

# Modelos de controle de convencionalidade sob uma perspectiva otimizadora.

**Jânia Maria Lopes Saldanha**  
Universidade Federal de Santa Maria

**Lucas Pacheco Vieira**  
Universidade Federal de Santa Maria

## INTRODUÇÃO

O controle jurisdicional de convencionalidade é o *judicial review* das leis nacionais a partir das normas de direito internacional. Seus fundamentos político-jurídicos residem na obrigação dos Estados de cumprir efetivamente os pactos que assinam, no dever de boa-fé nas relações internacionais e no compromisso de preservar e fortalecer uma comunidade internacional regida pelo direito das gentes.

O mecanismo é efetivado em dois planos: o internacional e o interno. Em nível internacional, é efetuado pelas Cortes internacionais; enquanto no âmbito estatal, por analogia, deve ser feito pelos órgãos judiciais autorizados a fiscalizar a constitucionalidade das normas e atos do poder público.

No presente trabalho, o foco repousa sobre o controle de convencionalidade exercido pela Corte Interamericana e pelos tribunais e juízes dos Estados Partes da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Cuida-se, na primeira parte, da gênese do mecanismo na jurisprudência da Corte de San José. Em seguida, realiza-se uma análise das questões estruturais da aplicação do controle de convencionalidade, abrangendo os dois planos - interno e internacional - em que a ferramenta é utilizada. Examina-se temas como o órgão encarregado de realizar o controle, os legitimados para movimentar a jurisdição convencional, o parâmetro material, as técnicas de decisão e a eficácia das sentenças de inconvenção.

## **A gênese do controle jurisdicional de convencionalidade na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão jurisdicional do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em São José da Costa Rica em 22 de novembro de 1969, estabeleceu a Corte e a Comissão Interamericana como órgãos responsáveis pela implementação dos direitos humanos no Continente.

A Corte possui competência para exercer as funções consultiva e contenciosa. No plano consultivo, os Estados-membros da OEA, mesmo que não signatários do Pacto, podem submeter pedidos de opinião consultiva sobre a interpretação e o alcance da Convenção Americana ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos (art. 64, 1/CADH). Até novembro de 2012 haviam sido emitidas 20 Opiniões Consultivas.<sup>1</sup>

Na jurisprudência consultiva da Corte Interamericana encontram-se pareceres fundamentais para a construção pretoriana do controle de convencionalidade. Na Opinião Consultiva nº 1, de 1982, a Corte esclareceu a amplitude de sua competência consultiva, a maior entre os tribunais internacionais:

La competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano.<sup>2</sup>

Na Opinião Consultiva nº 7, de 1986, solicitada pela Costa Rica, a Corte afirmou que determinados dispositivos previstos na Convenção Americana são aplicáveis *per se*, não necessitando de regulamentação interna para o seu exercício. O dever de proteger os direitos e liberdades é derivado diretamente do texto convencional americano magno.

Na Opinião Consultiva nº 14, de 1994, a Corte decidiu que a expedição de uma lei manifestamente contrária às obrigações assumidas por um Estado ao ratificar ou aderir à Convenção Americana constitui uma violação desta, gerando a responsabilidade internacional do Estado se a violação afetar direitos e liberdades de indivíduos determinados.

Os pareceres consultivos mencionados contêm elementos fundamentais para a realização do *judicial review* por uma Corte internacional, quais sejam a vocação para a expansão dos parâmetros protetivos, a aplicabilidade direta das normas convencionais - refutando o caráter meramente programático - e a obrigatoriedade de o Estado não promulgar leis manifestamente contrárias ao texto convencional. Verifica-se o gérmen do legislador negativo,

---

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>> Acesso em: 23 de nov. de 2012.

<sup>2</sup> CORTE IDH. **Opinião Consultiva nº 1**. 24 de setembro de 1982. p. 14.

responsável por fiscalizar a produção (e a omissão) de normas domésticas com a finalidade de salvaguardar um catálogo de normas superiores em hierarquia e substância.

No plano da competência contenciosa, a Corte julga casos de violação a direitos humanos convencionais por parte dos Estados Partes. O reconhecimento da obrigatoriedade da jurisdição da Corte não se opera automaticamente no momento da ratificação ou da adesão à Convenção Americana, podendo a declaração ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. O direito a submeter um caso restringe-se à Comissão Interamericana e aos Estados Partes, sendo vedado o direito de petição individual. Em virtude do seu caráter de complementaridade, a Corte conhece apenas de casos em que tiverem sido esgotados todos os recursos na jurisdição interna e falharem as tentativas da Comissão de ajustar a conduta do Estado aos imperativos do direito internacional dos direitos humanos.

As decisões da Corte Interamericana, no plano contencioso, são obrigatórias e vinculantes para todos os Estados Partes que tiverem aceito sua competência. As sentenças devem ser fundamentadas, havendo a possibilidade da adição de votos separados ou dissidentes dos juízes.

Verificada a violação de direito ou liberdade protegidos na Convenção Americana, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados, bem como a reparação pelas consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, e ainda o pagamento de indenização justa à parte lesada. Atualmente, pode-se acrescentar inclusive a ordem de harmonização dos atos do Estado com os parâmetros protetivos estabelecidos no Pacto e na jurisprudência da Corte, o chamado controle de convencionalidade, tema do presente trabalho monográfico.

As sentenças da Corte de San José têm cuidado de diversas matérias sobre direitos humanos, tais como o direito à vida, o direito à integridade pessoal, o direito à proteção judicial, o direito às garantias processuais e o direito à proteção igual perante a lei.

Adentrando com maior incisão no tema da contribuição da jurisprudência da Corte Interamericana para o desenvolvimento do controle jurisdicional de convencionalidade, pode-se apontar o caso *Loayza Tamayo versus Peru* (1997) como o primeiro caso em que a Corte exerceu o *judicial review* de convencionalidade, apesar de não ter sido usada explicitamente esta denominação.<sup>3</sup>

A decisão da Corte Interamericana foi proferida em 17 de setembro de 1997. O Estado peruano foi condenado por violação vários dispositivos da

---

<sup>3</sup> A primeira vez que foi sustentado na Corte que esta deveria realizar o exame da compatibilidade da legislação de um Estado membro, no entanto, parece ter sido no caso *El Amparo*, julgado em 14 de setembro de 1996. Na espécie, o juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, em voto dissidente (sobre um dos pontos da sentença), defendeu que, “além das reparações e indenização ordenadas, deveria a Corte também ter procedido à determinação (solicitada pela Comissão Interamericana) da incompatibilidade ou não do Código de Justiça Militar da Venezuela (artigo 54 (2) e (3)) com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e de suas consequências (sic) jurídicas.” CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. V. I. Porto Alegre: Safe, 2003. p. 523.

