

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E DIÁLOGO DE CORTES: alternativas para a solução de conflitos entre sentenças internacionais com as normas de direito interno?

Alessandra Pela Sabbag

Orientador: Prof. Dr. Caio Gracco Pinheiro Dias

Ribeirão Preto
2014

Alessandra Pela Sabbag

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E DIÁLOGO DE CORTES: alternativas para a solução de conflitos entre sentenças internacionais com as normas de direito interno?

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para a obtenção de título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Internacional Público

Orientador: Prof. Dr. Caio Gracco Pinheiro Dias

Ribeirão Preto
2014

FICHA CATALOGRÁFICA

Sabbag, Alessandra Pela.

Controle de convencionalidade e diálogo de cortes: alternativas para a solução de conflitos entre sentenças internacionais com as normas de direito interno?/ Alessandra Pela Sabbag -- Ribeirão Preto, 2014.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, 2014.

Orientador: Prof. Dr. Caio Gracco Pinheiro Dias.

Autora: SABBAG, Alessandra Pela

Título: *Controle de Convencionalidade e Diálogo de Cortes: alternativas para a solução de conflitos entre sentenças internacionais com as normas de direito interno?*

Monografia apresentada à Faculdade de Direito de
Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr.: _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr.: _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr.: _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Como não poderia ser diferente, agradeço, inicialmente, aos meus pais, por terem sempre colocado a mim e as minhas irmãs em primeiro lugar em suas vidas! Por todo o amor e carinho que nos é dado, pelas alegrias, pelos incentivos, pela luta diária e por sempre acreditarem em mim, quando eu mesma não acreditava mais. Obrigada, por tudo o que vocês fizeram e fazem por mim e que eu espero um dia poder retribuir!

Às minhas irmãs, Mariana e Fernanda, pelos conselhos, pela amizade, pelos “puxões de orelha”, por sempre estarmos juntas e vencermos juntas todos os obstáculos que a vida nos impôs! Sem vocês, nada disso seria possível!

À minha família, pelo apoio e pela presença nas horas felizes e nas horas tristes. O suporte de todos vocês foi essencial para a finalização desse estudo e desse ciclo da minha vida.

Ao professor Caio, que me apresentou o tema e, com muita paciência e dedicação me repassou os direcionamentos para concretizar essa monografia. Pelas discussões, pelos ensinamentos, pelos conselhos e pela ajuda constante, o meu muito obrigada!

Aos amigos que tive o prazer de conhecer nesses cinco anos de faculdade, por todo o apoio, por estarem comigo em todos os momentos e me ajudar a seguir em frente quando, nas reviravoltas da vida, eu achei que não fosse mais conseguir. Levarei vocês para sempre comigo, em meu coração!

A todos os professores da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, por ter nos passado com maestria seus conhecimentos, necessários a nossa vida profissional e acadêmica e por serem verdadeiros exemplos de compromisso com o ensino de qualidade.

A todos os funcionários e à própria Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, por ter me proporcionado esses cinco excelentes anos.

RESUMO

O Controle de Convencionalidade surge como obrigação internacional a partir da construção pretoriana da Corte Interamericana de Direitos Humanos, iniciado no caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. Nos termos definidos pela Corte IDH, tal mecanismo tem por objetivo adequar as disposições de Direito Interno às normas convencionais, em uma clara relação de subjugação do Direito Doméstico ao Direito Internacional, ao estilo do monismo internacionalista. No atual cenário, caracterizado pelo pluralismo jurídico, bem como pela constante interpenetração e manifesto influxo recíproco entre as ordens jurídicas interna e internacional, é mister que a análise da relação entre ordens distintas seja reconsiderada, superando-se a obsoleta noção conflitual hierarquizada e piramidal, sobretudo com relação aos direitos humanos. Destarte, o Controle de Convencionalidade, como peça fundamental desta interação, também precisa amoldar-se ao atual contexto vivenciado pelo Direito, fazendo-o em conjunto com o Diálogo de Cortes, que preza pela interação entre ordens jurídicas de distintas origens por meio do intercâmbio de jurisprudências entre as Cortes Nacionais e Internacionais. Assim, objetivou-se, nesta monografia, o estudo do Controle de Convencionalidade e do Diálogo de Cortes como estratégias harmonizadoras no caso de eventual conflito entre disposições de uma sentença internacional e a norma de Direito Interno. Para tanto, estruturou-se a pesquisa em três etapas. Primeiramente, desenvolveram-se as principais teorias a embasar a relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno, o monismo e o dualismo, evidenciando a sua carência pra explicar a interação entre essas ordens em meio ao pluralismo jurídico, sendo cogente seu aprimoramento. Em seguida, discorreu-se sobre o Controle de Convencionalidade e o Diálogo de Cortes, como propostas que visam garantir a harmonia no caso de conflitos entre decisões divergentes emanadas por tribunais de origens distintas e a sua aplicação em dois pares de casos concretos, um deles envolvendo o Brasil e a Corte IDH e o outro, os Estados Unidos e a Corte Internacional de Justiça. Por fim, demonstrou-se a insuficiência do mecanismo de Controle de Convencionalidade tal como adotado pela doutrina nacional e pela Corte IDH, uma vez que atrelado à noção conflitual hierarquizada, propondo-se uma reestruturação deste instituto por meio do efetivo Diálogo de Cortes para garantir a harmonização do sistema jurídico e possibilitar a coexistência de decisões de diferentes origens.

Palavras-chave: Conflito; Pluralismo; Controle de Convencionalidade; Diálogo de Cortes; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Abstract

The Conventionality Control emerges as an international obligation derived from the praetorian construction of Inter-American Court of Human Rights in the case *Almonacid Arellano vs. Chile*. As defined by the IACHR, this mechanism aims to adapt the provisions of domestic law to conventional standards, a clear subjugation of Domestic Law to International Law, as a demonstration of the monism internationalist theory. In the current scenario, characterized by legal pluralism, as well as the constant interpenetration and the manifest mutual influence between domestic and international legal systems, it is essential that the analysis of the relationship between different legal orders be rethought by overcoming the obsolete notion of conflictual hierarchical pyramidal, especially with regard to human rights. Thus, the Conventionality Control as a fundamental part of this interaction also needs to conform to the current situation experienced by Law, and will do it along with the Dialogue among Courts, which values the interaction between legal systems of different origins through the exchange of jurisprudence between National and International Courts. Thus, the objective of this research is the study of the Conventionality Control and the Dialogue among Courts as harmonizing strategies in the event of any conflict between the provisions of an international decision and the rule of domestic law. To do so, this research was structured in three stages. First, it was developed the main theories that analyses the relationship between international law and domestic law, monism and dualism and its insufficiency to explain the interaction between these orders among legal pluralism. Then, we discussed the Conventionality Control and the Dialogue among Cortes, as proposals to ensure harmony in the case of conflicts between conflicting decisions issued by courts of different origins and its application in two pairs of concrete cases, one involving Brazil and the Inter-American Court of Human Rights and the other, the United States and the International Court of Justice. Finally, we demonstrated the failure of the mechanism of the Conventionality Control as adopted by national doctrine and the IACHR, once it is still linked to hierarchical conflictual notion, proposing a restructuring of the institute through effective dialogue to ensure harmonization of the legal system and to enable the coexistence of decisions from different origins.

Keywords: Conflict; Pluralism; Conventionality Control; Dialogue among Courts; Inter-American Court of Human Rightst.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU	Advocacia Geral da União
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CF	Constituição Federal
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justiça
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
EC	Emenda Constitucional
EUA	Estados Unidos da América
HC	Habeas Corpus
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	17
CAPÍTULO 1. A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNO.....	25
1.1. Breve Contexto Histórico.....	25
1.1.1. <i>Introdução</i>	26
1.1.2. <i>Teoria Dualista</i>	27
1.1.3. <i>Teoria Monista</i>	30
1.2. Novas Perspectivas na Relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno....	33
1.2.1. <i>A Pluralidade das Ordens Normativas</i>	34
1.2.2. <i>As Novas Tendências da Relação entre Direito Interno e Direito Internacional</i>	37
<u>1.2.2.1. Valores Comuns</u>	38
<u>1.2.2.2. Dispersão de autoridade</u>	41
<u>1.2.2.3. Desformalização</u>	42
1.3. Conclusão parcial.....	43
CAPÍTULO 2. DIÁLOGO DE CORTES E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: PROPOSTAS DE HARMONIZAÇÃO?.....	45
2.1. Diálogo de Cortes.....	46
2.1.1. <i>Diálogo ou Monólogo?</i>	49
2.2. O Controle de Convencionalidade.....	50
2.2.1. <i>Controle de Convencionalidade no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos</i>	52
<u>2.2.1.1. O Controle de Convencionalidade como obrigação internacional referente ao dever de promover a garantia judicial efetiva</u>	56
<u>2.2.1.2. O controle interno e o controle internacional</u>	58
<u>2.2.1.3. A interpretação autêntica e os “tratados nacionais”</u>	60
2.2.2 <i>Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro</i>	62

2.2.2.1. Debate sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos no Supremo Tribunal Federal.....	63
2.3. Propondo a reestruturação do Controle de Convencionalidade no Brasil.....	66
2.3.1. <i>Abertura dialógica e dever de compatibilização entre os sistemas.....</i>	66
2.3.2. <i>Reestruturação do Controle de Convencionalidade: pelo Diálogo entre as Cortes....</i>	68
CAPÍTULO 3: ANÁLISE DE CASO.....	71
3.1. A ADPF 153.....	71
3.1.1. <i>Voto do Relator Ministro Eros Grau.....</i>	73
3.1.2. <i>Voto da Ministra Cármen Lúcia.....</i>	74
3.1.3. <i>Voto da Ministra Ellen Gracie.....</i>	74
3.1.4. <i>Voto do Ministro Marco Aurélio.....</i>	74
3.1.5. <i>Voto do Ministro Celso de Mello.....</i>	74
3.1.6. <i>Voto do Ministro Cezar Peluso.....</i>	75
3.1.7. <i>Voto do Ministro Gilmar Mendes.....</i>	75
3.1.8. <i>Voto dos Ministros Lewandowski e Carlos Britto.....</i>	76
3.2. O caso <i>Júlia Gomes Lund e outros vs. Brasil.....</i>	76
3.3. O caso <i>Medellín.....</i>	79
3.4. O caso <i>Avena.....</i>	81
3.5. <i>Relação entre os casos analisados.....</i>	82
3.6. <i>Como solucionar o conflito aparente entre as decisões de diferentes origens?.....</i>	84
CONCLUSÃO.....	87
REFERÊNCIAS.....	91

INTRODUÇÃO

Problemas legais relativos às interações entre jurisdições que atuam em nível internacional e nacional tem se tornado cada vez mais frequentes no cotidiano jurídico. O discurso tradicional emanado pelos estudiosos quando questões dessa natureza surgiam era o de que as relações entre o direito internacional e o interno somente poderiam ser analisadas a partir de duas visões, incompatíveis entre si: ou essas relações eram desenvolvidas a partir da noção de existência uma única ordem legal, seja ela nacional ou internacional (monismo) ou tais ordens eram totalmente distintas entre si (dualismo) (NIJMAN; NOLLKAEMPER, 2007).

Ocorre que, para se adequar à realidade, ambas as teorias tiveram que modificar seus posicionamentos, então considerados extremos: ou o direito internacional deixa a cargo dos Estados a regulamentação das suas disposições no âmbito interno ou o direito interno se adequa às condições do direito internacional (NIJMAN; NOLLKAEMPER, 2007). Ainda assim, nem uma completa integração ou uma completa separação entre esses dois sistemas seriam suficientes para demonstrar as diversas possibilidades tanto de a norma internacional adentrar no plano jurídico interno quanto de ser limitada por ele.

No entanto, talvez seja possível transcender ao debate monista/dualista e reconhecer a existência de ordens plurais e diversas que, da mesma forma, gera a coexistência de normas e decisões “de diferentes matrizes com ambição de regência do mesmo espaço social”, resultando na “convergência ou divergência de sentidos entre as normas e decisões de origens distintas” (CARVALHO RAMOS, 2012, p. 15). Essa temática é de grande relevância para a atualidade em função da expansão do Direito Internacional.

Porém, essa expansividade não veio acompanhada de claras regras de convivência entre esse ramo do direito e as previsões internas. Pelo contrário, pode-se dizer que ambas as ordens possuem “vocação para primazia” (CARVALHO RAMOS, 2012, p. 15). De um lado, o pilar dos ordenamentos dos Estados de Direito é o princípio da supremacia da Constituição; de outro, o da supremacia internacionalista, que não admite que as normas de direito internacional sejam descumpridas sob a escusa de óbices internos, conforme se depreende da leitura do art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969), ratificada e incorporada internamente pelo Estado brasileiro.

O problema pode, também, ser colocado de outra forma: aceitando-se a juridicidade do direito internacional, as decisões de tribunais internacionais cuja jurisdição tenha sido aceita

pelo Estado são de cumprimento obrigatório e seu descumprimento caracteriza ato internacionalmente ilícito e geram, por conseguinte, responsabilidade internacional; contudo, o cumprimento das decisões de tribunais internacionais, sendo o Estado pessoa jurídica, demanda certas condutas de indivíduos que sejam considerados agentes do Estado em questão - condutas estas que, nos modernos Estados constitucionais, estão submetidas também à regulação feita pelo ordenamento jurídico interno, encimado pela Constituição e que pode determinar para esses agentes obrigações que são incompatíveis com as condutas necessárias para o cumprimento de decisões internacionais. Nesses casos, surge o conflito entre a ordem jurídica internacional e o ordenamento jurídico interno, a primeira demandando do Estado uma prestação que exige de um seu agente certa conduta que se revela proibida pelas regras que compõem o segundo.

Fica, assim, estabelecido o cerne das discussões envolvendo a pluralidade das ordens jurídicas: como solucionar tal conflito, derivado do fato de que a conduta de um indivíduo, necessária para o adimplemento de uma obrigação internacional do Estado do qual ele seja um agente, ser regulada de forma incompatível pelo ordenamento jurídico interno ao qual esse agente está submetido? Assim, o desafio que se impõe é o de solucionar os conflitos derivados da interação entre esses dois sistemas, de modo a possibilitar uma maior harmonização e comunicação entre eles.

Um caso em que esse conflito fica bastante evidente é o referente à responsabilização penal dos responsáveis por violações de direitos humanos durante o Regime Militar brasileiro (1964-1985), cuja efetivação foi considerada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como uma obrigação decorrente dos tratados internacionais que o Brasil se comprometeu a cumprir, em específico no que toca aos responsáveis pela detenção ilegal e arbitrária, pela tortura e pelo desaparecimento forçado de pelo menos setenta membros do movimento conhecido como “Guerrilha do Araguaia”, que ocorreu durante os anos de 1972 e 1975 (Corte IDH, 2010)¹. A efetiva reprimenda aos autores desses atos considerados internacionalmente

¹ O caso estava sob análise da Comissão Interamericana de Direitos Humanos desde o dia 7 de agosto de 1995. Contudo, este órgão somente emitiu o relatório de mérito em 2008, quando formulou recomendações ao Estado brasileiro. Posteriormente, por entender que as suas recomendações não haviam sido devidamente cumpridas, encaminhou o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em 14 de dezembro de 2010, foi divulgada pela Corte a decisão prolatada no caso em tela. No que tange às questões preliminares suscitadas pelo Estado brasileiro, a Corte Interamericana reconheceu parcialmente apenas uma delas, para declarar a sua competência a partir da data em que o Brasil reconheceu a competência contenciosa da Corte, ou seja, a partir de 10 de dezembro de 1998. Sendo assim, o exame de mérito sobre os fatos referiu-se apenas àquele socorrido após essa data. Segundo consta na decisão, o Brasil foi condenado pelo desaparecimento forçado das pessoas que participaram da Guerrilha do Araguaia e, por conseguinte, pela violação aos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica (art. 3 da Convenção), à vida (art. 4 da Convenção), à integridade pessoal (art. 5 da

ilícitos depende, em última análise, de condenações penais prolatadas pelo Poder Judiciário brasileiro; contudo, tais condenações revelam-se juridicamente inviáveis, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, na decisão da ADPF 153² (BRASIL, 2008), decidiu pela constitucionalidade da Lei n° 6.683, de 28 de agosto de 1979 (Lei de Anistia), que interdita processos criminais nos casos citados. Os juízes brasileiros, pois, ainda que eventualmente desejassem decidir de outra forma, veem-se impedidos juridicamente de decidir pela punição aos responsáveis pelos crimes cuja reprimenda a Corte IDH entendeu ser uma obrigação internacional do Estado brasileiro; dito de outra forma, essa situação jurídica afeta a concretização de alguns pontos resolutivos da sentença proferida pela Corte IDH no Caso *Júlia Gomes Lund*, em especial aquele que estabelece que “[o] Estado deve conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e conseqüências que a lei preveja [...]” (Corte IDH, 2010). Ao assim decidir, o Poder Judiciário brasileiro está dando cumprimento ao direito pátrio, como é sua obrigação constitucional, mas, ao mesmo tempo, enquanto agente da República Federativa do Brasil, sua ação configura a comissão de um ilícito internacional.

