cumprimento à referida Sentença de 05.02.2001 da Corte Interamericana. Enfim, em resolução de 28.11.2003, a Corte Interamericana declarou que o Estado do Chile dera pleno cumprimento a sua Sentença de 05.02.2001, dando assim por terminado o caso do filme *"A Última Tentação de Cristo"*, com o arquivamento do expediente respectivo. [485]

O caso que vem de ser analisado retrata com fidelidade o instituto da *restitutio in integrum*: o direito violado foi efetivamente fruído, gozado, exercido, com a exibição do filme anteriormente censurado, restabelecendo-se o *status quo ante*. E isso somente foi possível por meio do mecanismo de controle de convencionalidade desenvolvido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

5.4.3. ***Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros v. Trinidad y Tobago***

Impõe-se de logo anotar que Trinidad y Tobago denunciou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 26 de maio de 1998, e por isso suscitou a incompetência da Corte para o julgamento do caso por meio da apresentação de exceção preliminar, a qual foi rejeitada pela Corte tendo em vista que a denúncia da Convenção se deu em data posterior ao acontencimento dos fatos, declarando-se o Tribunal competente para julgar o Estado denunciado.[486]

Consta como fatos provados que todas as 32 vítimas foram sentenciadas à morte em processo criminal com base na *"Ley de Delitos contra la Persona"* de Trinidad y Tobago, que impunha a pena de morte como única sanção aplicável ao delito de homicídio intencional, de forma automática e genérica, impedindo ao juiz considerar circunstancias básicas na determinação do grau de culpabilidade e na individualização

---

[485] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Duas sentenças para a História - (Parte II)*, disponível em <http://www.pge.ce.gov.br/arquivos/JORNAL20.DOC>, acesso em 07 jun. 2008.

[486] Cf. Corte IDH. *Caso Hilaire Vs. Trinidad y Tobago. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 1 de septiembre de 2001 Serie C, nº 80.

da pena: ou seja, não havia qualquer gradação na aplicação da pena em função das circunstâncias particulares de cada caso.[487]

O período de duração que mediou entre a prisão das vítimas e o respectivo julgamento final variou de um mínimo de quatro anos até um máximo de onze anos e nove meses, ficando elas presas em estabelecimentos com superlotação e sem condições de higiene, alimentação, atenção médica e recreação adequadas.

Ao tempo da sentença proferida pela Corte Interamericana, um detento tivera a pena comutada para 75 anos de prisão, e outro fora executado, apesar da existência de ordem judicial no âmbito interno estatal para suspender a execução das penas de morte de todos os envolvidos no processo perante a Comissão e Corte Interamericanas, até o seu deslinde no âmbito do sistema interamericano, sob pena de configuração de violação aos direitos constitucionais dessas pessoas.

A Corte Interamericana consignou que, ao se considerar qualquer condenado por homicídio doloso como merecedor da pena capital, se estaria tratando esses acusados *"no como seres humanos individuales y únicos, sino como miembros indiferenciados y sin rostro de una masa que será sometida a la aplicación ciega de la pena de muerte"*, em ofensa à proporcionalidade entre o crime e a pena imposta.[488]

Assim, mesmo não tendo sido efetivamente executadas as 31 vítimas restantes, a Corte proclamou a violação ao artigo 2 do Pacto de São José em virtude da tão-só existência da *"Ley de Delitos contra la Persona"* em Trinidad y Tobago, afirmando em sede de controle de convencionalidade que essa lei não estava adequadada à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

---

[487] Cf. Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C, nº 94, § 105.
[488] Cf. Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C, nº 94, §§ 84, 102-103.

Interessante observar que a Constituição daquele país, que entrou em vigor em 1976, proibia a pretensão de impugnação das leis vigentes antes desse ano, bem como qualquer ato adotado em virtude dessas mesmas leis.

Ou seja, o ordenamento jurídico interno estatal impedia o exercício do **controle de constitucionalidade**, mas ainda assim foi possível promover o **controle de convencionalidade**.

Em suma, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu violados o direito à vida (artigos 4.1 e 4.2), o direito a ser julgado dentro de um prazo razoável (artigos 7.5 e 8.1), o direito a um recurso efetivo (artigos 8 e 25), o direito à integridade pessoal (artigo 5.1 e 5.2), e o direito que tem todo condenado à morte a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena (artigo 4.6, em conexão com os artigos 8 e 1.1), sendo todos os artigos do Pacto de São José.

Determinou a Corte Interamericana que o Estado deveria abster-se de aplicar a *"Ley de Delitos contra la Persona"* de 1925, modificando-a dentro de um prazo razoável para a adequar às normas internacionais de proteção dos direitos humanos.[489]

E mais: que o Estado deveria fazer tramitar novo processo contra a vítima, ao qual seria aplicada a legislação penal resultante das reformas promovidas à *"Ley de Delitos contra la Persona"* de 1925, e providenciar a revisão dos casos perante a autoridade competente, por meio do Comitê Assessor sobre a Faculdade de Indulto,[490] abstendo-se, por equidade, de executar as vítimas, em qualquer caso, quaisquer que fossem os resultados dos novos julgamentos.[491]

---

[489] Cf. Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C, nº 94, § 212.
[490] Cf. Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C, nº 94, § 214.
[491] Cf. Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C, nº 94, § 215.

5.4.4. ***Caso de Las Niñas Yean y Bosico***

A Comissão submeteu a demanda à Corte sob a alegação de que a República Dominicana, através das autoridades responsáveis pelo Registro Civil, violou os direitos das crianças Dilcia Oliven Yean y Violeta Bosico Cofi, nascidas em 15 de abril de 1996 e 13 de março de 1985, respectivamente, ao negar-lhes a emissão de suas certidões de nascimento, apesar de elas terem nascido no território daquele Estado e a Constituição do país prever o critério do *jus soli* para atribuição da nacionalidade dominicana.[492]

Em 5 de março de 1997, quando Dilcia Yean tinha 10 meses de idade e Violeta Bosico tinha 12, as crianças solicitaram a inscrição tardia de seu nascimento perante as autoridades dominicanas, a qual foi negada por motivo de insuficiência de documentos conforme lista de exigências para o registro tardio. Em 11 de setembro de 1997 as crianças interpuseram recurso, que foi improvido em 20 de julho de 1998.

A República Dominicana obrigou as vítimas a permanecer em uma situação de contínua ilegalidade e vulnerabilidade social, pois as manteve como apátridas até 25 de setembro de 2001 ao não lhes conceder a nacionalidade dominicana, chegando a criança Violeta Bosico a ficar impedida de frequentar a escola por um ano devido à falta de documentos de identidade.

O caso revelou práticas discriminatórias das autoridades dominicanas em face da ascendência haitiana das crianças vítimas das violações. Restou comprovada durante a instrução do processo a existência de um ambiente de discriminação e estigmatização contra as pessoas de ascendência haitiana que residem na República Dominicana, as

---

[492] Cf. Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, nº 130, § 3.

quais vivem em condições de pobreza em assentamentos de trabalhadores agrícolas, em torno dos canaviais.[493]

Constatou-se que as autoridades públicas dominicanas estavam dificultando a obtenção dos registros de nascimento para os dominicanos de ascendência haitiana. Em consequência, dificultava-se também a obtenção da cédula de identidade, do título de eleitor e do passaporte dominicano, além de tornar-se difícil estudar em escolas públicas e ter acesso a serviços de saúde e assistência social.[494]

Essa realidade foi assim registrada pela Corte:

> Los haitianos y dominicanos de ascendencia haitiana, en su mayoría, recurren al procedimiento de declaración tardía de nacimiento para declarar a sus hijos nacidos en la República Dominicana. Las madres suelen dar a luz a sus hijos en sus casas, dada la dificultad que tienen para trasladarse desde los bateyes hasta los hospitales de las ciudades, la escasez de medios económicos, y el temor de presentarse ante los funcionarios de un hospital, de la policía o de la alcaldía "pedánea" y ser deportados. La República Dominicana ha efectuado deportaciones de haitianos y de dominicanos de ascendencia haitiana independientemente del estatus migratorio de esas personas en el país. En estos casos las decisiones se han tomado sin un procedimiento de averiguación previo. En algunos casos las deportaciones han alcanzado decenas de miles de personas como ocurrió en los años noventa.[495]

A Corte entendeu que a República Dominicana violou o direito ao nome, o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, o direito à nacionalidade e o direito à igualdade perante a lei, conforme os artigos 3, 18, 20 e 24, respectivamente, do Pacto de

---

[493] Cf. Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, nº 130, § 86, "c", 1, e § 109.2.

[494] Cf. Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, nº 130, § 86, "c", 1, e § 109.11.

[495] "Os haitianos e dominicanos de ascendência haitiana, em sua maioria, recorrem ao procedimento de declaração tardia de nascimento para registrar seus filhos nascidos na República Dominicana. As mães costumam dar à luz em suas casas, dada a dificuldade que têm para deslocar-se dos canaviais até os hospitais das cidades, a escassez de meios econômicos, e o temor de apresentar-se diante dos funcionários de um hospital, da polícia ou da prefeitura e serem deportadas. A República Dominicana tem efetuado deportações de haitianos e de dominicanos de ascendência haitiana independentemente do status migratório dessas pessoas no país. Nesses casos as decisões têm sido tomadas sem um procedimento de averiguação prévio. Em alguns casos as deportações têm alcançado dezenas de milhares de pessoas, como ocorreu nos anos noventa" (tradução livre). Cf. Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, nº 130, § 109.10.

São José, além do seu artigo 19 em combinação com os artigos 1.1 e 2, em prejuízo das crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico.[496]

E, verificando inconsistências na legislação dominicana com relação ao Pacto de São José da Costa Rica, a Corte Interamericana de Direitos Humanos implementou o mecanismo de controle de convencionalidade sobre a legislação em referência, determinando à República Dominicana a adoção das medidas necessárias para assegurar às vítimas a aquisição da nacionalidade dominicana, de modo a evitar a situação de apatridia.

Assim enunciou a Corte Interamericana de Direitos Humanos:

> Esta Corte considera que la República Dominicana debe adoptar en su derecho interno, dentro de un plazo razonable, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para regular el procedimiento y los requisitos conducentes a adquirir la nacionalidad dominicana, mediante la declaración tardía de nacimiento. Dicho procedimiento debe ser sencillo, accesible y razonable, en consideración de que, de otra forma, los solicitantes pudieran quedar en condición de ser apátridas. Además, debe existir un recurso efectivo para los casos en que sea denegada la solicitud.[497]

5.4.5. ***Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile***

Nesse caso a Corte Interamericana de Direitos Humanos analisou a responsabilidade internacional do Chile pela edição e aplicação do Decreto-lei nº 2.191, adotado em 1978, o qual estabeleceu a anistia no país e impediu a investigação e punição dos responsáveis

---

[496] A Corte Interamericana proclamou, ainda, que a República Dominicama violou o direito à integridade pessoal consagrado no artigo 5 do Pacto de São José, em combinação com o seu artigo 1.1, em prejuízo das senhoras Leonidas Oliven Yean, Tiramen Bosico Cofi e Teresa Tucent Mena, nos termos dos parágrafos 205 a 206 da sentença em referência. Cf. Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, nº 130, § 4 (*puntos resolutivos*).

[497] "O Estado deve adotar em seu direito interno, dentro de um prazo razoável, de acordo com o artigo 2 da Convenção Americana, as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra índole que sejam necessárias para regular o procedimento e os requisitos conducentes a adquirir a nacionalidade dominicana, mediante a declaração tardia de nascimento. Dito procedimento deve ser simples, acessível e razoável, de forma que os requerentes não fiquem na condição de apátridas. Ademais, deve existir um recurso efetivo para os casos em que seja denegada a solicitação" (tradução livre). Cf. Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, nº 130, § 239. Cf. ainda os §§ 240-241, sobre a exigência de documentos para o registro de nascimento tardio.

pela execução extrajudicial de Luis Alfredo Almonacid Arellano, bem como frustrou a outorga de uma reparação adequada em favor dos familiares da vítima.[498]

Em sua defesa, o Estado Chileno opôs como exceção preliminar a incompetência *ratione temporis* da Corte Interamericana, alegando que ratificou o Pacto de São José em 21 de agosto de 1990, declarando na mesma data a aceitação da competência contenciosa da Corte somente com relação a fatos posteriores a essa data, ou a fatos cujo princípio de execução seja posterior a 11 de março de 1990.

Sustentou o Estado que não poderia a Corte Interamericana manifestar-se sobre a denúncia em tela, porque o assassinato do Sr. Luis Alfredo Almonacid Arellano ocorreu em 1973, e a Lei de Anistia (Decreto-lei nº 2.191) foi editada em 1978, ambos os fatos anteriores à aceitação da competência contenciosa da Corte, e, portanto, excluídos dessa competência por força da declaração feita pelo Chile ao ratificar o Pacto de São José.[499]

A Comissão, por sua vez, defendeu a competência da Corte para pronunciar-se sobre os fatos sob exame, ao argumento de que, mesmo tendo sido a Lei de Anistia editada em 1978, e o homicídio ocorrido em 1973, existiam fatos autônomos produzidos em momento posterior ao reconhecimento da competência contenciosa da Corte, cujos efeitos permaneciam e se repetiam em violação aos artigos 8 e 25 do Pacto de São José em face da denegação de justiça.

Entre esses fatos, apontou a Comissão: a) a remessa do caso à Justiça Militar, mesmo sendo o crime comum; b) omissões de investigação, processamento e punição dos responsáveis pelo homicídio; c) a sentença do tribunal militar inferior que trancou o processo instaurado contra o suposto responsável pelo delito; d) a confirmação da sentença em segundo grau, pela Corte Marcial; e) a omissão do Ministério Público

---

[498] Cf. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, nº 154.
[499] Cf. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, nº 154, § 39.

Militar em impugnar a decisão da Corte Marcial; f) a omissão da Suprema Corte Chilena em controlar a constitucionalidade da referida Lei de Anistia. [500]

Ponto de importância central para a presente tese foi um outro argumento da Comissão, desta feita relacionado com **a obrigação estatal de legislar conforme o Pacto de São José**, expressando-se nessas palavras:

> …los hechos violatorios de la obligación estatal de legislar de conformidad con la Convención constituyen también materia sobre la cual el Tribunal es competente. En el caso particular de legislación contraria a la Convención Americana, su continuada vigencia, con independencia de su fecha de promulgación, es de hecho una violación repetitiva de las obligaciones contenidas en el artículo 2 convencional. Adicionalmente, todo acto de aplicación de dicha ley en afectación del los derechos y libertades protegidos en la Convención debe ser considerado como un acto violatorio autónomo. [501]

Necessário observar que a demanda perante o sistema interamericano não teve como objeto, ou fato gerador da petição, o homicídio em si do Sr. Almonacid Arellano, ocorrido em 1973, mas a denegação de justiça por parte do Estado Chileno no que tange à investigação, processamento e punição dos responsáveis por sua morte, que é uma infração distinta, ainda que relacionada com o homicídio, e diretamente resultante da existência de uma lei nacional proibitiva da concretização dos direitos convencionais.

A Corte Interamericana rejeitou a exceção preliminar oposta pelo Chile, e, enfrentando o mérito, proclamou a responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos, fundamentando sua sentença precisamente no mecanismo de **controle de convencionalidade**, ocasião em que pela primeira vez consignou essa exata expressão – *"control de convencionalidad"* – em sua jurisprudência.

---

[500] Cf. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, nº 154, § 40, "a".

[501] "…os fatos violatórios da obrigação estatal de legislar de conformidade com a Convenção constituem também matéria sobre a qual o Tribunal é competente. Nesse caso particular de legislação contrária à Convenção Americana, sua continuada vigência, com independência de sua data de promulgação, é de fato uma violação repetitiva das obrigações contidas no artigo 2 da Convenção. Adicionalmente, todo ato de aplicação de dita lei que afete os direitos e liberdades protegidos na Convenção deve ser considerado como um ato violatório autônomo" (tradução livre). Cf. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, nº 154, § 40, "c".

Entendeu aquele tribunal que efetivamente podem surgir fatos independentes entre si no transcorrer de um processo, de modo a configurarem violações específicas e autônomas de denegação de justiça, a exemplo da decisão de um juiz de não permitir a participação do defensor do acusado no processo, ou a submissão do acusado a tortura ou maus-tratos para forçar uma confissão, assim dizendo:

> Esta Corte ha considerado que en el transcurso de un proceso se pueden producir hechos independientes que podrían configurar violaciones específicas y autónomas de denegación de justicia. Por ejemplo, la decisión de un juez de no permitir la participación del defensor del acusado en el proceso; la prohibición a los defensores de entrevistarse a solas con sus clientes, conocer oportunamente el expediente, aportar pruebas de descargo, contradecir las de cargo y preparar adecuadamente los alegatos; la actuación de jueces y fiscales 'sin rostro', el sometimiento al acusado a torturas o maltratos para forzar una confesión; la falta de comunicación al detenido extranjero de su derecho de asistencia consular, y la violación del principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia, entre otros. [502]

No que se refere à vigência da Lei de Anistia em questão, assentou a Corte Interamericana que não se pode considerar que o descumprimento das obrigações internacionais assumidas pelo Chile teve início com a promulgação do Decreto-lei nº 2.191, em 1978, e por essa razão a Corte não teria competência para conhecer do caso já que a aceitação de sua competência contenciosa pelo Estado Chileno se deu em 1990.

Proclamou a Corte que o descumprimento das obrigações convencionais pelo Chile se iniciou quando o Estado se obrigou a adequar sua legislação interna ao Pacto de São José, ou seja, no momento de sua ratificação. Por essa razão, a Corte não teria competência para declarar uma violação ao artigo 2º do Pacto no momento da edição da Lei de Anistia (1978) nem de sua efetiva aplicação até 21 de agosto de 1990, data da ratificação chilena.

---

[502] "Esta Corte tem considerado que no decorrer de um processo se podem produzir fatos independentes que poderiam configurar violações específicas e autônomas de denegação de justiça. Por exemplo, a decisão de um juiz de não permitir a participação do defensor do acusado no processo; a proibição aos defensores de entrevistar a sós os seus clientes, conhecer oportunamente o expediente, produzir provas de defesa, contrariar as de acusação e preparar adequadamente suas alegações; a atuação de juízes e promotores 'sem rosto', a submissão do acusado a torturas ou maus-tratos para forçar uma confissão; a falta de comunicação ao preso estrangeiro de seu direito de assistência consular, e a violação do princípio de coerência ou correlação entre acusação e sentença, entre outros" (tradução livre). Cf. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, nº 154 § 48.

Porém, se até a data da ratificação do Pacto de São José o Chile não estava ainda obrigado a adequar o seu ordenamento jurídico aos padrões ditados pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Corte foi enfática ao afirmar que a partir dessa data passou a viger tal obrigação, e a partir dela é a Corte competente para delcarar se o Estado a cumpriu ou não. [503]

A Corte Interamericana, dessa forma, passou a apreciar os fatos ocorridos à luz das obrigações contraídas pelo Estado a partir da ratificação do Pacto de São José, efetivando o **controle de convencionalidade** de uma lei interna promulgada antes mesmo da ratificação chilena do Pacto, mas em vigor na data da ratificação e em momentos posteriores de forma permanente, produzindo seus efeitos.

Entendeu aquele tribunal que, por força do artigo 2 da Convenção Americana, o Chile estava obrigado a adequar o seu ordenamento jurídico interno às disposições convencionais, em duas vertentes: a) suprimindo normas e práticas de qualquer natureza que impliquem violação das garantias previstas na Convenção; e b) editando normas e desenvolvendo práticas concretizadoras das referidas garantias. E destacou que a obrigação da primeira vertente *"...sólo se satisface cuando efectivamente se realiza la reforma"*. [504]

Observe-se que por "reforma" do ordenamento jurídico não se deve entender, apenas, a modificação de leis internas enquanto produto do Poder Legislativo, mas de toda e qualquer norma em sentido amplo que constitua óbice à efetiva fruição dos direitos e garantias consagrados na normativa internacional de proteção dos direitos humanos. Estão abrangidas, portanto, as decisões do Poder Judiciário, as medidas administrativas do Poder Executivo e os demais atos normativos do Poder Público, generalizadamente.

---

[503] Cf. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, nº 154, § 50.

[504] "...só pode ser satisfeita quanto efetivamente se realiza a reforma [do ordenamento jurídico]". Cf. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, nº 154, § 118.

Tal entendimento é expressamente esposado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao determinar que, para além das reformas legislativas, o Estado Chileno deveria **deixar sem efeito as sentenças** emanadas do tribunal militar inferior, da Corte Marcial e da própria Suprema Corte do Chile, assim dizendo:

> En vista de lo anterior, este Tribunal dispone que el Estado debe dejar sin efecto las citadas resoluciones y sentencias emitidas en el orden interno, y remitir el expediente a la justicia ordinaria, para que dentro de un procedimiento penal se identifique y sancione a todos los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano. [505]

Deve-se ainda chamar a atenção para o trecho em que, pela primeira vez em sua jurisprudência, a Corte Interamericana de Direitos Humanos empregou a expressão *"control de convencionalidad"*, fazendo menção explícita ao mecanismo em estudo. A Corte alerta aos juízes nacionais sobre a necessidade de promoverem um controle prévio de convencionalidade no plano interno, a fim de evitar a responsabilização internacional do Estado.

Além disso, explicitamente afirma a Corte Interamericana que o Poder Judiciário nacional do Estado parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos deve levar em conta, nos seus julgamentos no plano interno estatal, não apenas as disposições da Convenção, mas também a interpretação que dela fez a Corte Interamericana enquanto intérprete última desse tratado:

> 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 "<u>control de convencionalidad</u>" 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

[505] "Em vista do anterior, este Tribunal dispõe que o Estado deve deixar sem efeito as citadas resoluções e sentenças emitidas na ordem interna, e remeter o expediente à justiça ordinária, para que dentro de um procedimento penal se identifique e se puna a todos os responsáveis pela morte do Sr. Almonacid Arellano" (tradução livre). Cf. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, nº 154, § 118.

> 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. [506] (destaques nossos)

E, por fim, considerando a hipótese de existir **coisa julgada** no âmbito interno estatal, a Corte Interamericana vai mais além e indica os caminhos para a revisão de decisões judiciais proferidas ao arrepio do Pacto de São José, enunciando no caso sob exame que o princípio *ne bis in idem* não é absoluto, sendo inaplicável em três situações:

a) quando um juiz ou tribunal decide trancar um processo ou absolver o responsável pela violação de direitos humanos, com o propósito de subtrair o acusado de sua responsabilidade penal;

b) quando o procedimento não foi instruído de forma independente e imparcial, desatendendo às garantias do devido processo;

c) quando não houve a intenção real de submeter o responsável pela violação de direitos humanos à ação da Justiça.

Na visão da Corte Interamericana, uma sentença proferida em tais circunstâncias produz uma **coisa julgada "aparente" ou "fraudulenta"**,[507] de modo que, surgindo novos fatos ou provas que possam permitir a determinação dos responsáveis pela violação de direitos humanos, sobretudo em se tratando de crime contra a humanidade, **as investigações podem ser reabertas** mesmo existindo sentença absolutória transitada em julgado, pois as exigências da justiça, os direitos das vítimas e a letra e espírito da Convenção Americana se substituem à proteção do *ne bis in idem*.

[506] "A Corte está consciente de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isto, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Porém, quando um Estado ratificou um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar por que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e fim, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. **Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de '<u>controle de convencionalidade</u>' entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo fez a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana" (tradução livre). *Caso Almonacid Arellano y otros*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, nº 154, § 124.