Convenção Americana de Direitos Humanos, entre os quais a liberdade pessoal, a integridade, as garantias judiciais e a proteção judicial. É de se ressaltar a condenação por afronta ao art. 8 (4) do Pacto, cuja menção se deve à declaração da Corte que os decretos-leis peruanos que tipificavam os delitos de terrorismo e traição à pátria eram incompatíveis com o artigo 8 (4), exercendo pela primeira vez o controle jurisdicional de convencionalidade. O parágrafo 68 da sentença é cristalino sobre a incompatibilidade convencional destas leis peruanas:

68. Ambos decretos-leyes se refieren a conductas no estrictamente delimitadas por lo que podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como en otro, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces respectivos y, como en el caso examinado, de la “*propia Policía (DINCOTE)*”. Por lo tanto, los citados decretos-leyes en este aspecto son incompatibles con el artículo 8.4 de la Convención Americana.<sup>4</sup>

Numa demonstração de respeito à autoridade das decisões da Corte Interamericana, o governo peruano cumpriu a ordem da Corte de libertar a professora universitária Maria Elena Loayza Tamayo em 16 de outubro de 1997, e anunciou, ainda em outubro de 1997, o fim dos tribunais de juízes sem rosto no país.<sup>5</sup>

Aponta-se que o caso *Loayza Tamayo versus Peru* é o primeiro em que houve aplicação do controle jurisdicional de convencionalidade com amparo na observação de Antônio Augusto Cançado Trindade, no clássico *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, de que “foi esta a primeira vez em que a Corte sustentou, em um caso contencioso, que as disposições do direito interno eram incompatíveis com a Convenção Americana.”<sup>6</sup>

Pouco tempo depois, em novembro de 1997, a Corte Interamericana novamente afirmou a incompatibilidade de um dispositivo legal nacional com a Convenção Americana, desta vez no caso *Suárez Rosero vs. Equador*. Assim se pronunciou a Corte:

110. Por tanto,

**LA CORTE,**

por unanimidad (...)

5. Declara que el último párrafo del artículo sin numeración después del artículo 114 del Código Penal del Ecuador es violatorio del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con los artículos 7.5 y 1.1 de la misma.<sup>7</sup>

Conforme anota Cançado Trindade, a Corte de San José declarou que o art.

---

<sup>4</sup> CORTE IDH. **Caso Loayza Tamayo versus Peru**. Mérito, 17 de setembro de 1997. Parágrafo 68.

<sup>5</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. V. III. Porto Alegre: Safe, 2003. p. 69.

<sup>6</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. V. III. Porto Alegre: Safe, 2003. p. 69. É de se ressaltar igualmente que foi nesta sentença que a Corte se pronunciou pela primeira vez sobre o conceito de “projeto de vida”. Ibi dem. p. 76.

<sup>7</sup> CORTE IDH. **Caso Suárez Rosero versus Equador**. Mérito, 12 de novembro de 1997. p. 30.

114 do Código Penal equatoriano violava *per se* o artigo 2 da Convenção Americana, independentemente de ter sido a norma aplicada ou não no caso.<sup>8</sup> Trata-se da primeira vez em que a Corte “estabeleceu uma violação do artigo 2 do Pacto pela existência *per se* de uma disposição legal do direito interno.”<sup>9</sup> Nas palavras do emérito professor e juiz internacional, “é esta outra sentença de transcendental relevância na história da proteção internacional dos direitos humanos no continente americano”<sup>10</sup>, o que é corroborado por sua influência imediata sobre a jurisdição equatoriana, haja vista que a Corte Suprema do Equador declarou a inconstitucionalidade do referido dispositivo do Código Penal equatoriano pouco depois da sentença do caso *Suárez Rosero*.<sup>11</sup>

Em 2001, a Corte Interamericana voltou a proferir uma sentença histórica em que exerceu o controle jurisdicional de convencionalidade. Foi no caso “*A Última Tentação de Cristo*” (*Olmedo Bustos e outros*) *versus Chile*, decidido em 5 de fevereiro de 2001. Trata-se do *leading case* sobre liberdade de expressão no sistema interamericano.

Desta vez, a norma considerada inconveniente foi o artigo 19 (12) da Constituição do Chile, configurando-se uma situação em que poderia ser ferida a identidade e a vontade do povo chileno. Ciente das circunstâncias, a Corte Interamericana optou por não declarar abertamente a incompatibilidade da regra constitucional em questão.

Reconheceu-se o descumprimento dos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, fundamentos legais do controle jurisdicional de convencionalidade, e determinou-se a modificação do ordenamento jurídico chileno dentro do prazo de seis meses com a finalidade de suprimir a censura prévia, evitando, assim, mencionar expressamente o artigo 19 (12) do texto magno daquele país.

O caso paradigmático sucessivo é *Barrios Altos versus Peru*, julgado em 14 de março de 2001. Desta vez, a Corte não se limitou a determinar a incompatibilidade da norma estatal, indo além e declarando que as leis violadoras, na espécie, as leis de anistia peruanas, careciam de efeitos jurídicos. *In verbis*:

51. Por tanto,

**LA CORTE,**

**DECIDE:**

por unanimidad, (...)

3. Declarar, conforme a los términos del reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado, que éste incumplió los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 y de la violación a los artículos de la Convención señalados en el punto resolutivo 2 de esta Sentencia.

---

<sup>8</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Op. cit. p. 70.

<sup>9</sup> Ibidem. p. 70.

<sup>10</sup> Ibidem. p. 70.

<sup>11</sup> Ibidem. p. 70.

4. Declarar que las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos.<sup>12</sup>

A decisão provocou forte impacto no processo de anulação de leis de anistia no continente americano. Flávia Piovesan evidencia tal implicação com a decisão da Corte Suprema de Justiça Argentina que anulou, em 2005, as leis de ponto final (Lei n° 23.492/86) e obediência devida (Lei n° 23.521/87), adotando como precedente o caso *Barrios Altos*.<sup>13</sup>

No âmbito internacional, *Barrios Altos* consagrou-se como um *leading case* na jurisprudência da Corte de San José. O fundamento legal do controle jurisdicional de convencionalidade enquadrado nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, a declaração de incompatibilidade e o entendimento de que a lei nacional carece de efeitos jurídicos consolidam-se como os principais elementos do instituto, mesmo que ainda não houvesse sido utilizada a expressão controle de convencionalidade.