Essa situação não deriva apenas da forma como o ordenamento brasileiro regula a questão, mas é, antes, uma consequência da maneira como os ordenamentos nacionais, de qualquer país, relacionam-se com a normativa internacional. Exemplo disso pode ser encontrado no caso *Medellín v. Texas*, submetido ao Judiciário norte-americano, em que se discutiu, entre outros assuntos, a executoriedade de decisões da Corte Internacional de Justiça perante os órgãos judiciários dos Estados Unidos da América. Tratava-se, no caso, de determinar se a sentença da CIJ no caso *Avena (México v. Estados Unidos)* (CIJ, 2003-4)³

Convenção) e à liberdade pessoal (art. 7 da Convenção), bem como pela violação aos direitos às garantias judiciais (art. 8 da Convenção) e à proteção judicial (art. 25 da Convenção), devido à interpretação que foi conferida à Lei da Anistia e que impediu a devida investigação dos fatos e a punição dos responsáveis pelas condutas indicadas.

²A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em 21 de outubro de 2008, ingressou com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 153 perante o Supremo Tribunal Federal (STF), pelo fato de haver notória controvérsia constitucional quanto ao artigo 1° da Lei n°6.683, de 28 de agosto de 1979, anterior à Constituição Federal de 1988. A intenção da Ordem ao propor essa ação era assegurar o dever do Estado de investigar e punir os responsáveis pelas violações de Direitos de Direitos Humano, evitando, com isso, a impunidade. O STF, por sua vez, decidiu, por maioria de votos, pela recepção do mencionado dispositivo e concluiu pela constitucionalidade da Lei de Anistia.

³A mencionada decisão, embora tenha entendido que a CIJ não tem o poder de revisão das decisões proferidas pelos judiciários nacionais, entendeu que a obrigação decorrente do art. 36 (1)(b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares (1963) impunha que os Estados Unidos tornassem viável a revisão e a reconsideração das sentenças judiciais nacionais em que cidadãos mexicanos tivessem sido condenados sem ter respeitado o direito à assistência consular. Cumpre ressaltar que os EUA são parte integrante da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963 e até a prolação da sentença, foram parte do Protocolo Facultativo da Convenção relativa à

poderia fornecer a base jurídica necessária para um pedido de revisão criminal interposto por um cidadão mexicano condenado pelo judiciário do Estado do Texas, na medida em que estabeleceu (a CIJ) o dever dos EUA em garantir a assistência consular aos estrangeiros acusados de crimes naquele País, dever este que não foi respeitado pelas autoridades policiais texanas no caso Medellín. Adicionalmente, discutiu-se se, conforme o sistema jurídico-constitucional americano, uma ordem executiva do Presidente da República poderia substituir a Lei votada pelo Congresso para criar direito obrigatório para os judiciários dos Estados federados.

Tem-se, como se vê, uma situação bastante semelhante ao caso da decisão da Corte IDH no caso *Gomes Lund* e a impossibilidade do Estado brasileiro de dar pleno cumprimento à sentença internacional em virtude da decisão pela constitucionalidade da Lei da Anistia. No caso *Avena*, cabia aos EUA, por força da sentença da CIJ, estabelecer um mecanismo de revisão das sentenças proferidas contra estrangeiros aos quais fora negada a assistência consular durante o processo penal; sendo o Sr. José Ernesto Medellín um dos indivíduos mencionados na ação movida pelo México, é inegável que, em seu caso, os EUA tinham internacionalmente a obrigação de estabelecer um mecanismo de revisão de sua sentença condenatória. Esse posicionamento foi, inclusive, reconhecido pela Suprema Corte dos EUA ao analisar a questão (TRIBUNAL DO TEXAS, 2008), mas a inexistência de lei que implementasse essa obrigação no sistema jurídico estadunidense foi entendida como um obstáculo insuperável até mesmo pela ordem executiva assinada pelo então Presidente George W. Bush determinando aos estados federados o cumprimento da sentença da CIJ.

A Suprema Corte americana, assim, declarou que citada sentença internacional não constituía direito federal vinculante o que a impediria de ser considerada obrigatória perante as cortes federais contra o estado do Texas, não assistindo razão ao cidadão mexicano José Ernesto Medellín, pois, ainda que o demandante contasse com a existência de sentença internacional e memorando do Presidente dos EUA relatando a intenção de cumprir o disposto na sentença do caso *Avena*, ela não criaria direito que vinculasse os tribunais nacionais e pudesse ser arguido contra decisão do estado do Texas de lhe negar a revisão pleiteada. Ou seja: as autoridades judiciárias dos EUA entenderam que as normas do ordenamento jurídico

obrigatoriedade resolução de litígios, que garantem à CIJ jurisdição para decidir disputas relacionadas à interpretação e aplicação da Convenção. É de se ressaltar que o caso *Avena* não foi o primeiro em que essa questão foi discutida internacionalmente: o descumprimento reiterado das autoridades estadunidenses em notificar os estrangeiros detidos naquele país de seu direito à assistência consular tem gerado um número significativo de procedimentos legais perante Cortes internacionais. Os casos *Breard* e *LaGrand* apresentam estruturas semelhantes.

daquele País as impediam de agir de maneira a dar adimplemento à obrigação internacional derivada da sentença proferida pela CIJ⁴.

Da comparação entre os casos citados, podemos identificar um paralelismo que decorre da maneira como o ordenamento jurídico internacional se relaciona com os ordenamentos nacionais: nos dois casos se entendeu que disposições do direito doméstico impediam os agentes do Estado de agir de forma a dar cumprimento a uma obrigação internacional; no primeiro caso, o empecilho para o cumprimento da decisão internacional advém de um dispositivo de uma lei – o art. 1º da Lei 6.683 de 1979 – cuja validade foi confirmada pelo STF; no segundo, o óbice decorre do sistema federativo desenhado pela Constituição dos EUA, como interpretada pela Suprema Corte norte-americana, no qual se exige a edição de um Ato do Congresso para que se possa reclamar de um estado federado o cumprimento de uma sentença internacional. Ambos os casos, pois, são evidência desse problema na interação entre ordens jurídicas, as nacionais e a internacional.

Sendo assim, as soluções possíveis para esse problema parecem se localizar em duas dimensões distintas, a interna e a internacional. No primeiro caso, trata-se de o próprio ordenamento jurídico interno prever mecanismos que confirmam executoriedade às sentenças internacionais, inclusive perante os tribunais domésticos. No segundo caso, tratar-se-ia de inserir, nos tratados internacionais que estabelecem os órgãos jurisdicionais, a obrigação dos Estados partes de reconhecer e atribuir executoriedade às sentenças por eles proferidas. Com uma ou outra medida, seria possível resolver o conflito que surge quando, como visto, o direito interno proíbe ao agente estatal a prática das ações que representariam o adimplemento de uma obrigação internacional do Estado. Infelizmente, no caso da execução das sentenças do sistema interamericano no Brasil, exceção feita à hipótese de a Corte condenar o Estado a

⁴ Como analisa Yuval Shany (2007, p. 50): “A revogação foi explicada pelo fato de que um novo processo de revisão e reconsideração da sentença estavam agora disponíveis para o requerente (no Texas), levando em consideração a declaração do Presidente. Ainda assim, a maioria indicou que tendo o Supremo Tribunal analisado o mérito do caso, ele provavelmente iria se abster de interferir com o julgamento de condenação do Estado. Isso se dá em razão do efeito de princípios legais constitucionais que limitam a avaliação federal”. (*The revocation was explained by the fact that new proceedings for reviewing and reconsidering the sentence were now available to the petitioner (in Texas) in light of the President’s statement. Still, the majority indicated that had the Supreme Court reviewed the merits of the case, it would probably refrain from interfering with the State’s sentencing judgment. This is because of the effect of constitutional Law principles that limit federal review over alleged errors made by State courts in non-constitutional matters as well as a perceived lack of proof that Medellin was in fact adversely affected by the failure of notification. This opinion seems to confirm once more the dominance of domestic doctrines in the eyes of the US Supreme Court over implementation of international obligations, including binding ICJ judgments.*)

indenizar a vítima de uma violação de Direitos Humanos⁵, nem uma, nem outra dessas soluções se encontram presentes. Na ausência de disposições desse tipo, o cumprimento das determinações emitidas no âmbito internacional acaba por ficar sujeito, sobretudo, a decisões eminentemente políticas, tendo em vista que depende da disposição e capacidade dos órgãos competentes (Secretaria de Direitos Humanos e Ministério das Relações Exteriores) em cada situação⁶, prejudicando sua eficácia, pela ausência de mecanismos institucionalizados que garantam esse cumprimento.

Há ainda outra alternativa para conseguir dos Tribunais o reconhecimento de que o direito interno prevê tais mecanismos, ainda que implicitamente. Essa é, por exemplo, a estratégia que parece ter sido adotada pelo Ministério Público Federal para superar o obstáculo representado pelo julgamento da ADPF 153 no que toca ao cumprimento do decidido pela Corte IDH no caso *Julia Gomes Lund*: para o *Parquet*, a constitucionalidade da Lei da Anistia não esgota a análise que se deve fazer para determinar a validade desse diploma, eis que, como o próprio STF reconheceu ao analisar a constitucionalidade do Pacto de San José da Costa Rica, este tratado tem *status* supralegal, prevalecendo sobre a legislação que com ele conflitar⁷; por isso, ainda que a Lei de Anistia não seja inválida por eventual conflito com o texto constitucional, ela pode ser considerada inválida por contrariar o Pacto, por força do critério hierárquico. Isso caracterizaria a existência, no direito brasileiro, de dois controles de validade material de normas jurídicas, quais sejam, o de constitucionalidade, em que se verifica a compatibilidade da norma legal com o texto constitucional, e o de Convencionalidade, em que se verifica a compatibilidade da norma legal com o texto das convenções de Direitos Humanos incorporadas ao sistema jurídico brasileiro com *status* supralegal. Nesse sentido, a norma legal pode ser considerada inválida se em um ou outro controle se identificar uma incompatibilidade. Para o MPF, a Lei da Anistia, conquanto tenha sido declarada constitucional pelo STF (ADPF 153), ainda não passou pelo controle de convencionalidade, no qual se poderá reconhecer sua invalidade e, com isso, remover o

⁵No que diz respeito às sentenças de cunho indenizatório, o art. 68.2 da Convenção prevê que “[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”, com o que se pode afirmar que, incorporada a Convenção ao direito pátrio, este passa a prever uma hipótese em que a sentença internacional torna-se título executivo passível de execução no Brasil, inclusive judicialmente.

⁶Conforme ensina Oscar Vilhena de Vieira (2013, p. 44), esse mecanismo de implementação de decisões do sistema interamericano foi objeto de pesquisa realizada por equipe de pesquisadores da DireitoGV, que identificou os procedimentos e contextos favoráveis e desfavoráveis ao adimplemento das obrigações decorrentes do sistema interamericano.

⁷Tal como determinado no Recurso Extraordinário 466.343, julgado em 03/12/2008, cujo relator foi o Ministro Cesar Peluso.

obstáculo à punição dos responsáveis por violações de direitos humanos durante o regime de exceção no Brasil.

Para alguns, como Piovesan (2012), a existência desse duplo controle modifica a estrutura do sistema jurídico, da tradicional *pirâmide kelseniana* encimada pela Constituição, para um trapézio no alto do qual, ao lado da Constituição, estejam os tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado. No caso brasileiro, contudo, isso não se processou inteiramente, já que boa parte dos tratados de direitos humanos válidos internamente no País – *em especial, a Convenção Interamericana* – tem *status* supralegal, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Assim, o Controle de Convencionalidade, a depender do tratado específico em face do que seja feito, estará num nível inferior ao do controle de constitucionalidade, a confirmar a continuidade do modelo piramidal no direito brasileiro, ao menos enquanto nosso sistema não reconhecer sem reservas, como outras constituições latino-americanas o fazem, uma paridade entre tratados de direitos humanos e normas constitucionais.

Dessa forma, esse reconhecimento do duplo controle de validade material de normas legais no ordenamento jurídico brasileiro sugere ainda outro problema: na medida em que os tribunais brasileiros passem a usar normas internacionais de direitos humanos como controles materiais de validade de normas legais, torna-se crucial que haja uma harmonia entre a interpretação que desses diplomas se faz no plano interno e a interpretação dos mesmos feita pelos organismos do sistema interamericano, em especial, pela Corte IDH. Caso contrário, o referido Controle de Convencionalidade efetuado internamente não colaborará para que o Brasil cumpra suas obrigações internacionais, pois poderá declarar válidas normas que poderão, no futuro, vir a serem consideradas como incompatíveis com as normas do sistema interamericano em processo decidido pela Corte IDH. Por isso, a importância do chamado “Diálogo das Cortes” (CARVALHO RAMOS, 2012), em que o órgão judicial nacional reconhece a existência de normas e jurisprudência internacionais e os aplica nas suas próprias decisões, preservando o consenso entre ordens jurídicas justapostas⁸.

A proposta de um “Diálogo das Cortes” como forma de harmonizar a aplicação interna das normas do sistema interamericano com a sua interpretação pela Comissão e pela Corte

⁸ Segundo Flávia Piovesan (2012), esse é um dos níveis em que se manifesta o Diálogo de Cortes ou de jurisdições, podendo se falar também nas hipóteses em que tribunais constitucionais de países diversos levam em conta as respectivas jurisprudências ao decidir, e nas hipóteses de referência mútua entre as cortes regionais de Direitos Humanos.

IDH parece sugerir uma subordinação dos órgãos internos aos organismos internacionais, a menos que também a jurisprudência interna seja levada em conta pela Corte IDH no seu processo de tomada de decisões; contudo, não parece haver critérios que orientem a Corte IDH no aproveitamento ou reconhecimento das maneiras como os tribunais internos interpretam as normas do sistema interamericano. Se esse é o caso, é possível falar em “diálogo” ou o que se tem, à moda do antigo monismo internacionalista, é a afirmação de uma superioridade do sistema interamericano sobre o sistema judiciário brasileiro?

Assim, evidencia-se a necessidade de se aprofundar o estudo acerca da implementação de sentenças internacionais no ordenamento jurídico interno, partindo da concepção dos conceitos de Controle de Convencionalidade e Diálogo das Cortes. O primeiro, decorrente do reconhecimento de um *status* diferenciado para os tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, que aponta para uma possível solução para o problema do conflito entre as normas internas e decisões de tribunais internacionais. O segundo, necessário para evitar uma fragmentação derivada da multiplicação de órgãos jurisdicionais, não organizados hierarquicamente, encarregados de interpretar e aplicar o mesmo sistema normativo (as normas do sistema interamericano de direitos humanos). A partir daí, buscar-se-á responder às questões formuladas para que assim, seja possível chegar soluções que permitam a convivência entre as decisões internacionais e internas, solucionando conflitos que, inevitavelmente, acabam por prejudicar os indivíduos envolvidos.

CAPÍTULO 1: A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNO

Qualquer tentativa de desenvolver novas perspectivas teóricas a respeito da atual relação entre o Direito Internacional e o Direito Nacional deve, de alguma forma, perpassar pelo legado do que, historicamente, tem sido as duas principais teorias a versar sobre o assunto: o dualismo e o monismo.

Ambas as correntes dedicaram-se a retratar a realidade jurídica vivenciada pelos Estados e, embora sejam um modelo teórico, visam a sistematizar, analisar e explicar as práticas legais desses que são os principais destinatários dessa relação. No entanto, o fazem de forma incompatível entre si ao posicionarem-se no sentido de que ou o Direito Interno e o Direito Internacional fazem parte do mesmo sistema jurídico de normas (monismo) ou são parte de sistemas jurídicos distintos (dualismo).

Assim, a proposta do presente capítulo é reconstruir historicamente os caminhos pelos quais tais teorias enveredaram até chegar, enfim, às atuais experiências dos Estados. Afinal, ambas as teses foram respostas a problemas de tempos específicos e não jurídicos, mas, essencialmente, políticos – o que, de certa forma, impede-nos que as utilize de maneira atemporal, pois, tal como concebidas, não mais correspondem às necessidades da sociedade (NIJMAN, NOLLKAEMPER, 2007).

Sem a pretensão de esgotar a temática ou de revelar alguma verdade por meio das ocorrências históricas, pretende-se tão somente descrever os fatos relacionados à dicotomia monista-dualista e evidenciar a presente situação do debate por meio de lentes adaptadas à atual realidade do sistema jurídico. Isto para tornar possível a introdução da discussão relacionada às estratégias doutrinárias que tem por objetivo harmonizar os potenciais conflitos advindos dessa relação, entre o Direito Internacional e o Direito Interno.

1.1. Breve Contexto Histórico

Entender como as teorias referentes à relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno se desenvolveram é de grande relevo, na medida em que só é possível compreender a

atualidade, dentro do seu contexto histórico. No direito, tal concepção se potencializa, haja vista este ser reflexo direto da sociedade e suas convicções. Logo, ao estudar essas teorias devem-se observar as implicações práticas decorrentes de cada uma delas na maneira de perceber o sistema jurídico e na decidibilidade de conflitos.

Por essa razão, esse tópico será dedicado a uma breve apresentação histórica do tema, a partir da perspectiva de alguns autores expoentes na matéria, com o intuito de oferecer uma visão geral, contribuindo com a contextualização e construção do pensamento desenvolvido.

1.1.1. Introdução

O debate monista-dualista tal como ele se manifestou nas últimas décadas do século XX deve ser entendido como a manifestação legal de um debate político-jurídico que dominava a vida intelectual, cultural e política daquele tempo, perpassando por intensas discussões sobre os conceitos de Estado e soberania bem como a posição do indivíduo em meio a esse tumulto político (NIJMAN, NOLLKAEMPER, 2007).

Durante esse crítico período da história européia, para muitos, a principal preocupação era a crise da democracia no pós- Primeira Guerra Mundial e os riscos daí decorrentes, especialmente quanto à liberdade (NIJMAN, NOLLKAEMPER, 2007). Foi no período entre guerras que o debate entre o monismo e o dualismo teve o seu auge, devendo ser analisado sob esse contexto. Enquanto o modelo dualista focou na clássica tradição voluntarista e na doutrina da soberania, o monismo foi concebido como parte da rejeição de antigos conceitos, em uma tentativa de reconstruir o direito internacional e a sua teoria sob um ponto de vista novo e moderno, atentando-se para a posição da liberdade individual no direito internacional (NIJMAN; NOLLKAEMPER, 2007).