[507] Cf. ainda sobre o tema Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle y otros*. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C, nº 117, § 131.

6. IMPACTOS DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL

6.1. Controle de convencionalidade e controle de constitucionalidade: algumas comparações à luz do direito brasileiro

De logo é necessária uma observação preliminar: a abordagem do tema das inconstitucionalidades pretende tão-somente estabelecer algumas comparações entre o instituto do controle de constitucionalidade, no direito constitucional positivo brasileiro, e o mecanismo de controle de convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos, objeto do presentre trabalho.

Nossa pretensão, portanto, está longe de desenvolver uma análise exaustiva sobre os vários meandros do controle de constitucionalidade quer no Direito Constitucional Geral quer no Direito Constitucional brasileiro, restringindo-se a investigação a identificar as semelhanças e dessemelhanças entre o controle de constitucionalidade no Brasil e o controle de convencionalidade no sistema interamericano.[508]

A partir de uma visão panorâmica do controle de constitucionalidade desenvolvido no sistema jurídico brasileiro, pode-se traçar um paralelo com a dinâmica do controle de convencionalidade encetado pela Comissão e pela Corte Interamericanas de Direitos Humanos, sobretudo por esta última no exercício de sua competência contenciosa em virtude do caráter obrigatório de suas sentenças.

[508] O propósito de identificar as semelhanças e dessemelhanças entre o controle de constitucionalidade, no Brasil, e o controle de convencionalidade, no sistema interamericano de direitos humanos, revela o exercício da microcomparação na medida em que se comparam dois institutos de sistemas jurídicos distintos e em vigor. Apesar de a comparação não envolver dois Estados, ainda assim cuida-se de dois sistemas jurídicos diferentes: o sistema brasileiro (ordem interna estatal) e o sistema interamericano de direitos humanos (ordem supranacional), porquanto defendemos o caráter supranacional do sistema de proteção dos direitos humanos estabelecido no âmbito da Organização dos Estados Americanos.

A inconstitucionalidade evidencia-se por **ato comissivo** (por ação, por atuação ou positiva) ou por **ato omissivo** (por omissão, por inércia ou negativa), e pode conter vício formal, material ou mesmo ético. A inconstucionalidade por **vício formal**, conhecida como nomodinâmica, pode ser orgânica se ofender a repartição das competências legislativas estampadas na Constituição, ou processual se desrespeitar o processo legislativo, seja na fase de iniciativa seja nas fases posteriores.[509]

A inconstitucionalidade por **vício material**, chamada de nomoestática, é aquela substancial, que afronta o teor da norma constitucional, revelando incompatibilidade de conteúdo. Já a inconstitucionalidade por **vício ético** (ou vício de representatividade) viola o princípio democrático, maculando o ato normativo na essência da manifestação da vontade popular, já que praticado não na representação do povo, mas para satisfazer interesses outros que agridem a ética e a moral constitucional.[510]

Quanto ao momento em que o controle de constitucionalidade é efetuado, no Brasil há controle prévio (ou preventivo) e controle posterior (ou repressivo, também denominado sucessivo). O controle prévio é exercido no âmbito do Poder Legislativo por meio das Comissões de Constituição e Justiça e outras incumbidas de averiguar a constitucionalidade das proposições legislativas, e, no âmbito do Poder Executivo, por meio do veto do Poder Executivo.[511]

---

[509] O vício formal classifica-se em subjetivo (no tocante à iniciativa exclusiva ou reservada) e objetivo (no que tange à verificação de quorum, turnos de votação, procedimento).

[510] Alguns doutrinadores empregam a expressão "vício de decoro parlamentar" para indicar a mácula ética em apreço. Preferimos não utilizá-la a fim de não vincular o seu conceito com eventual juízo condenatório ou absolutório proclamado pelo Conselho de Ética do Parlamento, conforme entenda o colegiado que houve ou não a "quebra do decoro parlamentar". A justificativa de nossa posição é simples: pode ocorrer vício ético na motivação ou iniciativa da produção de uma norma, a exemplo do que aconteceu no contexto do escândalo conhecido como "mensalão", e o Conselho de Ética do Parlamento entender que o mesmo não restou configurado por ausência de "tipicidade" da motivação viciada por não constar do rol de condutas regimentais descritivo da "quebra do decoro".

[511] Cf. artigo 66, § 1º, da Constituição Federal: "Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto".

O Poder Judiciário em regra exerce controle posterior, após o aperfeiçoamento do ato normativo, com sua promulgação ou entrada em vigor, mas se admite que o parlamentar busque prestação jurisdicional preventiva para assegurar o respeito ao devido processo legislativo,[512] como a impetração de mandado de segurança para impedir a tramitação de proposta de emenda constitucional ofensiva a cláusula pétrea.[513]

Quanto ao órgão exercente do controle, o modelo predominate no Brasil é o jurisdicional, cometendo-se ao Poder Judiciário o monitoramento da constitucionalidade das normas jurídicas, diferentemente por exemplo da França, onde prevalece o modelo político ao se atribuir ao Conselho Constitucional, órgão não judicial, o exercício do controle. Existe ainda o modelo híbrido, que conjuga os dois anteriores como na Suíça.

O ordenamento brasileiro também alberga o controle de natureza política, ínsito ao crivo preventivo realizado nas comissões das Casas Legislativas e ao veto do Poder Executivo. Ademais, o Poder Legislativo pode ainda atuar repressivamente no controle dos atos normativos do Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa, sustando-lhes os efeitos.[514]

Quanto ao modo ou forma de controle, pode-se falar em controle principal e controle incidental. Principal é o controle efetuado em ação autônoma cujo objeto é a própria declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, daí também ser denominado controle reservado, direto, abstrato ou concentrado.[515]

---

[512] "Em regra, porém, o modelo judicial é de feição repressiva. Somente se admite, em princípio, a instauração do processo de controle após a pormulgação da lei ou mesmo de sua entrada em vigor. Na ação direta de inconstitucionalidade exige-se que tenha havido pelo menos promulgação da lei". MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1009.

[513] Cf. artigo 60, § 4º, I a IV, da Constituição Federal: "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais".

[514] Cf. artigo 49, V, da Constituição Federal: "É da competência exclusiva do Congresso Nacional: V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa".

[515] É o caso das ações diretas de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, previstas no direito brasileiro.

O controle incidental (aberto, indireto, concreto, difuso ou por via de exceção) se dá no contexto de ação judicial com objeto distinto da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, a qual constitui questão prejudicial a ser resolvida pelo Judiciário, *incidenter tantum*, para depois decidir sobre o mérito da ação.[516]

Outro traço distintivo entre o controle principal e o incidental é que qualquer órgão judicial, seja qual for seu grau de hierarquia, pode verificar incidentalmente a constitucionalidade de uma norma jurídica aplicável num processo sob seu julgamento, isto é, qualquer juiz ou tribunal pode afastar a sua incidência se a reputar incompatível com a ordem constitucional, enquanto o controle principal pode ser efetuado apenas por um tribunal superior ou uma Corte Constitucional.

No Brasil o sistema é misto face à convivência das duas formas de controle, principal e incidental, com a ressalva, contudo, **quanto à legitimação**, de que no âmbito do controle principal a provocação do Poder Judiciário é assegurada apenas aos legitimados em rol restritivo do artigo 103 da Constituição Federal, enquanto pela via incidental qualquer pessoa está apta a questionar a constitucionalidade de norma aplicável no processo em que seja parte.

Quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, podem ser *ex tunc* ou *ex nunc* (com ou sem retroatividade) e *inter partes* ou *erga omnes* (eficácia restrita às partes no processo ou ampla com efeitos contra todos). No Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes tem sustentado a eficácia *erga omnes* como regral geral da proclamação de inconstitucionalidade, até mesmo em sede de controle incidental.[517]

---

[516] Exemplo disso é o mandado de segurança que objetiva a suspensão da exigibilidade de tributo (objeto principal) acoimado de inconstitucional (questão prejudicial).

[517] Esse entendimento foi seguido pelo Ministro Eros Grau, mas confrontado pelos Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, tendo sido suspenso o julgamento em 2008 face ao pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowksi. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1093.

Segundo o entendimento esposado pelo Ministro Gilmar Mendes, o papel do Senado estaria reduzido à mera publicação da decisão do Supremo Tribunal Federal, por mutação constitucional operada sobre o artigo 52, X, da Constituição Federal.

Assim sustentou o Ministro Gilmar Mendes:

> Parece legítimo entender que a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Dessa forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chega à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa *força normativa*.[518] (itálico no original)

O direito brasileiro tradicionalmente reconhecia efeitos *ex tunc* à declaração de inconstitucionalidade, retroagindo à promulgação da norma em homenagem à doutrina da nulidade ou inexistência de norma inconstitucional, consoante a qual "lei ou ato eivados de inconstitucionalidade não geram direitos nem deveres, pelo que o ato judicial inconstitucional não faz coisa julgada, da mesma forma que não faz ato jurídico perfeito ou direito adquirido.[519]

Porém, com o advento da Lei 9.868/99, que disciplinou o processo e julgamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, introduziu-se no Brasil o instituto da modulação dos efeitos da proclamação de inconstitucionalidade, de modo que, "por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social", poderá o STF restringir o alcance temporal de sua decisão a uma retrospectividade limitada, fixando-lhe efeitos prospectivos ou *pro futuro*.[520]

Comentando o artigo 27 da referida Lei 9.868/99, Ivo Dantas tece lúcida crítica ao instituto da retroatividade limitada, entendendo que "estamos diante de uma estranha

[518] MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1092. Cf., ainda sobre o tema, as páginas 1080-1093.

[519] DANTAS, Ivo. *Constituição & Processo*. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2007, p. 604.

[520] Cf. o artigo 27 da Lei 9.868/99: "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".

situação, na qual, mesmo se dizendo que a norma é inconstitucional, poder-se-á dizer que ela continue produzindo efeitos", prosseguindo:

> Imaginemos um exemplo: determinada Medida Provisória cria um novo tributo e o Supremo Tribunal Federal a entende eivada de inconstitucionalidade. Contudo, em razão de *necessidade de caixa*, invocada como *excepcional interesse social*, pode dizer a Corte, por *maioria de dois terços de seus membros*, que, *mesmo sendo inconstitucional, poderá ela ser cobrada por mais 5 (cinco) anos, por exemplo*. Ou então, que, em relação aos anos em que foi cobrada, a situação ficará imutável, pois que a decisão só terá *eficácia a partir do trânsito em julgado da decisão proferida*, ou seja, *que reconheceu a inconstitucionalidade da norma*. [521] (itálico no original)

Em arremate, conclui pelo fim da supralegalidade da Constituição:

> Diante desta possibilidade prevista no mencionado art. 27, não temos dúvida em afirmar que, da forma como está determinado pela lei, encontramo-nos diante do *Fim do Princípio da Supralegalidade Constitucional*, que sempre caracterizou as *Constituições Escritas*, ao lado do *Princípio da Imutabilidade Relativa*. [522] (itálico no original)

Feitas essas considerações acerca do **controle de constitucionalidade** no ordenamento jurídico brasileiro, podem ser estabelecidas algumas comparações com o mecanismo do **controle de convencionalidade** no sistema interamericano de direitos humanos.

No sistema interamericano, a anticonvencionalidade (ou inconvencionalidade) pode configurar-se por **ato comissivo** (por ação, por atuação ou positiva) ou por **ato omissivo** (por omissão, por inércia ou negativa), na medida em que a violação de direitos humanos se consubstancie numa conduta do Estado contrária às suas obrigações internacionais, ou repouse na sua omissão em concretizar os direitos da pessoa humana.

São muitas as maneiras pelas quais um Estado pode violar um tratado internacional. Especificamente com relação ao Pacto de São José, no que diz respeito à relação entre direito interno e direito internacional, a Corte consigna que o Estado pode fazê-lo deixando de editar leis concretizadoras dos direitos previstos no Pacto, bem como editando leis contrárias às obrigações internacionais nele previstas.

---

[521] DANTAS, Ivo. *Constituição & Processo*. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2007, p. 635.
[522] DANTAS, Ivo. *Constituição & Processo*. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2007, p. 635.

Ao contrário do âmbito nacional, em que se concebe vício formal, material e ético, no âmbito internacional cabe falar apenas em vício material, visto que as violações de direitos humanos não se prendem à inobservância do aspecto formal da legislação interna estatal, do seu processo legislativo formal, mas da efetividade da proteção dos direitos e garantias consagrados na normativa internacional.

Observe-se que, mesmo quando se trate de uma "lei" em sentido amplo, cuja edição violou direito previsto no Pacto de São José por não preencher certos requisitos como abstração, generalidade e universalidade, ainda assim a inconvencionalidade do direito interno não será formal, mas material, porque o Estado, ao editar a norma nessas circunstâncias, inobservou seus deveres de respeito e garantia dos direitos humanos.

Não cabe aos órgãos internacionais de controle de convencionalidade verificar se uma norma estatal está conforme ou não o seu ordenamento jurídico interno, mas monitorar se essa norma está de acordo com os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, como enunciou a Corte Interamericana em seu Parecer Consultivo OC-13/93, de 16 de julho de 1993: *"Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos"*.[523]

Discorrendo sobre o exercício do controle de convencionalidade pela Comissão Interamericana, pondera a Corte que, embora não possa a Comissão manifestar-se sobre contradições normativas internas dos Estados (isto é, uma norma interna ferindo outra norma interna), ela pode qualificar uma norma do direito interno de um Estado parte como violatória do Pacto de São José, inclusive quanto aos aspectos da sua razoabilidade, conveniência e autenticidade.[524]

---

[523] "Se essas normas foram adotadas de acordo com o ordenamento jurídico interno ou contrariamente a ele, é indiferente para esses efeitos" (tradução livre). Cf. Corte IDH. *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A, nº 13, § 26.

E conclui a Corte Interamericana:

> Esto no significa que la Comisión tenga atribuciones para pronunciarse sobre la forma como se adopta una norma jurídica en el orden interno. Esa es función de los órganos competentes del Estado. Lo que la Comisión debe verificar, en un caso concreto, es si lo dispuesto por la norma contradice la Convención y no si contradice el ordenamiento jurídico interno del Estado.[525]

O **momento do controle de convencionalidade** está diretamente relacionado aos **órgãos exercentes desse controle**, na medida em que consideramos ser possível a verificação da compatibilidade de norma interna estatal com o Pacto de São José em dois âmbitos distintos, com dinâmicas também distintas: no plano do ordenamento jurídico interno, visando ao esgotamento da jurisdição doméstica, e no plano do sistema interamericano, em nível supranacional.

Assim, **quanto ao momento** em que o controle de convencionalidade é efetuado, há também controle prévio (ou preventivo) e controle posterior (repressivo ou sucessivo), que pode ser desenvolvido tanto no plano do sistema jurídico nacional, mediante providências no âmbito interno estatal para neutralizar a inconvencionalidade e evitar a responsabilização internacional do Estado, quanto no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos, em que o controle se desdobra no seio da Comissão e da Corte Interamericanas.

Com relação à Corte Interamericana, o momento do controle e as suas consequências estão intimamente ligados ao tipo de competência que a Corte será chamada a exercer na apreciação da convencionalidade do ato normativo interno, isto é,

---

[524] Cf. Corte IDH. *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A, nº 13, § 21.

[525] "Isto não significa que a Comissão tenha atribuições para pronunciar-se sobre a forma como se adota uma norma jurídica na ordem interna. Essa função cabe aos órgãos competentes do Estado. O que a Comissão deve verificar, em um caso concreto, é se o disposto pela norma contradiz a Convenção e não se contradiz o ordenamento jurídico interno do Estado" (tradução livre). Cf. Corte IDH. *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A, nº 13, § 29.

a competência consultiva para emissão de parecer geral, ou a competência contenciosa para decidir caso concreto originado de denúncia contra o Estado.

No plano do sistema interamericano, só se pode falar em controle prévio quando o **órgão exercente do controle** for a Corte Interamericana no exercício de sua competência consultiva, pois se a Corte concluir em seu parecer que determinada lei ou projeto de lei contraria o Pacto de São José, por exemplo, cumprirá ao Estado correspondente abster-se de aprovar o projeto de lei nos moldes em que foi apreciado pela Corte, ou, em se tratando de norma já promulgada, restará ao Estado modificá-la para a adequar ao Pacto, ou mesmo revogar referida lei.

Se o **órgão exercente do controle** for a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ou a Corte Interamericana no exercício de sua competência contenciosa, não haverá espaço para controle prévio porque esses órgãos funcionarão como instâncias de responsabilização internacional do Estado por violações já consumadas, em atuação que evidencia natureza repressiva. Assim, o controle de convencionalidade em casos concretos originados de denúncias formuladas à Comissão, e porventura encaminhados à Corte, será naturalmente posterior ou sucessivo.

No plano do ordenamento interno, pode-se falar em controle prévio se pensarmos em ações preventivas no âmbito estatal, quando ainda não esgotados todos os recursos da jurisdição doméstica. Em situações tais, caberá aos órgãos do próprio Estado, dentro de suas atribuições, tomar providências no âmbito interno para corrigir a situação anticonvencional antes que seja formulada alguma denúncia perante o sistema interamericano, evitando-se, assim, a responsabilização internacional do Estado porque terá sido sanada intermanete a inconvencionalidade.

Cuidando-se, por exemplo, da tramitação de projeto de lei ofensivo ao Pacto de José, ou da promulgação mesma da lei, o Chefe do Executivo poderá vetar o projeto por

inconvencionalidade, e o Legislativo, revogar a lei que promulgou ao arrepio do Pacto no prazo da *vacatio legis*, impedindo que a norma anticonvencional entre em vigor. Uma vez em vigor a norma, caberá controle repressivo de convencionalidade.

Continuando a ilustração do exemplo acima, o Poder Judiciário poderá ser acionado para ordenar que seja abortado o processo legislativo, no caso do projeto de lei (controle prévio), ou para afastar a aplicação da lei anticonvencional, se já promulgada e em vigor (controle posterior). No último caso, trata-se de controle repressivo ainda no âmbito estatal, materializado em medida interna capaz de desconstituir a situação inconvencional.

Desta forma, no plano da ordem interna qualquer agente estatal poderá (e, com efeito, deverá) agir como órgão exercente do controle de convencionalidade, em postura preventiva ou repressiva, conforme as circunstâncias de cada caso e nos limites das atribuições legais e constitucionais de cada agente público.

Variadas hipóteses de atuação preventiva e repressiva, no âmbito interno estatal, serão detalhadamente analisadas mais adiante, quando se abordará o impacto do controle de convencionalidade no Brasil e sua relação com o Poder Executivo, com o Poder Legislativo, com o Poder Judiciário, com o Ministério Público e com os demais agentes estatais.

Quanto ao modo ou forma do controle de convencionalidade, o sistema interamericano é dotado de um regime híbrido que concilia elementos do controle concentrado-abstrato e do controle difuso-concreto, em virtude das particularidades relacionadas com o momento do controle e os seus órgãos exercentes.

Assim, o controle operado pela Corte Interamericana no exercício de sua competência consultiva será sempre **abstrato**, pois ela não se estará manifestando sobre uma denúncia concreta de vítima individualizada, mas respondendo a consulta

formulada por algum dos legitimados pelo Pacto de São José. Por não se tratar de caso contencioso, não proferirá sentença, mas emitirá parecer geral sobre dada situação.

São **legitimados** para provocar esse controle abstrato de convencionalidade em sede de competência consultiva da Corte Interamericana: a) qualquer Estado Membro da OEA, parte ou não do Pacto de São José, b) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, c) a Assembléia Geral da OEA, d) a Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, e) o Conselho Permanente da OEA, e f) a Comissão Consultiva de Defesa da OEA.[526]

Outrossim, em se tratando da Comissão Interamericana, ou da Corte no exercício de sua competência contenciosa, esses órgãos funcionarão como instâncias de responsabilização internacional do Estado por violações denunciadas por vítima ou vítimas individualizadas. Nesses casos, o controle será sempre **concreto**, tendo em mente que a lei interna sob controle ou produziu efeitos concretos contra as vítimas ou está apta a produzi-los.

Quanto à **legitimação** perante a Corte Interamericana, somente os Estados partes do Pacto de São José e a Comissão Interamericana estão autorizados a submeter caso à decisão da Corte em sede de competência contenciosa. Já perante a Comissão, qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados Membros da OEA, pode apresentar petições com denúncias de violação de direitos humanos.

Desde o seu estágio inicial de atuação, a Corte se recusava a efetuar, no exercício de sua competência contenciosa, controle de convecionalidade em abstrato de lei interna que não foi aplicada diretamente no caso sob sua apreciação, isto é, que não produziu os

[526] Cf. artigo 64 do Pacto de São José.

efeitos nela previstos. Chegou mesmo a consignar tal entendimento no Parecer Consultivo OC-nº 14/94.[527]

Porém, no *Caso El Amparo* o voto dissidente do então Juiz Cançado Trindade abriu novos rumos para os entendimentos futuros da Corte, a qual passou a promover o controle de convencionalidade das leis internas diante da sua tão-só existência no ordenamento jurídico estatal.[528]

Assim sustentou Cançado Trindade:

> La diferencia reside en que, en el ejercicio de la competencia consultiva (artículo 64(2) de la Convención), la Corte puede emitir opiniones sobre la incompatibilidad o no de una ley interna (e inclusive de un proyecto de ley) con la Convención *in abstracto*, mientras que, en el ejercicio de la competencia contenciosa, la Corte puede determinar, a solicitud de una parte, la incompatibilidad o no de una ley interna con la Convención *en las circunstancias del caso concreto*. **La Convención Americana efectivamente autoriza la Corte, en el ejercicio de su competencia contenciosa, a determinar si una ley, impugnada por la parte demandante, y que por su propia existencia afecta los derechos protegidos, es o no contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos**. [529] (negrito nosso)

Desta sorte, conforme defendeu o Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, uma lei pode certamente violar os direitos humanos mesmo sem ter causado prejuízos

[527] Assim entendia a Corte: *"La jurisdicción contenciosa de la Corte se ejerce con la finalidad de proteger los derechos y libertades de personas determinadas y no con la de resolver casos abstractos. No existe en la Convención disposición alguna que permita a la Corte decidir, en el ejercicio de su competencia contenciosa, si una ley que no ha afectado aún los derechos y libertades protegidos de individuos determinados es contraria a la Convención. Como antes se dijo, la Comisión sí podría hacerlo y en esa forma daría cumplimiento a su función principal de promover la observancia y defensa de los derechos humanos. También podría hacerlo la Corte en ejercicio de su función consultiva en aplicación del artículo 64.2 de la Convención"*. Tradução livre: "A jurisdição contenciosa da Corte se exerce com a finalidade de proteger os direitos e liberdades de pessoas determinadas e não com a de resolver casos abstratos. Não existe na Convenção disposição alguma que permita à Corte decidir, no exercício de sua competência contenciosa, se uma lei que não afetou ainda os direitos e liberdades protegidos de indivíduos determinados é contrária à Convenção. Como antes se disse, a Comissão sim poderia fazê-lo e dessa forma daria cumprimento a sua função principal de promover a observância e defesa dos direitos humanos. Também poderia fazê-lo a Corte no exercício de sua função consultiva em aplicação do artigo 64.2 da Convenção".

[528] Cf. Corte IDH. *Caso El Amparo Vs. Venezuela. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C, nº 28, Voto Disidente del Juez A.A.Cançado Trindade, § 2 (*in fine*).