Em relação ao fundamento legal do mecanismo, a lição de Néstor Pedro Sagüés é lapidar. O eminente doutrinador argentino ensina que o artigo 1º estabelece dois deveres específicos para os Estados que aderiram ao Pacto de San José: a) respeitar os direitos da Convenção, e b) garanti-los, sem discriminação. O artigo 2º, por sua vez, obriga os Estados a adotar “disposições legislativas ou de outro caráter” necessárias para conferir efetividade [que] aquela garantia, estando presente neste ponto a ideia de “efeito útil” das normas convencionais interamericanas.<sup>14</sup>

Chega-se, então, ao caso *Myrna Mack Chang versus Guatemala*, em que o juiz Sergio García Ramírez, em voto concorrente, utilizou pela primeira vez a expressão controle de convencionalidade. Trata-se do *Marbury vs. Madison* em matéria de controle de convencionalidade ou do equivalente ao *Dr. Bonham's Case*, para os que consideram que o controle de constitucionalidade surgiu na Inglaterra em 1610.

A decisão não contém a declaração da incompatibilidade de dispositivo específico da legislação interna da Guatemala. Consta nos parágrafos 276 e 277, confirmados no *punto resolutivo* n° 6 da sentença, a advertência de que o Estado não deve recorrer a figuras como a anistia, a prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade para não punir os responsáveis pelos fatos do caso, citando o precedente *Barrios Altos*. Ainda, ordenou que o Estado removesse todos os obstáculos e mecanismos de fato e de direito que mantinham a impunidade no caso.<sup>15</sup>

No entanto, foi neste caso que o juiz Sergio García Ramírez defendeu que a jurisdição da Corte Interamericana traz consigo o “controle de

---

<sup>12</sup> CORTE IDH. *Caso Barrios Altos versus Peru*. Mérito, 14 de março de 2001.

<sup>13</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 152.

<sup>14</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro. “Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad.” *Revista Estudios Constitucionales*. Ano 8, n° 1, Chile, 2010. p. 118.

<sup>15</sup> CORTE IDH. *Caso Myrna Mack Chang versus Guatemala*. Mérito, reparações e custas. 25 de novembro de 2003. p. 129 e 135.

convencionalidade”.<sup>16</sup> No trecho, argumentava que o Estado vem perante a Corte de forma integral, não podendo ser seccionado no que tange à responsabilidade internacional. Assim, não poderia subtrair determinados órgãos internos da submissão à jurisdição contenciosa interamericana, deixando a atuação destes órgãos fora do “controle de convencionalidade”.<sup>17</sup> No Caso *Tibi versus Equador*, de 7 de setembro de 2004, García Ramirez comparou a função da Corte Interamericana com a dos tribunais constitucionais. A primeira deveria conformar as atividades dos Estados com as normas, princípios e valores da ordem internacional, enquanto as cortes constitucionais conformam estas atividades às Constituições. De um lado, a Corte Interamericana resolveria questões relativas à convencionalidade dos atos do poder público e outros agentes sociais; de outro, os tribunais constitucionais controlariam a constitucionalidade desses atos.<sup>18</sup>

Em outro voto concorrente, desta vez no Caso *López Álvarez versus Honduras*, julgado em 1º de fevereiro de 2006, o juiz García Ramírez classificou o controle de convencionalidade como a verificação da compatibilidade entre a conduta do Estado e as disposições da Convenção.<sup>19</sup> Em seguida, no Caso *Vargas Areco versus Paraguai*, também julgado em 2006, o jurista mexicano fez uma ressalva a respeito dos limites do exercício do controle de convencionalidade pela Corte Interamericana. Afirmou que a Corte Interamericana não pode nem pretende converter-se em uma nova e última instância para conhecer uma controvérsia suscitada na ordem interna.<sup>20</sup>

Somente no Caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, de 26 de setembro de 2006, a Corte Interamericana se pronunciou a respeito do controle de convencionalidade. Transcreve-se abaixo o histórico parágrafo:

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

---

<sup>16</sup> CORTE IDH. Caso **Myrna Mack Chang versus Guatemala**. Mérito, reparações e custas. 25 de novembro de 2003. Voto concorrente do juiz Sergio García Ramírez. Parágrafo 27. p. 7.

<sup>17</sup> Idem. Voto concorrente do juiz Sergio García Ramírez. Parágrafo 27. p. 7.

<sup>18</sup> CORTE IDH. **Caso Tibi versus Equador**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. 07 de setembro de 2004. Voto concorrente do Juiz Sergio García Ramírez. Parágrafo 3.

<sup>19</sup> CORTE IDH. **Caso López Álvarez versus Honduras**. Mérito, reparações e custas, 1 de fevereiro de 2006. Voto concorrente do Juiz Sergio García Ramírez. Parágrafo 30.

<sup>20</sup> CORTE IDH. **Caso Vargas Areco versus Paraguai**. Sentença, 26 de setembro de 2006. Voto concorrente do Juiz García Ramírez. Parágrafo 6.

hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.<sup>21</sup>

A Corte de San José vinculou o conceito de obrigação internacional com a tarefa do Poder Judiciário de exercer uma espécie de controle de convencionalidade, estabelecendo o artigo 27 da Convenção de Viena de 1969 como fundamento maior do extrato. Como parâmetro, os juízes nacionais deveriam adotar a Convenção Americana de Direitos Humanos e a jurisprudência da Corte.

No dispositivo da sentença, a Corte declarou a incompatibilidade do Decreto Lei nº 2.191/78, que perdoava os crimes cometidos durante a ditadura de Pinochet, com a Convenção Americana por pretender anistiar os responsáveis por delitos de lesa humanidade. Ainda, na linha do caso *Barrios Altos*, estabeleceu que o referido decreto carecia de efeitos jurídicos à luz do Pacto de San José.<sup>22</sup>

Pouco tempo depois, no Caso *Trabalhadores demitidos do Congresso vs. Peru*, decidido em 24 de novembro de 2006, a Corte aprofundou seu entendimento sobre o controle de convencionalidade. Não se refere mais a “uma espécie” de controle, mas afirma de forma cristalina a existência do instituto.

Avança ainda ao declarar que os juízes nacionais deveriam exercê-lo *ex officio*, respeitadas a distribuição interna de competências e os estatutos processuais correspondentes.<sup>23</sup> Ou seja, o controle de convencionalidade seria realizado no plano internacional pela Corte Interamericana e no plano nacional por juízes e tribunais, inclusive *ex officio*.

Relatados os casos *Almonacid Arellano* e *Trabalhadores demitidos do Congresso versus Peru*, completa-se a investigação sobre a gênese e a evolução do controle jurisdicional de convencionalidade no âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, especificamente no seio da Corte de San José. Partiu-se da jurisprudência consultiva, passando por *leading cases* como *Loayza Tamayo* e *Barrios Altos*, até chegar aos casos em que a expressão foi utilizada pela primeira vez, em *Myrna Mack Chang* pelo juiz Sergio García Ramírez e em *Almonacid Arellano* pela Corte na fundamentação da sentença.