A controvérsia monista-dualista do início do século XX era parte de um debate acadêmico mais extenso que, em grande medida, devido ao contexto político, lidou com assuntos como a identidade do direito internacional, sua relevância independente ao lado da moral e da política, a soberania estatal e a proteção do indivíduo. Os modelos monista e dualista, tal como os concebemos, tiveram suas origens nesses debates acadêmicos e nesse contexto mundial.

1.1.2. Teoria Dualista

A formação do Estado tal como o percebemos atualmente teve início no século XVII, quando a pessoa do soberano se confundia com o próprio Estado, sendo a sua vontade a matriz para todas as atividades estatais (CREVELD, 2004). O Estado, assim, era concebido como um mero instrumento para impor a lei e a ordem aos seus súditos, que agiam com o único fito de dar cumprimento à missão idealizada pelo governante. Entretanto, em meio aos processos revolucionários deflagrados na Europa – notadamente, a Revolução Francesa em 1789 - o Estado se deparou com as forças crescentes do nacionalismo que, até então, atuavam de forma quase independente e, por vezes, contra as dele (CREVELD, 2004).

Durante os séculos XVII e XVIII, todavia, o Estado passou a utilizar esses clamores nacionalistas a seu favor, por meio da reverência dos costumes e ideais da própria nação em detrimento das demais, utilizando-se desse pretexto para impor suas vontades sobre seus cidadãos. Se até aquele momento, esse sentimento de valorização da nação tinha sido uma preferência inofensiva, representada pela língua, pelos costumes, pelo modo de vestir de cada povo, a partir da sua adoção pelo Estado, tornou-se uma ideologia agressiva e belicosa (CREVELD, 2004). Foi nesse cenário, em que o Estado era entendido como um verdadeiro ser metafísico, mistificado pela sua personalidade e santificado pela sua soberania que os preceitos iniciais do dualismo começaram a ser construídos (NIJMAN; NOLLKAEMPER, 2007).

Assim, teorias com tendências nacionalistas, que exaltavam a soberania estatal passam a ser criadas. Na teoria ventilada por Triepel é possível verificar que sua concepção de Estado como uma personalidade real o direciona a aceitar o dualismo como a única perspectiva possível, em que considera os sistemas jurídicos internacional e interno como esferas diferentes, separadas: “Quando falamos da relação entre o direito internacional e o direito doméstico, assumimos como pressuposto que a lei internacional é qualquer coisa que não o direito interno. A nosso ver, o direito internacional e o direito interno são duas noções diferentes⁹”.

⁹ No original: “Quand nous parlons de rapports entre le droit international et le droit interne, nous supposons comme établi que le droit international est quelque chose d’autre que le droit interne. A notre avis, le droit international et le droit interne sont des notions différentes (TRIEPEL, 1923, p. 79). Todas as traduções, salvo se indicado, são traduções livres, elaboradas pela autora.

Triepel divide o sistema jurídico em duas ordens distintas, diferenciadas por dois elementos: o conteúdo e a fonte, do ordenamento interno e do ordenamento internacional. Assim, a diferenciação entre o Direito Internacional e o Direito Interno é possível haja vista que ambos apresentam, respectivamente, seus próprios conteúdos e suas próprias fontes, os quais são inerentes ao que Triepel denomina por relações sociais. As relações sociais que regem o direito interno são baseadas, sobretudo, nas relações entre os seus sujeitos, entre pessoas nacionais e estrangeiras. As normas jurídicas estatais são de duas modalidades: as que regulam as relações recíprocas entre as pessoas, no âmbito do direito privado e as que regulam as relações entre o Estado e as pessoas, no âmbito do direito público (TRIEPEL, 1923). As normas jurídicas internas são o resultado de um tipo de relação diferente daquela empreendida no âmbito internacional e expressam sempre a vontade coletiva de um determinado grupo social a elas submetido. Já as relações sociais que são regidas pelo Direito Internacional são de outra natureza e representam o comportamento dos Estados e não dos indivíduos.

Triepel declara que somente os Estados podem ser considerados sujeitos de Direito Internacional Público, ainda que admita a possibilidade de surgir novos sujeitos. Sendo assim, as relações sociais que regem o Direito Internacional e o Direito Interno são diferentes visto que o conteúdo e as fontes são diversas. Baseado nesse estudo, Triepel visa a justificar a sua tese e, por consequência, o dualismo das ordens jurídicas.

Nesse sentido, afirma que é possível a coexistência de duas ordens independentes e autônomas entre si, pois ambas apresentam fontes e conteúdos próprios. Por fonte, entende-se: “(...) a vontade de onde deriva a regra jurídica¹⁰”. Para Triepel, a vontade emana de maneira diferente no plano interno e no plano internacional. A fonte do Direito Internacional seria, então, resultado da vontade geral de todos os Estados. No Direito Interno, essa vontade reside no legislativo, no poder constitucional. Como as fontes, assim, são diversas, Triepel postula a existência de duas ordens jurídicas independentes entre si.

A partir de tal constatação, exclui-se a questão da hierarquia entre as fontes internas e as internacionais. Para Triepel, esse conflito entre fontes no qual inevitavelmente uma é suprimida pela outra, não ocorre entre o direito internacional e o direito interno: “Este é apenas um aspecto da relação entre o direito internacional e o direito interno que nos interessa

¹⁰ “(...) la volonté dont la règle juridique derive”.

atualmente: a fonte de direito interno é, em grande medida, obrigada pelo direito internacional a criar ou não criar direito¹¹.”

Trata-se, então, de entender como o direito internacional é recepcionado na esfera jurídica doméstica dos Estados. Para Triepel, havendo duas ordens independentes, elas não poderiam se chocar já que a recepção do direito internacional é realizada pela transformação deste em direito interno.

Daí decorre o entendimento segundo o qual o direito internacional somente será implementado na ordem jurídica nacional pelos órgãos estatais. Ou seja, as regras internacionais são direcionadas aos protagonistas da comunidade internacional, *i.e.*, aos Estados e apenas podem ser colocadas em prática se o ordenamento jurídico do Estado ao qual a regra é direcionada, dispor de forma a dar cumprimento a elas. A esse respeito, Triepel asseverou que:

(...) O direito internacional é continuamente forçado a recorrer ao direito interno. Sem ele, fica, em muitos aspectos, bastante desamparado. É como um marechal que dá ordens aos chefes das tropas e somente alcança seu objetivo se o general, em conformidade com as suas instruções, dar novas ordens a seus subordinados. Se os generais não obedecem, ele perde a batalha. E essa mesma ordem do marechal provoca dezenas de pedidos subseqüentes a seus subordinados, e uma regra de direito internacional, por vezes, produz muitas normas de direito interno, que se resumem a isto: fazer direito internacional na vida interior do Estado¹².

Assim, seria crucial para o Direito Internacional ter o apoio e a garantia do Direito Nacional, sem o qual não conseguiria se sustentar.

Conforme se denota, a teoria dualista prevê a separação completa do direito internacional e o direito interno, como duas ordens separadas com fontes e conteúdos específicos. A necessidade de implementação das normas internacionais por meio de disposição expressa no direito interno é uma forma de impor a soberania dos Estados (ARIOSI, 2000).

¹¹“Ce n’est qu’un seul aspect des rapports entre le droit international et le droit interne qui nous interesse ici actuellement: la source du droit interne est, dans une large mesure, obligée par le droit international à créer ou à ne pas créer du droit” (TRIEPEL, 1923, p. 173).

¹²“(…) le droit international est continuellement obligé de recourir au droit interne. Sans lui Il est, sous de nombreux rapports, tout à impuissant. Il est semblable à un marechal qui ne donne sés ordres qu’aux chefs des troupes et ne peut atteindre son but que s’il est sûr que les généraux, se conformant à sés intructions, donneront de nouveaux ordres à ceux qui leur sont soumis. Si les généraux se dérobent, Il perd la bataille. Et de même qu’un ordre du marechal provoque des douzaines d’ordres ultérieurs de la part des subordonnés, de même une seule règle du droit international produit parfois quantité de normes du droit interne, qui toutes se réduisent à ceci: réaliser le droit international dans la vie intérieure de l’État”(TRIEPEL, 1923, p. 106).

Pode-se dizer que tal constatação se deve ao momento histórico vivido por Triepel e pelos demais estudiosos que defendiam a prevalência da teoria dualista. Assim, o dualismo foi logo concebido como a teoria que idolatra o estado bem como a que favorece as tendências absolutistas e autoritárias (NIJMAN; NOLLKAEMPER, 2007). Tendo estas origens conceituais filosóficas, muitos afirmavam que o dualismo foi idealizado sob o prisma da soberania absoluta, do fanatismo nacionalista, do misticismo estatal e do sacrifício do indivíduo ao Estado¹³ (NIJMAN, NOLLKAEMPER, 2007). Essa presunção do estado assegurou o espaço soberano e a presença independente a um nível internacional. O Direito Internacional não podia e não devia governar as relações sociais no plano interno dos Estados.

A adoração ao Estado e a decorrente exacerbação do nacionalismo atingiu seu ponto máximo com a ascensão dos modelos nazi-fascista e comunista. Somente era permitido aos cidadãos expressar suas opiniões se esta fosse oficialmente aprovada pelo Estado¹⁴. Instaurou-se o medo e a necessidade de liberdade e proteção dos indivíduos contra a vontade arbitrária dos Estados. É a partir daí que a teoria monista, desenvolvida no período do entre guerras, começa a ganhar força entre os juristas.

1.1.3. Teoria Monista

Muitos estudiosos do direito internacional durante o entre guerras responderam com total rejeição ao dualismo, aderindo à perspectiva monista para garantir liberdade aos indivíduos. Teóricos como Kelsen, Scelle e Brierly que visam a reforçar a posição do indivíduo, da democracia, sujeita o poder à regra universal de direito, argumentando a existência de um Direito Internacional como uma ordem que limita as ações dos Estados (NIJMAN; NOLLKAEMPER, 2007). Mais do que uma resposta ao dualismo na relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno, o monismo também respondeu às suas implicações

¹³ Ressalta-se que nem todos os estudiosos do ortodoxo século XIX que se posicionaram pela teoria dualista defendiam uma “soberania absoluta”. John Austin (1790 – 1859) foi um dos principais juristas do século XIX a defender o positivismo jurídico do direito internacional, o que o levaria a uma ordem separada do direito pátrio. Uma comunidade internacional pacífica depende de regras de conduta básica acordadas entre os Estados soberanos, sendo que cada um deles governa o seu próprio direito interno, sem a intromissão do direito internacional.

¹⁴ Mussolini dispõe em seu artigo “Fascismo”, em 1935, editado pela *Encyclopaedia italiana*: “tudo dentro do Estado, para o Estado e nada contra o Estado”. Da mesma forma, o ministro da propaganda nazista Joseph Goebbels, o único momento que o indivíduo não está sob o controle do Estado é em seus sonhos (CREVELD, 2004).

morais e políticas. Essa teoria foi antes, uma tentativa de restringir o poder do Estado, para capacitar o indivíduo e proteger a dignidade humana (NIJMAN, NOLLKAEMPER).

Essa corrente doutrinária encontrou sua majoritária aceitação no período após a Segunda Guerra Mundial, sendo Kelsen seu maior defensor. A tendência à globalização das relações internacionais e os desdobramentos do cenário internacional são fatores que contribuíram para o fortalecimento da ordem jurídica internacional e, por conseguinte, do Direito Internacional:

Continuamente, em períodos de perturbação e tensão internacional, a tendência de encontrar uma ordem comum a toda a humanidade preocupa os espíritos. Todos os grandes pensadores estavam determinados a dar uma explicação válida, tanto para a ordem quanto para a natureza da política. Por isso, é natural que o período do pós-guerra, com as suas perturbações políticas, culturais e econômicas que afetaram toda a humanidade, viu ressuscitar essa tendência¹⁵.

Assim, a teoria monista pressupõe a existência de um único sistema de normas:

Não pode haver ao lado do direito positivo outro sistema de regras válidas, decorrentes de uma fonte distinta, isto é, a inadmissibilidade de um dualismo normativo (...) É igualmente essa unidade necessária do sistema das normas obrigatórias que explica que a tese dualista é - como acabamos de ver - levada *ad absurdum* (KELSEN, 1926).

Nesse sentido, Kelsen elimina o conceito, pois este deixa de Estado soberano, posto que deixa de ser ordem suprema até mesmo em seu interior. Assim, há uma ordem que lhe é superior – o direito internacional - da qual a ordem estatal depende em sua totalidade, ainda que sejam seus próprios órgãos os encarregados, de forma ampla, de criá-lo (KELSEN, 1926).

A teoria vislumbrada por Kelsen apresenta duas variáveis de compreensão: a que defende a primazia do Direito Interno e a outra, a primazia do Direito Internacional (KELSEN, 1926). Ambas tomam por base a conhecida pirâmide de normas, em que uma norma tem a sua origem e tira a sua obrigatoriedade da norma que lhe é imediatamente superior, sendo a primeira delas denominada norma fundamental (*Grundnorm*). Assim, na primeira variável, o Direito Interno seria superior ao Direito Internacional e este tiraria sua

¹⁵“Toujours, dans les périodes de perturbation et de tension internationales, la tendance de trouver un ordre commun à l’humanité tout entière a préoccupé les esprits. Tous les grands penseurs ont eu à coeur de formuler une explication à la fois valable pour la nature et l’ordre du monde politique. Aussi est-il naturel que la période d’après guerre, avec ses perturbations d’ordre politique, culturel et économique touchant l’humanité toute entière, a vu ressusciter cette tendance” (WALZ, 1937, p. 391).

fonte de validade daquele, que lhe é superior. A segunda corresponde exatamente ao contrário da primeira, ou seja, o Direito Interno retiraria sua obrigatoriedade do Direito Internacional, sendo este superior àquele.

Em seus estudos, Kelsen chega à conclusão de que, mesmo com o conflito entre o direito internacional e o direito interno, o sistema jurídico é uno – assim como um conflito entre a constituição e a lei não pode quebrar a unidade do direito estatal, um conflito entre o direito internacional e o direito interno não quebra a unidade do sistema jurídico¹⁶.

Para embasar o seu posicionamento acerca da primazia do Direito Internacional, Kelsen discorre sobre a igualdade jurídica entre os Estados. Nesse sentido, parte do consenso de que o Direito Internacional se fundamenta sobre uma sociedade de Estados iguais em status. Com efeito, esse caráter de igualdade jurídica entre os Estados é quem garante a existência de uma ordem internacional organizada segundo os ditames do Direito Internacional e, conseqüentemente, onde repousa a noção de democracia internacional (KELSEN, 1926). A existência de um direito internacional é possível porque a sociedade internacional se baseia em um sistema de estados iguais juridicamente. A validade do direito internacional não se funda na vontade do Estado, mas sobre o reconhecimento, expresso ou tácito, da sociedade internacional como um todo.

A visão monista é concebida em um momento de início de ascensão da globalização e a conseqüente ascensão da pluralidade de ordens jurídicas e de organismos outros que não o próprio Estado, mas que são dotados de igual ou maior força quando o que se está em jogo é a questão relacionada à implementação de medidas acordadas internacionalmente.

Pode-se dizer que os modelos monista e dualista que emergiram desse debate e continuaram a estruturar o pensamento do Direito Internacional foram, primeiro, uma resposta aos problemas políticos e não legais. Ambos tomaram sua própria vida conceitual dentro de argumentos de direito internacional com conseqüências fundamentais para a nossa percepção da relação entre o Direito Internacional e o doméstico. O monismo veio para ser entendido como uma negação relativa da divisão fundamental entre Direito Internacional e Direito Interno, ligado a conotações universais, cosmopolitas e mesmo utópicas. O dualismo tende a

¹⁶ Para Losano, a pirâmide se tornou o símbolo do direito, apresentando um sistema coerente, completo e que concatena cada elemento que o compõe até o princípio supremo. Este modelo piramidal apresenta duas funções: a prática, por facilitar a compreensão do direito e a psicológica, por transmitir a convicção que o mesmo seja ordenado e completo, permitindo que se elimine as contradições entre os vários níveis (LOSANO, 2005).

ser entendido como uma articulação e apreciação de uma sólida divisão entre o Direito Internacional e o Direito Nacional ligado a uma afirmação conceitual de estado soberano e Direito Internacional como direito interestatal. Nesse sentido, o paradigma monismo-dualismo veio a estruturar o estudo do direito internacional.

O estudo dessas correntes doutrinárias se justifica principalmente quando ocorre um conflito entre normas de diferentes origens. Nesses casos, há a necessidade de saber qual deverá prevalecer e como a máquina estatal se posiciona diante de tamanha problemática.

Contudo, as teorias acima delineadas, em sua forma tradicional não são, hoje, suficientes para explicar os possíveis conflitos que podem surgir quando disposições do Direito Interno não estão em conformidade com aquelas previstas internacionalmente, dificultando, por exemplo, que as ordens emanadas por organismos internacionais sejam devidamente executadas no plano interno do Estado – ainda que este tenha se obrigado a cumpri-las por meio de tratados ratificados e incorporados ao Direito Interno.

Assim, o próximo tópico dedicará maior atenção à abordagem acerca das novas perspectivas do relacionamento entre o Direito Internacional e o Direito Interno, na tentativa de compreender como os Estados, atualmente, concebem o Direito Internacional. Isso permitirá que tratemos de forma mais adequada as atuais estratégias que permitem harmonizar os potenciais confrontos advindos desse tumultuoso relacionamento.