[529] "A difereça reside em que, no exercício da competência consultiva (artigo 64(2) da Convenção), a Corte pode emitir opiniões sobre a incompatibilidade ou não de uma lei interna (e inclusive de um projeto de lei) com a Convenção *in abstracto*, enquanto que, no exercício da competência contenciosa, a Corte pode determinar, a pedido de uma parte, a incompatibilidade ou não de uma lei interna com a Convenção *nas circunstâncias do caso concreto*. **A Convenção Americana efetivamente autoriza a Corte, no exercício de sua competência contenciosa, a determinar se uma lei, impugnada pela parte demandante, e que por sua própria existência afeta os direitos protegidos, é ou não contrária à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**" (tradução livre, negrito nosso). Cf. Corte IDH. *Caso El Amparo Vs. Venezuela. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C, nº 28, Voto Disidente del Juez A.A.Cançado Trindade, § 11.

concretos *"en razón de su propia existencia, y, en la ausencia de una medida de aplicación o ejecución, por la amenaza real a la(s) persona(s), representada por la situación creada por dicha ley"*.[530]

E, invocando a atuação da Comissão Europeia de Direitos Humanos nos casos *Kjeldsen* (1972) e *Donnelly* (1973), e a da Corte Europeia de Direitos Humanos, nos casos *Klass y Otros* (1978), *Marckx* (1979), *Johnston y Otros* (1986), *Dudgeon* (1981), *De Jong, Baljet y van den Brink* (1984), argumenta:[531]

> Fue necesario esperar muchos años para que se admitiera la posibilidad de plantear la cuestión de la incompatibilidad de medidas legislativas y prácticas administrativas con las obligaciones convencionales internacionales en materia de derechos humanos, en el contexto de casos concretos. La jurisprudencia internacional en el presente dominio, en los planos tanto regional como global, ha evolucionado a punto de admitir hoy día que un individuo puede, bajo determinadas condiciones, reivindicar ser víctima de una violación de derechos humanos perpetrada por la simple existencia de medidas permitidas por la legislación, sin que hayan sido a él aplicadas. Puede efectivamente hacerlo ante el simple *riesgo* de ser directamente afectado por una ley, ante la amenaza continua representada por el mantenimiento en vigor de la legislación impugnada. Se reconoce actualmente que un individuo puede efectivamente impugnar una ley que todavía no ha sido aplicada en su perjuicio, bastando para esto que dicha ley sea *aplicable* en forma tal que el *riesgo* o *amenaza* que él sufra sus efectos sea real, sea algo más que una simple posibilidad teórica.[532]

---

[530] "…em razão de sua própria existência, e, na ausência de uma medida de aplicação ou execução, pela ameaça real à(s) pessoa(s), representada pela situação criada pela referida lei". Cf. Corte IDH. *Caso El Amparo Vs. Venezuela. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C, nº 28, Voto Disidente del Juez A.A.Cançado Trindade, § 2 (*in fine*).

[531] Cançado Trindade registra ainda sobre o tema dois casos perante o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. Cf. HRC. *Shirin Aumeeruddy-Cziffra and 19 Other Mauritian Women v. Mauritius*. CCPR/C/12/D/35/1978. UN Human Rights Committee (HRC). 9 April 1981, § 9.2; cf. também HRC. *Case of Disabled and Handicapped Persons in Italy*. CCPR/C/21/D/163/1984. UN Human Rights Committee (HRC). 10 April 1984, § 6.2. Neste último, assim afirmou no § 6.2: *"It is true that, in some circumstances, a domestic law may by its mere existence directly violate the rights of individuals under the Covenant"*. Tradução livre: "É verdade que, em certas circunstâncias, uma lei interna pode, por sua mera existência, violar diretamente os direitos dos indivíduos protegidos pelo Pacto".

[532] "Foi necessário esperar muitos anos para que se admitisse a possibilidade de considerar, no contexto de casos concretos, a questão da incompatibilidade de medidas legislativas e práticas administrativas com as obrigações convencionais internacionais em matéria de direitos humanos. A jurisprudência internacional no presente domínio, nos planos tanto regional como global, tem evoluído a ponto de admitir hoje em dia que um indivíduo pode, sob determinadas condições, reivindicar ser vítima de uma violação de direitos humanos perpetrada pela simples existência de medidas permitidas pela legislação, sem que tenham sido a ele aplicadas. Pode efetivamente fazê-lo diante do simples *risco* de ser diretamente afetado por uma lei, diante da ameaça contínua representada pela permanência em vigor da legislação impugnada. Reconhece-se atualmente que um indivíduo pode efetivamente impugnar uma lei que não tenha sido aplicada em seu prejuízo, bastando para isso que a lei seja *aplicável* de forma tal que o *risco* ou *ameaça* de que ele sofra seus efeitos seja real, seja algo mais que uma simples possibilidade teórica" (tradução livre). Cf. Corte IDH. *Caso El Amparo Vs. Venezuela. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C, nº 28, Voto Disidente del Juez A.A.Cançado Trindade, § 5.

Com efeito, a partir do novo entendimento firmado pela Corte Interamericana, pode-se afirmar que no exercício da sua competência consultiva, a Corte efetua um controle de convencionalidade **abstrato**, pois a manifestação do Tribunal não se prende a qualquer caso concreto sob exame, e na competência contenciosa da Corte o controle de convencionalidade será sempre **concreto**, porque dirigido a uma lei que impacta, concretamente, os direitos da vítima da violação pela sua tão-só existência.

Veja-se que, para o sistema interamericano de direitos humanos, o controle de convencionalidade será concreto mesmo sem a efetiva produção de efeitos concretos em prejuízo da vítima, ou sem a ocorrência de dano decorrente da aplicação da lei inconvencional, pois será reputado dano à pessoa humana a simples existência de uma norma anticonvencional aplicável, "de forma tal que o risco ou ameaça de que ela sofra seus efeitos seja real, seja algo mais que uma simples possibilidade teórica". [533]

No entanto, **no plano do sistema interamericano** em qualquer hipótese o controle de convencionalidade será **concentrado**, perante a Corte ou ante à Comissão Interamericana, haja vista ser impossível *in casu* falar em controle **difuso** pelo simples fato de que a Comissão e a Corte são os únicos órgãos no sistema interamericano aptos para efetuar o controle, diferenciando-se os dois órgãos (para efeito do controle) pela natureza jurisdicional da Corte e o caráter quase-judicial da Comissão, apenas.

Observa-se, assim, que nesse sistema supranacional a identificação do aspecto concreto do controle de convencionalidade não decorre, como na ordem interna, do ajuizamento de uma ação com objeto distinto da declaração de inconvencionalidade, que constituiria questão prejudicial a ser resolvida pela Comissão e Corte, *incidenter tantum*, para depois decidirem sobre o mérito da ação.

---

[533] Cf. Corte IDH. *Caso El Amparo Vs. Venezuela. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C, nº 28, Voto Disidente del Juez A.A.Cançado Trindade, § 5 (*in fine*).

Conclui-se, assim, que somente seria possível falar em controle difuso de convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos se, e somente se, existissem outros juízes ou órgãos com atribuição para efetuar o controle por via de exceção ao decidir um caso concreto sob sua apreciação – o que, de fato, não existe.

Já no plano da ordem interna, pode-se falar tanto em controle de convencionalidade **abstrato-concentrado** quanto em **concreto-difuso**, pois, como já ressaltado, qualquer agente estatal poderá (e, com efeito, deverá) agir como órgão exercente do controle, em postura preventiva ou repressiva, conforme as circunstâncias de cada caso e nos limites das atribuições legais e constitucionais de cada agente público – e isso inclui, por óbvio, o Poder Judiciário.

Qualquer juiz, em qualquer processo, poderá verificar se uma lei interna, aplicável ao caso sob exame, é compatível com os tratados internacionais de direitos humanos, e desta forma poderá afastar a incidência dos seus efeitos naqueles autos. Está-se diante de **controle difuso** (e prévio) de convencionalidade, para o qual qualquer pessoa estará **legitimada**.

Em sede de **controle concentrado** também é possível verificar a adequação de uma norma interna ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Basta que se utilizem as ações próprias do controle de constitucionalidade para a consecução dos fins pretendidos no controle de convencionalidade. As ações são as mesmas, muda apenas o parâmetro do controle – que serão, necessariamente, as normas internacionais de direitos humanos.[534] A **legitimação**, porém, será forçosamente limitada ao rol restritivo do artigo 103 da Constituição Federal.

---

[534] Deve-se chamar a atenção para um detalhe importante: por "normas internacionais de direitos humanos" se entendem não apenas os tratados internacionais, mas também as demais fontes de Direito Internacional, sobretudo a jurisprudência da Corte Interamericana (no contexto do sistema interamericano de direitos humanos) e, naturalmente, as normas imperativas de Direito Internacional (o *jus cogens*, costume internacional). Cf. o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça da Organização das Nações Unidas.

Para Valério de Oliveira Mazzuoli, o controle concentrado de convencionalidade no direito interno brasileiro seria possível apenas com base nos tratados aprovados com o quórum especial do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, por meio das ações do controle concentrado de constitucionalidade. Quanto aos tratados de direitos humanos aprovados sem esse quorum qualificado, restaria somente a via do controle difuso de convencionalidade.[535]

Assim, com fundamento em tratados de direitos humanos "equivalentes às emendas constitucionais", caberia ação direta de inconstitucionalidade "para invalidar norma infraconstitucional por inconvencionalidade", ação direta de constitucionalidade para "garantir à norma infraconstitucional a compatibilidade vertical" com o tratado, ou arguição de descumprimento de preceito fundamental previsto no tratado.

Divergimos do pensamento restritivo esposado por Mazzuoli, pois ele se sustenta na posição hierárquica conferida pelo ordenamento jurídico estatal aos tratados de direitos humanos, e para nós essa hierarquia na ordem interna é irrelevante para o exercício do controle de convencionalidade, tendo em mente que a finalidade do controle é, sobretudo, evitar a responsabilização internacional do Estado por violação de direitos humanos.

Os **efeitos** da declaração de inconvencionalidade serão sempre *ex tunc*, tendo alcance temporal retroativo à data da promulgação da lei inconvencional que consubstanciou a violação de direitos humanos. A esse respeito, a lição de Ivo Dantas sobre a coisa julgada inconstitucional pode ser transplantada para o contexto da **coisa julgada anticonvencional**, bastando ter em mente que o parâmetro de controle seja o Pacto de São José da Costa Rica:

> Observe-se que a inovação introduzida no art. 741 do CPC encontra-se, em princípio, na linha do raciocínio que vimos defendendo, ou seja, que, havendo

[535] Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle de convencionalidade das leis*. *In*: *Revista Jurídica Consulex*. Ano XIII, nº 290, 15 de fevereiro de 2009, p. 43.

> decisão proferida pelo STF sobre a inconstitucionalidade de determinada Lei ou Ato, as decisões proferidas pelas instâncias inferiores devem se curvar ao entendimento do órgão máximo do Poder Judiciário, encarregado de defender a Constituição.
> Em outras palavras:em razão dos efeitos *erga omnes* e *ex tunc* que marcam as *decisões definitivas proferidas pelo STF em matéria de Controle de Constitucionalidade*, devem estes efeitos alcançar não só as ações a serem julgadas, mas igualmente, aquelas já decididas e transitadas em julgado.[536] (itálico no original)

Mutatis mutandis, ter-se-á o entendimento de que, por ser a Corte Interamericana de Direitos Humanos o órgão máximo de interpretação e aplicação do Pacto de São José, a cuja sentença se deve curvar o Estado parte aceitante de sua competência contenciosa, todos os atos normativos dele emanados em desacordo com o Pacto estarão contaminados pela marca da anticonvencionalidade proclamada pela Corte.

Assim, impossível será a permanência de lei anticonvencional no ordenamento jurídico interno, sendo impossível também cogitar-se de **modulação de efeitos** por vontade do Estado denunciado, pois, só e somente só se a própria Corte Interamericana quisesse fixar eficácia prospectiva à sua sentença é que se admitiram efeitos *pro futuro* da declaração de anticonvencionalidade declarada.

Em nenhuma passagem, porém, da história ou da jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos a Comissão ou a Corte Interamericana aventou a hipótese de retrospectividade limitada, depois de declarada a incompatibilidade do direito interno estatal com o Pacto de São José da Costa Rica.

Pelo contrário: a retroatividade completa foi destacada na expressão ***"desde un inicio"***:

> 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**.[537]

---

[536] DANTAS, Ivo. *Constituição & Processo*. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2007, p. 600.

Quanto aos limites subjetivos dessa declaração, um paralelo com a sistemática tradicionalmente adotada na ordem interna estatal de início autorizaria perquirir se a proclamação da inconvencionalidade de lei interna poderia operar *inter partes* ou *erga omnes*. No entanto, nos dias atuais a realidade é bem outra face à evolução dos entendimentos sobre o tema.

Deve-se considerar que no Brasil, como foi visto linhas atrás, o Supremo Tribunal Federal se inclinou para a regra geral dos efeitos *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade, face à mutação hermenêutica em torno do artigo 52, X, da Constituição Federal, até mesmo no controle difuso em último grau de recurso perante o Supremo, em que os efeitos eram tradicionalmente *inter partes* até que o Senado suspendesse a execução da norma controlada no ordenamento jurídico.

Entendemos, portanto, que descabe falar em efeitos *inter partes* da declaração de inconvencionalidade no âmbito do sistema interamericano, visto que inexiste órgão de revisão acima da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e a Comissão também será a instância última de julgamento caso a denúncia não seja por ela submetida à apreciação da Corte.

Desta feita, sem alternativa para discrepâncias fixa-se o entendimento de que a proclamação de inconvencionalidade de norma interna estatal terá, sempre, efeitos *erga omnes*, mesmo porque a sua permanência no ordenamento nacional poderia gerar a responsabilidade internacional do Estado caso viesse a ser aplicada (ainda que potencialmente) em detrimento de outras pessoas que não as vítimas do caso concreto, no qual a Corte declarou a inconvencionalidade da norma em questão.

---

[537] "Porém, quando um Estado ratificou um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar por que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e fim, **e que desde o início carecem de efeitos jurídicos**" (tradução livre). Cf. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, nº 154, § 124.

Tome-se como exemplo o *Caso Barrios Altos*, em que a Corte Interamericana declarou a anticonvencionalidade das leis de auto-anistia do Estado Peruano, afirmando expressamente que a sua sentença tinha **efeitos *erga omnes*** dada a natureza das violações constituídas pela legislação em questão, beneficiando todas as vítimas de violações atingidas por tal diploma legal, não apenas os peticionários do caso concreto:

> 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**.[538]

6.2. Relação com o Poder Legislativo

Aqui se pretende analisar como poderá atuar o Poder Legislativo face ao instituto do controle de convencionalidade, de forma preventiva para evitar a responsabilidade internacional do Estado Brasileiro, e também em momento posterior ao controle efetivado pela Corte Interamericana.

Em geral, a Corte Interamericana ordena que o Estado deve adequar o seu ordenamento jurídico interno às disposições do Pacto de São José, no mais das vezes sem especificar a forma como essa adequação será implementada, deixando isso a cargo do próprio Estado. Veja-se, por exemplo, a determinação genérica no *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*:

> Por otro lado, este Tribunal considera que, dentro de un plazo razonable, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido en el

[538] "Como consequência da manifiesta incompatibilidade entre as leis de auto-anistia e a Convenção Americana sobre directos Humanos, as mencionadas leis carecem de efeitos jurídicos e não podem continuar representando um obstáculo à investigação dos fatos que constituem este caso nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter impacto igual ou similar quanto a outros casos de violação dos direitos consagrados na Convenção Americana que aconteceram no Peru" (tradução livre). Cf. Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, nº 75, §§ 41-44; cf. também Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo*. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C, nº 83, § 18.

> artículo 8.2. h. de la Convención Americana, en relación con el artículo 2 de la misma.[539]

Na espécie, visualizam-se as seguintes possibilidades: **a)** modificação da lei anticonvencional (adequação positiva); **b)** afastamento dos efeitos da lei anticonvencional (adequação negativa) – à semelhança da suspensão da execução de lei pelo Senado prevista no art. 52, X, CF –; **c)** supressão da lei anticonvencional (revogação); e **d)** edição de lei ou medida de outra natureza para tornar efetivos os direitos protegidos no sistema interamericano (suprimento de omissão).

Quanto ao item "b", trata-se de possível analogia com o artigo 52, X, CF - lei declarada inconstitucional pelo STF – apesar do recente entendimento germinado no Supremo no sentido de que tal dispositivo deva sofrer mutação constitucional (votos de Gilmar Mendes e Eros Grau).

> Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:
> (...)
> X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;
> (...)

Deve-se considerar, quanto à terminologia, as expressões "supressão" ou "retirada do ordenamento interno".

Finalmente, a última possibilidade refere-se à edição de lei ou medida de outra natureza para tornar efetivos os direitos protegidos no sistema interamericano (suprimento de omissão).

Genericamente, trata-se de suprir omissão legislativa com a edição de lei para tornar efetivos os direitos protegidos no sistema interamericano. Admite-se a edição de medidas de outra natureza que não legislativa (ex: medida administrativa), se for

---

[539] "Por outro lado, este Tribunal considera que, dentro de um prazo razoável, o Estado deve adequar seu ordenamento jurídico interno ao estabelecido no artigo 8.2. h. da Convenção Americana, em relação com o artigo 2 da mesma" (tradução livre). Cf. Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, nº 107, § 198.

suficiente para remediar o estado de violação e assegurar o efetivo gozo dos direitos violados.

No *Caso Fermín Ramírez v. Guatemala*,[540] *a* Corte Interamericana entendeu ser anticonvencional dispositivo penal que considerava a periculosidade do agente como critério para a qualificação típica dos fatos e aplicação de certas sanções, proclamando a violação pelo Estado dos artigos 4 (direito à vida), 8 (direito às garantias judiciais) e 25 (direito à proteção judicial efetiva), 1.1 (obrigação de respeitar os direitos) e 2 (dever de adotar disposições de direito interno) do Pacto de São José.

Entendeu a Corte que o Estado da Guatemala violou a Convenção Americana mediante a imposição da pena de morte a Fermín Ramírez sem dar-lhe oportunidade de exercer seu direito de defesa, tanto em relação à mudança dos fatos imputados na acusação quanto à sua qualificação jurídica – situação assemelhada à *mutatio libelli* do Código Penal Brasileiro, em que se deve abrir vista à Defesa para manifestação sobre a acusação mais grave então formulada. [541]

Assim se pronunciou o Tribunal da Costa Rica:

> En consecuencia, la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención. (…) Por todo lo anterior, la Corte considera que el Estado ha violado el artículo 9 de la Convención, en relación con el artículo 2 de la misma, por haber mantenido vigente la parte del artículo 132 del Código Penal que se refiere a la peligrosidad del agente, una vez ratificada la Convención por parte de Guatemala. [542]

A Corte determinou que a Guatemala deveria realizar um novo julgamento contra Fermín Ramírez, desta feita assegurando-lhe o devido processo legal com plenas garantias de audiência e defesa, e ordenou ainda ao Estado que se abstivesse de aplicar o artigo 132 do Código Penal que se referia à periculosidade do agente, modificando-o

[540] Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C, nº 126, §§ 54.13 e 54.14.
[541] Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C, nº 126, §§ 54.13 e 54.14.
[542] Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C, nº 126, §§ 96 e 98.

para adequá-lo ao Pacto de São José de modo a garantir o princípio da legalidade consagrado no artigo 9 do instrumento internacional.[543]

No *Caso Almonacid Arrelano y otros*, entendeu a Corte que o Chile incorreu em violações de direitos humanos em virtude da edição de um decreto-lei, embora tal edição se tenha dado antes da aceitação da competência contenciosa daquele Tribunal, uma vez que a partir da aceitação em tela o Estado Chileno passou a estar obrigado a adequar seu ordenamento interno ao Pacto de São José.

Assim registrou a Corte Interamericana:

> En lo que se refiere a la vigencia del Decreto Ley No. 2.191, no puede alegarse que el principio de ejecución del supuesto incumplimiento del artículo 2 de la Convención Americana se haya dado con la promulgación de éste en 1978, y que por ende la Corte no tiene competencia para conocer ese hecho. El principio de ejecución del supuesto incumplimiento del artículo 2 de la Convención Americana se produce cuando el Estado se obligó a adecuar su legislación interna a la Convención, es decir, al momento en que la ratificó. En otras palabras, la Corte no tiene competencia para declarar una presunta violación al artículo 2 de la Convención al momento en que dicho Decreto Ley fue promulgado (1978), ni respecto a su vigencia y aplicación hasta el 21 de agosto de 1990, porque hasta ese momento no existía el deber del Estado de adecuar su legislación interna a los estándares de la Convención Americana. No obstante, a partir de esa fecha rige para Chile tal obligación, y esta Corte es competente para declarar si la ha cumplido o no. [544]

---

[543] "7.El Estado debe llevar a cabo, en un plazo razonable, un nuevo enjuiciamiento en contra del señor Fermín Ramírez, que satisfaga las exigencias del debido proceso legal, con plenas garantías de audiencia y defensa para el inculpado. En caso de que se le impute la comisión del delito de asesinato, cuya tipificación estaba en vigor al momento de los hechos que se le imputaron, deberá aplicarse la legislación penal vigente entonces con exclusión de la referencia a la peligrosidad, en los términos del punto resolutivo siguiente. 8.El Estado debe abstenerse de aplicar la parte del artículo 132 del Código Penal de Guatemala que se refiere a la peligrosidad del agente, y modificar dicha disposición dentro de un plazo razonable, adecuándola a la Convención Americana, conforme a lo estipulado en su artículo 2, de manera que se garantice el respeto al principio de legalidad, consagrado en el artículo 9 del mismo instrumento internacional. Se debe suprimir la referencia a la peligrosidad del agente contemplada en ese precepto. Cf. Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C, nº 126, *Puntos Resolutivos*, §§ 7-8.

[544] "En lo que se refiere a la vigencia del Decreto Ley No. 2.191, no puede alegarse que el principio de ejecución del supuesto incumplimiento del artículo 2 de la Convención Americana se haya dado con la promulgación de éste en 1978, y que por ende la Corte no tiene competencia para conocer ese hecho. El principio de ejecución del supuesto incumplimiento del artículo 2 de la Convención Americana se produce cuando el Estado se obligó a adecuar su legislación interna a la Convención, es decir, al momento en que la ratificó. En otras palabras, la Corte no tiene competencia para declarar una presunta violación al artículo 2 de la Convención al momento en que dicho Decreto Ley fue promulgado (1978), ni respecto a su vigencia y aplicación hasta el 21 de agosto de 1990, porque hasta ese momento no existía el deber del Estado de adecuar su legislación interna a los estándares de la Convención Americana. No obstante, a partir de esa fecha rige para Chile tal obligación, y esta Corte es competente para declarar si la ha cumplido o no" (tradução livre). Cf. Cf. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, nº 154 § 50.

6.3. Relação com o Poder Judiciário

Tem-se: **a)** julgamento conforme a Convenção como controle prévio de convencionalidade; **b)** rescisão de decisão judicial que impôs sanção vedada pela Convenção – "efeito rescisório parcial" ou efeito rescisório reflexo –; **c)** novo julgamento, em revisão de decisão judicial ofensiva à Convenção por vício no processo (*error in procedendo*) – "efeito rescisório processual" ou efeito revisor –; **d)** rescisão de decisão judicial ofensiva à Convenção por erro de julgamento (*error in judicando*) – "efeito rescisório de mérito" ou efeito substitutivo reflexo –; e **e)** edição de lei ou medida de outra natureza para tornar efetivos os direitos protegidos no sistema interamericano (suprimento de omissão).

a) julgamento conforme a Convenção como controle prévio de convencionalidade

O julgamento conforme a Convenção como controle prévio de convencionalidade quer significar que, no julgamento de um caso concreto, o Poder Judiciário deve deixar de aplicar a lei anticonvencional na solução da lide, aplicando, em seu lugar, a Convenção,[545] ou dar para a solução do caso interpretação conforme a jurisprudência interamericana sobre o assunto em tela.