O rico acervo jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a temática do controle de convencionalidade, antes e depois do uso desta nomenclatura, não se esgota nos últimos casos estudados. Em pelo menos 17 casos contenciosos a Corte citou o controle de convencionalidade entre 2006 e 2013, jurisprudência que servirá como orientação constante na busca por respostas aos problemas suscitados pela necessidade de elaboração da estrutura procedimental do controle aplicado pela Corte e pelos Estados nacionais.

---

<sup>21</sup> CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano e outros versus Chile**. Sentença sobre exceções preliminares, mérito, reparações e custas. 26 de setembro de 2006. Parágrafo 124.

<sup>22</sup> *Ibidem*. p. 65.

<sup>23</sup> CORTE IDH. **Caso Trabalhadores demitidos do Congresso versus Peru**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. 24 de novembro de 2006. Parágrafo 128.

## O controle jurisdicional de convencionalidade realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos

No âmbito interamericano, o órgão encarregado de exercer o controle jurisdicional de convencionalidade é a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Trata-se de uma função inerente à sua jurisdição, haja vista que as condenações aos Estados por violações ao Pacto de San José contém em seu âmago uma declaração de inconvenção de atos do poder público nacional.

Os legitimados para movimentar a jurisdição convencional são aqueles que detêm o direito de petição à Corte, ou seja, os Estados Partes na Convenção Americana de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana. Resta limitado o acesso das vítimas, pois o direito de petição individual é vedado.

Com efeito, as possibilidades de verificação da compatibilidade de normas internas com a Convenção Americana ficam restringidas aos casos que a Comissão decide submeter à Corte. Vale aqui a crítica de Antônio Augusto Cançado Trindade, que escreve ser o direito de petição individual a estrela mais luminosa no firmamento dos direitos humanos, sem o qual tais direitos seriam reduzidos a pouco mais que letra morta, pois ficam impedidos os injustiçados e excluídos de ter seus sofrimentos sequer ouvidos por um órgão judicial.<sup>24</sup>

Ademais, a vedação ao direito de petição individual não se coaduna com a natureza antropocêntrica do direito internacional dos direitos humanos. É o ser humano, e não o Estado, que se encontra no centro deste ramo do direito internacional. As vítimas das violações, e não os seus perpetradores, devem ser privilegiadas no que tange ao acesso ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

Tal deficiência prejudica diretamente o exercício do controle jurisdicional de convencionalidade. A legitimação dos indivíduos a movimentar a jurisdição convencional poderia ser fonte de uma jurisprudência protetiva de grande alcance, possibilitando a criação de entendimentos sobre matérias ainda não abordadas nas decisões da Corte Interamericana.

Resta, portanto, pugnar pelo reconhecimento do direito dos indivíduos de peticionar ante a Corte de San José, afinal, a universalização do acesso aos tribunais regionais de direitos humanos é implicação direta do espírito humanista e democrático da matéria, constituindo fator importante na prática do controle de convencionalidade.

No que tange ao parâmetro material de fiscalização da convencionalidade das normas nacionais, pode-se inferir que a Convenção Americana de Direitos Humanos e a jurisprudência da Corte Interamericana são as principais referências.

Não obstante, outros instrumentos de direitos humanos também devem servir como parâmetro para o controle de convencionalidade. Vale no ponto

---

<sup>24</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. V. III. Porto Alegre: Safe, 2003. pp. 100-101.

a extensão para a competência contenciosa da orientação pretoriana expedida na Opinião Consultiva nº 1, de 1982, segundo a qual a Corte pode decidir com base em toda disposição concernente a proteção de direitos humanos, de qualquer tratados internacional aplicável nos Estados americanos, independentemente de ser bilateral ou multilateral.<sup>25</sup>

A jurisprudência sobre controle de convencionalidade caminha neste sentido. No caso *Cabrera García e Montiel Flores versus México*, decidido em 26 de novembro de 2010, a Corte declarou que o México violou o Pacto de San José e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.<sup>26</sup> Na sentença do caso *Gelman versus Uruguai*, julgado em 24 de fevereiro de 2011, a Corte considerou que o Estado do Uruguai violou não apenas a Convenção Americana de Direitos Humanos, mas também a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas.<sup>27</sup>

Quanto às técnicas de decisão e sua eficácia, deve-se observar inicialmente que a Corte Interamericana é o intérprete máximo da Convenção Americana. Situa-se, deste modo, acima dos órgãos jurisdicionais nacionais no que se refere à determinação do sentido e do alcance das normas convencionais.

A superioridade da Corte nestes temas não é mera construção doutrinária, porquanto decorre da autoridade dela de prolatar decisões obrigatórias, conforme o artigo 68, 1, da Convenção, com a finalidade de fazer os Estados cumprirem os deveres de respeitar os direitos humanos inscritos no *corpus iuris* convencional e de adotar disposições de direito interno por meio de medidas legislativas ou de outra natureza, conforme os artigos 1º e 2º do Pacto de San José.

A prática jurisprudencial do controle de convencionalidade, cuja própria criação é de matriz pretoriana, corrobora a tese da superioridade hierárquica voluntariamente aceita pelos Estados nacionais quando do reconhecimento da jurisdição da Corte, realizado nos termos do artigo 62 da Convenção Americana.

As decisões da Corte em matéria de controle de convencionalidade não apresentam tipologia única. Conforme se depreende das sentenças analisadas anteriormente, as decisões em que foi realizado o controle de convencionalidade podem (a) condenar o Estado a suprimir determinada lei ou dispositivo constitucional (caso *A Última Tentação de Cristo*), (b) modificar certa norma interna (caso *Hilaire, Constantine e Benjamin e otros versus Trinidad e Tobago*) ou (c) declarar que ela carece de efeitos jurídicos (caso das leis de anistia – *Barrios Altos, Almonacid Arellano, Gomes Lund*, entre outros).

Nas sentenças que determinam a modificação ou supressão de preceitos constitucionais ou dispositivos legais, percebe-se uma técnica análoga à declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Vale dizer, é reconhecida a incompatibilidade, mas permanecerá vigente até que o órgão competente do Estado leve a cabo a eliminação da norma.

Nas anulações de leis de anistia, caracterizadas pela expressão “carece de

---

<sup>25</sup> CORTE IDH. **Opinião Consultiva nº 1**. 24 de setembro de 1982. p. 14.

<sup>26</sup> CORTE IDH. **Caso Cabrera García e Montiel Flores versus México**. Mérito e reparações. 26 de novembro de 2010. pp. 98-99.