1.2. Novas Perspectivas na Relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno

O contexto social e político que motivou as teorias originais do monismo e dualismo é muito diferente daquele em que vivemos hoje. A emergência de novas concepções jurídicas, políticas, econômicas, culturais, diferentes daquelas que inspiraram o monismo e o dualismo tradicional reclama por abordagens teóricas alternativas, que nos permitam sistematizar, explicar e entender as mudanças da relação entre o direito interno e o direito internacional e, ao mesmo tempo, dar um direcionamento para o futuro desenvolvimento do Direito Nacional e do Direito Internacional.

Enquanto a proteção da soberania, liberdade individual e estado de direito mantêm-se como relevantes fatores externos, eles agora fazem parte de um processo mais complexo de interesses. Acima de tudo, eles foram redefinidos e submergiram no processo de globalização. O aumento do fluxo de serviços, mercadoria e capital, mobilidade e comunicação para além da fronteira enfraqueceu qualquer noção estável do que é nacional e o que é internacional.

Há tempos que os questionamentos sobre a real utilidade das teorias monista e dualista são feitos. Assim, a interação entre as ordens internacional e interna não pode mais ser abordada, sob o prisma da tradicional visão dicotômica entre monismo e dualismo, sendo conveniente tratá-la sob um ângulo distinto embasado, principalmente, pela pluralidade de ordens normativas.

1.2.1. A Pluralidade das Ordens Normativas

Segundo Giorgio Gaja (2007), quando se tratava da relação entre o direito interno e o internacional, o discurso jurídico tradicional só conhecia duas posições incompatíveis: ou eles eram parte de uma única ordem legal (monismo) ou o direito internacional e o nacional eram totalmente distintos (dualismo). Para se adequar à realidade, ambas as teorias tiveram que reformular suas posições extremas, no entanto: ou o ordenamento jurídico internacional deixou muito espaço para os estados individuais ignorarem as restrições internacionais ou o direito nacional teve de acomodar a especificidade do direito internacional e assim precisou constantemente respeitar as decisões de outra ordem legal.

Nem uma completa integração ou uma completa separação do direito internacional e do direito interno fariam jus às diversas maneiras com que as normas de direito internacional entram no ordenamento interno, mas que, da mesma forma, são limitadas por ele. O dualismo se inicia com a proposta de que se poderia referir ao sistema jurídico interno ou internacional como sistemas absolutamente fechados, regimes auto-suficientes no sentido mais estrito do termo. Da mesma forma, o monismo também é baseado na visão de um ordenamento jurídico internacional único, global e fechado. O “fechado”, no entanto, é cada vez mais ilusório (ARRANGIO-RUIZ, 2007).

Talvez seja possível, no entanto, transcender o debate entre o monismo e o dualismo pelo reconhecimento do pluralismo e de sistemas jurídicos diversos. Esse reconhecimento também se estende aos diferentes regimes jurídicos dentro do próprio direito internacional.

O pluralismo pode ser observado, principalmente, após o período da guerra-fria e em plena era da globalização, quando o direito internacional, assumindo o papel de regulador das tensões internacionais, sofre expansões a nível quantitativo e qualitativo (CARVALHO RAMOS, 2012).

Segundo André de Carvalho Ramos (2012), a expansão quantitativa se dá pelo imenso número de normas criadas regendo a conduta social dos indivíduos no plano internacional. Nesse sentido, acabam surgindo influências recíprocas que, ao mesmo tempo em que podem proporcionar o diálogo, podem gerar dissonâncias e, eventualmente, conflitos diante da divergência das disposições normativas.

A expansão qualitativa, por sua vez, se dá pelo fortalecimento dos procedimentos internacionais de interpretação e cumprimento das normas, superando, muitas vezes, a fragilidade e descentralização na execução de normas internacionais. A visão de que o próprio Estado era o encarregado de interpretar as normas de direito internacional – por ser ele o único destinatário e produtor destas –, torna-se ultrapassada. Pode-se dizer que, nesse sentido, essa expansão é, inclusive, um avanço, pois impede ou, ao menos, dificulta que o Estado tome providências diversas das previstas por uma Corte internacional, alegando o cumprimento sob a sua ótica distorcida.

A expansão quantitativa, fruto do alargamento normativo, engendrou a expansão qualitativa, com a criação de inúmeros tribunais internacionais e demais órgãos que fornecem a interpretação imparcial e concretizam o dever de cumprimento das normas internacionais. Daí nasce o fenômeno da constitucionalização do direito internacional, que consiste na utilização, por parte dessa disciplina, de institutos reservados antes ao direito constitucional.

No plano interno, a pluralidade de ordens jurídicas é verificada pela nova configuração do direito constitucional, caracterizando o denominado neoconstitucionalismo. Esse fenômeno prega a interpretação da constituição vinculada a princípios, a irradiação de normas constitucionais para as demais que compõem o ordenamento e a abertura da carta constitucional às normas internacionais para fazer frente aos desafios sociais, econômicos, ambientais e políticos pelos quais passa o Estado (CARVALHO RAMOS, 2012).

Assim, a pluralidade de ordens normativas consiste na análise das diferentes formas de interação entre o ordenamento nacional e internacional, que geram fenômenos ou de cooperação ou de conflito. André de Carvalho Ramos (2012, p. 15) ensina que:

Essa pluralidade de ordens normativas gera a coexistência de normas e decisões de diferentes matrizes com ambição de regência do mesmo espaço social, o que resulta em uma série de conseqüências relacionadas à convergência ou divergência de sentidos entre as normas e decisões de origens distintas. As ordens jurídicas plurais, então, são aquelas que convergem e concorrem na regência jurídica de um mesmo espaço (sociedade nacional).

Quanto a influência do pluralismo no convívio interno dos Estados, pode-se afirmar que a maioria das constituições nacionais regulam de uma forma ou de outra como o direito internacional será aplicado no plano interno. Independente de o estado ter uma postura dualista ou monista, o ordenamento interno precisa regular a aplicação do direito internacional e precisa definir o relacionamento entre as normas internas e internacionais. Desse ângulo, monismo e dualismo se tornam uma questão de grau de integração do direito internacional no ordenamento interno.

Como Gaja (2007) observou, a divisão entre o direito internacional e o direito interno tomando como ponto de partida os destinatários das respectivas normas está se tornando cada vez mais difícil. A regra de que o direito internacional não afeta os indivíduos diretamente sempre permitiu algumas exceções. Regras de direito internacional que gozam de efeito direto não existe somente no direito europeu. No entanto, a diferença residia no fato de que, no caso de normas internacionais, o direito interno poderia insistir na necessidade de um ato interno específico para ser transformado, enquanto, de acordo com a doutrina do efeito direto do direito comunitário, as normas da comunidade européia devem ser incorporadas e generalizadas de uma vez por todas.

O fato de que o direito internacional deixa a cargo do Estado a decisão entre implementar suas obrigações internacionais pelo efeito direto ou por meio de transformação do direito interno em uma legislação nacional especial, não mudou. Na decisão do caso *Blaškić*, o Tribunal Criminal Internacional para a Antiga Iugoslávia argumentou que não cabe ao direito internacional regular o comportamento dos Estados nacionais e de seus indivíduos, mas que o direito internacional deixa para os estados determinar o órgão responsável pela

implementação do direito internacional – o que vai de acordo com o julgamento do caso *LaGrand e Avena* da Corte Internacional de Justiça (PAULUS, 2007).

Uma severa separação entre o direito internacional e o nacional conforme postulado pela tradicional teoria dualista se torna cada vez mais implausível. Por outro lado, isso não significa um retorno ao monismo kelseniano. Uma visão de uma unidade hierárquica é mais uma ameaça do que um alívio, em particular na atual conjuntura, onde a tentação de hegemonia de uma superpotência parece mais forte do que nunca. Além disso, nosso ceticismo pós moderno não nos permite uma solução que se encaixa a tudo. Nós enfrentamos uma ordem internacional pluralista em que várias instituições globais e regionais se sobrepõem a várias ordens jurídicas nacionais, o que acaba por dificultar a implementação de normas internacionais no plano doméstico, conforme observa Paulus (2007, p. 230):

O Direito Interno tem dificuldade de simplesmente incorporar o Direito Internacional porque isso pressupõe a decisão sobre qual parte do Direito internacional é diretamente aplicável no ordenamento jurídico interno – e, cada vez mais frequentemente, na decisão de conflitos de valores, não só entre o direito nacional e internacional, mas também dentro do corpo de normas e regras internacionais cada vez mais diversificadas.¹⁷

Em tempos de globalização, a insistência dualista na constituição de ordens jurídicas separadas e fechadas está condenada a falhar tanto quanto as tentativas monistas de harmonização e hierarquização. Atualmente, não se tem escolha a não ser reconhecer o pluralismo de valores, normas e instituições e o concomitante pluralismo de ordens jurídicas, que torna cada vez mais distante a estrita separação entre o “internacional” e o “nacional”.

1.2.2. As Novas Tendências da Relação entre Direito Interno e Direito Internacional

A teoria do Direito Internacional não pode ignorar os muitos canais formais e informais de comunicação existentes entre as sociedades nacionais e internacionais. Nesse sentido, as relações entre o Direito Interno e o Direito Internacional se tornaram tão variáveis

¹⁷ Domestic law has difficulty to simply incorporate ‘international law’ because this presupposes a decision on which part of international law is directly applicable in the domestic legal order – and, more and more frequently, on the decision of value conflicts not only between international and national law, but also within the more and more diverse body of international norms and rules

que é possível se questionar se essas interações não se tornaram tão multiformes a ponto de ter mitigado a natureza auto-suficiente dos sistemas legais nacional e internacional.

Assim, André Nollkaemper e Janne Nijman (2007) identificam três tendências advindas do atual relacionamento entre o Direito Internacional e o Direito Nacional: a emergência de valores comuns, a dispersão de autoridade e a desformalização.

1.2.2.1. Valores Comuns

O reconhecimento da existência de valores universais hierarquicamente superiores permite que a divisão entre o direito internacional e o direito interno seja mitigada. No entanto, simplesmente referir-se a “valores comuns” não é o suficiente para causar impacto nesta divisão, já que é da natureza do direito internacional refletir esses valores comuns. A proposição mais precisa é a de que o fato de a ordem jurídica internacional reconhecer a existência de alguns valores comuns com um maior grau de normatividade tem um impacto sobre a divisão entre direito internacional e doméstico.

A idéia de que “normas superiores” tem uma relação especial com o direito nacional tem ganhado admiração. Muitos Estados tem garantido em sua constituição a supremacia dos direitos humanos¹⁸ – uma garantia não conferida a nenhuma outra área do Direito Internacional. Algumas cortes nacionais tem reconhecido algumas barreiras que existem entre o ordenamento nacional e o internacional devem ser desfeitas no caso de confronto entre uma norma internacional de valor especial. Isso sugere que, enquanto a supremacia do direito internacional pode não ter efeito no ordenamento interno, ela o terá no caso de se tratar de valores universais: “a noção nacional e impotente da supremacia do direito internacional seria substituída por uma noção de supremacia dos valores universais, capaz de romper a divisão entre a esfera nacional e internacional¹⁹”.

Esse posicionamento suscita duas questões: a primeira é porque algumas normas internacionais seriam tratadas de forma diferente de uma norma normal de direito

¹⁸ Inclusive, na Constituição Brasileira de 1988, os direitos humanos tem um tratamento especial – conforme será melhor tratado em capítulo específico sobre o tema.

¹⁹ “the domestically rather powerless notion of supremacy of international law would be replaced by a notion of supremacy of universal values that would be able to pierce the divide between the domestic and international sphere (NIJMAN; NOLLKAEMPER, 2007, p. 343).

internacional? A segunda é qual é o objetivo dessa tendência – ele só se aplica a regras de *jus cogens* ou abrange outras categorias? (NIJMAN; NOLLKAEMPER, 2007).

Quanto à primeira questão, o tem-se que, tradicionalmente, as regras de direito internacional que governam a relação entre o direito internacional e nacional normalmente não se distinguem entre diferentes tons de normatividade. O Estado deve cumprir com todas as regras de direito internacional a qual está vinculado e deve fazer os ajustes na ordem interna, permitindo que o estado cumpra com as suas obrigações internacionais, sem levar em conta a diferenciação hierárquica (NIJMAN, NOLLKAEMPER, 2007).

Parte da resposta a essa questão se deve ao fato de que a aceitação de valores universais no ordenamento nacional é baseada na força obrigatória de seu poder normativo, o mesmo poder que explica que o ordenamento internacional é composto por regras com tratamento diferenciado – e que também explicaria porque os valores comuns transcendem a divisão entre o ordenamento nacional e o internacional. Nesse contexto:

Na era da globalização, as decisões nacionais afetam uma comunidade mais ampla e são elas mesmas parte de um contexto maior do que o Estado-nação. Nessa linha, as cortes domésticas estão desempenhando um papel indispensável como intérpretes e tradutores das normas internacionais e princípios²⁰.

A segunda questão é qual seria o impacto de normas hierarquicamente superiores no direito interno. A prática e a literatura limitam o potencial impacto da hierarquia na divisão entre o direito internacional e nacional para a categoria mais estreita na hierarquia: *jus cogens*. No entanto, há também a prática que recorre a um grupo mais amplo de valores universais, em especial, os direitos humanos, o que certamente não pode ser totalmente qualificado como *jus cogens*. Quando as cortes domésticas recorrem a um valor comum, isso não significa que deve se restringir à categoria de *jus cogens*. Obviamente, quanto mais ampla a categoria, mais fundamental é o ataque à premissa dualista.

O reconhecimento da existência de valores mais elevados hierarquicamente pode levar a uma mudança fundamental na relação entre o direito internacional e o nacional o que, em alguma medida, pode ser entendido como uma recorrência da tradição monista do direito

²⁰“In the age of globalization, domestic decisions affect a broader community and are themselves part of a larger context than the nation State. In this vein, domestic courts are playing an indispensable role as interpreters and ‘translators’ of international standards and principles into action” (NIJMAN; NOLLKAEMPER, 2007, p. 344).

internacional. Entretanto, essa hierarquia difere da discussão entre monistas e dualistas no que diz respeito à superioridade das normas no ordenamento. Em vez de discernir um único sistema de direito, decorrente, por exemplo, uma norma fundamental hipotética (concepção formal de Kelsen²¹), o sistema encontra algum tipo de fonte comum substantiva em uma base de valores universais (NIJMAN; NOLLKAEMPER, 2007).

É possível fazer uma leitura alternativa, no sentido de que a hierarquia é simplesmente baseada no reconhecimento dos estados de que algumas normas são mais importantes do que outras e que, como tal, devem ter um efeito mais incisivo no direito interno. Todavia, dificilmente encontra-se na prática internacional uma base expressa para esta afirmação muito menos das conseqüências que teria no direito interno (NIJMAN; NOLLKAEMPER, 2007).

Essa “consciência jurídica” de valores hierárquicos tem como base o renascimento de um pensamento de direito natural, que tem desafiado o positivismo legal clássico e que tem moldado um discurso que, em muitos aspectos, moveu-se para além do severo positivismo. Muitos estudiosos do tema, o positivismo legal contemporâneo, mesmo mantendo a separação entre direito e moral, tem aceitado normas que não são de direito positivo. Em outras palavras, em versões menos severas do positivismo, à sua formalidade original deve ser acrescida de condições substantivas. Nesse sentido, as razões morais tem se tornado parte do direito positivo.

Essa base alternativa para o monismo – assumindo a hierarquia de valores como a base para “quebrar” a dicotomia entre direito internacional e nacional – pode explicar que, dependendo do caso, ou o direito internacional pode se sobrepor ao nacional ou vice-versa.²² No caso de a corte doméstica se confrontar com normas contraditórias, ela deveria levar em consideração a qualidade moral das normas a fim de decidir qual é superior. Em outras palavras, não é por definição que o direito internacional triunfa sobre o nacional ou vice-

²¹“(…) não se pode fundamentar a validade da ordem estatal senão com o auxílio de uma hipótese que, em se tratando de teoria das normas, é uma norma hipotética. Propriamente falando, esta norma hipotética não faz parte do sistema do direito positivo, mas serve de fundamento primário; portanto, não é publicada, colocada - não é uma norma positiva, - mas pressuposta; simplesmente fundamenta a unidade das normas positivas. Chamo essa norma de fundamental, hipótese necessária à ciência do direito, para compreender como a matéria jurídica, os dados que ela deve interpretar como atos jurídicos fazem parte de um só e mesmo sistema, ‘o direito’”. (KELSEN, 1926).

²² Um claro exemplo é o princípio da norma mais favorável ao indivíduo que significa que deve ser aplicada pelo intérprete necessariamente a norma que mais favoreça o indivíduo. Assim, a primazia da norma mais favorável nos leva a aplicar quer a norma internacional, quer a norma interna, a depender de qual seja mais favorável ao indivíduo.

versa. Depende das circunstâncias de cada caso em específico, no qual tais valores deverão ser analisados.

No entanto, não se pode perder de vista o que significa dizer que alguns direitos são “universais”. Afinal, a universalidade não pode significar assentimento universal em um mundo tão desigual. A doutrina dos direitos humanos, por exemplo, é hoje tão poderosa e, ao mesmo tempo, imperialista ao pregar a universalidade, que a expõe a sociedade a sérios problemas intelectuais, culturais e até políticos, chegando-se a questionar a autoridade por ela adquirida. Especialmente, deve-se notar a influente opinião política ocidental nessa questão, tornando a aplicabilidade dos direitos humanos bastante limitada e dependente da tradição de alguns poucos países - e, portanto, inaplicável em diversas outras culturas.