Trata-se, pois, de uma **interpretação ab-rogante**, na precisa lição de Norberto Bobbio exposta em *Teoria do Ordenamento Jurídico*:

> No primeiro caso, a operação feita pelo juiz ou pelo jurista chama-se *interpretação ab-rogante*. Mas trata-se, na verdade, de ab-rogação em sentido impróprio, porque, se a interpretação é feita pelo jurista, ele não tem o poder

[545] Como exemplo, tem-se a decretação da prisão civil do depositário infiel, antes da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de 03 de dezembro de 2008. Como o acórdão ainda não foi publicado, não é possível por ora tecer maiores comentários sobre a nova orientação daquela Corte Suprema sobre o tema.

> normativo e portanto não tem poder ab-rogativo (o jurista sugere solução aos juízes e eventualmente também ao legislador); se a interpretação é feita pelo juiz, este em geral (nos ordenamentos estatais modernos) tem o poder de não aplicar a norma que considerar incompatível no caso concreto, mas não o de expeli-la do sistema (de ab-rogá-la), mesmo porque o juiz posterior, tendo que julgar o mesmo caso, poderia dar ao conflito de normas uma solução oposta e aplicar bem aquela norma que o juiz precedente havia eliminado.[546]

Com efeito, uma saída para evitar a responsabilização internacional do Estado poderia ser que, exercendo um controle prévio de convencionalidade, os tribunais nacionais declarem inconstitucional a norma tida por anticonvencional, a exemplo do ocorrido no *Caso Suárez Rosero*, em que a Corte Suprema do Equador decidiu pela inconstitucionalidade da legislação penal antidrogas invocando sentença da Corte Interamericana proferida em outro caso. [547]

Nesse caso, o parâmetro seria a Constituição para o controle de constitucionalidade, e, por via reflexa, a própria Convenção para o controle de convencionalidade, com base nos preceitos relacionados à integração entre direito interno e direito internacional. Em outras palavras, o que viola o Pacto de São José automaticamente viola a própria Constituição.

b) rescisão de decisão judicial que impôs sanção vedada pela Convenção

A hipótese se refere à desconstituição de uma decisão judicial que impôs sanção vedada pela Convenção, rescisão que será efetivada pelo próprio órgão prolator da decisão ou por outro que lhe seja hierarquicamente superior, conforme a estruturação do Poder Judiciário no direito interno estatal. **A decisão não será totalmente**

[546] BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10ª ed., 1999, pp. 100-101.

[547] A Corte Suprema do Equador invocou a sentença da Corte Interamericana proferida no *Caso Loayza Tamayo*, no qual o tribunal interamericano entendeu pela anticonvencionalidade da legislação anti-terrorista do Peru. Registre-se que ambos são casos sem precedentes, pois no *Caso Loayza Tamayo* uma prisioneira detida com base em lei antidrogas foi libertada por ordem de uma corte internacional de direitos humanos, e no segundo a Suprema Corte de um país respaldou seu julgamento na sentença de uma corte internacional de direitos humanos.

desconstituída, apenas a parte que determinou a medida sancionatória proscrita. A condenação, em si, permanece, devendo-se substituir a sanção anticonvencional.

Exemplo: anulação parcial de sentença que impôs pena de morte, quando o Estado já a havia abolido, (precedente contra o Peru, que restabeleceu em sua ordem interna a pena de morte em casos de crimes graves, ferindo o compromisso internacional de não restabelecer a sanção já abolida). A pena deve ser substituída por outra.

Outro precedente da Corte Interamericana é o julgamento do *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, onde aquele Tribunal determinou expressamente que o Estado da Costa Rica tornasse sem efeito sentença penal condenatória de um jornalista, em virtude da suposta prática do crime de difamação:

> La Corte ha determinado que la sentencia emitida el 12 de noviembre de 1999 por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José que condenó penalmente al señor Mauricio Herrera Ulloa, conllevó una violación a su derecho a la libertad de pensamiento y de expresión (*supra* párrs. 130, 131, 132, 133 y 135), por lo cual el Estado debe dejar sin efecto dicha sentencia en todos sus extremos, incluyendo los alcances que ésta tiene respecto de terceros.
>
> Que el Estado debe dejar sin efecto, en todos sus extremos, la sentencia emitida el 12 de noviembre de 1999 por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, en los términos señalados en los párrafos 195 y 204 de la presente Sentencia.[548]

Daí a expressão **efeito rescisório parcial** (ou efeito rescisório reflexo), que ora propomos, por não se atacar propriamente o mérito da questão (porque a condenação subsistirá), mas por implicar a substituição da sanção proscrita pela Convenção.

c) novo julgamento, em revisão de decisão judicial ofensiva à Convenção por vício no processo (*error in procedendo*)

[548] Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, nº 107, §§ 195 e 207.4 (*Puntos Resolutivos*).

Trata-se de novo julgamento por vício no processo judicial interno, isto é, por *error in procedendo*. Exemplo: desrespeito às garantias relativas ao direito a um julgamento justo e à proteção judicial (artigos 8 e 25 da Convenção).

Devem-se realçar a respeito dois importantes precedentes da Corte Internacional de Justiça contra os Estados Unidos da América, envolvendo a violação ao direito de assistência consular a estrangeiros presos em território americano: a) ***LaGrand*** *(Germany v. United States of America)*[549] e ***Avena and Other Mexican Nationals*** *(Mexico v. United States of America)*.[550]

O caso *LaGrand* girou em torno da prisão, julgamento, condenação e execução de dois irmãos alemães, Karl e Walter LaGrand, sem que em momento algum tenham sido informados sobre o seu direito de receber assistência das autoridades consulares de seu país, conforme os artigos 5 e 36(2)(b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963.

Em 07 de janeiro de 1982, Karl e Walter LaGrand foram presos por assalto a mão armada a um banco em Marana, no estado do Arizona, durante o qual o gerente foi morto e outro funcionário ficou gravemente ferido. Em 17 de fevereiro de 1984 foram julgados e condenados pelo Tribunal Superior de Pima County, naquele estado, por um homicídio consumado e outro tentado, ambos em primeiro grau, além de tentativa de roubo e dois sequestros. Em 14 de dezembro de 1984, foram sentenciados à morte pelo homicídio, e à reclusão pelos demais crimes.[551]

Consta que os irmãos LaGrand descobriram seus direitos sobre assistência consular por outras fontes que não as autoridades americanas, e apenas em junho de 1992 os oficiais consulares da Alemanha foram cientificados do caso, passaram a visitá-

[549] Cf. ICJ. *LaGrand. (Germany v. United States of America), Judgment*. I.C.J. Reports 2001, p. 466.
[550] Cf. ICJ. *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Judgment*. I.C.J. Reports 2004, p.12.
[551] Cf. ICJ. *LaGrand. (Germany v. United States of America), Judgment*. I.C.J. Reports 2001, p. 466, §14.

los na prisão e ajudá-los em sua defesa, e suscitaram a omissão das autoridades americanas perante os tribunais federais por meio de *habeas corpus*, rejeitado sob o fundamento de preclusão face à alegação tardia da omissão apontada.[552]

Em 24 de fevereiro de 1999 Karl LaGrand foi executado, apesar das reiteradas tentativas das autoridades alemãs para o impedir, ficando prevista a execução de Walter LaGrand para 03 de março de 1999. Instada pela Alemanha, em 02 de março a Corte Internacional de Justiça expediu medidas provisórias ordenando a suspensão da execução até o julgamento final do caso.

Porém, o Governador do Arizona, a quem competia no âmbito interno estatal determinar a suspensão da execução, afirmou que *"...an order of the International Court of Justice indicating provisional measures is not binding and does not furnish a basis for judicial relief"*. No final do dia 03 de março de 1999, Walter LaGrand foi, então, executado.[553]

Importante notar que os Estados Unidos opuseram como exceção preliminar a incompetência da Corte Internacional de Justiça, alegando que os argumentos da Alemanha se sustentavam sobre o instituto da proteção diplomática – pertencente ao domíno do direito internacional consuetudinário –, e não da assistência consular – objeto da Convenção de Viena –, fato que não autorizaria a Alemanha a demandar perante o Tribunal da Haia.

Esposando entendimento que fortalece a proteção internacional dos direitos humanos, a Corte Internacional de Justiça rejeitou a exceção preliminar americana e afirmou não existir impedimento para que a Alemanha defendesse os direitos

---

[552] Cf. ICJ. *LaGrand. (Germany v. United States of America), Judgment*. I.C.J. Reports 2001, p. 466, §§ 22-23.

[553] "...uma ordem da Corte Internacional de Justiça indicando medidas provisórias não é vinculativa e não constitui fundamento para uma ordem judicial [no âmbito nacional]" (tradução livre). Cf. ICJ. *LaGrand. (Germany v. United States of America), Judgment*. I.C.J. Reports 2001, p. 466, § 33.

individuais de seus nacionais perante aquela Corte, ainda que com base no direito internacional costumeiro, *in verbis*:

> Moreover, the Court cannot accept the contention of the United States that Germany's claim based on the individual rights of the LaGrand brothers is beyond the Court's jurisdiction because diplomatic protection is a concept of customary international law. This fact does not prevent a State party to a treaty, which creates individual rights, from taking up the case of one of its nationals and instituting international judicial proceedings on behalf of that national, on the basis of a general jurisdictional clause in such a treaty.[554]

Na mesma linha de argumentação de alguns países denunciados perante o sistema interamericano de direitos humanos, com relação à Comissão e à Corte Interamericanas de Direitos Humanos, os Estados Unidos no caso *LaGrand* sustentaram que a Alemanha estava querendo transformar a Corte Internacional de Justiça em uma última instância de apelação acima da jurisdição nacional, pretendendo que o Tribunal da Haia corrigisse erros de julgamento de juízes americanos nos processos criminais no âmbito interno.[555]

A Corte da ONU deixou claro que sua função em nada se associa com a revisão de decisões judiciais domésticas, à guisa de um tribunal de cassação, mas tão-somente avalia se no caso sob sua apreciação houve alguma violação de obrigação internacional assumida pelo Estado denunciado, de modo a proclamar sua responsabilidade internacional, à qual correspondem as sanções internacionais cabíveis, conforme o caso.

Ademais, realçou a Corte que não estava em questão se a Alemanha, uma vez notificada sem demora sobre a prisão dos irmãos LaGrand, ter-lhes-ia efetivamente prestado assistência consular, ou se a prestação dessa assistência teria modificado o veredito da Justiça americana. Para a Corte, *"It is sufficient that the Convention*

---

[554] "Ademais, a Corte não pode aceitar a alegação dos Estados Unidos de que a demanda da Alemanha, baseada nos direitos individuais dos irmãos LaGrand, está além da jurisdição da Corte porque a proteção diplomática é um conceito de direito internacional consuetudinário. Esse fato não impede que um Estado, sendo parte de tratado que cria direitos individuais, assuma a defesa de um de seus nacionais em um caso e inicie procedimentos judiciais internacionais em favor daquele nacional, fundado numa cláusula jurisdicional geral contida nesse mesmo tratado" (tradução livre). Cf. ICJ. *LaGrand. (Germany v. United States of America), Judgment*. I.C.J. Reports 2001, p. 466, § 42.

[555] Cf. ICJ. LaGrand. (Germany v. United States of America), Judgment. I.C.J. Reports 2001, p. 466, §50.

conferred these rights, and that Germany and the LaGrands were in effect prevented by the breach of the United States from exercising them, had they so chosen". [556]

Vale observar que a Corte Internacional de Justiça desenvolve um juízo de convencionalidade – não chegando a configurar um controle de convencionalidade – sobre o direito processual norte-americano, entendendo que a regra da preclusão (*"procedural default"*) impediu os irmãos La Grand de alegar perante os tribunais daquele país a quebra do direito de assistência consular, consubstanciando violação ao artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, nessas palavras:

> In this case, Germany had the right at the request of the LaGrands "to arrange for [their] legal representation" and was eventually able to provide some assistance to that effect. By that time, however, because of the failure of the American authorities to comply with their obligation under Article 36, paragraph 1 *(b)*, the procedural default rule prevented counsel for the LaGrands to effectively challenge their convictions and sentences other than on United States constitutional grounds. As a result, although United States courts could and did examine the professional competence of counsel assigned to the indigent LaGrands by reference to United States constitutional standards, the procedural default rule prevented them from attaching any legal significance to the fact, *inter alia***,** that the violation of the rights set forth in Article 36, paragraph 1, prevented Germany, in a timely fashion, from retaining private counsel for them and otherwise assisting in their defence as provided for by the Convention. Under these circumstances, the procedural default rule had the effect of preventing "full effect [from being] given to the purposes for which the rights accorded under this article are intended", and thus violated paragraph 2 of Article 36. [557]

Daí a expressão **efeito rescisório processual** (ou efeito revisor), que ora propomos, porque não se ataca propriamente o mérito da questão, mas se trata da

[556] "É suficiente o fato de que a Convenção conferia esses direitos, e que a Alemanha e os irmãos LaGrand foram efetivamente impedidos de exercitá-los, caso o tivessem desejado, em virtude da falha dos Estados Unidos" (tradução livre). Cf. ICJ. *LaGrand. (Germany v. United States of America), Judgment*. I.C.J. Reports 2001, p. 466, § 74, *in fime*.

[557] "In this case, Germany had the right at the request of the LaGrands "to arrange for [their] legal representation" and was eventually able to provide some assistance to that effect. By that time, however, because of the failure of the American authorities to comply with their obligation under Article 36, paragraph 1 *(b)*, the procedural default rule prevented counsel for the LaGrands to effectively challenge their convictions and sentences other than on United States constitutional grounds. As a result, although United States courts could and did examine the professional competence of counsel assigned to the indigent LaGrands by reference to United States constitutional standards, the procedural default rule prevented them from attaching any legal significance to the fact, *inter alia***,** that the violation of the rights set forth in Article 36, paragraph 1, prevented Germany, in a timely fashion, from retaining private counsel for them and otherwise assisting in their defence as provided for by the Convention. Under these circumstances, the procedural default rule had the effect of preventing "full effect [from being] given to the purposes for which the rights accorded under this article are intended", and thus violated paragraph 2 of Article 36" (tradução livre). Cf. ICJ. *LaGrand. (Germany v. United States of America), Judgment*. I.C.J. Reports 2001, p. 466, § 91.

anulação do processo por vício que o invalida, por *error in procedendo*, com sua renovação desta feita observando as disposições da Convenção de modo que venha a ser proferido julgamento conforme os seus preceitos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem assentado reiteradamente em sua jurisprudência que podem surgir fatos independentes entre si no transcorrer de um processo, de modo a configurarem violações específicas e autônomas de denegação de justiça, a exemplo da decisão de um juiz de não permitir a participação do defensor do acusado no processo, ou a submissão do acusado a tortura ou maus-tratos para forçar uma confissão.[558]

Em *dictum* na sentença proferida no *Caso Almonacid Arrelano y otros v. Chile*, a Corte Interamericana enunciou outras hipóteses, conforme trecho a seguir transcrito:

> Esta Corte ha considerado que en el transcurso de un proceso se pueden producir hechos independientes que podrían configurar violaciones específicas y autónomas de denegación de justicia. Por ejemplo, la decisión de un juez de no permitir la participación del defensor del acusado en el proceso; la prohibición a los defensores de entrevistarse a solas con sus clientes, conocer oportunamente el expediente, aportar pruebas de descargo, contradecir las de cargo y preparar adecuadamente los alegatos; la actuación de jueces y fiscales 'sin rostro', el sometimiento al acusado a torturas o maltratos para forzar una confesión; la falta de comunicación al detenido extranjero de su derecho de asistencia consular, y la violación del principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia, entre otros. [559]

d) rescisão de decisão judicial ofensiva à Convenção por erro de julgamento (*error in judicando*)

---

[558] Cf. Corte IDH. *Caso Comunidad indígena Yakye Axa*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C, nº 125, § 117; cf. ainda Corte IDH. *Caso Tibi*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, nº 114, § 146.

[559] "Esta Corte tem considerado que no decorrer de um processo se podem produzir fatos independentes que poderiam configurar violações específicas e autônomas de denegação de justiça. Por exemplo, a decisão de um juiz de não permitir a participação do defensor do acusado no processo; a proibição aos defensores de entrevistar a sós os seus clientes, conhecer oportunamente o expediente, produzir provas de defesa, contrariar as de acusação e preparar adequadamente suas alegações; a atuação de juízes e promotores 'sem rosto', a submissão do acusado a torturas ou maus-tratos para forçar uma confissão; a falta de comunicação ao preso estrangeiro de seu direito de assistência consular, e a violação do princípio de coerência ou correlação entre acusação e sentença, entre outros" (tradução livre). Cf. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, nº 154 § 48.

Cuida-se de desconstituição de decisão judicial cujo mérito afronta disposição da Convenção, consubstanciando violação de direitos humanos nela protegidos por erro de julgamento (*error in judicando*). O erro de julgamento, aqui, confunde-se com o mérito da decisão.

Por exemplo: erro judiciário ao condenar-se pessoa acusada de crime, cuja inocência era manifesta ou veio a descobrir-se posteriormente. Se no âmbito estatal a condenação não for revertida, ao arrepio das provas da inocência, a Corte pode responsabilizar o Estado por ofensa ao devido processo e ao direito de reparação por erro judiciário.

Advirta-se que não se está a dizer que a Corte Interamericana, em sua sentença, haveria de absolver um condenado que reputasse inocente, agindo, assim, como um tribunal de cassação. De modo algum. A Corte Interamericana não é um tribunal penal, e ela própria já deixou isso assentado em sua jurisprudência, afirmando que a formulação de juízo de culpabilidade sobre alguém acusado da prática de delitos cabe, exclusivamente, ao Estado denunciado.

Cabe à Corte Interamericana, por sua vez, apreciar a responsabilidade internacional do Estado caso esse juízo de culpabilidade se tenha formado ao ao arrepio da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Por exemplo, caso o Estado não haja assegurado ao acusado as garantias de um processo justo, nos moldes da Convenção, o que caracteriza denegação de justiça.

Nesse sentido, eis como observou a Corte:

> Sobre la alegación del Estado antes señalada, la Corte considera pertinente aclarar que el presente proceso no se refiere a la inocencia o culpabilidad del señor Suárez Rosero de los delitos que le ha imputado la justicia ecuatoriana. El deber de adoptar una decisión respecto de estos asuntos recae exclusivamente en los tribunales internos del Ecuador, pues esta Corte no es un tribunal penal ante el cual se pueda discutir la responsabilidad de un individuo por la comisión de delitos. Por tanto, la Corte considera que la inocencia o culpabilidad del señor Suárez Rosero es materia ajena al fondo del presente caso. Por lo expuesto, la Corte declara que la solicitud del Estado es

> improcedente y determinará las consecuencias jurídicas de los hechos que ha tenido por demostrados. [560]

e) edição de lei ou medida de outra natureza para tornar efetivos os direitos protegidos no sistema interamericano (suprimento de omissão)

Genericamente, trata-se de suprir omissão legislativa com a edição de lei para tornar efetivos os direitos protegidos no sistema interamericano. Admite-se a possibilidade de edição de medidas de outra natureza que não legislativa (ex: medida administrativa), se for suficiente para remediar o estado de violação e assegurar o efetivo gozo dos direitos violados.

6.4. Relação com o Poder Executivo

Cuida-se aqui da análise da atuação do Poder Executivo face ao instituto do controle de convencionalidade, de forma preventiva para evitar a responsabilidade internacional do Estado Brasileiro, e também em momento posterior ao controle efetivado pela Corte Interamericana.

Dentre os aspectos relevantes, tem-se: **a)** veto da lei anticonvencional como controle prévio de convencionalidade; **b)** abstenção de aplicar a lei anticonvencional; e **c)** edição de lei ou medida de outra natureza para tornar efetivos os direitos protegidos no sistema interamericano (suprimento de omissão).

a) veto da lei anticonvencional como controle prévio de convencionalidade
b) abstenção de aplicar a lei anticonvencional

[560] "Sobre a alegação do Estado antes aludida, a Corte considera pertinente esclarecer que o presente processo não se refere à inocência ou culpabilidade do senhor Suárez Rosero pelos delitos que lhe imputou a Justiça equatoriana. O dever de adotar uma decisão a respeito desses assuntos recai exclusivamente nos tribunais internos do Equador, pois esta Corte não é em tribunal penal ante o qual se possa discutir a responsabilidade de um indivíduo pela prática de delitos. Portanto, a Corte considera que a inocência ou culpabilidade do senhor Suárez Rosero é matéria alheia ao mérito do presente caso. Diante do exposto, a Corte declara que a solicitação do Estado é improcedente e determinará as consequências jurídicas do fatos que tem por demonstrados" (tradução livre). Cf. Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C, nº 35, § 37.

A rigor, pode-se argumentar que a abstenção de aplicar a lei anticonvencional não constituiria controle de convencionalidade, e sim mera não aplicação da referida lei em homenagem ao princípio da "legalidade" (ou mesmo da "convencionalidade").

Considerando as particularidades descortinadas nesta tese envolvendo o controle de convencionalidade, no nosso sentir tal entendimento seria equivocado, pois a abstenção de aplicar a lei anticonvencional caracteriza comportamento ativo do Poder Executivo, embora a conduta consista numa omissão, num não-fazer.

c) edição de lei ou medida de outra natureza para tornar efetivos os direitos protegidos no sistema interamericano (suprimento de omissão)

Genericamente, trata-se de suprir omissão legislativa com a edição de lei para tornar efetivos os direitos protegidos no sistema interamericano. Admite-se a possibilidade de edição de medidas de outra natureza que não legislativa (ex: medida administrativa), se for suficiente para remediar o estado de violação e assegurar o efetivo gozo dos direitos violados.

6.5. Relação com o Ministério Público

Análise de como deve agir o Ministério Público face ao instituto do controle de convencionalidade, de forma preventiva para evitar a responsabilidade internacional do Estado Brasileiro, e também em momento posterior ao controle efetivado pela Corte Interamericana.

Alguns aspectos: **a)** abstenção da prática de ato de sua atribuição se contrário a disposição da Convenção; **b)** repetição de ato de sua atribuição de forma diversa da que fora praticada, de modo a concretizar disposição da Convenção; e **c)** não omissão na prática de ato de sua atribuição, de modo a *concretizar* disposição da Convenção.

a) abstenção da prática de ato de sua atribuição se contrário a disposição da Convenção

Cuida-se de hipótese em que o Membro do Ministério Público deve deixar de ofertar denúncia se a mesma se afigurar temerária aos olhos da Convenção. Exemplo: se o suporte fático-jurídico para oferecimento da denúncia for contrário à Convenção (ex: crime de opinião, tipificado no direito interno mas contrário à Convenção, por ofender a liberdade de expressão e pensamento).

b) repetição de ato de sua atribuição de forma diversa da que fora praticada, de modo a concretizar disposição da Convenção

O Membro do Ministério Público deverá renovar ato de sua atribuição já praticado, desta feita de forma diversa da que fora praticada, visando a concretizar disposição da Convenção.