<sup>27</sup> CORTE IDH. **Caso Gelman versus Uruguai**. Mérito e reparações. 24 de fevereiro de 2011. p. 84.

efeitos jurídicos”, a técnica adotada é próxima da clássica declaração de nulidade do controle de constitucionalidade. A Corte considera a lei praticamente inexistente desde o começo de sua vigência – dependendo a execução da sentença, entretanto, da ação do Estado condenado.

As técnicas de decisão empregadas condicionam diretamente a eficácia de suas sentenças.

No caso das decisões que ordenam a modificação ou supressão de um dispositivo interno, a eficácia parece ser *inter partes* porquanto a inaplicação dar-se-á exclusivamente no caso concreto. Uma solução interessante é a que propõe Néstor Sagües, de que o órgão responsável pelo controle de constitucionalidade no país declare nula tal norma, de modo a conferir na prática eficácia *erga omnes* à decisão do tribunal interamericano.<sup>28</sup>

Em relação às anulações de leis de anistia, nas quais a técnica se assemelha à declaração de nulidade tradicional no modelo americano de controle de constitucionalidade, gozando, portanto, de efeitos *ex tunc*, revela-se mais condizente a eficácia *erga omnes*. O motivo é a necessária expansão da decisão a fim de que cumpra seu desígnio de reparar todas as vítimas e punir os agentes dos crimes.

Ainda, com base nas técnicas de decisão desenvolvidas na esfera do controle jurisdicional de convencionalidade, é possível conceber que a Corte Interamericana proclame sentenças utilizando as técnicas da interpretação conforme a convenção e da nulidade parcial sem redução de texto.

Em ambos os casos, a decisão expedida pela Corte é positiva. Privilegia-se o aspecto da harmonia com os poderes nacionais, evitando-se, assim, o confronto com tribunais e parlamentos. Por meio da interpretação conforme a convenção e da nulidade parcial sem redução de texto, suprime-se determinados sentidos do preceito interno, legal ou constitucional, de modo a compatibilizar a ordem jurídica nacional aos *standards* de direitos humanos sem eliminar o texto normativo.

## **O controle jurisdicional de convencionalidade exercido pelo Poder Judiciário dos Estados Nacionais**

Os órgãos encarregados de realizar o controle jurisdicional de convencionalidade nos Estados Nacionais são os juízes e tribunais. A efetividade do *corpus iuris* interamericano de direitos humanos depende fundamentalmente dos Judiciários nacionais se comprometerem em todos os níveis com esta tarefa.

Em virtude da competência da Corte Interamericana ser subsidiária ou complementar, o volume do contencioso dela em comparação com o número de violações julgadas pelos juízos nacionais é mínimo. Desta forma, o verdadeiro *front* da batalha pela implementação dos direitos humanos é a jurisdição nacional. A efetivação das normas protetivas do ser humano depende de os juízes nacionais se tornarem juízes interamericanos.

---

<sup>28</sup> SANGÜES, Néstor. “El “control de convencionalidad”, en particular sobre las constituciones nacionales.” *La Ley*. Buenos Aires, nº 35. Año LXXIII, 19 de fevereiro de 2009. p. 1.

Considerando esta situação, a Corte Interamericana decidiu em vários casos, como *Almonacid Arellano*, *Trabajadores demitidos del Congreso* e *Cabrera García*, que os juízes e tribunais de todos os níveis dos Estados estão obrigados a exercer, inclusive *ex officio*, o controle de convencionalidade entre as normas internas e o *corpus iuris* interamericano de direitos humanos.

O que se deve ponderar é que há sistemas jurídicos domésticos que não autorizam os juízes a realizar o *judicial review* da legislação ou que não permitem fazê-lo *ex officio*. Teria a Corte Interamericana reformado a ordem jurídica dos Estados para conceder aos juízes de todos os níveis o poder de examinar a convencionalidade das leis internas?

Na linha de Ernesto Jinesta Lobo, sustenta-se que sim.<sup>29</sup> Devido à obrigatoriedade da jurisprudência da Corte de San José, os ordenamentos jurídicos internos foram alterados tacitamente, de modo que os juízes nacionais, independentemente das disposições internas existentes sobre controle de constitucionalidade, podem, e devem, realizar a harmonização da legislação interna com a Convenção Americana de Direitos Humanos, decidindo pela inaplicação, nulidade ou conformação de sentido da regra doméstica contrária ao Pacto.<sup>30</sup>

Na Argentina, País em que o modelo de controle de constitucionalidade adotado é o americano, ou seja, difuso e incidental, a adaptação dos juízes à prática do controle de convencionalidade parece ser plenamente viável ante a familiaridade dos magistrados portenhos com o direito internacional dos direitos humanos e a jurisprudência da Corte Interamericana, porquanto o texto constitucional é receptivo à matéria.

Na reforma constitucional de 1994, garantiu-se *status* constitucional aos tratados de direitos humanos no artigo 75, inciso 22. De suma importância, igualmente, é a atuação exemplar da Corte Suprema de Justiça da Argentina, que vem aplicando o controle de convencionalidade com fulcro na Convenção Americana e na jurisprudência da Corte em casos como *Ekmedjian*, de 1992, *Badaro e Mazzeo*, *Lilo e outros*, julgado em 2007.<sup>31</sup>

No Brasil, o cenário não é tão tranquilo para o cumprimento da orientação da Corte Interamericana de que todos os órgãos do Poder Judiciário devem exercer o controle de convencionalidade na esfera nacional. Tendo em vista a existência de um modelo misto de controle de constitucionalidade, no qual convivem o controle concentrado/abstrato e o controle difuso/concreto, a aplicação da orientação da Corte Interamericana do exercício do controle de convencionalidade por todos os juízes não deveria ser de difícil implementação em termos processuais. A analogia com o controle de

---

<sup>29</sup> JINESTA LOBO, Ernesto. "Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales." In VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. **Derecho Procesal Constitucional**. Tomo III. Vol. III. Colômbia: Agencia Imperial, 2012. p. 213.

<sup>30</sup> Lucas Pacheco Vieira sustentou este entendimento também no trabalho "Algumas reflexões sobre o controle jurisdicional de convencionalidade realizado pelo Poder Judiciário dos Estados Nacionais: uma perspectiva otimizadora", apresentado na Universidade do Rio dos Sinos (UNISINOS) em 28 de novembro de 2012. VIEIRA, L. P. "Algumas reflexões sobre o controle jurisdicional de convencionalidade." **III Congresso Internacional Jurisdição, Constituição e Democracia - Homenagem ao Professor Ovídio Araújo Baptista da Silva**. São Leopoldo: UNISINOS, 2012.

<sup>31</sup> LÈRTORA, Martha H. A.. "El control de convencionalidad y la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho argentino" In VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. **Derecho Procesal Constitucional**. Tomo III. Vol. III. Colômbia: Agencia Imperial, 2012. pp. 246-249.

constitucionalidade parece exequível.