1.2.2.2. Dispersão de autoridade

As fronteiras entre o direito internacional e o nacional se tornam muito menos relevantes quando se considera um arranjo mais informal entre pessoas privadas, corporações, etc. Isso, no entanto, não significa que esses novos atores se tornaram parte da ordem jurídica internacional ou que há um colapso entre o domínio nacional e o nacional: “essa não é uma questão de invasão do campo da soberania, mas uma vantagem da divisão²³.”

Atores privados podem ter formado a sua própria ordem internacional²⁴ que em pouco se relaciona com a ordem internacional, a nacional ou a relação entre ambas. Essa mudança de posição sinaliza que a distinção entre o domínio nacional e o internacional não são mais suficientes e que nós temos que reconhecer que há perspectivas plurais que nem o monismo, tampouco o dualismo são capazes de explicar. Um dos desafios impostos pela globalização é a emergência de ordens legais não estatais e a conseqüente necessidade de um quadro conceitual que permita ao direito internacional acomodar as diferentes culturas legais.

O debate entre o monismo e o dualismo foi importante durante o entre guerras quando a influência dos estudiosos de direito constitucional no direito internacional era significativa.

²³“(…) this is not a matter of penetration of the sovereignty shield, but a circumventing of the divide” (NIJMAN; NOLLKAEMPER, 2007, p. 348).

²⁴ Como ocorre nos casos dos comerciantes, que se utilizam da *lex mercatoria*, que não é imposta por uma autoridade central, e evoluiu a partir do uso e do costume, à medida que os próprios mercadores criavam princípios e regras para regular suas transações

A visão moderna de estado como um órgão da comunidade internacional desafiou os dogmas mais clássicos do estado, soberania e direito internacional em que o dualismo era baseado.

Hoje, a situação é outra. A posição do Estado é determinada de dentro e de fora. De dentro, a desagregação do estado altera a comunicação entre o direito interno e o internacional, sendo que desagregação não significa que o estado irá desaparecer. Pelo contrário, o fenômeno indica que os órgãos do estado frequentemente desempenham um papel mais visível e autônomo frente o direito internacional. De fora, no sentido de que há regimes legais e não-legais formando-se além das tradicionais estruturas interestatais.

De agora em diante, o que se visualiza é a emergência de novas autoridades no cenário internacional capazes de utilizar seu poder efetivamente no sentido de criar normas. Ao invés da unificação, o que se nota é a criação de regimes não-estatais e relativamente autônomos, que permitem uma melhor aplicação do Direito.

1.2.2.3. Desformalização

A desformalização refere-se à aplicação de normas de direito internacional que não são vinculantes, tanto em matéria de direito internacional como não vinculam o próprio Estado. Nessa perspectiva, a diferença entre normas vinculantes e não vinculantes torna-se irrelevante (NIJMAN; NOLLKAEMPER, 2007).

A desformalização do direito pode gerar diversas conseqüências, na medida em que as normas internacionais vão gerando efeitos no ordenamento doméstico. Uma dessas conseqüências é o poder conferido aos juízes com relação às autoridades que falharam na incorporação de normas internacionais no ordenamento jurídico interno. O direito internacional é utilizado como fonte pelas autoridades judiciais em casos difíceis (“hard cases”) para dar um direcionamento entre controvérsias políticas e sociais. Ao fazê-lo, o judiciário garante a aplicação do direito internacional e, assim, realinha sua posição com o ordenamento internacional.

Essa tendência é paralela à emergência de valores comuns. O direito internacional não justifica sua autoridade apenas em normas e princípios vinculativos, isto é, em conformidade com o modelo positivista, mas também em normas substantivas. Nesse sentido, as normas de

direito internacional tem autoridade em razão dos valores que representam, posto que, mesmo que não vinculantes, devem orientar a interpretação conferida pelo direito nacional. No entanto, essa claramente não é a única parte da resposta e não pode ser considerada para todos os problemas legais referentes à legitimidade, causados pela configuração de autoridades privadas.

1.3. Conclusão parcial

Nem o monismo e nem o dualismo, em sua forma tradicional são aptos a capturar a diversidade do processo de globalização. A redução do poder factual dos estados em controlar a entrada do direito internacional no âmbito doméstico, reduz o poder explanatório da teoria dualista. Em um mundo interdependente, as fronteiras entre o sistema internacional e o nacional não são claramente definidas. Os processos econômicos e políticos levaram uma pressão ainda maior nos Estados para adaptar o direito nacional, que não pode mais ser tratado de forma isolada das influências externas.

Superficialmente, poder-se-ia pensar que o processo de globalização levaria a uma desconsideração da personalidade entre o domínio internacional e o doméstico, e a uma situação que se caracterizaria como monista. Os indivíduos não são mais invisíveis, protegidos apenas pelo ordenamento interno; os assuntos tratados pelo direito internacional e o direito interno são cada vez mais parecidos e as fontes são cada vez menos controladas por qualquer ordem em particular. No entanto, a realidade é mais complicada. Nós também enfrentamos o que se denomina “novo nacionalismo” que leva a fragmentação ao invés da construção de uma sociedade internacional. As diferenças entre estados e regiões são tamanhas que o poder explanatório da teoria monista fica muito limitado. De fato, a globalização pode levar os estados e comunidades a protegerem seus valores nacionais e a sua identidade contra as indefinidas influências estrangeiras, levando à reafirmação da soberania.

A partir desse pressuposto, algumas questões são levantadas: a necessidade de distinção entre o papel do direito internacional no ordenamento jurídico interno e se as cortes nacionais observam os julgamentos de cortes internacionais quando decidem assuntos internos.

A primeira questão diz respeito se a corte nacional irá manter seu ordenamento doméstico totalmente separado do ordenamento internacional, como os dualistas fariam, ou se elas irão integrar o internacional no direito nacional, como pressuposto do modelo monista. A questão do uso de sentenças internacionais em jurisprudência, pelo contrário, considera o engajamento dos tribunais no diálogo transjudicial com as demais cortes no resto do mundo. O tratamento de ambas as questões, no entanto, pode ser considerado como um ponto de referência para a integração da respectiva ordem jurídica interna na comunidade jurídica internacional.

O pluralismo do mundo jurídico contemporâneo requer uma mudança profunda na metodologia jurídica, trocando a hierarquização por uma cultura de diálogo e acomodação. Alguns mecanismos que buscam a harmonização entre o Direito Internacional e o Direito Interno foram desenvolvidos pela doutrina: o Diálogo de Cortes e o Controle de Convencionalidade.

O próximo capítulo tratará dessas estratégias doutrinárias como medida alternativa para a harmonização de um possível conflito entre a norma de Direito Interno e uma obrigação de Direito Internacional.

CAPÍTULO 2: DIÁLOGO DE CORTES E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: PROPOSTAS DE HARMONIZAÇÃO?

A expansão do Direito Internacional, engendrada pela pluralidade de ordens jurídicas, alargou o campo regulatório deste a domínios outrora reservados ao Direito Nacional. Esse processo, iniciado antes da globalização atingir os níveis atualmente verificados, adquiriu importância diante do imperativo de se buscar alternativas para os múltiplos problemas decorrentes das interações econômicas, sociais e políticas (AMARAL JÚNIOR, 2008). No entanto, esse furor normativo não veio acompanhado de regras claras de convivência entre o Direito Internacional e o Direito Interno, ocasionando não somente os almejados fenômenos de cooperação, mas também os de conflito (CARVALHO RAMOS, 2012).

No caso brasileiro, houve intensa ratificação de tratados após a redemocratização. Em decorrência disso, o Brasil se submeteu à interpretação de vários órgãos internacionais, como o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio, entre outros (CARVALHO RAMOS, 2012).

Atualmente, o país conta com textos normativos de ordens diversas (de matriz constitucional e de matriz internacional), que podem e, inevitavelmente, geram conflitos e interpretações dissonantes do mesmo diploma, pelas Cortes Internacionais e Constitucionais. Nesses casos, evocar noções de hierarquia²⁵ ou critérios tradicionais de resolução de antinomias²⁶ não é suficiente para solucionar as questões que surgem.

Os ordenamentos, assim, podem se chocar, com normas concorrentes e com decisões contraditórias oriundas do plano doméstico e do plano internacional. A fim de evitar tais confrontos, buscam-se alternativas, ainda que não previstas expressamente, para garantir a harmonização do sistema jurídico e que permitam a convivência entre decisões internacionais e internas: o Diálogo de Cortes e o Controle de Convencionalidade, institutos que serão analisados.

²⁵ Tal ponto trata da discussão a respeito do *status* que os tratados internacionais adquirem ao serem incorporados ao ordenamento jurídico interno. O Supremo Tribunal Federal possui precedente claro sobre a hierarquia dos tratados em geral (Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.480) e sobre os tratados de direitos humanos (Recurso Extraordinário 466.343/SP), que serão analisados oportunamente.

²⁶ Não se questiona se os meios tradicionais de solução de antinomias são eficazes para resolver, com justiça, os conflitos entre normas internacionais e internas. Suscita-se se a aplicação dos critérios hierárquico, da especialidade e cronológico é suficiente para solucionar conflitos entre normas de natureza distintas.

2.1. Diálogo de Cortes

Não são poucos os autores que entendem que o papel primordial do Direito Constitucional Internacional é fazer dialogar as normas de direito internacional com o Direito Interno, estabelecendo sistemas de incorporação e hierarquização entre as normas. Abstraindo-se a referência ao sistema de incorporação de normas, é bem verdade que o direito internacional Westfaliano sempre propugnou pelo estabelecimento de regras sobre hierarquização de normas (notadamente as internacionais sobre as internas). Mas essa solução não mais se adequa à pós-modernidade, em que se pretende, cada vez mais, deixar de lado “critérios fechados” de solução de antinomias (sempre a solucionar o conflito pela monossolução), a fim de se chegar ao ápice da fluidez, voltada sempre às soluções plurais (MAZZUOLI, 2010).

Por outro lado, autores como Slaughter (2003), bastante otimistas quanto ao comportamento cooperativo e aberto das Cortes, propõem uma interação mais expansiva, e que abrange o diálogo entre as jurisdições regionais, entre as jurisdições regionais e as jurisdições constitucionais e entre as jurisdições constitucionais, o qual denomina “comunicação transjudicial”. Nesse sentido, sustenta que juízes ao redor do mundo tem dialogado uns com os outros, trocando opiniões, encontrando-se pessoalmente em seminários e em organizações devotadas ao intercâmbio judiciário e até mesmo negociando reciprocamente sobre casos específicos.

Uma das conseqüências do crescente diálogo entre Cortes, tal como apontada por Slaughter, é que os juízes não relutam em argumentar uns com os outros, até mesmo de maneira cáustica, e não temem pela ruptura fundamental em suas relações. Isso significa que os tribunais ao redor do mundo estão encarando suas relações não a partir de uma visão diplomática, que busca evitar conflitos, mas a partir de uma compreensão sobre como os tribunais devem se relacionar internamente. Em outras palavras, a tensão seria um sinal positivo de comunicação transjudicial²⁷.

²⁷ André de Carvalho Ramos (2012), da mesma forma, advoga no sentido de que incoerências e contradições entre normas e decisões podem ser consideradas como catalisadoras para a evolução hermenêutica e formação da jurisprudência dos Tribunais. É nesse sentido, também, que Shany (2007) utiliza a expressão “progresso através da catástrofe” (*progress through catastrophe*).

Nessa linha, há benefícios advindos da existência de uma pluralidade de ordens jurídicas, pois a comparação recíproca e o diálogo interinstitucional gerado promovem a emergência de interpretações jurídicas extraídas de profunda reflexão e que podem ditar rumos diferentes para as atuais divergências, típicas de um mundo globalizado.

Assim, no caso específico dos conflitos advindos de determinações de uma sentença internacional com as normas de direito interno, uma possível alternativa é o “Diálogo das Cortes”, que consiste na interpretação adequada e uso interconectado de fundamentos, possibilitando a harmonia entre as ordens jurídicas internacional e nacional. Logo, as decisões anteriores sobre o alcance e o sentido de determinado direito servem de importante orientação para a formação da jurisprudência de outro tribunal (CARVALHO RAMOS, 2012).

O Diálogo das Cortes se manifesta no sentido de se obter uma convergência entre a ordem jurídica nacional e internacional por intermédio do intercâmbio de interpretações conferidas a dispositivos internacionais e nacionais e pela menção à existência de jurisprudência anterior, tanto no âmbito interno quanto internacional. André de Carvalho Ramos (2012, p. 78-79) lista alguns parâmetros que devem ser levados em consideração para definir se houve ou não o diálogo. São eles:

- 1) menção à existência de dispositivos internacionais convencionais ou extraconvencionais vinculantes ao Brasil sobre o tema; 2) menção à existência de caso internacional contra o Brasil sobre o objeto da lide e as conseqüências disso reconhecidas pelo tribunal nacional; 3) menção à existência de jurisprudência anterior sobre o objeto da lide de órgãos internacionais aptos a emitir decisões vinculantes ao Brasil; 4) peso dado aos dispositivos e à jurisprudência internacionais.

Segundo o mesmo autor, caso a decisão nacional tiver preenchido os quatro parâmetros, houve, efetivamente, o diálogo.

Ainda que a proposta em questão abranja a possibilidade de tal mecanismo ser utilizado em todos os casos que envolvam conflitos entre sentenças internacionais e normas de direito interno, é no âmbito dos direitos humanos que ela acaba se tornando mais evidente, principalmente no caso brasileiro e dos países vizinhos, em razão da atuação e influência que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem sobre eles.

Atualmente se constata que os países latino-americanos subscreveram os principais tratados de direitos humanos adotados pela ONU e pela OEA. De um lado, despontam Constituições latino-americanas com cláusulas constitucionais abertas, com destaque à hierarquia especial dos tratados de direitos humanos, à sua incorporação automática e às regras interpretativas alicerçadas no princípio *pro persona* (PIOVESAN, 2013). Essas cláusulas constitucionais abertas permitem a interação entre as ordens nacional e internacional, ampliando o bloco de constitucionalidade. Assim, ao processo de constitucionalização do Direito Internacional, soma-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional (PIOVESAN, 2013).

No âmbito da Corte IDH, a abertura ao diálogo se concretiza mediante a aplicação das regras interpretativas do art. 29²⁸ da Convenção Americana, em especial as que asseguram o princípio da prevalência da norma mais benéfica, mais favorável e mais protetiva à vítima. Nesse sentido, é possível afirmar que as cláusulas de abertura constitucional e o princípio pro ser humano compõem os dois principais vértices a fomentar o diálogo em matéria de direitos humanos (PIOVESAN, 2013).

Nota-se, portanto, o caráter de harmonização do Diálogo de Cortes. Importante ainda ressaltar que, para além de resolver o caso concreto, a sentença da Corte IDH produz critérios gerais de interpretação da Convenção que devem ser observados por todos os Estados Partes, uma vez que se trata da interpretação realizada pela intérprete autêntica do Pacto (FERRER MAC-GREGOR; SILVA GARCÍA, 2009). Contudo, em muitas ocasiões verifica-se o uso doméstico deturpado dos tratados e demais normas internacionais graças ao hábito da interpretação nacional dos tratados, sem conexão com a interpretação autêntica feita pelos órgãos internacionais (CARVALHO RAMOS, 2012), conforme será visto oportunamente.

²⁸ Artigo 29 - Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados;
- c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;
- d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza

2.1.1. Diálogo ou Monólogo?

Há um novo paradigma a nortear a cultura jurídica latino-americana na atualidade, no qual aos parâmetros constitucionais somam-se os parâmetros convencionais, mitigando a concepção de uma pirâmide estratificada, então substituída por um trapézio aberto ao diálogo, aos empréstimos e à interdisciplinariedade, a resignificar o fenômeno jurídico de comunicação transjudicial (PIOVESAN, 2012).

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos está equivocada em esperar que as suas decisões guiem a forma com que os juízes ou demais autoridades nacionais resolvam os casos relativos a direitos fundamentais? Não. O grande problema é o "tudo ou nada" exigido pela Corte IDH (CONTESSÉ, 2013). Afinal, a intenção deste organismo internacional é a de que todos os juízes nacionais, quando detectarem um conflito entre as disposições da Convenção e as normas de Direito Interno, façam prevalecer as primeiras.

Consciente das várias críticas levantadas a partir do posicionamento adotado, a Corte respondeu que há um tipo de diálogo transjudicial entre as Cortes locais e a Corte Interamericana. Essa fórmula supostamente promove a idéia de que as Cortes locais devem realizar a interpretação de acordo com a Convenção e as audiências da Corte IDH - mas sempre tendo em mente que a interpretação feita no contexto do judiciário deve seguir o critério da Corte.

A falha da doutrina formulada pela Corte IDH provém da falta de um real diálogo entre a Corte Interamericana e as cortes domésticas, que acaba se tornando mais um monólogo da Corte Interamericana PARA as cortes domésticas. Se houvesse realmente o diálogo, ambas as partes teriam o direito igual de participar e um melhor argumento a respeito do significado e o escopo dos direitos que deverão prevalecer. O que interessa à Corte é que os juízes locais recebam, compreendam e internalizem padrões internacionais e as interpretações dadas por ela – e esse é, inclusive, o posicionamento de muitos autores que propõem o “diálogo” voltado apenas para as determinações feitas pelas Cortes Internacionais e, raramente, sugerem o contrário.