Exemplo: oferecer denúncia como sucedâneo de indevida promoção de arquivamento de inquérito policial, pois à luz da Convenção o arquivamento consubstanciaria impunidade.

A propósito, a Corte Interamericana de Direitos, enunciando um amplo conceito de impunidade, chamou a atenção para o dever do Estado de combatê-la no *Caso da "Panel Blanca" (Caso Paniagua Morales y Otros)*, nas seguintes palavras:

> (...) a falta em seu conjunto de investigação, perseguição, captura, julgamento e condenação dos responsáveis pelas violações dos direitos protegidos pela Convenção Americana, uma vez que o Estado tem a obrigação de combater tal situação por todos os meios legais disponíveis já que a impunidade propicia a repetição crônica das violações de direitos humanos e a total vulnerabilidade (*indefensión*) das vítimas e de seus familiares (§ 173).

Para tanto, o Estado deve organizar o poder público para garantir às pessoas sob sua jurisdição o livre e pleno exercício dos direitos humanos, dever que se impõe "independentemente de que os responsáveis pelas violações destes direitos sejam

agentes do poder público, particulares, ou grupos deles" (*Caso da "Panel Blanca" ou Caso Paniagua Morales y Otros*, § 174).

Deve-se registrar, nesse contexto, o *Caso Simone André Diniz* contra o Estado Brasileiro, pendente de análise perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O relatório de admissibilidade foi positivo e já foi publicado, tendo sido deflagrado o processo de exame do mérito.

O caso envolve precisamente o arquivamento de inquérito policial, requerido pelo Ministério Público e acolhido pelo Poder Judiciário, por não ter sido vislumbrado suporte fático-jurídico para oferecimento de denúncia por crime de racismo. O caso envolveu a publicação de anúncio, em jornal de grande circulação, relativo a oferta de emprego de babá com restrição a mulheres negras ("preferência de cor branca").

c) não omissão na prática de ato de sua atribuição, de modo a *concretizar* disposição da Convenção

O Membro do Ministério Público deverá ser zeloso para, dentro do possível e do razoável, concretizar os direitos humanos protegidos pela Convenção por meio de sua atuação funcional.

Exemplo: não deixar escoar *in albis*, injustificadamente, o prazo para oferecer denúncia, sob pena de consubstanciar a impunidade. No nosso sentir, a hipótese não ofende a independência funcional do Membro do Ministério Público.

A pronta ação do Ministério Público, sobretudo para a concretização da persecução penal já que é ele titular do *jus puniendi* estatal nos crimes de ação pública, é fundamental para combater a impunidade.

Lembre-se o amplo conceito de impunidade enunciado pela Corte Interamericana de Direitos, no *Caso da "Panel Blanca" (Caso Paniagua Morales y Otros)*, chamando

a atenção para o dever do Estado de combatê-la. A Corte considerou como impunidade "a falta em seu conjunto de investigação, perseguição, captura, julgamento e condenação dos responsáveis pelas violações dos direitos protegidos pela Convenção Americana".

O Estado tem, portanto, a obrigação de combater a impunidade por todos os meios legais disponíveis, coibindo a repetição crônica das violações de direitos humanos e a total vulnerabilidade (*indefensión*) das vítimas e de seus familiares. E, com efeito, o Ministério Público exerce papel fundamental nesse contexto.

6.6. Relação com demais agentes do Estado: dever genérico de atuar conforme a Convenção e abster-se de violá-la

Trata-se do dever genérico que toca a todo e qualquer agente estatal de atuar conforme a Convenção e abster-se de violá-la. Cumpre registrar que por agente estatal a Corte Interamericana entende não somente os agentes públicos, mas também os particulares que agem em seu nome, por delegação ou sob sua supervisão.

A esse respeito, deve-se lembrar o *Caso Ximenes Lopes*, relativo ao assassinato de Damião Ximenes Lopes na cidade do Crato, estado do Ceará, paciente internado na Clínica Psiquiátrica Guararapes, a qual, embora fosse um estabelecimento particular, era conveniada com o Sistema Único de Saúde - SUS, e por isso a morte do paciente sob os seus cuidados gerou a responsabilidade internacional do Estado Brasileiro.[561]

[561] Cf. Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Excepción Preliminar*. Sentencia de 30 de noviembre de 2005. Serie C, nº 139; Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, nº 149.

7. ESTUDO DE CASO

7.1. Escorço histórico da Previdência Social no Brasil

A Emenda Constitucional 41/2003, de 19 de dezembro de 2003, modificou os artigos 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revogando o inciso IX do § 3° do artigo 142, e revogando também dispositivos da Emenda Constitucional 20, de 15 de dezembro de 1998.

Para a perfeita compreensão das alterações introduzidas pela Emenda Constitucional 41/2003, é preciso traçar breve escorço histórico da Previdência Social no Brasil. Para esse mister, será utilizado como fonte de referência trecho do voto da eminente Ministra Ellen Gracie, proferido no julgamento da Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3105/DF e nº 3128 pelo Supremo Tribunal Federal, de que foi relatora.

Segundo anota a Ministra da Excelsa Corte, a evolução do sistema de aposentadorias no setor público parte de sua caracterização inicial como **garantia** ou mesmo **prêmio**, assegurado ao servidor, em razão da natureza de seu vínculo com a atividade estatal.

A partir do Estatuto do Servidor Público de 1952, assume o caráter de *pro-labore facto*, ou seja, desdobramento de um pacto laboral onde a aposentadoria correspondia a uma extensão da remuneração da atividade. Antes disso, são três os marcos relevantes do sistema previdenciário do servidor público federal: a) a Constituição de 1934; b) a criação do IPASE, em 1938; e c) o estatuto de 1939, que previa a hipótese de aposentadoria por tempo de serviço.

A Constituição de 1934 deferiu a concessão de benefício integral a quem se tornasse inválido e contasse 30 anos de serviço ou, compulsoriamente aos 68 anos de idade. Com o advento do IPASE, em 1938, os funcionários públicos foram reconhecidos como categoria sócio-profissional com direito a tratamento à parte no sistema previdenciário. Enfim, o estatuto de 1939 previa a hipótese de aposentadoria por tempo de serviço.

Realça a Ministra do STF que, com a criação do Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado – IPASE, pelo Decreto-lei nº 288, de 23 de fevereiro de 1938, tornaram-se **contribuintes obrigatórios** os funcionários civis efetivos, interinos, ou em comissão (art. 3º, *a*), aos quais foram assegurados proventos de aposentadoria (art. 5º). A contribuição correspectiva, escalonada por faixas salariais, variava entre 4% e 7% (art. 22, *a*, *b*, *c* e *d*), e incidia sobre os vencimentos (art. 22, parágrafo único).[562]

As Constituições de 1946 e 1967, bem como a Emenda Constitucional nº de 1969, testemunham uma estrutura de sistema de aposentadorias que, basicamente, garante a percepção de tal benefício, por motivo de invalidez, implemento de idade e voluntária, atendido o requisito de **tempo de serviço**, para efeito de deferimento de **proventos integrais**. No quadro da Constituição de 1988, não foram diversas essas disposições.

As normas relativas ao Regime Jurídico Único, especialmente os artigos 183 e 231, definiram a criação do Plano de Seguridade do Servidor, cujo custeio ocorreria por meio do produto da arrecadação de contribuições sociais obrigatórias dos servidores, cabendo ao Tesouro Nacional complementar as necessidades financeiras de tal plano.

---

[562] Observa, nesse contexto, a Ministra Ellen Gracie: "Por isso, é errônea a afirmativa de que os servidores públicos federais nunca contribuíram ou pouco contribuíram para o sistema previdenciário próprio. Concorreram eles, de fato, para a formação de seu fundo de aposentadoria conforme as alíquotas estabelecidas pelo legislador e incidentes sobre o valor total de seus vencimentos. E, quando se diz que concorreram apenas para as pensões, tal argumento não tem o valor de infirmar o fato de que aposentadorias e pensões nunca são benefícios contemporâneos, extinguindo-se uma, quando a outra tem início".

Enquanto não editada lei que fixasse a alíquota de contribuição, foi mantida a de 6% então vigente para custeio do benefício de pensão. A Lei nº 8.162/91 (art. 9º) estabelecia alíquotas de contribuição que variavam entre 9% e 12%. Tal norma, submetida ao controle de constitucionalidade, foi afastada do ordenamento jurídico, conforme decisão na ADI 790, Rel. Min. Marco Aurélio, ao argumento básico da inexistência de regulamentação do Plano de Seguridade do Servidor.

Diante dessa síntese histórica, vê-se que até então a Previdência Social brasileira regia-se pelo **sistema de repartição simples**, apresentando-se os proventos de aposentadoria como prêmio recebido pelo servidor em face do tempo de serviço computado durante toda a sua vida de trabalho.

É com a Emenda Constitucional nº 3/1993, observa a relatora, que o direito previdenciário do servidor público perdeu, definitivamente, o caráter até então reconhecido de direito devido em razão do exercício do cargo. Com a expressa **natureza contributiva** que lhe foi conferida, justificou-se a instituição por lei de alíquota destinada ao custeio deste benefício, o que foi feito através da Lei nº 8.688/93, que alterou o artigo 231 do Regime Jurídico Único.

As alíquotas estabelecidas foram as mesmas antes previstas pela Lei nº 8.162/91, que deveriam incidir sobre a **totalidade da remuneração**, fixando-se o prazo de noventa dias para o encaminhamento ao Congresso Nacional de projeto de lei dispondo sobre o Plano de Seguridade do Servidor e sobre as alíquotas a serem observadas a partir de 1º de junho de 1994.

Estabeleceu-se também a obrigação de a União participar com recursos oriundos do orçamento fiscal em valor idêntico ao da contribuição de cada servidor e, com recursos adicionais, quando necessários, em montante igual à diferença entre despesas e receitas.

Posteriormente, a Medida Provisória nº 560/94, convertida na Lei nº 9.630/98, manteve até 30 de junho de 1997 as mesmas alíquotas anteriores e a mesma base de cálculo, ou seja, a totalidade da remuneração, unificando-as, definitivamente, a partir de 1º de julho do mesmo ano em 11%, permanecendo vigentes as regras relativas à participação da União, restando claro o compromisso desse ente com o custeio dos benefícios.

Vale salientar que a instituição de contribuição previdenciária para aposentados e pensionistas da União foi tentada por algumas vezes, como na Medida Provisória nº 1.415/96 e na Lei nº 9.783/99. Ambas tiveram sua eficácia suspensa, por decisões do Supremo Tribunal Federal.[563]

Aspecto relevante e parcialmente responsável pelo desequilíbrio de contas do Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) repousa no descumprimento ao disposto no art. 11, da Lei nº 8.162/91, que alterou o art. 247, da Lei nº 8.112/90, prescrevendo o ajuste de contas correspondente ao período de contribuição por parte dos servidores celetistas incorporados ao Regime Jurídico Único (RJU).

Isso porque passaram a aposentar-se com os direitos estabelecidos no art. 40 da Constituição Federal servidores que haviam contribuído, enquanto celetistas, para o então INPS.

No afã de minorar os efeitos da inexistência de compensação financeira entre os regimes, prevista no parágrafo 2º, do art. 202 da Constituição Federal, **admitiu-se, mediante o art. 17 da Lei nº 8.212/91 (redação dada pela Lei nº 9.717/98), que recursos do orçamento da seguridade pudessem contribuir para o pagamento dos encargos previdenciários da União.**

---

[563] ADI nº 2010 MC/DF, rel. Min. Celso de Mello. O Supremo Tribunal Federal julgou, em 1999, ser inconstitucional a instituição de contribuição previdenciária dos aposentados e pensionistas. Mais tarde se estaria desviando do entendimento firmado em seu julgamento anterior, ao declarar constitucional a Emenda 41/2003.

É com a Emenda Constitucional 20/98 e com a Lei nº 9.717/98 que se dá uma importante alteração no regime de previdência dos servidores públicos. Cria-se um regime próprio de previdência para o servidor público civil, de **caráter contributivo**.

Passa, por isso, a prevalecer o "tempo de contribuição" sobre o "tempo de serviço". Estabeleceram-se, também, limites de idade para aposentadoria e teto limite para os valores de aposentadoria e pensões, desde que implantados planos de aposentadoria complementar. Para viabilizar o financiamento da previdência foi autorizada a constituição de fundos integrados por recursos provenientes de contribuição e por bens, direitos e ativos de qualquer natureza (art. 250 da Constituição Federal).

Ainda foram fixados limites de comprometimento da receita líquida com o pagamento de aposentados e pensionistas (não excedente a 12%),[564] estabelecendo-se o teto para participação dos entes públicos no financiamento dos regimes próprios de previdência social (até o dobro da contribuição dos servidores).

7.2. Emenda Constitucional 41/2003: a contribuição previdenciária de servidores aposentados e pensionistas

Eis que, enfim, é aprovada a controversa Emenda 41/2003, pela qual a Previdência Social é definida como um sistema de **caráter contributivo e solidário**, ou, pela explicação da Exposição de Motivos, um sistema em que os inativos são chamados a contribuir para toda a Seguridade Social – Previdência, Assistência e Saúde – aí se incluindo o custeio do pagamento dos seus próprios proventos.

[564] Com a flexibilização do seu cumprimento para até 31 de dezembro de 2001, conforme a Medida Provisória nº 2.043/20, e, após, para 31 de dezembro de 2003, a teor da Medida Provisória nº 2.187/13.

Questionou-se, porém, que **a suposta natureza solidária não eliminou a anterior natureza contributiva**, continuando-se a exigir do servidor tempo determinado de contribuição para que possa aposentar-se. A novidade introduzida é que, em nome de uma pretensa "solidariedade", aposentados e pensionistas já em gozo da percepção dos seus proventos, foram verdadeiramente penalizados com a imposição da obrigação de contribuir novamente para o sustento do sistema **sem qualquer nova contraprestação**.

Pode-se perceber que a situação instaurada começa a dar sinais de anticonvencionalidade com relação ao Pacto de São José da Costa Rica, conduzindo à ideia de tributação sem causa suficiente, retrocesso social e quebra do projeto de vida dos servidores públicos aposentados e pensionistas, conforme adiante se esmiuçará.

Destaque-se que as modificações introduzidas no regime previdenciário não atingiram unicamente os servidores aposentados e pensionistas, mas alcançaram também os servidores públicos que estão na ativa, retirando-lhes legítimos direitos previdenciários previstos e assegurados pela moldura legal anterior – ao tempo do ingresso no serviço público.

Um dos principais aspectos combatidos foi a perda da paridade entre servidores ativos e inativos. A EC 41/2003 determinou que os reajustes dos aposentados não mais seguirão os reajustes dos servidores ativos, mas serão regulamentados por lei própria apenas para compensar a inflação. No que pese os aposentados pela legislação vigente antes da EC 41/2003 terem a paridade respeitada, aqueles que se aposentarem de acordo com o artigo 6º da Emenda terão direito tão-somente à chamada "paridade mitigada", parcial, não se incluindo todos os direitos e vantagens dos ativos conforme previsão legal ao tempo do ingresso no serviço público.

Estabeleceu-se ainda a perda da integralidade dos proventos, ao arrepio da garantia constitucional da percepção dos proventos integrais quando da aposentação, a ela só tendo direito os servidores que contarem 20 anos de serviço público, 10 de carreira, 5 no cargo e tiverem ingressado no serviço público até a data de promulgação da EC 41/2003, além de 60 anos de idade (homem) e 55 (mulher), e 35 anos de serviço (homem) e 30 (mulher), com redução de 5 anos para professor, desconsiderando-se todos os direitos e vantagens dos ativos conforme previsão legal ao tempo do ingresso no serviço público.

Não obstante as modificações introduzidas no sistema previdenciário, é certo que a natureza jurídica em si dos proventos de aposentadorias e pensões não mudou, continuando com seu caráter contributivo e de prêmio recebido pelo servidor, de modo a ampará-lo na velhice. Mas assim não entendeu o Pretório Excelso, declarando constitucional a EC 41/2003, o que ensejou denúncia contra o Estado Brasileiro perante o sistema interamericano de direitos humanos, conforme abordagem adiante.

7.3. Declaração de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal

Inconformada com tal estado de coisas, a sociedade brasileira clamou. Inúmeras foram as manifestações contrárias a essas erosivas reformas, em todos os segmentos sociais, com pronunciamentos de Parlamentares, Magistrados, membros do Ministério Público, da Ordem dos Advogados do Brasil, Juristas, Sindicatos, Estudantes, enfim, o país gritou em voz uníssona – *contra* o arbítrio da Administração e *em favor* do Estado de Direito.

Assim é que o Ministério Público, no exercício do seu relevante mister constitucional de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os direitos sociais e

individuais indisponíveis,[565] insurgiu-se em favor da sociedade brasileira através de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's), ajuizadas por duas associações nacionais representativas dos seus membros, quais sejam a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, e a Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR.

Assim, foram propostas contra a Emenda Constitucional 41/2003 a ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, 26.5.2004, e a ADI 3128, rel. Min. Ellen Gracie, 26.5.2004, respectivamente pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP e pela Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR.

Buscou-se junto ao Supremo Tribunal Federal a esperança de que fossem resguardados os direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida, à propriedade privada, à efetiva seguridade social, ao desenvolvimento progressivo dos direitos sociais, o respeito do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, impedindo o retrocesso em matéria social e garantindo a exequibilidade do projeto de vida de milhares de pessoas.

Afinal, a própria Corte Suprema realçou que a defesa da Constituição da República representa o encargo mais relevante do Supremo Tribunal Federal, nas palavras do eminente Ministro Celso de Mello:

> O Supremo Tribunal Federal – que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte – não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional. [566]

[565] Constituição Federal de 1988, artigo 127: "O Ministério Público é instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, o regime democrático e os direitos sociais e individuais indisponíveis"; Artigo 103, IX: "Podem propor ação de inconstitucionalidade: I a VIII – omissis; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional".

[566] ADI 2010, rel. Min. Celso de Mello.

Porém, para surpresa e desalento da sociedade brasileira, no julgamento conjunto das duas ADIs o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos (7 x 4), entendeu por convalidar a descabida vontade política da Administração Pública, declarando constitucional o texto da Emenda 41/2003, fazendo apenas tímida ressalva quanto ao teto máximo de isenção da cobrança da contribuição previdenciária instituída pela Emenda, de modo a elevar de R$ 1.505,23 para R$ 2.508,00 o valor não tributável dos proventos de aposentadorias e pensões dos servidores públicos titulares de cargo efetivo.

Durante o julgamento, inicialmente rejeitou-se a preliminar suscitada quanto à ilegitimidade ativa da CONAMP e da ANPR, entendendo-se que a CONAMP é entidade de classe, representativa da classe do Ministério Público, de âmbito nacional, e a ANPR representa integrantes de uma carreira cuja identidade é decorrente da própria Constituição (art. 128, I, a).

Acatou-se ainda a pertinência temática por ser possível o controle de constitucionalidade de Emendas Constitucionais quando houver controvérsia acerca do extravasamento dos limites impostos pela Constituição originária no artigo 60, § 4º, que enuncia as cláusulas pétreas – limites materiais ao Poder de Reforma, fora do alcance do Legislador Constitucional Derivado.

No mérito, a Ministra Ellen Gracie, relatora, julgou procedente o pedido, no que foi acompanhada pelo Ministro Carlos Ayres de Britto, para declarar a inconstitucionalidade do art. 4º, caput, §1º, incisos I e II, da EC 41/2003, por considerar que a norma impugnada ofendia dispositivos constitucionais que estariam a salvo da atividade reformadora (CF, art. 60, §4º, IV).

Referiu-se a relatora ao artigo 154, I, da Carta Magna, uma vez que a nova exação se acresceria à já incidente sobre os proventos e pensões na forma de Imposto sobre a Renda e os Proventos, sendo, por isso, incompatível com a garantia individual que veda ao Estado a bitributação.

Mencionou ainda o artigo 195, §5º, da Constituição de 1988, que impõe para o sistema previdenciário a manutenção do equilíbrio atuarial, porquanto a nova contribuição estaria despida de causa eficiente, em face da ausência de necessária contrapartida de novo benefício, bem como o seu artigo 150, II, em virtude de haver discriminação indevida entre contribuintes que se encontram em condição idêntica.

O Ministro Joaquim Barbosa, em divergência, julgou improcedente o pedido. Assentou que a vedação contida no art. 60, §4º, IV, da CF, não pode admitir conservadorismo irrazoável, de imutabilidade perpétua e antidemocrática, que impeça ponderação com outros princípios constitucionais, com fins de promover correções de desigualdade social.

Entendeu o Ministro que a EC 41/2003 não suprimiu direitos nem aboliu princípios imunes à ação do constituinte derivado, mas pretendeu fazer prevalecer o princípio da solidariedade, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (CF, art. 3º, I e III), sobre um "suposto direito adquirido de não pagar contribuição previdenciária", concluindo que o direito estampado no art. 5º, XXXVI, da CF, protege os direitos adquiridos somente contra iniciativa do legislador infraconstitucional, e não do constituinte derivado.

Foram citados os precedentes da ADI 1402 MC/DF (DJU de 29.2.96); ADI 1303/SC (DJU de 1.9.2000); ADI 2010/DF (DJU de 12.4.2002); ADI 159/PA (DJU de 2.4.2003); ADI 2713/DF (DJU 7.3.2003); ADI 2874/GO (DJU de 3.10.2003); e ADI 1557/DF (DJU de 15.4.2004).

O julgamento tomou o trágico rumo da improcedência do pedido após pedido de vista do Ministro Cezar Peluso, cujo voto norteou a decisão da maioria dos demais Ministros, tendo o Tribunal concluído o julgamento das ADIs na sessão do dia 18 de agosto de 2004.

Em síntese do julgamento, ressaltou-se inicialmente que as contribuições são tributos, sujeitas a regime jurídico próprio, e cuja propriedade decorre da destinação constitucional das receitas e da submissão às finalidades específicas estabelecidas pelo art. 149, da CF, do qual se extrai que as mesmas podem ser instituídas pela União e pelos Estados e Municípios como instrumento de atuação na área social.

Daí, por força do disposto no art. 195, da CF, com a redação da época da edição da EC 41/2003, a atuação estatal nas áreas da saúde, previdência e assistência social, cujos direitos são o conteúdo objetivo da seguridade social, deveria ser custeada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, por meio dos recursos provenientes dos orçamentos dos entes federados e das contribuições sociais previstas nos incisos I a III do referido artigo.

Em relação ao *caput* do artigo 4º da EC 41/2003, as ofensas alegadas pelos requerentes foram afastadas. Prevaleceu o entendimento de que, por serem as contribuições espécie de tributo, não há como lhes opor a garantia constitucional do direito adquirido, e que a norma que institui ou majora tributos incide sobre fatos posteriores à sua entrada em vigor, e que não consta do rol dos direitos subjetivos inerentes à situação de servidor inativo o de imunidade tributária absoluta dos proventos correlatos. [567]

[567] A esse respeito, sustentou-se que, sendo a percepção de proventos de aposentadorias e pensões fato gerador da contribuição previdenciária (EC 41/2003, art. 4º, parágrafo único), não obstante a condição de aposentadoria, ou inatividade, representar situação jurídico-subjetiva sedimentada que, regulando-se por normas jurídicas vigentes à data de sua consolidação, é intangível por lei superveniente no núcleo substantivo desse estado pessoal, não se poderia conferir ao servidor inativo nem ao pensionista verdadeira imunidade tributária absoluta, sem previsão constitucional, quanto aos fatos geradores ocorridos após a edição da EC 41/2003, observados os princípios constitucionais da irretroatividade e da anterioridade (CF, art. 150, III, a e art. 195, §6º).