Entretanto, o maior empecilho à concretização do controle de convencionalidade é o direito material constitucional, que acaba repercutindo na seara processual. Apesar da abertura do texto constitucional para a cooperação internacional, a Constituição Federal de 1988 não é explícita em relação ao patamar hierárquico ocupado pelos tratados internacionais no ordenamento jurídico, vital para a realização do controle de convencionalidade.

A determinação do *status* dos tratados internacionais na pirâmide normativa brasileira depende da interpretação conjunta de vários dispositivos constitucionais, especialmente do artigo 5º, §§ 2º e 3º. Em síntese, os tratados de direitos humanos aprovados pelo procedimento das Emendas Constitucionais terão nível constitucional, enquanto que os demais tratados de direitos humanos e os tratados internacionais gerais permanecem com *status* indefinido na ordem constitucional brasileira.

Na doutrina, Celso de Albuquerque Mello refere-se a uma grande ausência nesta temática.<sup>32</sup> Hildebrando Accioly, G. E. do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella consideram omissas ou incipientes as normas brasileiras.<sup>33</sup> Já Francisco Rezek afirma que o primado do direito internacional é ainda apenas uma posição doutrinária, prevalecendo, no Brasil, a Constituição sobre os tratados, garantindo-se tratamento paritário da normativa internacional com relação às leis infraconstitucionais.<sup>34</sup>

O fato é que a responsabilidade pela determinação do patamar hierárquico dos tratados internacionais na ordem jurídica brasileira ficou a cargo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Numa exposição sucinta, verifica-se que o STF posicionou-se pela paridade entre tratados internacionais e leis federais a partir do Recurso Extraordinário 80.004, julgado em 1977. O critério para a solução de conflitos entre estas normas foi o cronológico.

A orientação no sentido da paridade hierárquica entre tratados internacionais e leis internas predominou até o Recurso Extraordinário 466.343, de 2008.<sup>35</sup> Profundamente influenciado pela introdução do § 3º ao artigo 5º da Carta Magna, o Supremo Tribunal Federal finalmente revisou seu entendimento, atualizando uma jurisprudência anacrônica.<sup>36</sup>

Apesar do avanço propiciado pelo RE 466.343, o novo entendimento

---

<sup>32</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito constitucional internacional: uma introdução: Constituição de 1988 revista em 1994**. 2ª Ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 365.

<sup>33</sup> CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; DO NASCIMENTO E SILVA, G. E. **Manual de direito internacional público**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 234.

<sup>34</sup> REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 96-97.

<sup>35</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466.343**. Ministro Relator Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 jul. 2010.

<sup>36</sup> Fizemos uma análise detalhada dos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal sobre o tema do *status* dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro no artigo "O controle difuso de convencionalidade das leis na justiça do trabalho com base nas convenções da organização internacional do trabalho: caminhos para a internacionalização do direito". SALDANHA, J. M. L.; VIEIRA, L. P. "O controle difuso de convencionalidade das leis na justiça do trabalho com base nas convenções da organização internacional do trabalho: caminhos para a internacionalização do direito". **Revista Pensar**. Fortaleza, v. 15, n. 2, jul./dez. 2010. pp. 457-485.

sustentado pelo Supremo Tribunal Federal mantém os tratados internacionais em geral no patamar das leis ordinárias. A evolução se deu apenas em relação aos tratados de direitos humanos não aprovados por meio do procedimento de Emenda Constitucional. Estes gozam, desde 2008, de *status* supralegal, à semelhança das previsões do artigo 55 da Carta Magna Francesa e do artigo 25 da Constituição Alemã.

Destarte, vislumbra-se a possibilidade concreta de realização do controle jurisdicional de convencionalidade em matéria de direitos humanos no Brasil devido à nova orientação do Supremo Tribunal Federal. A timidez da Corte e a ausência de uma definição positiva clara sobre o tema, no entanto, não encorajam os juízes de primeiro grau a aplicá-lo da mesma maneira que na Argentina.

No que se refere à legitimidade ativa para suscitar o controle de convencionalidade em face das jurisdições internas, não se encontram diretrizes na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A razão talvez seja a grave deficiência da Corte quanto ao acesso à sua jurisdição, conforme demonstrado anteriormente quando se abordou a vedação ao direito de petição individual neste contexto.

Logo, deve-se buscar nos modelos de controle de constitucionalidade as melhores formas de legitimação para movimentar a jurisdição convencional interna. No controle difuso, concreto ou incidental, também chamado modelo americano, é garantido a todos os cidadãos a legitimidade para questionar a constitucionalidade dentro de uma lide. Não há proposição de uma ação direta de inconstitucionalidade, mas o pedido de declaração incidental da ilegitimidade da norma em face da Constituição.

A legitimação do controle americano, portanto, cumpre as exigências do espírito antropocêntrico e democrático do direito internacional dos direitos humanos. É alternativa recomendável na implementação interna do controle jurisdicional de convencionalidade. Países como a Argentina e o Brasil adotam este sistema, de modo que este aspecto do controle de constitucionalidade deve ser acolhido por analogia pelo controle de convencionalidade.

No controle por via de ação ou abstrato, por outro lado, os sujeitos ativos costumam ser apenas órgãos do Estado.<sup>37</sup> Corre-se o risco, assim, de uma degeneração para a pura e simples politização da justiça, resultando numa luta entre facções partidárias no interior do poder estatal, ou num *third round* do processo legislativo, ou do ideal democrático ainda, na linha da crítica à democracia contemporânea feita por Hayek, numa expressão da nociva *playball of group interests* típica da decadência.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> Nas origens do controle por via de ação, na Áustria, somente o Governo Federal era legitimado para provocar os pronunciamentos da antiga Corte de Justiça Constitucional da Áustria. Posteriormente, reformou-se a constituição para ampliar também aos órgãos judiciários ordinários a possibilidade de movimentar a jurisdição constitucional. Na Alemanha, polo mais destacado da atualidade do modelo abstrato, todos os juízes ordinários podem submeter matéria de constitucionalidade ao Tribunal Constitucional, fazendo-o em face de casos concretos, numa aproximação ao modelo americano, ou incidental, de controle. Não obstante, o caráter antidemocrático permanece, dado que continua recusada aos cidadãos a faculdade de suscitar a inconstitucionalidade das leis. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 309-311.