Todavia, a situação está se revertendo e já se nota, em alguns casos, a promoção do verdadeiro diálogo entre as Cortes Internacionais e as Cortes Internas. Isso porque, a despeito

da Corte IDH ter, em muitos casos, requerido que os tribunais nacionais agissem de acordo com as suas determinações, em casos recentes, ela se mostrou aberta ao diálogo transjudicial. A título ilustrativo, cabe menção à sentença proferida pela Corte Interamericana no caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, de 27 de junho de 2012, em que ela incorpora precedentes judiciais em matéria indígena da Corte Constitucional Colombiana (*sentencia C-169/01*), no que se refere ao direito à consulta prévia dos povos indígenas, bem como ao pluralismo. Empresta ainda destaque às Constituições da Argentina, da Bolívia, do Brasil, do Peru e do Chile. Outro exemplo atém-se à sentença do caso *Atala Riffo y ninas vs. Chile*, de 24 de fevereiro de 2012, em que a Corte Interamericana faz alusão à jurisprudência da Suprema Corte de Justicia de la Nación do México, na AI 2/2010, concernente à proibição da discriminação por orientação sexual. No caso *Guelman vs. Uruguai*, por sua vez, a Corte destaca a jurisprudência da Venezuela, do México, do Chile, da Argentina e da Bolívia reconhecendo a natureza pluriofensiva e permanente do delito de desaparecimento forçado, bem como a jurisprudência latino americana invalidando leis de anistia (PIOVESAN, 2013).

Por outro lado, o diálogo também se dá quando as Cortes Nacionais observam disposições e jurisprudência da Corte IDH e as adotam como motivo para decidir o caso internamente. É nesse sentido que o Controle de Convencionalidade, que será estudado no próximo tópico, deve ser realizado.

2. 2. O Controle de Convencionalidade

O Controle de Convencionalidade feito pelas Cortes internacionais é considerado o definitivo ou o autêntico, e consiste na atividade de fiscalização dos atos e condutas dos Estados em confronto com os seus compromissos internacionais. Esse controle, teoricamente, redundaria em harmonia entre as ordens jurídicas plurais, uma vez que leva ao descarte das normas internas que estejam em desacordo com as normas internacionais. Tem por fundamento a boa-fé quando do cumprimento das determinações dos tratados incorporados voluntariamente pelos Estados (CARVALHO RAMOS, 2012).

Há ainda o Controle de Convencionalidade realizado pelos tribunais nacionais, então denominado controle nacional ou provisório, e que consiste no exame de compatibilidade do ordenamento interno às normas internacionais. É alcunhado dessa forma, pois, o controle

exercido pelo juiz nacional não vincula a autoridade internacional, considerada a intérprete autêntica (CARVALHO RAMOS, 2012). Ainda que não haja qualquer autorização internacional para os tribunais locais exercerem tal controle, é de premente relevância que ele seja realizado. A adequação das leis domésticas ao conteúdo do tratado pode ser realizada pelos tribunais locais na medida em que os tratados, já estando em vigor no plano internacional, forem sendo incorporados ao direito pátrio (MAZZUOLI, 2010).

Tal instituto se baseia na noção de que não basta que a norma de Direito Doméstico seja compatível com a Constituição Federal, devendo também ser compatível com os tratados, sejam eles tratados de direitos humanos ou tratados comuns ratificados pelo Estado, sem violação de qualquer dos seus preceitos. (MAZZUOLI, 2010).

Assim, a compatibilidade do direito doméstico com os tratados internacionais em vigor no país deverá ser feita por meio do Controle de Convencionalidade, complementar e coadjuvante, mas nunca subsidiário, ao controle de constitucionalidade (MAZZUOLI, 2010). Tal medida tem por intuito compatibilizar verticalmente as normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos válidos e vigentes no país.

É notável a semelhança entre o controle realizado a nível internacional e o realizado internamente. Assim, para evitar qualquer equívoco, Carvalho Ramos (2012) aponta algumas diferenças entre eles: 1) no Controle de Convencionalidade internacional, a hierarquia da norma paramétrica é fruto das escolhas do próprio direito internacional, de acordo com a primazia do direito internacional; 2) no Controle de Convencionalidade nacional, a hierarquia do tratado-parâmetro depende do próprio Direito Nacional que estabelece o status dos tratados internacionais no ordenamento interno; 3) a interpretação do que é compatível ou incompatível com o tratado-parâmetro não é a mesma – levando a conclusões divergentes.

Dessa forma, o Controle de Convencionalidade de matriz nacional é, na realidade, um controle nacional de legalidade, supralegalidade ou constitucionalidade, a depender do estatuto que os tratados adquirem no direito interno quando incorporados²⁹.

²⁹ Para Mazzuoli (2010), a compatibilidade do Direito Nacional com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país se faz por meio do Controle de Convencionalidade, em razão do status que estes adquirem ao serem incorporados segundo a previsão do art. 5º, §3º da Constituição Federal, então considerados formalmente constitucionais. O mesmo ocorre para os tratados de direitos humanos não aprovados pelo rito especial do artigo supracitado, pois são considerados pelo autor, materialmente constitucionais. Já os demais tratados, por não terem status constitucional, estão sujeitos ao Controle de Supralegalidade. São todos o mesmo controle; o que altera é a denominação, dada segundo o status dos tratados na Constituição.

2.2.1. Controle de Convencionalidade no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos

A noção de que proteção dos direitos humanos extrapola o domínio estatal (PIOVESAN, 2002) é corroborada pela criação de órgãos supervisores de compromissos internacionais com o intento de que, com um controle internacional, sejam garantidas maior eficácia ao objeto e à finalidade do instrumento protetor (FERRER MAC-GREGOR; SILVA GARCÍA, 2009).

No que tange aos direitos humanos, a busca pela efetividade desses diplomas passa a ser a tônica atual, já que, conforme se depreende da lição de Norberto Bobbio (2004, p. 43), “[o] problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”.

É neste cenário que surge o Controle de Convencionalidade no âmbito do Sistema Regional Interamericano de proteção dos direitos humanos, “como uma ferramenta sumamente eficaz para o respeito, a garantia e a efetivação dos direitos descritos no Pacto³⁰” (SAGÜES, 2010, p. 118), como resultado da construção pretoriana da Corte Interamericana. Por este controle, as normas nacionais passam por um exame de compatibilidade com relação às normas internacionais.

Nota-se que a Corte elevou a nível internacional a idéia do Controle de Constitucionalidade realizado no âmbito do Direito Interno. Nessa toada, é possível afirmar que, se por um lado o Controle de Constitucionalidade se firma como um mecanismo indispensável à preservação da supremacia constitucional, de outro, o Controle de Convencionalidade se apresenta como modo de assegurar a proteção dos direitos humanos em consonância com a previsão de normas internacionais e, sobretudo, para garantir e obter a aplicação harmônica do direito vigente (LUCCHETTI, 2008).

No contexto interamericano, o marco histórico de assentamento do Controle judicial de Convencionalidade é a decisão no caso “*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*”, de 26 de

³⁰ “Como una herramienta sumamente eficaz para el respecto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos por el Pacto”.

setembro de 2006, em que, pela primeira vez³¹, a Corte fez alusão à terminologia “Controle de Convencionalidade³²” (HITTERS, 2009). Conforme enfatiza a Corte IDH (2006a):

123. A descrita obrigação legislativa do artigo 2 da Convenção tem também a finalidade de facilitar a função do Poder Judiciário de tal forma que o aplicador da lei tenha uma opção clara de como resolver um caso particular. Sem embargo, quando o Legislativo falha em sua tarefa de suprimir e/ou não adotar leis contrárias à Convenção Americana, o Judiciário permanece vinculado ao dever de garantia estabelecido no artigo 1.1 desta e, conseqüentemente, deve abster-se de aplicar qualquer norma contrária a ela. O cumprimento por parte de agentes ou funcionários do Estado de uma lei violadora da Convenção produz a responsabilidade internacional do Estado, e é um princípio básico do direito da responsabilidade internacional do Estado, reconhecido no Direito Internacional dos Direitos Humanos no sentido de que todo Estado é internacionalmente responsável por atos ou omissões de quaisquer de seus poderes ou órgãos em violação aos direitos internacionalmente consagrados, segundo o artigo 1.1 da Convenção Americana.

124. A Corte é consciente de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado tenha ratificado um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a assegurar que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam mitigados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e fim, e que desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, **o Poder Judicial deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas, que aplicam aos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Nesta tarefa, o Poder Judicial deve ter em conta não somente o Tratado senão também a interpretação que este há dado à Corte Interamericana, intérprete última da Convenção.

125. Nesta mesma linha de ideias, esta Corte tem estabelecido que “[s]egundo o direito internacional, as obrigações que este impõe devem ser cumpridas de boa fé e não pode invocar-se para seu descumprimento o direito interno. Esta regra foi

³¹ Ainda que o termo “Controle de Convencionalidade” tenha sido aplicado pela primeira vez pelo plenário da Corte em 2006, Juan Carlos Hitters (2009), ao analisar a jurisprudência deste órgão, analisa que no caso *Myrna Mack Change vs. Guatemala*, decidido em 25 de novembro de 2003 foi quem, pioneiramente, lançou mão da expressão no voto por ele proferido.

³² Não foi somente a partir da decisão emblemática *Almonacid Arellano vs. Chile* que a Corte começou a realizar o Controle de Convencionalidade. O cotejo entre as normas internas e a Convenção, destacando-se a prevalência da última, sempre foi feito: “o que na verdade há sucedido é que desde este momento se utiliza tal fraseologia” (HITTERS, 2009, p. 111).

codificada no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969³³. (destaque não contido no original).

Posteriormente, no mesmo ano, a Corte ratificou a obrigatoriedade do Controle de Convencionalidade no caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Peru*, introduzindo novos elementos e tratando do tema de forma mais específica. Na ocasião, argumentou (Corte IDH, 2006b):

128. Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que o efeito útil da Convenção não se veja diminuído ou anulado pela aplicação de leis contrárias a suas disposições, objeto e fim. Em outras palavras, os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não só um controle de constitucionalidade, senão também “de convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e das regulações processuais correspondentes. Esta função não deve quedar limitada exclusivamente pelas manifestações ou atos dos acionantes em cada caso concreto, embora tampouco implica que esse controle deva exercer-se sempre, sem considerar outros pressupostos formais e materiais de admissibilidade e procedência deste tipo de ações.³⁴ (destaque não contido no original).

³³ 123. 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.

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.

125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “[s]egún el derecho internacional no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”¹⁵⁰. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

³⁴ 128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad”⁷⁷ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe

Os casos citados refletem os principais pronunciamentos da Corte IDH que suscitaram a atual discussão a respeito do Controle de Convencionalidade no continente americano³⁵ e de cuja breve análise é possível depreender uma sensível evolução: na primeira decisão, do caso *Almonacid Arellano*, a Corte menciona uma *espécie* de Controle de Convencionalidade que deverá ser exercido pelo Poder Judiciário enquanto no caso *Trabajadores cesados del Congreso* há expressamente o dever de efetuar o Controle de Convencionalidade, consolidando a terminologia até então adotada. Conforme destaca Sagües (2010, p. 120), “[n]a última sentença, em síntese, o instituto de referência é apresentado, sem mais, como um ato de revisão ou fiscalização da submissão das normas nacionais à Convenção [...] e à exegese que a este instrumento dá à Corte Interamericana”³⁶.

Outrossim, ainda que a Corte IDH tenha utilizado o termo “Controle de Convencionalidade”, trata-se, de fato de “Controle *Judicial* de Convencionalidade”, já que é dirigido ao Poder Judiciário no caso de o legislador se abster na sua tarefa de editar normas em conformidade com a Convenção Americana (GALVIS; SALAZAR, 2007).

Enfim, o Controle Judicial de Convencionalidade tal como apregoado pela Corte IDH, é concebido como “um mecanismo jurídico pelo qual os juízes invalidam normas de hierarquia inferior à Convenção, que não tenham sido ditadas de conformidade a ela, tendo em conta não só a Convenção mesma, senão a interpretação que a ele efetua a Corte Interamericana”³⁷ (SCHEPIS, 2009, p. 7).

quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.

³⁵ Após a prolação das duas decisões paradigmáticas, a Corte IDH voltou a tratar do tema em outros casos, porém sem muitas variações. São eles: *La Cantuta vs. Perú*, julgado em 29/11/2006; *Boyce y otros vs. Barbados* (20/11/2007); *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (12/08/2008); *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (23/11/2009); *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (24/08/2010).

³⁶ “En la última sentencia, em síntesis, el instituto de referencia ES presentado, sin más, como um acto de revisión o fiscalización de la sumisión de las normas nacionales, a la Convención [...], y a la exégesis que a este instrumento da la Corte Interamericana [...]”.

³⁷ “Un mecanismo jurídico por el cual los jueces invalidan normas de rango inferior a la Convención, que no hayan sido dictadas de conformidad a ella teniendo en cuenta no solo la Convención misma, sino la interpretación que de ella efectúa la Corte Interamericana”.

2.2.1.1. O Controle de Convencionalidade como obrigação internacional referente ao dever de promover a garantia judicial efetiva

Todos os fundamentos jurídicos utilizados pela Corte IDH para justificar o dever dos juízes de efetuar o Controle de Convencionalidade tem por base o Direito Internacional. Em última análise, o Controle de Convencionalidade se alicerça na responsabilidade internacional dos Estados decorrente de obrigações internacionais³⁸ por eles assumidas. Em razão disso, Menezes (2009) esclarece que o Controle de Convencionalidade nada mais é do que um mecanismo utilizado para promover a responsabilização internacional do Estado por violação de direitos humanos.

Ao subscrever tratados internacionais de direitos humanos como a Convenção Americana, os Estados assumem, perante a comunidade internacional, a obrigação de respeitar e garantir determinados conjuntos de direitos derivados do instrumento internacional. Esta dupla obrigação está prevista expressamente na Convenção Americana, o qual enuncia em seus artigos 1 (1) e 2:

Artigo 1 - Obrigação de respeitar os direitos

1. 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.

Artigo 2º - 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.

Kawabata (2004), em sua análise, identifica as principais obrigações contraídas pelos Estados, membros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: de um lado, a obrigação de *respeitar*, o qual abrange os deveres fundamentais de (a) atuação dos órgãos do Estado, que não devem ir além daquela determinada pelas normas de direitos humanos e (b) obrigação de adequar o sistema jurídico interno para assegurar a efetividade do gozo destes direitos. Por

³⁸ Consoante lição de André de Carvalho Ramos (2002, p. 8-9), “a responsabilidade internacional do Estado é a reação jurídica do Direito Internacional às violações de suas normas, exigindo a preservação da ordem jurídica vigente”. É a característica de um sistema jurídico que pretende ser um sistema internacional de regras de condutas, fundamentando-se no princípio da reciprocidade, no qual um Estado não pode reivindicar para si uma condição jurídica que não reconhece para outro Estado.

outro lado, a obrigação de *garantir* o livre e pleno exercício dos direitos e liberdades reconhecidos, impõe ao Estado o dever de assegurar os direitos humanos a toda pessoa sob sua jurisdição.

Exige-se dos Estados, a partir destas determinações convencionais, para além da adoção de medidas executivas e legislativas, o provimento de mecanismos eficazes à satisfação destas garantias da Convenção Americana, por meio do Poder Judiciário. Para Antônio Augusto Cançado Trindade (2003, p. 517):

(...) os próprios tratados de direitos humanos atribuem uma função capital à proteção por parte dos tribunais internos, como evidenciado pelas obrigações de fornecer recursos internos eficazes e de esgotá-los, que recaem, respectivamente, sobre os Estados demandados e os indivíduos reclamantes. Tendo a si confiadas a proteção primária dos direitos humanos, os tribunais internos tem, em contrapartida, que reconhecer e interpretar as disposições pertinentes dos tratados de direitos humanos.

É nesse sentido que se insere o Controle de Convencionalidade, resultado do dever do Estado de promover a garantia judicial efetiva ao jurisdicionado, ainda que o Legislativo não tenha tomado as medidas adequadas e compatíveis com as disposições internacionais.

Assim, é conferida aos juízes a incumbência de confrontação normativa, quando da análise do caso concreto, já que, como integrantes da máquina estatal, estão igualmente submetidos às obrigações impostas pela Convenção Americana e, portanto, vinculados aos mencionados deveres de respeito e garantia dos direitos previstos na Convenção e de harmonização das ordens interna e internacional, sob pena do Estado incorrer em responsabilidade internacional - afinal, o Estado responde perante a Corte IDH pelos atos de quaisquer de seus órgãos³⁹.

O dever realizar o Controle de Convencionalidade ainda é corroborado pelas determinações contidas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, nomeadamente nos artigos 26 e 27 do referido diploma legal, que determina:

Artigo 26 - Pacta sunt servanda

Todo o tratado em vigor vincula as Partes e deve ser por elas cumprido de boa fé.

Artigo 27 - Direito interno e observância dos tratados

Uma Parte não pode invocar as disposições do seu direito interno para justificar o incumprimento de um tratado. Esta norma não prejudica o disposto no artigo 46.

³⁹ Segundo Antônio Augusto Cançado Trindade (2003, p. 551-552), “[a]s obrigações convencionais de proteção vinculam os Estados Partes, e não só seus governos”, incumbindo o Judiciário de “aplicar efetivamente as normas de tais tratados no plano do direito interno, e assegurar que sejam respeitadas”.

Por essas determinações legais, depreende-se que a partir do momento que um Estado subscreve um tratado internacional, seja ele de direitos humanos, seja um tratado comum, deverá cumprir as obrigações por ele contraídas de boa-fé (*pacta sunt servanda*), o que o impede de invocar o direito interno para descumpri-las. É com base nessas disposições, inclusive, que a Corte IDH fundamenta o dever de primazia dos tratados internacionais sobre as normas internas.