Sustentou-se ainda que o princípio constitucional de irredutibilidade da remuneração dos servidores públicos não se estende aos tributos, porque não implica imunidade tributária, e que a utilização da percepção de proventos como fato gerador da contribuição previdenciária não configura *bis in idem* de imposto sobre a renda.

Quanto ao *bis in idem*, considerou o STF que as contribuições previdenciárias não constituem imposto, e que, para discerni-las, além do fato gerador e da base de cálculo, deve-se levar em consideração os fatores distintivos constitucionais da finalidade da instituição e da destinação das receitas (CF, arts. 149 e 195).

Assim, na visão do Tribunal não consubstancia bitributação o fato de as contribuições apresentarem a mesma base de cálculo do imposto sobre a renda em relação aos inativos, haja vista a existência de autorização constitucional expressa (CF, art. 195, II).

Esposou ainda a Suprema Corte que a contribuição instituída não se fazia sem causa, descabendo falar em confisco ou discriminação sob o fundamento de que não atendia aos princípios da generalidade e da universalidade (art.155, parágrafo 2º, I), já que recairia só sobre uma categoria de pessoas.

Segundo o STF, a EC 41/2003 transmudou a natureza do regime previdencial que, de solidário e distributivo, passou a ser meramente contributivo e, depois, solidário e contributivo, por meio da previsão explícita de tributação dos inativos, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, em face da necessidade de resolver o colapso havido no sistema, em decorrência, dentre outros fatores, da queda da natalidade, do acesso aos quadros funcionais públicos, do aumento da expectativa de vida do brasileiro e, por conseguinte, do período de percepção do benefício.

O principal argumento encampado pela maioria do Tribunal foi que o sistema previdenciário, objeto do artigo 40 da CF, nunca fora de natureza jurídico-contratual,

regido por normas de direito privado. O valor pago pelo servidor a título de contribuição previdenciária nunca teria sido nem seria mesmo prestação sinalagmática, mas tributo destinado ao custeio da atuação do Estado na área da previdência social.

Concluiu o Supremo Tribunal Federal que o regime previdenciário público visa a garantir condições de subsistência, independência e dignidade pessoais ao servidor idoso por meio do pagamento de proventos da aposentadoria durante a velhice e, nos termos do art. 195 da CF, deve ser custeado por toda a sociedade, de forma direta e indireta, o que se poderia denominar princípio estrutural da solidariedade.

Entendendo que o regime previdenciário assumiu caráter contributivo para efeito de custeio equitativo e equilibrado dos benefícios, sem prejuízo da observância dos princípios do parágrafo único do art. 194 da CF,[568] os elementos sistêmicos figurados no tempo de contribuição, no equilíbrio financeiro e atuarial e na regra de contrapartida deveriam ser interpretados em conjunto com os princípios inseridos no referido art. 194.

Não vislumbrou a Corte Suprema ofensa ao princípio da isonomia em virtude da cobrança em si da contribuição dos inativos. Argumentou a Corte que o advento da EC 41/2003 estabeleceu, em tese, a existência de três grupos de sujeitos passivos distintos: os aposentados até a data da publicação da Emenda,[569] os que se aposentarão após a data de sua edição, mas que ingressaram no serviço público antes dela,[570] e os que ingressaram e se aposentarão após a publicação da Emenda.[571]

---

[568] Com destaque para os princípios da **universalidade**, **uniformidade**, **seletividade** e **distributividade**, **irredutibilidade**, **equidade no custeio** e **diversidade da base de financiamento**. Cf. o artigo 194, parágrafo único, da CF: "Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I - universalidade da cobertura e do atendimento; II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV - irredutibilidade do valor dos benefícios; V - equidade na forma de participação no custeio; VI - diversidade da base de financiamento; VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados".

[569] Estes se aposentaram com vencimentos integrais.

[570] Numa fase de transição, poderão aposentar-se com proventos integrais, observadas as regras do art. 6º da EC 41/2003.

[571] Poderão, no caso do §14 do art. 40 da CF, sujeitar-se ao limite atribuído ao regime geral da previdência (CF, art. 201) e equivalente a dez salários mínimos.

Acrescentou o STF que o fato de já estarem aposentados à data da publicação da Emenda não poderia retirar dos servidores inativos a responsabilidade social pelo custeio do sistema, já que seu tratamento previdenciário é diverso do reservado aos servidores da ativa, assim como o caráter contributivo e solidário da previdência social impediria o que o Tribunal chamou de "distorção", que implicaria ofensa ao princípio da equidade na forma de participação de custeio (CF, art. 194, IV).[572]

D'outra banda, com relação ao parágrafo único do art. 4º da EC 41/2003, entendeu o Supremo Tribunal Federal configurada a violação ao princípio da igualdade, sob o argumento de que o fato de alguns serem inativos ou pensionistas dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios não legitimaria tratamento diferenciado dispensado aos servidores inativos e pensionistas da União, em idêntica situação jurídica, além de que o fato de ter-se aposentado o servidor antes ou depois da publicação da Emenda não justificaria tratamento desigual quanto à sujeição ao tributo.

Salientou o STF que o parágrafo único do art. 4º da EC 41/2003, ao criar exceção à imunidade prevista no §18 do art. 40 da CF, com a redação dada pela própria Emenda, faz exceção, da mesma forma, à imunidade do inciso II do art. 195 da CF, aplicável, por extensão, aos servidores inativos e pensionistas, por força da interpretação teleológica e do disposto no §12 do art. 40 da CF.

Diante disso, e considerando o caráter unitário do fim público dos regimes geral de previdência e dos servidores públicos e o princípio da isonomia, concluiu a Corte que o limite a que alude o inciso II do art. 195 da CF - R$ 2.400,00 (EC 41/2003, art. 5º) - haveria de ser aplicado a ambos os regimes, sem nenhuma distinção.

[572] Entendimento suscitado pelo Ministro Cezar Peluso.

Finalmente, o Supremo Tribunal Federal julgou, por maioria, improcedente o pedido em relação ao *caput* do art. 4º da EC 41/2003. Vencidos, no ponto, os Ministros Ellen Gracie, relatora, Carlos Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello, que consideravam que a norma impugnada ofendia dispositivos constitucionais que estariam a salvo da atividade reformadora (CF, art. 60, §4º, IV).

Declarou a Corte, por unanimidade, a inconstitucionalidade das expressões "cinquenta por cento do" e "sessenta por cento do" constantes, respectivamente, dos incisos I e II do parágrafo único do art. 4º da EC 41/2003, pelo que se aplica, à hipótese do artigo 4º da EC 41/2003, o §18 do artigo 40 do texto permanente da Constituição, introduzido pela mesma Emenda Constitucional.

7.4. Denúncia contra o Estado Brasileiro perante o Sistema Interamericano

A irresignação moveu a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP a promover denúncia à Comissão Interamericana de Direitos contra o Estado Brasileiro, atacando a Emenda Constitucional 41/2003 e a declaração de sua constitucionalidade, visando a expurgar seus efeitos da ordem jurídica pátria em virtude da clara anticonvencionalidade do diploma legal em comento em cotejo com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

O autor da presente tese foi incumbido da elevada e honrosa missão de ser o porta-voz da Nação Brasileira, por meio da indicação da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP e da Associação do Ministério Público de Pernambuco - AMPPE, causa que abraçou sem medida de esforços.

Assim, em 08 de fevereiro de 2005 protocolizou pessoalmente em Washington D.C.[573] a petição de denúncia junto à Comissão, oportunidade em que procedeu a sustentação oral perante os encarregados dos casos contra o Estado Brasileiro, com vistas a esclarecer todos os pontos da denúncia em sede de juízo prévio de admissibilidade.

A petição em referência recebeu o número **P-115-05**, tecendo minudente narrativa sobre os fatos ensejadores das violações de direitos humanos perpetradas pelo Estado Brasileiro, de modo a evidenciar a responsabilidade internacional da República Federativa do Brasil em face dos tratados internacionais no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos.

Aludindo ao resultado lesivo aos servidores aposentados e pensionistas, bem assim à qualificação dos servidores ativos como vítimas em potencial, a denúncia demonstrou a ocorrência de violação dos artigos 4 (direito à vida), 16 (direito à previdência), 21 (direito à propriedade privada), 25 (proteção judicial) e 26 (desenvolvimento progressivo) da Convenção Americana de Direitos Humanos, com relação às obrigações estabelecidas nos artigos 1.1 (obrigação de respeitar os direitos) e 2 (dever de adotar disposições de direito interno).

Além da denúncia formulada pelo autor da presente tese, por indicação da CONAMP e da AMPPE, também foram apresentadas petições por outras três entidades, a saber: a) Sindicato dos Médicos do Distrito Federal - SindMédico, b) Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal - Unafisco Sindical e c) Movimento dos Servidores Públicos Aposentados e Pensionistas - Mosap.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos reuniu todas as quatro petições para trâmite conjunto em face de disposição expressa em seu Regulamento, o qual

[573] Washington D.C. é onde está situada a sede da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no seguinte endereço: 1889 F Street, NW - Washington D.C, 20006 - United States of America.

preconiza que "se duas ou mais petições versarem sobre fatos similares, envolverem as mesmas pessoas ou revelarem o mesmo padrão de conduta, [a Comissão] poderá reuni-las e dar-lhes trâmite num só expediente".[574]

Desta feita, a petição **P-115-05 (Waldomiro Augusto de Almeida - CONAMP - e outros)**, de nossa autoria, assim como a **P-989-04** (Sindicato dos Médicos do Distrito Federal) e a **P-1133-04** (Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal), foram juntadas à petição **P-644-05** (Movimento dos Servidores Públicos Aposentados e Pensionistas), reunidas para trâmite conjunto.

Essa práxis prevista no Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos se assemelha, *mutatis mutandis*, ao instituto do litisconsórcio no Direito Processual Civil, sendo que as denúncias, embora versando sobre fatos similares, envolvendo as mesmas pessoas ou revelando o mesmo padrão de conduta, guardam suas características próprias conforme o caso concreto narrado em cada uma.

Dessa forma, são as petições consideradas individualmente quanto aos pedidos formuladas em cada uma, quanto à extensão dos danos sofridos e, consequentemente, às reparações estabelecidas pela Comissão e, se for o caso, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Enfim, a reunião das denúncias conforme previsão no Regulamento da Comissão não significa fundir as petições em uma só causa, como ocorre no litisconsórcio, mas tão-somente reuni-las em expediente único para tramitação conjunta de modo a facilitar a sua análise e até mesmo evitar decisões conflitantes.

O processamento dessas quatro denúncias tem-se dado dentro da normalidade. A República Federativa do Brasil foi notificada e, por intermédio da Advocacia Geral da União, prestou as suas informações sobre o caso em tela. Os denunciantes tiveram a

[574] Cf. artigo 29(1)(d) do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos: "A Comissão, atuando inicialmente por intermédio da Secretaria Executiva, receberá e processará em tramitação inicial as petições que lhe sejam apresentadas, de conformidade com as normas indicadas a seguir: (d) se duas ou mais petições versarem sobre fatos simulares, envolverem as mesmas pessoas ou revelarem o mesmo padrão de conduta, poderá reuni-las e dar-lhes trâmite num só expediente". O Regulamento pode ser encontrado no sítio oficial da Comissão, no seguinte endereço: http://www.iachr.org.

oportunidade de oferecer réplica, prestando observações sobre as informações prestadas pelo Estado Brasileiro.

Em homenagem ao contraditório e à ampla defesa, a Comissão Interamericana via de regra tem notificado o Estado Brasileiro sempre que uma petição dos denunciantes é juntada aos autos do processo, sendo a recíproca também verdadeira, estimando-se que ainda neste ano de 2009 haverá a Comissão de emitir seu relatório de admissibilidade sobre as denúncias em comento.[575]

Um dos principais argumentos levantados pelo Estado Brasileiro em sua defesa foi o da "fórmula da quarta instância", pela qual os denunciantes estariam pretendendo reverter a decisão judicial proferida pelo Supremo Tribunal Federal, para tanto se utilizando do sistema interamericano como juízo de cassação.

Não se trata de "reversão do acórdão" do Supremo Tribunal Federal que declarou a constitucionalidade da Emenda 41/2003, mas do afastamento dos seus efeitos por constituir legislação incompatível com a Convenção Americana, mesmo tendo sido declarada conforme o direito interno pela Suprema Corte brasileira, pois falhou aquele tribunal em prover Proteção Judicial adequada, comprometendo a essência do Acesso à Justiça, caracterizando violação dos Artigos 8 e 25 da Convenção.

É de todo improcedente a afirmação do Estado de que desejem os peticionários a revisão, pela Comissão ou pela Corte, de sentença proferida por tribunal nacional. Na verdade, o que desejam é que, em sede de controle de convencionalidade, seja proclamada a incompatibilidade da Emenda Constitucional 41/2003 – e legislações correlatas – com as disposições da Convenção invocadas na denúncia, tendo em vista os

[575] Cf. o artigo 37(1) do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos: "Uma vez consideradas as posições das partes, a Comissão pronunciar-se-á sobre a admissibilidade do assunto. Os relatórios de admissibilidade e inadmissibilidade serão públicos e a Comissão os incluirá no seu Relatório Anual à Assembléia Geral da OEA".

danos causados aos peticionários pela promulgação da Emenda e pela declaração de sua constitucionalidade pelo STF, que ensejou a sua permanência em vigor.

Conclui-se, enfim, que a finalidade da denúncia, ao contrário do que quer induzir o Estado denunciado, é aquilatar compatibilidade da legislação interna do Estado Brasileiro com as normas estabelecidas pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos – *in casu*, a Emenda Constitucional n° 41/2003 que instituiu a malsinada contribuição previdenciária (ato do Poder Legislativo), cobrada pela Administração (ato do Poder Executivo) sob o escudo da aparente legitimidade conferida pela declaração da sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (ato do Poder Judiciário), conformando situação continuada de violação à Convenção.

Observe-se que num primeiro momento a **promulgação da Emenda Constitucional n° 41/2003** constituiu violação de direitos humanos protegidos na Convenção Americana. Num segundo momento, também consubstanciou violação à Convenção a **decisão do Supremo Tribunal Federal**, declarando constitucional a Emenda combatida. E, enfim, também concorreu o Poder Executivo, pois, além de fomentar a promulgação da Emenda e proceder a injunções políticas junto à Suprema Corte para que a mesma fosse declarada constitucional, aplicou a norma em comento.

Vê-se, pois, que os atos violadores das disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos emanaram tanto do Poder Executivo, quanto do Poder Legislativo, como do Poder Judiciário, fazendo emergir a responsabilidade internacional do Estado Brasileiro e o seu dever de reparação aos lesados.

A esse respeito, veja-se que a responsabilidade internacional por violação de direitos humanos não é imputada ao Poder Judiciário, em virtude do julgamento do STF, ou ao Poder Legislativo, pela edição da Emenda 41, ou mesmo ao Poder Executivo, que implementou a cobrança da contribuição previdenciária por ela

instituída, mas **a responsabilidade é imputada ao ESTADO BRASILEIRO, em decorrência dos atos praticados pelos três poderes da República**.[576]

Comentando sobre a dúplice obrigação convencional de respeitar e garantir os direitos humanos, conforme disposto nos Artigos 1 e 2 da Convenção Americana, Antônio Augusto Cançado Trindade assim esclarece:

> Ao Poder Executivo incumbe tomar todas as medidas – administrativas e outras – a seu alcance para dar fiel cumprimento àquelas obrigações. A responsabilidade internacional sobrevive aos Governos, e se transfere a Governos sucessivos, precisamente por se tratar de responsabilidade do Estado.
> Ao Poder Legislativo incumbe tomar todas as medidas dentro de seu âmbito de competência, seja para regulamentar os tratados de direitos humanos de modo a dar-lhes eficácia no plano do direito interno, seja para harmonizar este último com o disposto naqueles tratados.
> E ao Poder Judiciário incumbe aplicar efetivamente as normas de tais tratados no plano do direito interno, e assegurar que sejam respeitadas. Isto significa que o Judiciário nacional tem o dever de prover recursos internos eficazes contra a violações tanto dos direitos consignados na Constituição como dos direitos consagrados nos tratados de direitos humanos que vinculam o país em questão, ainda mais quando a própria Constituição nacional assim expressamente o determina.
> O descumprimento das normas convencionais engaja de imediato a responsabilidade internacional do Estado, por ato ou omissão, seja do Poder Executivo, seja do Legislativo, seja do Judiciário. [577]

Assim, ao Estado como um todo, enquanto pessoa jurídica de direito internacional, é que se imputa a responsabilidade por violação de direitos humanos, devendo, assim, o Estado como um todo responder pelos atos de seus órgãos porque é uno e indivisível diante da comunidade internacional.

---

[576] Nesse ponto, vale lembrar que, manifestando-se como *amicus curiae* no processo de consulta perante a Corte Interamericana que originou o Parecer Consultivo nº 14/94, o Governo Brasileiro se manifestou contrário ao controle de convencionalidade, levantando dúvidas infundadas a respeito da responsabilização internacional do Estado, nessas palavras: "Quem e como responderia no Peru, se esse país, sem denunciar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, viesse a condenar e executar alguém em virtude de terrorismo? Os constituintes que estabeleceram o artigo 140 da Constituição vigente (lembre-se que a mesma acabou por ser aprovada em referendo popular), os juízes que pronunciaram a sentença ou quem efetivamente a executou?". A resposta, como anotado, é simples: será responsabilizado o Estado como pessoa jurídica de direito público externo. Nada impede, porém, que internamente a União Federal exerça seu direito de regresso contra os agentes públicos que, com suas condutas, deram causa à responsabilização do Estado.

[577] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O esgotamento de recursos internos no direito internacional*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, 2ª ed. atualizada, pp. 138-139.

7.5. Controle de convencionalidade da Emenda Constitucional 41/2003 e possíveis impactos no ordenamento jurídico brasileiro

O acolhimento da denúncia formulada contra a República Federativa do Brasil, atacando a anticonvencionalidade da Emenda Constitucional 41/2003, necessariamente se dará primeiro pela Comissão Interamericana, e, em caso de descumprimento pelo Estado Brasileiro das recomendações por ela expedidas, o caso será submetido à Corte Interamericana para apreciação em sede de sua competência contenciosa, culminando com a prolação de sentença contra o Brasil.

Naturalmente, se for alcançada solução amistosa com a mediação da Comissão, o caso será arquivado, podendo ser reaberto apenas se não cumprido o acordo pelo Estado Brasileiro, hipótese em que a Comissão submeterá o caso à apreciação da Corte e será instaurado um processo contencioso junto àquele tribunal internacional.

Aventando-se, pois, a inocorrência de conciliação e a submissão do caso à Corte, o caminho natural à luz do Pacto de São José da Costa Rica é que o tribunal venha a proferir sentença condenatória contra o Estado Brasileiro, na qual, reconhecendo as violações de direitos humanos conforme narrativa dos denunciantes, estabelecerá as reparações adequadas na espécie.

As possibilidades de solução vislumbradas no caso concreto, e os possíveis impactos da sentença da Corte no ordenamento jurídico pátrio em sede de controle de convencionalidade da Emenda Constitucional 41/2003, deverão assegurar aos peticionários o gozo efetivo dos direitos violados pelo Estado Brasileiro.

Como visto, cuida-se de desconstituição de decisão judicial proferida em sede de controle de *constitucionalidade*, por meio da qual foi declarada a constitucionalidade de

norma anticonvencional, pois mesmo reputada ela em conformidade com a Constituição do país (*i.e.*, com o direito interno), subsiste a sua *anticonvencionalidade*.

Considerando que a Emenda 41/2003 está em pleno vigor e produzindo seus nefastos efeitos, tem-se que o estado de violação no quadro do direito interno somente poderá remediado com a suspensão da sua execução ou mesmo o seu expurgo da ordem jurídica interna – o que se dará, com efeito, com a desconstituição da decisão judicial em tela.

Neste caso, caberá ao próprio STF a rescisão do seu acórdão proferido em sede de controle de constitucionalidade, para que, assim, em paralelo com os moldes do direito brasileiro, o juízo de anticonvencionalidade seja transplantado para o direito interno com os mesmos efeitos jurídicos da declaração de inconstitucionalidade da lei anticonvencional.

É o que denominamos **efeito rescisório de mérito** (ou efeito substitutivo reflexo), pois o próprio mérito da decisão judicial interna será desconstituído. O mérito da decisão deverá ser modificado pelo Estado violador por meio do STF, que proferirá nova decisão judicial. Veja-se que a hipótese não constitui revisão judicial por tribunal internacional, em suposta atuação como corte de cassação ("fórmula da quarta instância"), mas autêntica *restitutio in integrum* como reparação à violação que gerou a responsabilidade internacional do Estado.

A sentença da Corte Interamericana será o fator determinante a provocar o STF, harmonizando a desconstituição do seu aresto com o princípio dispositivo. Sem bem que, a nosso ver, não se poderia conceber ofensa a esse princípio neste caso se o STF se antecipasse à sentença da Corte e de ofício desconstituísse o seu próprio acórdão, fundamentando a medida na perspectiva de responsabilização do Estado Brasileiro pelo tribunal interamericano.

Isto evitaria a responsabilização internacional do Estado Brasileiro, ao menos no que tange à denegação de justiça perpetrada com o julgamento anticonvencional (declaração de constitucionalidade em afronta à Convenção), remanescendo a possibilidade de condenação no que tange às reparações por danos materiais e morais, além do restabelecimento do *status quo ante*, eliminando os efeitos produzidos pela declaração de constitucionalidade.

Indica-se, aqui, que o deslinde do controle de convencionalidade no caso da Emenda 41/2003 teria, necessariamente, efeitos *ex tunc*, com a consequente devolução aos aposentados e pensionistas dos valores cobrados indevidamente. Cumpre ressaltar, neste ponto, que será inadmissível qualquer pretensão de modulação dos efeitos por parte do STF, visto que o controle de convencionalidade terá sido desenvolvido pela Corte Interamericana, em decisão intangível pelo STF ou qualquer outro órgão do Estado Brasileiro.

8. CONCLUSÕES

Ao longo do presente trabalho, logrou-se demonstrar que o Direito Constitucional Internacional é ainda pouco explorado no Brasil, inexistindo uma consciência jurídica solidamente formada sobre a necessária interação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional. Essa afirmação pode ser feita, inclusive, no que diz respeito à normativa internacional dos direitos humanos, notadamente com relação ao sistema interamericano de proteção, no âmbito da Organização dos Estados Americanos.

Nesse contexto, foi amplamente realçado que o Pacto de São José da Costa Rica é um tratado internacional de profunda relevância para o direito pátrio, por estar inserido no arcabouço normativo da OEA, organização internacional da qual o Brasil é membro fundador. No entanto, apesar da importância do Pacto, o direito brasileiro ainda lhe dispensa tratamento generalista como se fosse "mais um tratado de direitos humanos", sem atentar para o **sistema jurídico supranacional** por ele instituído.

O ponto nodal desenvolvido na presente tese consiste na obrigação imposta pelo Pacto de São José, aos Estados partes, de sempre manterem seus ordenamentos jurídicos em conformidade com as disposições normativas desse tratado, obrigação que é refletida na própria expressão "controle de convencionalidade". A essência desse mecanismo de controle se funda, portanto, na **obrigação estatal de legislar conforme a Convenção Americana sobre Direitos Humanos**.