<sup>38</sup> Hayek critica a decadência do ideal democrático, que se tornou modernamente sinônimo de uma democracia de barganha ou no jogo de interesses de grupos (*playball of group interests*). Segundo o pensador austríaco, os grandes princípios do governo limitado, estabelecidos para prevenir

Paulo Bonavides observa que o controle por via de ação, também conhecido como sistema austríaco, é voltado sobretudo para resolver conflitos entre os poderes públicos. Relega-se a segundo plano a defesa do conteúdo da ordem constitucional, provavelmente pelo “preconceito antidemocrático de não consentir ao cidadão a possibilidade de desfazer por sua iniciativa mesma aquilo que foi obra do legislador.”<sup>39</sup>

O sistema austríaco, portanto, não é dos instrumentos mais adequados na defesa das liberdades e direitos individuais em virtude de interditar aos cidadãos a iniciativa da ação de inconstitucionalidade.<sup>40</sup>

Fica demonstrado que o controle por ação ou abstrato deve ter sua legitimação *ad causam* adequada à defesa do *corpus iuris* do direito internacional dos direitos humanos. A melhor opção seria permitir o acesso universal dos indivíduos para movimentar a jurisdição convencional na via de ação. Apesar de o Brasil não adotar esta fórmula, a Colômbia dispõe em seu ordenamento jurídico da ação popular de inconstitucionalidade, instrumento cuja legitimação se amolda perfeitamente ao que se preconiza nesta questão.<sup>41</sup>

Na temática do parâmetro material de controle de convencionalidade a ser utilizado pelos juízes e tribunais nacionais, a indicação que se extrai da jurisprudência da Corte Interamericana é o emprego de todo o *corpus iuris* interamericano de direitos humanos, ou seja, a Convenção Americana e as outras convenções aplicadas pela Corte, além da jurisprudência desta.

Esta orientação vem sendo firmemente adotada pelas Cortes Supremas da Colômbia e da Argentina. Na Colômbia, Alejandro Ramelli colaciona várias decisões da Corte Constitucional em que foi declarado que os direitos e deveres constitucionais devem ser interpretados em conformidade com os tratados internacionais sobre direitos humanos, constituindo-se a jurisprudência das instâncias internacionais como critério hermenêutico relevante.<sup>42</sup> Predomina, em regra, uma atmosfera de colaboração e harmonia entre Constituição e Convenções de Direitos Humanos.<sup>43</sup>

Na Argentina, Martha Helia Altabe de Lertora reúne diversas sentenças da Corte Suprema de Justiça nas quais foram utilizados dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos e a jurisprudência da Corte de

---

arbitrariedades do Estado, a separação de poderes, a *rule of law*, o governo sob as leis, a distinção entre o direito privado e direito público e as regras de procedimentos judiciais tem sido deixados em segundo plano. HAYEK, Friedrich A. **Law, legislation and liberty: the political order of a free people**. Chicago: University of Chicago Press, 1979. pp. 99-100. Esta constatação se aplica também ao controle por ação ou abstrato, afinal, é evidente que as liberdades e garantias individuais não estão no centro das preocupações dos órgãos de cúpula dos Estados. Pelo contrário, a tendência é a proliferação de uma luta entre facções partidárias no seio do poder judiciário.

<sup>39</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 308.

<sup>40</sup> *Ibidem*. p. 309.

<sup>41</sup> Sobre a ação popular de inconstitucionalidade colombiana, ver o artigo esclarecedor de Ernesto Rey Cantor: REY CANTOR, Ernesto. “Acción popular de inconstitucionalidad”. **Estudios constitucionales**. Santiago, 2003. pp. 343-355. Disponível em: <[http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista\\_ano1/revista\\_ano1\\_15.pdf](http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano1/revista_ano1_15.pdf)> Acesso em: 1º de dez. de 2012.

<sup>42</sup> As sentenças invocadas por Alejandro Ramelli são C- 010 (2000), C -228 (2002), C -063 (2003), C -370 (2006) e C- 442 (2011). RAMELLI, Alejandro. “Relaciones entre los controles de convencionalidad y de constitucionalidad em Colombia”. In: Eduardo Andrés Velandia Canosa. (Org.). **Derecho Procesal Constitucional**. Tomo III. Vol. III. Bogotá: Agencia Imperial, 2012. pp. 238-239.

<sup>43</sup> RAMELLI, Alejandro. “Relaciones entre los controles de convencionalidad y de constitucionalidad em Colombia”. In: Eduardo Andrés Velandia Canosa. (Org.). **Derecho Procesal Constitucional**. Tomo III. Vol. III. Bogotá: Agencia Imperial, 2012. p. 242.

San José. Destaque para os casos *Badaro*, em que foi citado o caso *Cinco Pensionistas versus Peru*, e *Mazzeo, Lilio*, em que foram mencionados os casos *Almonacid Arellano e Trabajadores demitidos do Congreso*.<sup>44</sup>

No Brasil, o parâmetro material de controle de convencionalidade empregado pelo Supremo Tribunal Federal é a Convenção Americana de Direitos Humanos, conforme se depreende do paradigmático Recurso Extraordinário 466.343, de 2008, quando foi decidido que alguns dispositivos do Código Civil brasileiro não eram compatíveis com o Pacto de San José, decretando-se a paralisação dos efeitos de tais normas. Não se encontra no Brasil a variedade e densidade de decisões fundamentadas em normas de direitos humanos percebidas na jurisprudência dos tribunais de cúpula da Colômbia e da Argentina.

No que tange às técnicas de decisão no controle de convencionalidade realizado pelos Estados nacionais, deve-se buscar respostas nos desenvolvimentos atingidos pelas Cortes em matéria de controle de constitucionalidade.

Assim, afigura-se possível, e profícuo, tanto o uso da técnica clássica da declaração de nulidade da norma legislativa, quanto das modernas técnicas de proclamação da inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, de interpretação conforme à constituição e de nulidade parcial sem redução de texto. Em todos os casos, o controle jurisdicional de convencionalidade crescerá em termos de sofisticação e repercussão nos panoramas doutrinário e jurisprudencial.

Quanto à eficácia das decisões em sede de controle de convencionalidade pelo Poder Judiciário nacional, constata-se que onde a atuação das Cortes Supremas for incisiva e as decisões gozarem de eficácia *erga omnes* a compatibilização será mais bem sucedida justamente porque “cuidar” de respeitar a convencionalidade é “algo mais”<sup>45</sup> do que simplesmente interpretar.

Nos países em que as decisões de inconvenção, especialmente dos tribunais de cúpula, possuem apenas efeitos *inter partes*, resta prejudicada a conformação da ordem jurídica aos *standards* de direitos humanos erigidos pela Corte Interamericana e aos textos convencionais sobre a matéria.

Neste aspecto, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro propicia um ambiente bastante favorável. Com a crescente objetivização, ou dessubjetivização, do *judicial review* brasileiro, as decisões tendem a possuir eficácia *erga omnes*. A razão é que num processo objetivo o aspecto central é a defesa da ordem constitucional, e não os interesses individuais das partes, de modo a preservar os princípios segurança jurídica e a igualdade perante a lei.