2.2.1.2. O controle interno e o controle internacional

O Controle de Convencionalidade realizado no âmbito interno foi primeiramente mencionado no caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, em 2006, em que a Corte IDH conferiu aos juízes nacionais a missão de aferir, em cada caso concreto, a compatibilidade material das normas internas com o conteúdo da Convenção. Para tanto, as autoridades devem levar em consideração a interpretação realizada pela própria Corte, intérprete última do Pacto de San José (REY CANTOR, 2009).

Realizado o Controle de Convencionalidade e constatando o conflito entre as normas, a norma interna, então considerada “inconvenção”, deixará de ser aplicada e dará lugar aos preceitos convencionais, sob o fundamento de proteger os direitos da pessoa humana. Como todos os magistrados poderão exercê-lo, o controle realizado é difuso⁴⁰, e produz somente efeito *inter partes*.

Nesse sentido, pode-se inferir que o Controle de Convencionalidade difuso existe desde a promulgação da Constituição, não obstante não ter sido feita referência a essa terminologia – isso pode ser notado no texto original do art. 105, III, a da carta de 1988. O controle concentrado, por sua vez, apenas surgiu com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45 de 2004 (MAZZUOLI, 2010).

⁴⁰ Para Mazzuoli (2010), o Controle de Convencionalidade concentrado no Supremo Tribunal Federal também é possível, mas somente nas hipóteses dos tratados de direitos humanos aprovados pelo rito do art. 5º, §3º da Constituição Federal.

Os juízes nacionais figurarão, portanto, como os principais atores do Controle de Convencionalidade, visto que o controle realizado em âmbito interno é precedente ao realizado internacionalmente, em razão do princípio da complementaridade da jurisdição internacional⁴¹, segundo o qual o Controle de Convencionalidade efetuado pelas instâncias internacionais só poderá ocorrer após exaurir os recursos disponíveis internamente (HITTERS, 2009). Segundo Rey Cantor (2009), se os juízes domésticos observarem os preceitos convencionais e interpretação tal qual definida pela Corte IDH, não será preciso recorrer ao sistema internacional. Em síntese, o Controle de Convencionalidade é realizado previamente em sede interna, somente havendo intervenção da Corte IDH na sua inoperância ou ineficácia (HITTERS, 2009).

Por meio do exercício do Controle de Convencionalidade em sede interna, os juízes nacionais adquirem um quase *status* de juízes internacionais de direitos humanos (REY CANTOR, 2009), figurando como os principais mediadores na interação entre o Direito Interno e o Direito Internacional. Assim, ao controlar a atividade legiferante por meio da incorporação da jurisprudência da Corte IDH em suas decisões, e, com isso, promover o aclamado Diálogo entre as Cortes, contribuem eficazmente para a concretização da harmonia entre as ordens interna e internacional.

Por outro lado, a partir da decisão do caso *Trabajadores Cesados del Congreso*, em que ficou evidenciada esta nova tarefa concedida às autoridades internas, constata-se um notório incremento na carga laboral destas: desde então, exige-se a conjugação do Controle de Constitucionalidade com o Controle de Convencionalidade (duplo controle vertical). Além de impor que o juiz observe o conteúdo da Convenção Americana, reclama também o conhecimento pormenorizado da jurisprudência da Corte IDH e a projeção desta em suas decisões (SAGÜES, 2010).

No entanto, a autorização para realizar o Controle de Convencionalidade, tal como a conferida ao juiz nacional pela Corte IDH, pode acarretar algumas controvérsias. No que concerne aos ordenamentos em que se adota o modelo difuso de justiça constitucional, como a Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela, nos quais todos os juízes

⁴¹ André de Carvalho Ramos (2005, p. 118-119) afirma que “a subsidiariedade da jurisdição internacional, em face da jurisdição nacional, significa apenas que o próprio Estado, primeiramente por meio de seus recursos internos, deve assegurar o respeito aos direitos humanos. após, no fracasso de tais meios internos, pode a vítima aceder aos mecanismos internacionais”. Todavia, a regra de prévio esgotamento dos recursos internos comporta, modernamente, mitigações em determinados casos, como na denegação de justiça ou quando os recursos internos revelarem-se inoperantes, falhos ou inacessíveis às vítimas. Nestes casos, admite-se que a instância internacional seja diretamente acionada (MAZZUOLI, 2010).

estão autorizados a empreender o exame de compatibilidade vertical das normas com a Constituição, esta nova tarefa – o Controle de Convencionalidade difuso – não cria maiores problemas. Ao permitir a realização do Controle de Constitucionalidade estará, por conseguinte, autorizado a exercer o Controle difuso de Convencionalidade (SAGÜES, 2010).

A discussão é mais intensa nos ordenamentos em que os juízes não estão aptos a exercer o Controle de Constitucionalidade, tarefa reservada à Corte Constitucional, como ocorre no Uruguai, Paraguai e Chile. Ainda que a Corte IDH não tenha se pronunciado sobre essa questão (SAGÜES, 2010), alguns autores, como Londoño Lázaro (2010) a enfrentou. Para a autora, não cabe à Corte Internacional determinar, precisamente, o modo pelo qual o Estado deve introduzir o Controle de Convencionalidade em seu Direito Interno, bastando que se indique tratar de uma obrigação convencional. Cumpre a cada Estado determinar a melhor forma de adotar as medidas internas para cumprir as prescrições da Corte IDH.

Sagües (2010), por sua vez, sustenta que diante de um problema de convencionalidade, o juiz incompetente para exercer tal controle deve remeter os autos ao tribunal competente para o exercício do Controle de Constitucionalidade, a fim de que este realize, também, o juízo de convencionalidade.

2.2.1.3. A interpretação autêntica e os “tratados nacionais”

A Corte IDH impõe expressamente⁴² a todos os Estados submetidos a sua jurisdição o dever de observância da interpretação por ela dada ao Pacto de San José, cabendo aos juízes nacionais levar tal fato em consideração quando de seus pronunciamentos internamente. Desse modo, é possível considerar que a interpretação feita por esse organismo internacional possui valor superior ao próprio texto da Convenção, já que, como intérprete final desta, fixa a superfície e o alcance de suas cláusulas escritas (SAGÜES, 2010).

Com efeito, essa obrigatoriedade fixada pela Corte de observância de suas pautas hermenêuticas, faz cumprir um papel de uniformização da interpretação dos direitos previstos

⁴² Artigo 62.3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso, relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção, que lhe seja submetido, desde que os Estados-partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêm os incisos anteriores, seja por convenção especial.

na Convenção (SAGÜES, 2010) e, ao mesmo tempo, evita se transformar em um tribunal de cassação ou instância revisora de julgamento de vultosos números de casos (HITTERS, 2009).

Deveras, a Corte IDH não tem a intenção de se constituir como um órgão de cassação ou instância revisora das decisões locais, tampouco se ocupa da análise da legislação doméstica, mas tão somente da sua compatibilidade com o Pacto de San José e com a exegese dada por si, a fim de evitar que o Estado incorra em responsabilidade internacional (HITTERS, 2009), conforme pronunciamento feito pela própria Corte em decisões anteriores⁴³.

Esse posicionamento adotado pela Corte IDH decorre do princípio da interpretação internacionalista, ou seja, em conformidade com a interpretação dos órgãos internacionais, alicerçado na cooperação leal entre o Direito Interno e o Direito Internacional (CARVALHO RAMOS, 2012). Contudo, tal princípio muitas vezes não é levado em consideração pelas Cortes Constitucionais que, apesar de se comprometerem perante o Direito Internacional, violam repetidamente suas normas, mas protestam estarem cumprindo suas obrigações sob a sua ótica peculiar.

É nesse sentido que André de Carvalho Ramos (2012) indica uma nova modalidade de norma: os tratados “nacionais”. Trata-se do fato de o Brasil ratificar tratados e reconhecer a jurisdição de órgãos internacionais encarregados de interpretá-los. Porém, o judiciário nacional continua a interpretar tais tratados nacionalmente, sem qualquer remissão ou lembrança da jurisprudência dos órgãos internacionais que os interpretam.

O reconhecimento da interpretação internacional dos tratados é, inclusive, uma consequência óbvia dos vários comandos constitucionais que dispõem a respeito da incorporação destes no ordenamento jurídico interno. Afinal, de que adiantaria a Constituição pregar o respeito aos tratados internacionais se os juízes nacionais continuassem a interpretar os comandos neles contidos a seu favor, segundo as suas próprias conveniências? Além do mais, o dever de adotar a interpretação autêntica emitida pelas Cortes Internacionais remonta

⁴³ Sobre essa questão se pronunciou o juiz Sérgio García Ramírez em seu voto no caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, de 26 de setembro de 2006.

aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, o qual se encontram elencados nos arts. 31, 32 e 33 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados⁴⁴.

Carvalho Ramos (2012) então conclui que o Direito Internacional no Brasil está manco: formalmente, está plenamente engajado; porém, na aplicação prática, há quase um total silêncio sobre a interpretação dada pelo próprio Direito Internacional. O resultado dessa interpretação distorcida realizada pelas autoridades brasileiras implicará em responsabilidade internacional e na sensação de que esse “engajamento” internacional é mera retórica judicial para fins de propaganda externa.

Ficamos, dessa forma, expostos a sanções internacionais pela incapacidade de criarmos mecanismos de conciliação nesse mundo de pluralidade de ordens normativas.

2.2.2 Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro

Em razão do recente assentamento da Corte IDH sobre o dever dos juízes nacionais de realizarem o Controle de Convencionalidade, notou-se uma considerável produção bibliográfica sobre a matéria no continente americano (VILLANOVA, 2010), bem como sua

⁴⁴Art. 31 1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.

2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos:
a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado;
b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado.

3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto:

a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições;
b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação;
c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes.

4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes.

Art. 32 Pode-se recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31:

a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou

b) conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado.

Art. 33 1. Quando um tratado foi autenticado em duas ou mais línguas, seu texto faz igualmente fé em cada uma delas, a não ser que o tratado disponha ou as partes concordem que, em caso de divergência, prevaleça um texto determinado.

2. Uma versão do tratado em língua diversa daquelas em que o texto foi autenticado só será considerada texto autêntico se o tratado o prever ou as partes nisso concordarem.

3. Presume-se que os termos do tratado têm o mesmo sentido nos diversos textos autênticos.

4. Salvo o caso em que um determinado texto prevalece nos termos do parágrafo 1, quando a comparação dos textos autênticos revela uma diferença de sentido que a aplicação dos artigos 31 e 32 não elimina, adotar-se-á o sentido que, tendo em conta o objeto e a finalidade do tratado, melhor conciliar os textos.

recepção por diversos tribunais internos dos países submetidos à jurisdição da Corte (VILLANOVA, 2010).

No Brasil, contudo, tal instituto é ainda pouco explorado pela doutrina, com esforços isolados de alguns poucos autores (RAMOS, 2012; MAZZUOLI, 2010; PIOVESAN, 2013) e praticamente desprezado pelos órgãos judiciais pátrios, notadamente pelo Supremo Tribunal Federal, que ignora a jurisprudência da Corte IDH (SILVA, 2010).

Nesse sentido, e com o aumento da demanda da Corte IDH, importa demonstrar como o Judiciário brasileiro lida com essa questão.

2.2.2.1. Debate sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos no Supremo Tribunal Federal

A Carta Constitucional de 1988, assim como as demais que a precederam (DALLARI, 2003) não identifica, de forma evidente, qual a posição hierárquica dos tratados internacionais incorporados ao ordenamento interno⁴⁵. Tal incumbência acaba recaindo na doutrina e na jurisprudência pátrias, dando ensejo à persistente celeuma (MAZZUOLI, 2010).

Durante algumas décadas, o Supremo Tribunal Federal adotou a tese do primado do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional⁴⁶, posição esta que somente veio a ser modificada em 1977, por conta do julgamento do Recurso Extraordinário 80.004/SE, a partir do qual o Tribunal passou a reconhecer a tese da paridade hierárquica entre as leis e os tratados internacionais, de modo que, no caso de conflito, prevalece a norma mais recente, aplicando-se a regra *lex posterior derogat legi priori*. Este é o entendimento que ainda prevalece na atual jurisprudência do Tribunal Constitucional pátrio, no que concerne aos tratados internacionais comuns (MAZZUOLI, 2010).

⁴⁵ Exceção feita aos tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados segundo o rito especial do §3º do art. 5º da Constituição Federal, já que nestes casos a Carta Maior estabelece expressamente que possuem status de emenda constitucional.

⁴⁶ Celso de Albuquerque Mello (2004) apresenta alguns exemplos de decisões em que o STF consagrou o primado do direito internacional em face do direito interno. Dentre elas, está o caso da União vs. Cia. Rádio Internacional do Brasil (1951), em que o Tribunal decidiu unanimemente que um tratado revoga leis anteriores (Apelação Cível n. 9.587); decisão do Pedido de Extradicação n. 7 (1914), no qual o STF declarou estar em vigor e ser aplicado o tratado, ainda que houvesse lei posterior contrária a ele; por fim, o acórdão na Apelação Cível n. 7.872 (1943) em que a Corte assentou, novamente, que um tratado não poderá ser revogado por uma lei interna posterior.

Com relação aos tratados internacionais sobre direitos humanos, com o advento da atual Constituição, o debate ganhou novos rumos e maior complexidade, em virtude do conteúdo do §2º do art. 5º e, sobretudo, com a introdução do §3º ao mesmo dispositivo legal, por via da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, que garantiu caráter especial a estes tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro (BRASIL, 2008c).

A cláusula de abertura do §2º do art. 5º da CF/88 ensejou uma ampla discussão doutrinária e jurisprudencial (CARVALHO RAMOS, 2012), admitindo distintas exegeses sobre o dispositivo e, por conseguinte, diferentes posições sobre a hierarquia dos tratados, que podem ser sistematizadas em quatro principais teses: a) hierarquia supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos; b) hierarquia constitucional; c) hierarquia supralegal, porém infraconstitucional e, por último, d) da paridade entre lei e tratado (SARLET, 2006).

A tese da hierarquia constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados antes da Emenda Constitucional n. 45 de 2004 é defendida, majoritariamente, pela doutrina internacionalista. Para esta corrente, todos os tratados internacionais de direitos humanos compõem o bloco de constitucionalidade brasileiro.

Nesta linha, todos os tratados de direitos humanos, incorporados antes ou depois da EC 45/2004, são materialmente constitucionais (PIOVESAN, 2007; MAZZUOLI, 2010). Para os autores, o rito especial do art. 5º, §3º, somente reforça a natureza constitucional dos tratados de direitos humanos, conferindo-lhe lastro formalmente constitucional.

Desse modo, há um sistema misto disciplinador dos tratados: um aplicável aos tratados internacionais de direitos humanos – que apresentam hierarquia constitucional – e outro aplicável aos tratados tradicionais – os quais apresentam hierarquia infraconstitucional. Esta distinção “se justifica em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano internacional” (PIOVESAN, 2007, p. 68).

O STF foi instado a se manifestar a respeito do tema ao enfrentar a polêmica em torno da possibilidade da prisão civil do depositário infiel, especificamente sobre a prisão civil do devedor na alienação fiduciária em garantia, equiparado ao depositário. A previsão convencional contida no art. 7 (7) não se coaduna com o art. 5º, inciso LXVII da CF/88 nem

com as disposições da legislação infraconstitucionais que disciplina esta modalidade de prisão civil.

Ainda que o entendimento da paridade hierárquico-normativa entre tratado internacional e legislação ordinária tivesse sido firmado pelo STF no RE 80.004/SE em 1977, ou seja, antes da CF/88, o tribunal manteve seu posicionamento em relação aos tratados de direitos humanos, no ano de 1995 (PIOVESAN, 2007). Ao enfrentar o tema no julgamento do HC 72.131-RJ, realizado em 22/11/1995, portanto, sob a égide da Constituição de 1988 e já tendo o Estado brasileiro aderido à Convenção Americana, o Tribunal Constitucional reafirmou seu entendimento de que os diplomas normativos internacionais, incluindo os atinentes à tutela de direitos humanos, são incorporados ao ordenamento interno no patamar de legislação ordinária, sendo aplicável, no caso de conflitos normativos, a regra *lex posterior derogat legi priori* (BRASIL, 2008c).

Por muito tempo o Tribunal manteve seu posicionamento até que, em 3 de dezembro de 2008, novamente enfrentando o tema da prisão civil do depositário infiel (RE 466.343-1/SP), o STF superou aquele posicionamento e promoveu uma guinada jurisprudencial capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes, que sustentou os tratados internacionais de direitos humanos que não forem aprovados pelo Congresso Nacional pelo rito especial do art. 5º, §3º da CF/88 tem natureza supralegal, isto é, abaixo da Constituição, porém acima de toda e qualquer lei. Essa corrente, atualmente majoritária, admite, ainda, que tais tratados tenham estatuto equivalente à emenda constitucional, desde que aprovados pelo Congresso segundo o rito especial do §3º do art. 5º (CARVALHO RAMOS, 2012).

Em resumo, tem-se hoje o duplo estatuto dos tratados de direitos humanos: os anteriores à EC 45/2004 e os posteriores a ela, desde que aprovados pelo rito simples do Congresso Nacional (maioria simples e em um único turno) terão estatuto supralegal; já os tratados de direitos humanos posteriores à referida emenda e que tenham sido aprovados pelo rito especial do art. 5º, §3º (votação em dois turnos nas duas Casas do Congresso, com maioria de três quintos) serão equivalentes à emenda constitucional (CARVALHO RAMOS, 2012).