Essa obrigação de legislar conforme o Pacto de São José implica, naturalmente, a obrigação correlata do Estado de modificar seu direito interno para adequá-lo à normativa internacional de proteção dos direitos humanos, isto é, a **reforma** do ordenamento jurídico

estatal de modo a compatibilizá-lo com os tratados internacionais de direitos humanos aplicáveis aos Estados americanos.

Com efeito, por "reforma" não se entende apenas a modificação de leis internas enquanto produto do Poder Legislativo, mas de toda e qualquer norma em sentido amplo que constitua óbice à efetiva fruição dos direitos e garantias consagrados nessa normativa internacional de proteção. Estão abrangidas, portanto, as decisões do Poder Judiciário, as medidas administrativas do Poder Executivo e os demais atos normativos do Poder Público, generalizadamente.

O presente trabalho também cuidou de atacar a suposta importância da posição hierárquica do Pacto de São José no ordenamento jurídico interno. Isso em nada é importante aos olhos do Direito Internacional, que apreende as normas internas estatais como **meros fatos**, e não como normas jurídicas aplicáveis em seu julgamento, isto é, o que importa é se as disposições do tratado estão ou não estão sendo cumpridas pelo Estado, seja qual for a sua hierarquia normativa no âmbito doméstico.

Mostrou-se ainda no decorrer da tese que se o Pacto de São José deixa de ser observado por qualquer agente estatal, ou particular em nome do Estado, seja por ação ou por omissão, em especial sob a alegação de que alguma disposição do Pacto conflita com o direito interno, tal situação por si só já gera a **responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos**.

Nessa linha, como o sistema jurídico instituído pelo Pacto no âmbito da OEA tem natureza de supranacionalidade, devido aos seus mecanismos próprios de monitoramento do cumprimento desse tratado pelos Estados partes, qualquer situação de contrariedade ao Pacto configura o que denominamos de **inconvencionalidade** ou **anticonvencionalidade**.

Em conseqüência, existe no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos um verdadeiro mecanismo autônomo, com contornos próprios, de verificação da

adequação do ordenamento interno estatal às disposições normativas contidas no Pacto de São José, e a isso denominamos pioneiramente **controle de convencionalidade**.

O **pioneirismo** é objetivamente patente, pois a Corte Interamericana de Direitos Humanos só veio a utilizar a exata expressão *"control de convencionalidad"* ao proferir sentença em 26 de setembro de 2006, no julgamento do *Caso Almonacid Arellano y otros*. Com efeito, nosso projeto de tese foi apresentado em 2005, antes mesmo de a Corte fazer menção explícita a esse mecanismo em sua jurisprudência.

Ficou assente que o controle de convencionalidade se assemelha, na essência, ao instituto do controle de constitucionalidade: o que muda é o parâmetro do controle. O Pacto de São José – assim como qualquer tratado de direitos humanos aplicável no Brasil, por expressa dicção do próprio Pacto – será a norma paradigma a patir da qual se exercerá o juízo de adequação normativa do ordenamento interno estatal.

Apontaram-se as distinções relativas ao controle de convencionalidade no plano internacional e no plano interno, necessárias porque a forma como o controle é exercido varia conforme o plano em questão. A partir dessas distinções, foram sistematizadas as características do controle de convencionalidade no sistema interamericano em paralelo com o controle de constitucionalidade no Brasil, a seguir expostas.

No sistema interamericano, a anticonvencionalidade (ou inconvencionalidade) pode configurar-se por **ato comissivo** (por ação, por atuação ou positiva) ou por **ato omissivo** (por omissão, por inércia ou negativa), na medida em que a violação de direitos humanos se consubstancie numa conduta do Estado contrária às suas obrigações internacionais, ou repouse na sua omissão em concretizar os direitos da pessoa humana.

Ao contrário do âmbito nacional, em que se concebe vício formal, material e ético, no âmbito internacional cabe falar apenas em vício material, visto que as violações de direitos humanos não se prendem à inobservância do aspecto formal da

legislação interna estatal, do seu processo legislativo formal, mas da efetividade da proteção dos direitos e garantias consagrados na normativa internacional.

Observe-se que, mesmo quando se trate de uma "lei" em sentido amplo, cuja edição violou direito previsto no Pacto de São José por não preencher certos requisitos como abstração, generalidade e universalidade, ainda assim a inconvencionalidade do direito interno não será formal, mas material, porque o Estado, ao editar a norma nessas circunstâncias, inobservou seus deveres de respeito e garantia dos direitos humanos.

Quanto ao momento em que o controle de convencionalidade é efetuado, há também controle prévio (ou preventivo) e controle posterior (repressivo ou sucessivo), que pode ser desenvolvido tanto no plano do sistema jurídico nacional, mediante providências no âmbito interno estatal para neutralizar a inconvencionalidade e evitar a responsabilização internacional do Estado, quanto no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos, em que o controle se desdobra no seio da Comissão e da Corte Interamericanas.

Com relação à Corte Interamericana, o momento do controle e as suas consequências estão intimamente ligados ao tipo de competência que a Corte será chamada a exercer na apreciação da convencionalidade do ato normativo interno, isto é, a competência consultiva para emissão de parecer geral, ou a competência contenciosa para decidir caso concreto originado de denúncia contra o Estado.

No plano do sistema interamericano, só se pode falar em controle prévio quando o **órgão exercente do controle** for a Corte Interamericana no exercício de sua competência consultiva, pois se a Corte concluir em seu parecer que determinada lei ou projeto de lei contraria o Pacto de São José, por exemplo, cumprirá ao Estado correspondente abster-se de aprovar o projeto de lei nos moldes em que foi apreciado

pela Corte, ou, em se tratando de norma já promulgada, restará ao Estado modificá-la para a adequar ao Pacto, ou mesmo revogar referida lei.

Se o **órgão exercente do controle** for a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ou a Corte Interamericana no exercício de sua competência contenciosa, não haverá espaço para controle prévio porque esses órgãos funcionarão como instâncias de responsabilização internacional do Estado por violações já consumadas, em atuação que evidencia natureza repressiva. Assim, o controle de convencionalidade em casos concretos originados de denúncias formuladas à Comissão, e porventura encaminhados à Corte, será naturalmente posterior ou sucessivo.

No plano do ordenamento interno, pode-se falar em controle prévio se pensarmos em ações preventivas no âmbito estatal, quando ainda não esgotados todos os recursos da jurisdição doméstica. Em situações tais, caberá aos órgãos do próprio Estado, dentro de suas atribuições, tomar providências no âmbito interno para corrigir a situação anticonvencional antes que seja formulada alguma denúncia perante o sistema interamericano, evitando-se, assim, a responsabilização internacional do Estado porque terá sido sanada intermanete a inconvencionalidade.

Quanto ao modo ou forma do controle de convencionalidade, o sistema interamericano é dotado de um regime híbrido que concilia elementos do controle concentrado-abstrato e do controle difuso-concreto, em virtude das particularidades relacionadas com o momento do controle e os seus órgãos exercentes.

Assim, o controle operado pela Corte Interamericana no exercício de sua competência consultiva será sempre **abstrato**, pois ela não se estará manifestando sobre uma denúncia concreta de vítima individualizada, mas respondendo a consulta formulada por algum dos legitimados pelo Pacto de São José. Por não se tratar de caso contencioso, não proferirá sentença, mas emitirá parecer geral sobre dada situação.

São **legitimados** para provocar esse controle abstrato de convencionalidade em sede de competência consultiva da Corte Interamericana: a) qualquer Estado Membro da OEA, parte ou não do Pacto de São José, b) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, c) a Assembléia Geral da OEA, d) a Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, e) o Conselho Permanente da OEA, e f) a Comissão Consultiva de Defesa da OEA.

Outrossim, em se tratando da Comissão Interamericana, ou da Corte no exercício de sua competência contenciosa, esses órgãos funcionarão como instâncias de responsabilização internacional do Estado por violações denunciadas por vítima ou vítimas individualizadas. Nesses casos, o controle será sempre **concreto**, tendo em mente que a lei interna sob controle ou produziu efeitos concretos contra as vítimas ou está apta a produzi-los.

Quanto à **legitimação** perante a Corte Interamericana, somente os Estados partes do Pacto de São José e a Comissão Interamericana estão autorizados a submeter caso à decisão da Corte em sede de competência contenciosa. Já perante a Comissão, qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados Membros da OEA, pode apresentar petições com denúncias de violação de direitos humanos.

No exercício da sua competência consultiva, a Corte efetua um controle de convencionalidade **abstrato**, pois a manifestação do Tribunal não se prende a qualquer caso concreto sob exame, e na competência contenciosa da Corte o controle de convencionalidade será sempre **concreto**, porque dirigido a uma lei que impacta, concretamente, os direitos da vítima da violação pela sua tão-só existência. Assim, o controle será concreto mesmo sem a efetiva produção de efeitos concretos em prejuízo da vítima, ou sem a ocorrência de dano decorrente da aplicação da lei inconvencional,

pois será reputado dano à pessoa humana a simples existência de uma norma anticonvencional aplicável.

No entanto, **no plano do sistema interamericano** em qualquer hipótese o controle de convencionalidade será **concentrado**, perante a Corte ou ante à Comissão Interamericana, haja vista ser impossível *in casu* falar em controle **difuso** pelo simples fato de que a Comissão e a Corte são os únicos órgãos no sistema interamericano aptos para efetuar o controle, diferenciando-se os dois órgãos (para efeito do controle) pela natureza jurisdicional da Corte e o caráter quase-judicial da Comissão, apenas.

Observa-se, assim, que nesse sistema supranacional a identificação do aspecto concreto do controle de convencionalidade não decorre, como na ordem interna, do ajuizamento de uma ação com objeto distinto da declaração de inconvencionalidade, que constituiria questão prejudicial a ser resolvida pela Comissão e Corte, *incidenter tantum*, para depois decidirem sobre o mérito da ação.

Conclui-se, assim, que somente seria possível falar em controle difuso de convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos se, e somente se, existissem outros juízes ou órgãos com atribuição para efetuar o controle por via de exceção ao decidir um caso concreto sob sua apreciação – o que, de fato, não existe.

Já no plano da ordem interna, pode-se falar tanto em controle de convencionalidade **abstrato-concentrado** quanto em **concreto-difuso**, pois, como já ressaltado, qualquer agente estatal poderá (e, com efeito, deverá) agir como órgão exercente do controle, em postura preventiva ou repressiva, conforme as circunstâncias de cada caso e nos limites das atribuições legais e constitucionais de cada agente público – e isso inclui, por óbvio, o Poder Judiciário.

Qualquer juiz, em qualquer processo, poderá verificar se uma lei interna, aplicável ao caso sob exame, é compatível com os tratados internacionais de direitos humanos, e

desta forma poderá afastar a incidência dos seus efeitos naqueles autos. Está-se diante de **controle difuso** (e prévio) de convencionalidade, para o qual qualquer pessoa estará **legitimada**.

Em sede de **controle concentrado** também é possível verificar a adequação de uma norma interna ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Basta que se utilizem as ações próprias do controle de constitucionalidade para a consecução dos fins pretendidos no controle de convencionalidade. As ações são as mesmas, muda apenas o parâmetro do controle – que serão, necessariamente, as normas internacionais de direitos humanos. A **legitimação**, porém, será forçosamente limitada ao rol restritivo do artigo 103 da Constituição Federal.

Os **efeitos** da declaração de inconvencionalidade serão sempre *ex tunc*, tendo alcance temporal retroativo à data da promulgação da lei inconvencional que consubstanciou a violação de direitos humanos. Por ser a Corte Interamericana de Direitos Humanos o órgão máximo de interpretação e aplicação do Pacto de São José, a cuja sentença se deve curvar o Estado parte aceitante de sua competência contenciosa, todos os atos normativos dele emanados em desacordo com o Pacto estarão contaminados pela marca da anticonvencionalidade proclamada pela Corte.

Assim, impossível será a permanência de lei anticonvencional no ordenamento jurídico interno, sendo impossível também cogitar-se de **modulação de efeitos** por vontade do Estado denunciado, pois, só e somente só se a própria Corte Interamericana quisesse fixar eficácia prospectiva à sua sentença é que se admitiram efeitos *pro futuro* da declaração de anticonvencionalidade declarada.

Em nenhuma passagem, porém, da história ou da jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos a Comissão ou a Corte Interamericana aventou a

hipótese de retrospectividade limitada, depois de declarada a incompatibilidade do direito interno estatal com o Pacto de São José da Costa Rica.

Descabe falar em efeitos *inter partes* da declaração de inconvencionalidade no âmbito do sistema interamericano, visto que inexiste órgão de revisão acima da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e a Comissão também será a instância última de julgamento caso a denúncia não seja por ela submetida à apreciação da Corte.

A proclamação de inconvencionalidade de norma interna estatal terá, sempre, efeitos *erga omnes*, mesmo porque a sua permanência no ordenamento nacional poderia gerar a responsabilidade internacional do Estado caso viesse a ser aplicada (ainda que potencialmente) em detrimento de outras pessoas que não as vítimas do caso concreto, no qual a Corte declarou a inconvencionalidade da norma em questão.

Estabelecidos os traços característicos do controle de convencionalidade, tanto no plano interno quanto no plano internacional, propusemos a análise de alguns **possíveis impactos desse controle no direito brasileiro**. Com relação aos agentes públicos estatais em geral, foi realçado o dever genérico que toca a todo e qualquer agente público de atuar conforme a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e abster-se de violá-la.

Com relação ao Poder Legislativo, foram visualizadas as seguintes possibilidades: **a)** modificação da lei anticonvencional (adequação positiva); **b)** afastamento dos efeitos da lei anticonvencional (adequação negativa) – à semelhança da suspensão da execução de lei pelo Senado prevista no art. 52, X, CF –; **c)** supressão da lei anticonvencional (revogação); e **d)** edição de lei ou medida de outra natureza para tornar efetivos os direitos protegidos no sistema interamericano (suprimento de omissão).

Com relação ao Poder Judiciário, foram aventados os seguintes impactos: **a)** julgamento conforme a Convenção como controle prévio de convencionalidade; **b)**

rescisão de decisão judicial que impôs sanção vedada pela Convenção – "efeito rescisório parcial" ou efeito rescisório reflexo –; **c)** novo julgamento, em revisão de decisão judicial ofensiva à Convenção por vício no processo (*error in procedendo*) – "efeito rescisório processual" ou efeito revisor –; **d)** rescisão de decisão judicial ofensiva à Convenção por erro de julgamento (*error in judicando*) – "efeito rescisório de mérito" ou efeito substitutivo reflexo –; e **e)** edição de lei ou medida de outra natureza para tornar efetivos os direitos protegidos no sistema interamericano (suprimento de omissão).

Com relação ao Poder Executivo, tem-se o seguinte: **a)** veto da lei anticonvencional como controle prévio de convencionalidade; **b)** abstenção de aplicar a lei anticonvencional; e **c)** edição de lei ou medida de outra natureza para tornar efetivos os direitos protegidos no sistema interamericano (suprimento de omissão).

Enfim, com relação ao Ministério Público, foram destacados os seguintes pontos: **a)** abstenção da prática de ato de sua atribuição se contrário a disposição da Convenção; **b)** repetição de ato de sua atribuição de forma diversa da que fora praticada, de modo a concretizar disposição da Convenção; e **c)** não omissão na prática de ato de sua atribuição, de modo a *concretizar* disposição da Convenção.

Finalmente, conclui-se que o Estado Brasileiro precisa desenvolver uma **cultura jurídica interamericana**, a fim de evitar a sua responsabilização internacional pela Comissão e pela Corte Interamericanas de Direitos Humanos, devendo, também, atuar positivamente no plano para que as condutas estatais se coadunem com a normativa internacional de direitos humanos, sobretudo com a jurisprudência da Corte, intérprete última do Pacto de São José.

Essa observação é especialmente importante quando se observa a postura reticente dos Membros do Poder Judiciário em aplicar, adequadamente, os tratados internacionais

na ordem interna, concretizando os direitos humanos neles previstos. Cumpre destacar que aos juízes nacionais incumbe o dever de promoverem um controle prévio de convencionalidade no plano interno, a fim de evitar a responsabilização internacional do Estado, levando em conta nos seus julgamentos não apenas as disposições da Convenção, mas também a interpretação que dela fez a Corte Interamericana enquanto intérprete última desse tratado.

E, por fim, considerando a hipótese de **coisa julgada inconvencional** no âmbito interno estatal, ou seja, uma decisão judicial interna transitada em julgado em afronta ao Pacto de São José, impõe-se a sua desconsideração de modo a ficar sem efeito. Caberá a rescisão *ex officio* pelo órgão prolator da decisão ou por superior hierárquico, e, na sua inércia, a promoção pela vítima de ação anulatória do julgado inconvencional.

À guisa de exemplos, podem ser citadas as seguintes hipóteses: a) juiz ou tribunal decide trancar um processo ou absolver o responsável pela violação de direitos humanos, com o propósito de subtrair o acusado de sua responsabilidade penal; b) o procedimento não foi instruído de forma independente e imparcial, desatendendo às garantias do devido processo; c) falta de intenção real de submeter o responsável pela violação de direitos humanos à ação da Justiça.

Uma sentença proferida em tais circunstâncias produz uma **coisa julgada aparente ou fraudulenta**, de modo que, surgindo novos fatos ou provas que possam permitir a determinação dos responsáveis pela violação de direitos humanos, sobretudo em se tratando de crime contra a humanidade, **as investigações podem ser reabertas** mesmo existindo sentença absolutória transitada em julgado, pois as exigências da justiça, os direitos das vítimas e a letra e espírito do Pacto de São José se substituem à proteção do *ne bis in idem*.

À guisa de arremate, deve-se indagar: é plausível imaginar que, na realidade realidade brasileira, um juiz condene a União a custear um curso superior a uma mulher negra vítima de discriminação racial? Ou, ainda, que um juiz brasileiro determine a certa unidade federativa a designação de um dia do ano dedicado às vítimas de uma chacina ocorrida no estado? Enfim, que um magistrado nacional ordene a um Município que dê o nome da a uma praça, rua ou centro educativo, e lá coloque uma placa em sua homenagem?...

Parece-nos que não.

Os tribunais internacionais, notadamente a Corte Interamericana de Direitos Humanos, seguem **padrões muito mais elevados de justiça** na seara da proteção da pessoa humana, pois utilizam instrumentos normativos que constituem parâmetros também muito mais elevados de proteção: as normas internacionais de direitos humanos têm demonstrado ser mais protetivas do que as normas nacionais.

Não é sem razão que a doutrina costuma distinguir conceitualmente "direitos humanos" de "direitos fundamentais", apregoando que estes são, em última análise, aqueles que alçaram consagração na Constituição. Ora, a essência é a mesma. Ocorre que a vontade de consagrar certos direitos humanos em nível constitucional repousa no Estado, para o qual por vezes não se afigura conveniente o reconhecimento formal de alguns direitos na Constituição.

Passando de "direitos humanos" a "direitos fundamentais", esses direitos poderiam ser exigidos, num grau máximo de justiciabiliadade ou acionabilidade, já que cristalizados na Carta Magna do país. E por que não admitir esse mesmo grau com relação aos direitos ainda não "positivados" na Constituição, porquanto constituem normas constitucionais em sentido material?

Quando se trata, por sua vez, de concretizar direitos mediante ações legislativas, quer positivas quer negativas, produzindo normas concretizadoras ou deixando de produzir normas contrárias a essa concretização, o cenário parece piorar porque o Estado costuma invocar a sua "soberania" para fazer prevalecer a legislação interna sobre o arcabouço normativo internacional – ao arrepio da sua própria soberania já exercitada quando ratificou tratados internacionais de direitos humanos.

Neste ponto, o controle de convencionalidade apresenta-se como mecanismo hábil a neutralizar o arbítrio estatal, funcionando como verdadeiro sistema de ***"checks and balances"***, uma vez que poderá ser verificada por esse mecanismo a compatibilidade da legislação interna estatal com as normas internacionais de proteção dos direitos humanos, confrontando-se o teor da legislação doméstica com as obrigações internacionais assumidas pelo Estado.

Com efeito, esse controle de convencionalidade poderá ser desenvolvido tanto no plano interno quanto no plano internacional. No plano interno, será efetivado perante os órgãos estatais, e no plano internacional perante os órgãos do sistema interamericano de direitos humanos, nomeadamente a Comissão e a Corte Interamericanas de Direitos Humanos.

É certo que a Corte Interamericana tem pedagogicamente ordenado reparações às vítimas de violações de direitos humanos para além de indenizações compensatórias. As medidas de satisfação têm sido de grande valia para o despertamento do Estado para uma nova cultura de proteção dos direitos humanos, como a edificação de monumentos às vítimas de uma chacina, ou o custeio de curso superior para a vítima, ou mesmo um pedido formal de desculpas em ato público.

Em constatando a existência de leis internas em desacordo com o Pacto de São José da Costa Rica ou outros tratados aplicáveis aos Estados americanos, ou ainda em se

tratando de prolação de decisões judiciais com base nessas leis, deve o Estado estar ciente de que a legislação anticonvencional deverá ser revogada, e o processo judicial revisto, revertendo-se o veredito por desconformidade com a Convenção Americana.

Enfim, deve o Estado Brasileiro, assim como os demais Estados partes do Pacto de São José e todos os membros da Organização dos Estados Americanos, desenvolver uma cultural jurídica voltada para a fiel e correta aplicação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos, notadamente as contidas no Pacto de São José, bem como para **a interpretação que lhes dá a Corte Interamericana de Direitos Humanos na qualidade de sua intérprete última**.

Assim, estarão os Estados evitando que possam ser responsabilizados internacionalmente por violação de direitos humanos, e, com efeito, estarão assegurando a máxima proteção a todos quantos se encontrarem ao alcance de sua jurisdição, sob a sua tutela jurisdicional, debaixo do seu poder de império. Quem ganhará, em última análise, será sempre a pessoa humana.

9. REFERÊNCIAS

9.1. Livros

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência**. São Paulo: 3ª ed., Saraiva, 2005.

AFONSO DA SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: 21ª ed., Malheiros Editores, 2002.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria geral dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

ALMEIDA, Guilherme Assis de, PERRONE-MOISÉS, Cláudia (Coords.). **Direito Internacional dos Direitos Humanos. Instrumentos básicos**. São Paulo: Atlas, 2002.

ALMEIDA, Carlos Ferreira. **Introdução ao Direito Comparado**. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 1998.

ALVES, José Augusto Lindgren. **A arquitetura internacional dos direitos humanos**. Coleção Juristas da Atualidade (Coord. Hélio Bicudo). São Paulo: FTD, 1997.

_____. **Os direitos humanos como tema global**. Estudos, vol. 144. São Paulo: Perspectiva; Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1994.

ARRIGHI, Jean Michel. **OEA, Organização dos Estados Americanos**. Tradução de Sérgio Bath. Barueri: Manole, 2004.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 11ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ATHAYDE, Austregésilo de, IKEDA, Daisaku. **Diálogo: direitos humanos no século XXI**. Traduação de Nasako Ninomiya. Rio de Janeiro: Record, 2000.

BALDI, César Augusto. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BARBOSA, Ana Paula Costa. **A legitimação dos princípios constitucionais fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula [et al.]; Org.: Ricardo Lobo Torres. **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETO, Irineu Cabral. **A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada**. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo, Saraiva, 1996.

BATISTA JÚNIOR, Geraldo da Silva. **Exceção de pré-executividade: alcance e limites**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BILLIER, Jean-Cassien, MARYIOLI, Aglaé. **História da filosofia do direito**. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005.