---

<sup>44</sup> LÈRTORA, Martha H. A.. “El control de convencionalidad y la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho argentino” In VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. **Derecho Procesal Constitucional**. Tomo III. Vol. III. Colômbia: Agencia Imperial, 2012. p. 249.

<sup>45</sup> GOZÁINI, Osvaldo Alfredo. **El juez ordinario y el tribunal constitucional**. Disponível em: <http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/documentos%20varios/seminario2011/Gozaini%20EL%20JUEZ%20ORDINARIO%20ANTE%20EL%20TRIBUNAL%20CONSTITUCIONAL.pdf>. Acesso em 20 de maio de 2013, p. 17.

É de se ressaltar que no Recurso Extraordinário 466.343, o Supremo Tribunal Federal decidiu em sede de controle difuso, o que confere à decisão eficácia *inter partes*, pois a concessão de efeitos contra todos depende da ação do Senado Federal (art. 52, X). Para evitar que a morosidade da Casa Alta do Parlamento brasileiro impedisse a efetividade da decisão, o STF editou a Súmula Vinculante nº 25, cujo efeito é semelhante ao do *stare decisis* norte-americano ou da “força de lei” germânica.

A expansão do controle de convencionalidade no Brasil, portanto, pode ser beneficiada pela sua sistemática de controle de constitucionalidade, repousando a tarefa de conferir a eficácia condizente com a proteção da ordem convencional dos direitos humanos – *erga omnes* – sobretudo nas mãos do Supremo Tribunal Federal.

## Conclusão

À luz do exposto, verifica-se que o controle jurisdicional de convencionalidade, seja no plano interamericano ou no plano interno, é uma ferramenta valiosa para a implementação do direito internacional dos direitos humanos.

As decisões da Corte Interamericana tem provocado forte impacto nas jurisdições nacionais, tendo nascido a partir delas o próprio controle de convencionalidade, posteriormente recepcionado pelos órgãos judiciários dos Estados. O impulso para a abertura e o diálogo interjurisdicional entre a Corte de San José e os Judiciários nacionais, principalmente no que tange à ampliação dos cânones jurisprudenciais protetivos dos direitos humanos, é extraordinário.

Por fim, as reflexões sobre as questões estruturais do controle de convencionalidade possibilitam uma virtuosa comparação entre os sistemas de controle de constitucionalidade, propiciando um interessante debate sobre a otimização da fiscalização de convencionalidade também sob o aspecto de suas características internas.

## Referências Bibliográficas

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466.343**. Ministro Relator Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 jul. 2010.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. V. III. Porto Alegre: Safe, 2003.

CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; DO NASCIMENTO E SILVA, G. E. **Manual de direito internacional público**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano e outros versus Chile**. Sentença sobre exceções preliminares, mérito, reparações e custas. 26 de setembro de 2006.

CORTE IDH. **Caso Barrios Altos versus Peru**. Mérito, 14 de março de 2001.

CORTE IDH. **Caso Cabrera García e Montiel Flores versus México**. Mérito e reparações. 26 de novembro de 2010.

CORTE IDH. **Caso Gelman versus Uruguai**. Mérito e reparações. 24 de fevereiro de 2011.

CORTE IDH. **Caso Loayza Tamayo versus Peru**. Mérito, 17 de setembro de 1997.

CORTE IDH. **Caso López Álvarez versus Honduras**. Mérito, reparações e custas, 1 de fevereiro de 2006.

CORTE IDH. **Caso Myrna Mack Chang versus Guatemala**. Mérito, reparações e custas. 25 de novembro de 2003.

CORTE IDH. **Caso Suárez Rosero versus Equador**. Mérito, 12 de novembro de 1997.

CORTE IDH. **Caso Tibi versus Equador**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. 07 de setembro de 2004.

CORTE IDH. **Caso Trabajadores demitidos do Congresso versus Peru**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. 24 de novembro de 2006.

CORTE IDH. **Caso Vargas Areco versus Paraguai**. Sentença, 26 de setembro de 2006

CORTE IDH. **Opinión Consultiva nº 1**. 24 de setembro de 1982.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. **El juez ordinario y el tribunal constitucional**. Disponível em: <http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/documentos%20varios/seminario2011/Goza%C3%ADNI%20EL%20JUEZ%20ORDINARIO%20ANTE%20EL%20TRIBUNAL%20CONSTITUCIONAL.pdf>.

JINESTA LOBO, Ernesto. "Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales. In VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. **Derecho Procesal Constitucional**. Tomo III. Vol. III. Colômbia: Agencia Imperial, 2012.

LÈRTORA, Martha H. A. "El control de convencionalidad y la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho argentino" In VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. **Derecho Procesal Constitucional**. Tomo III. Vol. III. Colômbia: Agencia Imperial, 2012.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito constitucional internacional: uma introdução: Constituição de 1988 revista em 1994**. 2ª Ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMELLI, Alejandro. "Relaciones entre los controles de convencionalidad y de constitucionalidad em Colombia". In: Eduardo Andrés Velandia Canosa. (Org.). **Derecho Procesal Constitucional**. Tomo III. Vol. III. Bogotá: Agencia Imperial, 2012.

REY CANTOR, Ernesto. "Acción popular de inconstitucionalidad". **Estudios constitucionales**. Santiago, 2003. pp. 343-355. Disponível em: <[http://www.cecocoh.cl/docs/pdf/revista\\_ano1/revista\\_ano1\\_15.pdf](http://www.cecocoh.cl/docs/pdf/revista_ano1/revista_ano1_15.pdf)> Acesso em: 1º de dez. de 2012.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 11ª Ed. São Paulo:

Saraiva, 2008.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. "Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad." **Revista Estudios Constitucionales**. Ano 8, nº 1, Chile, 2010.

SALDANHA, J. M. L.; VIEIRA, L. P. "O controle difuso de convencionalidade das leis na justiça do trabalho com base nas convenções da organização internacional do trabalho: caminhos para a internacionalização do direito". **Revista Pensar**. Fortaleza, v. 15, n. 2, jul./dez. 2010.

SANGÜES, Néstor. "El "control de convencionalidad", en particular sobre las constituciones nacionales." **La Ley**. Buenos Aires, nº 35. Ano LXXIII, 19 de fevereiro de 2009.

VIEIRA, L. P. "Algumas reflexões sobre o controle jurisdicional de convencionalidade." **III Congresso Internacional Jurisdição, Constituição e Democracia - Homenagem ao Professor Ovídio Araújo Baptista da Silva**. São Leopoldo: UNISINOS, 2012.