BITTAR, Eduardo C. B. **Ética, educação, cidadania e direitos humanos**. Barueri: Manole, 2004.

_____. **Curso de Filosofia do Direito**. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

_____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Compilação por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2ª ed., Bauru: Edipro, 2003.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

_____. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus (Elsevier), 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BONIFÁCIO, Artur Corteza. **O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008 (Coleção Professor Gilmar Mendes, vol. 8).

BORGES, José Souto Maior. **Curso de Direito Comunitário: (instituições de direito comunitário comparado: União Europeia e Mercosul)**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BOSON, Gerson de Britto Mello. **Constitucionalização do direito internacional: internacionalização do direito constitucional - direito constitucional internacional brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BRAGA, Fernando Urioste. **Responsabilidad internacional de los Estados en los derechos humanos**. Montevideo, Buenos Aires: Júlio Cesar Faira Editor, 2002.

BREGALDA, Gustavo. **Direito internacional público e direito internacional privado**. São Paulo: Atlas, 2007.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BROWNLIE, Ian. **Principles of public international law**. 6th ed., New York: Oxford University Press, 2003.

BUERGENTHAL, T., SHELTON, D. **Protecting human rights in the Americas. Cases and materials**, Kehl, Strasbourg, N. P. Engel, Publisher, Arlington, fourth revised edition, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CASELLA, Paulo Borba. **Comunidade europeia e seu ordenamento jurídico**. São Paulo: LTr, 2004.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CASTRO, Thales. **Elementos de política internacional: redefinições e perspectivas**. 1ªed., 3ª tir., Curitiba: Juruá, 2007.

CHIMENTI, Ricardo Cunha (et. al.). **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional contemporânea**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. **Proteção internacional dos direitos humanos: a Corte Interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2007.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Documentos básicos em matéria de direitos humanos no sistema interamericano (atualizados em outubro de 2003)**. OAS/Ser.L/V/I.4, Rev. 10 (P), 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

CONCEIÇÃO, Selma Regina de Souza Aragão. **Direitos humanos: do mundo antigo ao Brasil de todos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CONI, Luís Cláudio. **A internacionalização do poder constituinte**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Comissão Nacional de Direitos Humanos. **Direitos humanos: conquistas e desafios**. Coordenação de Reginaldo Oscar de Castro. Brasília: Letraviva, 1999.

CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de Direito Comparado: introdução ao Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CORREIA, Theresa Rachel Couto. **Corte Interamericana de Direitos Humanos: repercussão juríca das opiniões consultivas**. Curitiba: Juruá, 2008.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição dirigente**. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 5ª ed., São Paulo: Dialética, 2007.

CUNHA, Paulo Ferreira da (Org.). **Direitos Humanos: teorias e práticas**. Coimbra: Almedina, 2003.

DANTAS, Ivo. **O valor da Constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Instituições de Direito Constitucional Brasileiro**. 2ª ed., Juruá, 2001.

_____. **Direito Constitucional Comparado. Introdução. Teoria e metodologia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Constituição Federal anotada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DAUDT, Gabriel Pithan. **Reservas aos tratados internacionais de direitos humanos: o conflito entre a eficácia e a promoção dos direitos humanos**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Três desafios para um direito mundial**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

DEMO, Pedro. **Éticas multiculturais: sobre convivência humana possível**. Petrópolis: Vozes, 2005.

DIMOULIS, Dimitri. **O caso dos denunciantes invejosos: introdução prática às relações entre direito, moral e justiça**. 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **A ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: parte geral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 8ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FELDMAN, Gustavo Esteban. **El Pacto de San José de Costa Rica**. Buenos Aires, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.

FELIPPE, Marcio Sotelo. **Razão jurídica e dignidade humana**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **A ciência do direito**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1980.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 1989.

FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

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

GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional**. Curitiba: Juruá, 2003.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados internacionais de direitos humanos e Constituição brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GARCIA JÚNIOR, Armando Álvares. **Conflito entre normas do Mercosul e direito interno: como resolver o problema? : o caso brasileiro**. São Paulo: LTr, 1997.

GEISLER, Norman L., FEINBERG, Paul D.. **Introdução à filosofia: uma perspectiva cristã**. Tradução de Gordon Chown. 2ª ed., São Paulo: Vida Nova, 1996.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GODINHO, Fabiana de Oliveira. **A proteção internacional dos direitos humanos (Coleção para entender)**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GOMES, Carla Amado. **A natureza constitucional do tratado da União Europeia**. Lisboa: Lex, 1997.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e Democracia: Teoria e Práxis**. São Paulo: Editora de Direito, 1998.

GRAU, Eros Roberto, GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

GUINSBURG, J. **A paz perpétua: um projeto para hoje**. São Paulo: Perspectiva, 2004.

HAMLYN, D. W. **Uma história da filosofia ocidental**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1987.

HANSKI, R., SUKSI, M. (Eds.). **An introduction to the international protection of human rights: A Textbook**, Åbo, Åbo Akademi University, second, revised edition, 2000.

JASPERS, Karl. **Introdução ao pensamento filosófico**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Motta. 9ª ed., São Paulo: Cultrix, 1993.

KANT, Emmanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

_____. **Doutrina do direito**. São Paulo: Ícone Editora, 1993.

_____. **Para a paz perpétua**, *In* GUINSBURG, J. **A paz perpétua: um projeto para hoje**. São Paulo: Perspectiva, 2004.

KELLY, J. M.. **A short history of western legal theory**. Oxford: Clarendon Press, 2005.

LEACH, Philip. **Taking a case to the European Court of Human Rights**. 2nd ed. p. cm. (Blackstone's human rights). New York: Oxford University Press, 2005.

LIMA JR., Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LIMA JR., Jayme Benvenuto (Org.). **Direitos humanos internacionais: avanços e desafios no início do século XXI**. Recife: Programa dhINTERNACIONAL, 2001.

_____. **Manual de direitos humanos internacionais: acesso aos sistemas global e regional de proteção dos direitos humanos**. 2ª ed., São Paulo: Edições Loyola, 2003.

LINHARES, Paulo Afonso. **Direitos fundamentais e qualidade de vida**. São Paulo: Iglu, 2002.

LITRENTO, Oliveiros. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. **Os tratados internacionais sobre direitos humanos na Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LYRA, Rubens Pinto (Org.). **Direitos humanos: os desafios do século XXI – uma abordagem interdisciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Teoria geral do direito: segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MAGALHÃES, José Carlos de. **O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAGNOLI, Demétrio. **Relações internacionais: teoria e história**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARTINS, Ana Maria Guerra (Coord.). **Estudos de Direito Europeu e Internacional dos Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

_____. **Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de: **O poder de celebrar tratados: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do**

Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª ed., Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, vol. 1, 2002.

_____. **Responsabilidade internacional do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

_____. **Direito Constitucional Internacional: uma introdução - Constituição de 1988 revista em 1994**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**. 2ª ed., Cascais: Principia, 2004.

_____. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. 7ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, Tomo I, Preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais, 2003.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, Tomo IV, Direitos Fundamentais, 2000.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil, volume 2: teoria geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução**. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpreteada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direito Constitucional**. 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORANGE, Jean. **Direitos humanos e liberdades públicas**. Tradução de Eveline Bouteiller. Barueri: Manole, 2004.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? : a questão fundamental da democracia**. Tradução de Peter Naumann. 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2000.

NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law**. São Paulo: Atlas, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 10ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NOGUEIRA, João Pontes, MESSARI, Nizar. **Teoria das relações internacionais: correntes e debates**. Rio de Janeiro: Editora Campus (Elsevier), 2005.

NOUR, Soraya. **À paz perpétua de Kant. Filosofia do direito internacional e das relações internacionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NOWAK, Manfred. **Introduction to the international human rights regime**. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2003.

OLIVEIRA, Almir de. **Curso de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OLIVEIRA, Manfredo, AGUIAR, Odílio Alves, SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva (Orgs.). **Filosofia política contemporânea**. Petrópolis: Vozes, 2003.

OLIVEIRA, Márcio Luís de (Coord.). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Document A/56/10*: Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session (23 April–1 June and 2 July–10 August 2001). *In:* **Yearbook of the International Law Commission:**

Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session, 2001, vol. II, Part Two. A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2). New York and Geneva, 2007.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Constituição e direito internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PASQUALUCCI, Jo M.. **The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

PEREIRA, Bruno Yepes. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PEREIRA, Luiz Cezar Ramos. **Costume internacional: gênese do direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

PISIER, Evelyne. **História das ideias políticas**. Tradução de Maria Alice Farah Calil Antonio. Barueri: Manole, 2004.

PLATÃO. **A República**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

PRADO, Luiz Regis, KARAM, Munir (Orgs.). **Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução do Prof. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado – Editor, Sucessor, 1979.

RAMOS, André de Carvalho Ramos. **Direitos Humanos em juízo. Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. **Processo internacional de Direitos Humanos. Análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002.

_____. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos. Seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis. Teoria e prática do Direito Internacional**. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2004.

_____. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 23ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

REGIS, André, MAIA, Luciano Mariz. **Direitos humanos, impeachment e outras questões constitucionais: uma coletânea de artigos**. Recife: Editora Base, João Pessoa: Editora Universitária, 2004.

RELATÓRIO BRASILEIRO SOBRE DIREITOS HUMANOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. Meio ambiente, saúde, moradia adequada e à terra urbana, educação, trabalho, alimentação, água e terra rural. Coordenador do Projeto Relatores Nacionais em DhESC Jayme Benvenuto Lima Jr. – Recife: GAJOP, 2003.

REZEK, J. F. **Direito Internacional Público: Curso elementar**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1991.

ROBERT, Cinthia, SÉGUIN, Elida. **Direitos Humanos, acesso à Justiça: um olhar da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Barueri: Manole, 2004.

RODRIGUES, Simone Martins. **Segurança internacional e direitos humanos: a prática da intervenção humanitária no pós-Guerra Fria**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RÖHRICH, Wilfried. **Los sistemas politicos del mundo**. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

ROSENFELD, A. **O problema da paz universal: Kant e as Nações Unidas**, *In*: GUINSBURG, J. A paz perpétua: um projeto para hoje. São Paulo: Perspectiva, 2004.

RUSSEL, Bertrand. **História do Pensamento Ocidental**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003.

SALDANHA, Nelson. **O declínio das nações e outros ensaios**. Recife: FUNDAJ, Editora Massangana, 1990.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

_____. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Cleber Mesquita dos. **Os direitos humanos, o Brasil e o desafio de um povo**. São Paulo: LTr, 1998.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

SCHWARTZ, Bernard. **Os grandes direitos da humanidade. "The Bill of Rights"**. Tradução de A. B. Pinheiro de Lemos. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1979.

SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. **Manual das organizações internacionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

SHIMURA, Sérgio. **Título executivo**. São Paulo: Método, 2005.

SIDOU, José Maria Othon. **Fundamentos do direito aplicado**. Rio de Janeiro: Forense Universitári, 2003.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e, ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

SOARES, Guido Fernando. **Curso de direito internacional público. Volume I**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2004.

SOUTO, João Carlos. **A União Federal em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2000.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. **O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TÔRRES, Anamaria Campos. **A busca e apreensão e o devido processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRAVIESO, Juan Antonio. **Historia de los derecehos humanos y garantías. Análisis en la comunidad internacional y en la Argentina**. Saraiva, 1991.

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

_____. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil**. 2ª ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

_____. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **Direito das organizações internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **O esgotamento de recursos internos no direito internacional**. 2ª ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

_____. **O Direito Internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002.

_____. **Princípios do Direito Internacional Contemporâneo**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

_____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, volume I, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, volume II, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

_____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, volume III, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

TRINDADE, A. A. C., PEYTRIGNET, G., DE SANTIAGO, J. R. **As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana. Direitos Humanos, Direito Humanitário e Direito dos Refugiados**. San José, Costa Rica, Brasília, Instituto Interamericano de Direitos Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro: Record, 1999.

VITORINO, António. **Protecção constitucional e protecção internacional dos direitos do homem: concorrência ou complementaridade?**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1993.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença civil: liquidação e cumprimento**. 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil 3**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

WUCHER, Gabi. **Minorias: proteção internacional em prol da democracia**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

YAMAMOTO, Toru. **Direito internacional e direito interno**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

ZYMLER, Benjamin. **Política e direito: uma visão autopoiética**. Curitiba: Juruá, 2002.

ZWEIGERT, Konrad, KÖTZ, Hein. **Introduction to Comparative Law**. Translation from the German by Tony Weir. Oxford: Clarendon Press, 3rd edition,1998.

9.2. Artigos em periódicos eletrônicos

ARAÚJO, Eugênio Rosa de. Recensão à obra "Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito", de Claus-Wilhelm Canaris, (Fundação Calouste-Gulbenkain. 2ª ed., Lisboa, 1996. *In*: **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, nº 19 - Direito Processual Civil, p. 251-267, 2007, disponível em <http://www.jfrj.gov.br/Rev%5FSJRJ/num19/resenhas/resenha_1.pdf>, acesso em 13 jun. 2008.

BOVINO, Alberto. A atividade probatória perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In*: **Revista Internacional de Direitos Humanos**, ano 2, nº 3, 2005, pp. 60-83, tradução do original em espanhol por Luis Reyes Gil, disponível em <http://www.surjournal.org/index3.php>, acesso em 03 jun. 2008.

LEMKE, Nardim Darcy. A incompletude do ordenamento jurídico e suas possíveis soluções. *In*: **Revista Jurídica - CCJ/FURB**, vol. 11, nº 21, pp. 100-132, jan.-jun., 2007, disponível em <http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/444/403>, acesso 12 jun. 08.

PIZZOL, Scheron Gabriela Dal. A influência das decisões da Corte Internacional de Justiça para o direito de comunicação consular. *In*: **Revista Eletrônica de Direito Internacional** [online]. Coordenação geral de Leonardo Nemer Caldeira Brant. Belo Horizonte, Centro de Direito Internacional, vol. 1, 2º semestre de 2007, pp. 673-723, disponível em <http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/indice.htm>, acesso em 16 jun. 2008.

QUEIROZ, Sheyla Barreto Braga de. A Corte Interamericana e a proteção dos direitos humanos. *In*: **Prima Facie**, João Pessoa, ano 4, nº 7, jul.-dez. 2005, pp. 60-78, disponível em <http://www.ccj.ufpb.br/primafacie/prima/artigos/n7/corte.pdf>, acesso em 04 jun. 2008.

REGIS, André. Intervenções humanitárias, soberania e a emergência da responsabilidade de proteger no Direito Internacional Humanitário. *In*: **Prima Facie**, João Pessoa, ano 5, nº 9, jul.-dez. 2006, pp. 5-17, disponível em <http://www.ccj.ufpb.br/primafacie/>, acesso em 04 jun. 2008.

9.3. Documentos oficiais eletrônicos

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission: Preparatory work within the purview of article 18, paragraph 1, of the of the International Law Commission. Memorandum submitted by the Secretary-General.** A/CN.4/1/Rev.1, 1949 Feb. 10, disponível em <http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_1_rev1.pdf>, acesso em 15 jun. 2008.

9.4. Outras publicações eletrônicas

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Sentenças internacionais no Supremo Tribunal Federal. *In*: **Correio Braziliense (Direito e Justiça)**, Brasília, 14 out. 2002, disponível em<http://www.juspodivm.com.br/novodireitocivil/ARTIGOS/convidados/att0369.pdf> acesso em 31 mai. 2008.

MEDEIROS, Luiz Afonso Costa de. **A implementação das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil**, Brasília, jul. 2007, disponível em <http://www.uca.portalabipti.org.br/portais/direitoshumanos/execucao_sentencas>,acesso em 31 mai. 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Implementação das obrigações, standards e parâmetros internacionais de direitos humanos no âmbito intragovernamental e federativo**. Disponível em <http://www.internationaljusticeproject.org/pdfs/Piovesan-speech.pdf>, acesso em 04 jun. 2008.

PORTAL DA JUSTIÇA FEDERAL, Notícia do Conselho da Justiça Federal, sob o título "**Decisões da Corte Interamericana têm eficácia e aplicação imediata, afirma ministro Dipp**", Brasília, 17 mai. 2005, disponível em <http://www.jf.jus.br/portal/publicacao/engine.wsp?tmp.area=83&tmp.texto=4077&acs.tamanho=&acs.img_tam=>, acesso 04 jun. 2008.

9.5. Anotações de aulas

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Anotações de aulas na 35ª Sessão de Ensino de Direitos Humanos**. Instituto Internacional de Direitos Humanos. Estrasburgo: 2004.

9.6. Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos

9.7. Pareceres Consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Corte IDH. **"Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982.** Serie A, nº 1.

Corte IDH. **El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982.** Serie A, nº 2.

Corte IDH. **Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984.** Serie A, nº 4.

Corte IDH. **Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986.** Serie A, nº 7.

Corte IDH. **Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993.** Serie A, nº 13.

Corte IDH. **Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos**

Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A, nº 14.

9.8. Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Corte IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, nº 154.

Corte IDH. **Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam.** Fondo. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C, nº 11.

Corte IDH. **Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam.** Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C, nº 15.

Corte IDH. **Caso Baldeón García Vs. Perú.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C, nº 147.

Corte IDH. **Caso Barrios Altos Vs. Perú.** Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, nº 75.

Corte IDH. **Caso Barrios Altos Vs. Perú.** Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C, nº 83.

Corte IDH. **Caso Barrios Altos Vs. Perú.** Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C, nº 87.

Corte IDH. **Caso Blake Vs. Guatemala.** Excepciones Preliminares. Sentencia de 2 de julio de 1996. Serie C, nº 27.

Corte IDH. **Caso Blake Vs. Guatemala.** Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie Serie, nº 36.

Corte IDH. **Caso Blake Vs. Guatemala.** Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de enero de 1999. Serie C, nº 48.

Corte IDH. **Caso Blake Vs. Guatemala.** Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de octubre de 1999. Serie C, nº 57.

Corte IDH. **Caso Bulacio Vs. Argentina.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C, nº 100.

Corte IDH. **Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia.** Excepciones Preliminares. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C, nº 17.

Corte IDH. **Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia.** Fondo. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C, nº 22.

Corte IDH. **Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia.** Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C, nº 31.

Corte IDH. **Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C, nº 123.

Corte IDH. **Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre 2004. Serie C, nº 117.

Corte IDH. **Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú.** Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 17 de noviembre de 1999. Serie C, nº 59.

Corte IDH. **Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú.** Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de Septiembre de 1998. Serie C, nº 41.

Corte IDH. **Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, nº 52.

Corte IDH. **Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, nº 98.

Corte IDH. **Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, nº 151.

Corte IDH. **Caso De la Cruz Flores Vs. Perú.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C, nº 115.

Corte IDH. **Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia.** Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C, nº 148.

Corte IDH. **Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala.** Excepciones Preliminares. Sentencia de 11 de Septiembre de 1997. Serie C, nº 32.

Corte IDH. **Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala.** Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, nº 63.

Corte IDH. **Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala.** Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C, nº 77.

Corte IDH. **Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú.** Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C, nº 55.

Corte IDH. **Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C, nº 71.

Corte IDH. **Caso El Amparo Vs. Venezuela.** Fondo. Sentencia de 18 de enero de 1995. Serie C, nº 19.

Corte IDH. **Caso El Amparo Vs. Venezuela.** Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Resolución de la Corte de 16 de abril de 1997. Serie C, nº 46.

Corte IDH. **Caso El Amparo Vs. Venezuela.** Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C, nº 28.

Corte IDH. **Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C, nº 126.

Corte IDH. **Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina.** Fondo. Sentencia de 2 de febrero de 1996. Serie C, nº 26.

Corte IDH. **Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina.** Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C, nº 39.

Corte IDH. **Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua.** Excepciones Preliminares. Sentencia de 27 de enero de 1995. Serie C, nº 21.

Corte IDH. **Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C, nº 30.

Corte IDH. **Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua.** Solicitud de Revisión de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Resolución de la Corte de 13 de septiembre de 1997. Serie C, nº 45.

Corte IDH. **Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, nº 107.

Corte IDH. **Caso Hilaire Vs. Trinidad y Tobago.** Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001 Serie C, nº 80.

Corte IDH. **Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C, nº 94.

Corte IDH. **Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C, nº 112.

Corte IDH. **Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú.** Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C, nº 54.

Corte IDH. **Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C, nº 74.

Corte IDH. **Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú.** Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 4 de septiembre de 2001. Serie C, nº 84.

Corte IDH. **Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras.** Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C, nº 99.

Corte IDH. **Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras.** Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de noviembre de 2003. Serie C, nº 102.

Corte IDH. **Caso La Cantuta Vs. Perú.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, nº 162.

Corte IDH. **Caso La Cantuta Vs. Perú.** Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2007. Serie C, nº 173.

Corte IDH. **Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas**. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, nº 73.

Corte IDH. **Caso Loayza Tamayo Vs. Perú.** Excepciones Preliminares. Sentencia de 31 de enero de 1996. Serie C, nº 25.

Corte IDH. **Caso Loayza Tamayo Vs. Perú.** Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C, nº 33.

Corte IDH. **Caso Loayza Tamayo Vs. Perú.** Interpretación de la Sentencia de Fondo. Resolución de la Corte de 8 de marzo de 1998. Serie C, nº 47.

Corte IDH. **Caso Loayza Tamayo Vs. Perú.** Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de junio de 1999. Serie C, nº 53.

Corte IDH. **Caso Loayza Tamayo Vs. Perú.** Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C, nº 42.

Corte IDH. **Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú.** Demanda de Interpretación de la Sentencia de Fondo y Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, nº 128.

Corte IDH. **Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C, nº 119.

Corte IDH. **Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala.** Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C, nº 105.

Corte IDH. **Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala.** Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C, nº 116.

Corte IDH. **Caso Nogueira de Carvalho y otro Vs. Brasil.** Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 28 de Noviembre de 2006. Serie C, nº 161.

Corte IDH. **Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C, nº 111.

Corte IDH. **Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador.** Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C, nº 35.

Corte IDH. **Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador.** Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 1999. Serie C, nº 51.

Corte IDH. **Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador.** Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C, nº 44.

Corte IDH. **Caso Tibi Vs. Ecuador.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, nº 114.

Corte IDH. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras.** Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C, nº 1.

Corte IDH. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras.** Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, nº 4.

Corte IDH. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras.** Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de agosto de 1990. Serie C, nº 9.

Corte IDH. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras.** Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C, nº 7.

Corte IDH. **Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil.** Excepción Preliminar. Sentencia de 30 de noviembre de 2005. Serie C, nº 139.

Corte IDH. **Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, nº 149.

9.9. Sentenças da Corte Permanente de Justiça Internacional

PCIJ. **The Mavrommatis Palestine Concessions**. Judgment on August 30, 1924. Ser. B., nº 3.

PCIJ. **Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia (The Merits)**. Judgment on May 25th, 1926. Ser. A., nº 7.

PCIJ. **Factory at Chorzów (Merits)**. Judgment on September 13th 1928. Ser. A., nº 17.

9.10. Pareceres consultivos da Corte Permanente de Justiça Internacional

CPJI. **Advisory Opinion nº 10. Exchange of Greek and Turkish Populations (Lausanne Convention VI, January 30th, 1923, Article 2).** February 21st, 1925. Ser. B, nº 10.

CPJI. **Advisory Opinion nº 17. Interpretation of the Convention Between Greece and Bulgaria Respecting Reciprocal Emigration, Signed at Neuilly-Sur-Seine on November 27th, 1919 (Question of the "Communities")**. *Short Title: The Greco-Bulgarian "Communities"*). July 31st, 1930. Ser. B, nº 17.