2.3. Propondo a reestruturação do Controle de Convencionalidade no Brasil

2.3.1. *Abertura dialógica e dever de compatibilização entre os sistemas*

Diante do cenário jurídico mundial contemporâneo, que tem por principal característica a pluralidade de fontes normativas, o constante interrelacionamento e a crescente influência entre as ordens jurídicas interna e internacional, é mister que a análise da relação entre os diversos ordenamentos seja reconsiderada, superando-se, definitivamente, a obsoleta noção hierarquizante (VON BOGDANDY, 2008), notadamente em matéria de direitos humanos.

Nesse sentido, justifica-se adaptar o Controle de Convencionalidade ao presente contexto mundial, desempenhando sua finalidade primordial de garantia de consenso e diálogo entre as variadas ordens jurídicas e não como instrumento de prevalência de uma ordem sobre a outra, a fim de permitir a otimização da tutela dos direitos humanos⁴⁷. Nesse sentido, os modelos “nacionalista” ou “internacionalista”, perdem espaço no mundo atual; o mais apropriado, portanto, seria um modelo harmonizador.

Admitindo o pluralismo jurídico como realidade, a relação entre o direito interno e o direito internacional, nesta toada, não pode mais ser tratada do mesmo modo estagnado e apartado (CANÇADO TRINDADE, 2003) tal como o era sob o paradigma moderno-westfaliano, em que o direito internacional se ocupava, basicamente, das relações entre Estados, os quais, por sua vez, atuavam como os únicos produtores das normas jurídicas.

A noção de constante disputa entre a ordem interna e a ordem internacional cede lugar a relação de reciprocidade de ambas as ordens, de modo a permitir sua interação harmônica, potencializando a proteção aos indivíduos (VON BOGDANDY, 2008).

Assim como é imperativa a permeabilidade constitucional às normas internacionais para promover a cooperação de direitos, a abertura do diálogo também deve estar presente no

⁴⁷ Afinal, o Controle de Convencionalidade, tal como preconizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos é a evidente manifestação da vertente monista internacionalista, ou, consoante assevera Sagües (2010), um verdadeiro controle de supraconstitucionalidade. Há uma incontestável imposição do direito internacional sobre a Constituição, que se traduz na sobreposição da ordem internacional sobre a ordem interna, perenizando a obsoleta base conceitual hierarquizada e piramidal formulada no século passado e que vai de encontro a uma desejável redução de tensões entre o direito interno e internacional.

âmbito do direito internacional, permitindo que se fortaleça a proteção que se deseja conferir e não mitigá-la em detrimento de uma suposta supremacia da ordem internacional sobre a interna. Aliás, a necessidade de convívio harmônico e dialógico entre as ordens jurídicas nacional e internacional está expressamente enunciada nas “cláusulas de diálogo” contidas tanto na Constituição Federal (art. 5º, §2º) quanto na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 20, b) (MAZZUOLI, 2010).

Isto posto, a busca da harmonização entre os ordenamentos jurídicos é totalmente contrária às noções de hierarquia: não há sobreposição de normas constitucionais e normas convencionais, tampouco revogação de uma pela outra. Logo, em casos de antinomias, a alternativa adotada é a dialógica, tendo em vista que as fórmulas lingüísticas dos textos constitucional e convencional se transformam por inúmeros discursos sobre o sentido e alcance destes enunciados normativos, garantindo ampla margem de atuação ao intérprete.

Como recurso hermenêutico para redução de tensões entre as disposições contidas nos ordenamentos interno e internacional e para a manutenção da coerência e proteção pela harmonização de antinomias, o intérprete deve se nortear pelo princípio da unidade do ordenamento jurídico de proteção e pelo Diálogo das Cortes.

No que tange à proteção dos direitos humanos, esse diálogo deve ser pautado pelo princípio *pro homine* (MAZZUOLI, 2010), que consiste num critério hermenêutico informativo de todo o direito dos direitos humanos. O que importa é o grau de eficácia da proteção do ser humano, impondo-se a aplicação da norma mais favorável, seja ela de fonte interna ou de fonte internacional⁴⁸ (CANÇADO TRINDADE, 2003).

Impende ressaltar que tal princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo não é a solução para todos os problemas, revelando-se muitas vezes insuficiente, como nos *hard cases*, em que dois direitos entram em colisão aparente. Segundo André de Carvalho Ramos (2005, p. 108):

[...] há uma importante pergunta, muitas vezes olvidada: a norma é mais favorável a quem? Ao indivíduo, mas e se em determinado caso concreto – comum, diga-se -,

⁴⁸ Ressalta-se que é inconcebível a afirmação de André de Carvalho Ramos (2012) de que, pela prevalência do direito internacional, a invocação de norma interna mais protetiva somente é possível por conta de disposição internacional que a autorize. Não há espaço para falar em primazia de ordem internacional ou interna, principalmente em casos que envolvam a questão dos direitos humanos. A preponderância da norma mais protetiva é inerente ao sistema de proteção e independe de permissão normativa, seja ela internacional ou interna. Deve-se garantir a proteção ao indivíduo, e isso é possível por intermédio da harmonização dos ordenamentos jurídicos.

dois direitos pertencentes a indivíduos distintos entram em colisão? Qual norma deve prevalecer? O princípio da primazia da norma mais favorável emudece.

Constada sua insuficiência, Ramos (2005) enfatiza a necessidade de um reexame do princípio da primazia da norma mais favorável, tendo em vista que nos *hard cases* deve ceder lugar à ponderação de interesses, “sabendo que a relatividade dos direitos fundamentais e a necessária coexistência entre os mesmos servem de guia par ao intérprete no momento da estipulação dos limites dos direitos em concreto” (2005, p. 110).

Feita esta advertência, cumpre entrecruzar as premissas teóricas formuladas com o Controle de Convencionalidade.

2.3.2. Reestruturação do Controle de Convencionalidade: por um Diálogo entre as Cortes

Como resultado da proposta do dever de harmonização das normas de fontes distintas por meio dos citados mecanismos de interpretação, ficam afastadas as possibilidades de Controle de Convencionalidade de normas constitucionais, bem como de Controle de Constitucionalidade de normas convencionais, do modo como são tradicionalmente entendidos, em que impera a lógica de comprovação da invalidade/validade da norma impugnada por incompatibilidade com a norma de hierarquia superior. Esta técnica de controle de normas, de caráter eminentemente excludente, contrapõe-se à noção de convivência e de diálogo. No entanto, não há a total eliminação de ambos os controles, mas uma necessária reestruturação. Ambos os controles, em matéria de direitos humanos, atuam apenas enquanto “procedimentos” necessários à manutenção do diálogo de harmonização.

Os conflitos entre normas constitucionais e internacionais de direitos humanos não possuem uma solução prévia e aplicável a todas as hipóteses (SARLET, 2006), reclamando pela instauração do diálogo institucionalizado, por meio dos Controles de Constitucionalidade e de Convencionalidade. Com isso, os órgãos jurisdicionais assumem papel fundamental nesta harmonização, em especial o Tribunal Constitucional e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que faz surgir novo confronto, já assinalado anteriormente: o conflito entre as autoridades.

Isso porque, a prevalência de uma ou outra Corte equivaleria a optar pelo modelo nacionalista ou pelo modelo internacionalista, conservando-se a já rechaçada noção conflitual e hierarquizada de predominância de uma jurisdição sobre a outra. O conflito, tal como ocorre com as normas de origens distintas, deverá ser solucionado pelo Diálogo entre as Cortes.

O diálogo é o ponto de equilíbrio entre uma superioridade absoluta de qualquer dos dois órgãos, configurando uma espécie de concessão mútua. De um lado, a Corte IDH deve respeitar certas margens decisórias dos Estados-membros, definidos em última instância pelos tribunais constitucionais. De outro, os tribunais constitucionais devem acolher a jurisprudência da Corte IDH. Com efeito, este diálogo jurisdicional entre o Tribunal Constitucional pátrio e a Corte IDH é indispensável para que as Cortes alcancem, em conjunto, o resultado mais apropriado diante de conflitos entre interpretações e normas de diferentes origens, bem como para legitimarem suas decisões pelo discurso argumentativo, e não pela sua condição de intérprete final.

Para concretizar o diálogo, ainda são necessárias outras determinações, para além da doutrina. Por parte do STF, os ministros devem ter conhecimento das normas de direito internacional e aplicar as pautas hermenêuticas tal como informado pela Corte IDH, estreitando os laços entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional. Da mesma forma, o diálogo será viabilizado por meio da recepção da jurisprudência da Corte IDH – o que não implica em recepção irrestrita e irrefletida, já que esta prática não se coaduna com a idéia de diálogo, mas de monólogo e de retorno à noção de sobreposição do Direito Internacional sobre o Constitucional.

Ademais, ao invés da integração jurídica, de vinculação formal, o que mais se adequa ao modelo harmonizador é a alternativa da integração jurídica discursiva pela migração de ideais constitucionais, que ocorre no nível da argumentação e ampara-se no diálogo, permitindo um livre cambio de ideias, experiências e teorias, conforme exposto por Virgílio Afonso da Silva⁴⁹ (2010).

⁴⁹ Segundo o autor (2010, p. 530): Embora o conceito clássico de constituição seja algo intimamente ligado ao Estado nacional, isso não implica que, contemporaneamente, a interpretação constitucional também tenha que se limitar às fronteiras de cada país. O constitucionalismo - e a interpretação constitucional - não são apenas questões estritamente nacionais porque os problemas são internacionalmente comuns, e muitas vezes as realidades e as experiências jurídicas também o são. Nesse sentido, é possível afirmar que mesmo que não houvesse no mundo nenhum órgão (ou tribunal) supranacional, a integração, por meio do livre fluxo de idéias, poderia ser riquíssima e intensa”.

Portanto, não é suficiente invocar aleatória e convenientemente a jurisprudência da Corte IDH (como fez o STF no julgamento do RE 511.961/SP, em 17/06/2009, sobre a exigência de diploma universitário para o exercício da profissão de jornalista, o que equivale à mera referência retórica). Da mesma forma, nos casos em que o Tribunal Constitucional divergir da Corte IDH, deve dialogar entre si, contra-argumentando que a sua interpretação é a mais protetora, de modo a legitimar a sua decisão – o que não foi observado, por exemplo, no julgamento da ADPF n. 153, que se pretende analisar no próximo capítulo. Da mesma forma, não basta à Corte IDH, para depreciar a decisão do STF e responsabilizar internacionalmente o Estado, impor a aplicação de uma norma da Convenção Americana ou a observância de sua jurisprudência. Mais do que isso, ela tem também o ônus argumentativo de demonstrar que a norma da Convenção e a sua jurisprudência são mais favoráveis ao indivíduo, a fim de prevalecer o diálogo.

Do exposto, percebe-se que a harmonização das normas de fontes interna e internacional, referentes à matéria de direitos humanos, em última análise, resolve-se pelo diálogo entre o Tribunal Constitucional e a Corte Internacional. Nessa seara, não há mais lugar para se falar em órgão detentor da última palavra e sim em um compartilhamento de autoridade, que se mantém em constante interação para garantir a devida proteção dos direitos humanos. A decisão do Controle de Convencionalidade deixa de ser um ato de autoridade, para se traduzir em um ato de cooperação e de diálogo discursivo entre ambos os tribunais.

Neste diálogo jurisdicional, para além de pretender a legitimação de suas decisões, as Cortes devem buscar a reconstrução permanentemente por meio do aprendizado com a experiência alheia, cada uma observando a outra com o intuito de compreender seus limites e possibilidades para a solução harmônica da questão. Devem levar a sério as divergências, não só como fonte indispensável de legitimidade material da solução apresentada, mas também como oportunidade de aprendizado e fortalecimento recíproco para o aprimoramento discursivo para promover a solução mais protetora ao ser humano.

Posto isso, é necessário que se investigue a possibilidade do Diálogo das Cortes e do Controle de Convencionalidade, tal como colocado, como alternativas para a preservação da harmonia entre as ordens jurídicas justapostas, como se segue abaixo, na análise de dois casos de conflito entre órgãos judiciais nacionais e internacionais, o primeiro envolvendo o STF e a Corte IDH e o segundo, a Corte americana e a CIJ.

CAPÍTULO 3: ANÁLISE DE CASO

Este capítulo visa demonstrar a aplicabilidade dos mecanismos de harmonização elucidados no item anterior em dois pares de casos concretos, cujas sentenças foram proferidas por Cortes de diferentes matrizes (uma nacional e a outra, internacional) e que se relacionam na medida em que apresentam aparente conflito entre si. O primeiro caso se refere à condenação do Estado brasileiro perante a Corte IDH e a decisão interna prolatada pelo STF que obsta o seu cumprimento; o segundo, trata do caso norte-americano que, tal qual ocorre na situação anterior, não implementa a decisão da CIJ no ordenamento interno e, por conseguinte, não satisfaz as suas obrigações assumidas internacionalmente.

3.1. A ADPF 153

Em outubro de 2008, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) interpôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153 (ADPF 153) perante o STF, em que requereu da Corte Constitucional a interpretação do §1º do art. 1º da Lei 6.683 de 1979⁵⁰ (Lei da Anistia) à luz dos preceitos da Constituição Federal de 1988. Por meio deste ato, pretendia-se que fosse declarada a abrangência da anistia concedida pela referida lei apenas aos crimes políticos ou conexos de modo a não se estender aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão (civis ou militares) contra os opositores políticos, durante o regime militar.

A OAB fundamentou seus pedidos com base nos preceitos fundamentais constitucionais da isonomia (art. 5º, *caput*), direito à verdade (art. 5º, XXXIII) e os princípios republicano, democrático (art. 1º, parágrafo único) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º,

⁵⁰ Art. 1º 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 conexos 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. § 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

III). Com a procedência da ação, afastar-se-ia a impunidade dos agentes da repressão em decorrência da anistia (CARVALHO RAMOS, 2012).

Após o ajuizamento e distribuição da argüição para a relatoria do então Ministro Eros Grau, foram prestadas as informações, tendo a Advocacia Geral da União sustentado o não conhecimento da argüição, em preliminar, e, no mérito, pela sua improcedência⁵¹.

O Procurador Geral da República, seguindo o posicionamento da AGU, manifestou-se pela improcedência da argüição, pois, na sua visão, acatar a tese expressa pela OAB representaria um rompimento com o compromisso firmado naquele contexto histórico.

Quando do julgamento, inicialmente, foram rejeitadas as preliminares, vencido o Ministro Marco Aurélio, que votou pela extinção da ação por falta de interesse de agir. No mérito, sete Ministros declararam improcedente a argüição (Ministros Eros Grau, Cármen Lúcia, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Celso de Mello e Gilmar Mendes) e dois votaram pela procedência parcial (Ministros Lewandowski e Carlos Britto).

Além da importância da questão abordada e do impacto que uma decisão desse calibre tem nos familiares daqueles que até hoje esperam por justiça, a ADPF 153 ainda conta com uma particularidade: pela primeira vez, uma ação perante o STF, com efeito vinculante e *erga omnes* é processada concomitantemente a um processo internacional, com objeto semelhante, em curso perante uma Corte Internacional – a Corte Interamericana de Direitos Humanos -, uma vez que no momento do julgamento da ADPF 153, já havia sido proposta a demanda da Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra o Brasil perante a Corte IDH (caso Julia Gomes Lund e outros), sem julgamento final (CARVALHO RAMOS, 2012).

Ainda assim, não houve, por parte dos Ministros, nenhum pedido de adiamento do julgamento, com o intento de conferir segurança e evitar que posteriormente, coexistam decisões dissonantes. Como o objeto da ADPF 153 coincidia com a análise que estava sendo feita pela Corte IDH, ao adotar tal atitude, os Ministros assumiram esse risco, de uma decisão futura contrária a que foi proferida.

⁵¹ Conforme relembra André de Carvalho Ramos (2012), apesar da posição tomada pela AGU, o Ministério da Justiça, a Secretaria Especial de Direitos Humanos na Presidência da República e a Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil se manifestaram pela procedência da ação.

3.1.1. Voto do Relator Ministro Eros Grau

O voto do relator foi pela improcedência da argüição, tendo decidido que a revisão da Lei da Anistia, como requisitado pela OAB, cabia ao Poder Legislativo e não ao Supremo Tribunal Federal⁵².

Ao analisar o voto do relator, nota-se que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos sequer foi citada – o que poderia auxiliar na reflexão sobre a abrangência da anistia a agentes da ditadura militar⁵³. Já, quanto à jurisprudência internacional de direitos humanos há apenas a transcrição de breve passagem de Nilo Batista, para quem o precedente favorável da Corte à invalidade das leis de anistia (caso *Barrios Alto*) deve ser afastado pelo fato de o Brasil ter reconhecido a jurisdição obrigatória da Corte IDH apenas para fatos posteriores a 10/12/1998. Contudo, há precedentes⁵⁴ da própria Corte IDH que reconhecem o caráter permanente de determinadas violações de direitos humanos, sendo indiferente a alegação de que os fatos ocorreram antes do reconhecimento da jurisdição da Corte pelo Estado réu.

Assim, neste voto, não houve interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno. O julgado suscitado fora utilizado como mera fonte de conveniência a embasar o

⁵² “O acompanhamento das mudanças do tempo e da sociedade, se implicar necessária revisão da lei de anistia, deverá ser feito pela lei, vale dizer, pelo Poder Legislativo, não por nós. Como ocorreu e deve ocorrer nos Estados de direito. Ao Supremo Tribunal Federal – repito-o – não incumbe legislar.” (BRASIL, 2010, p. 42).

⁵³ Dentre os principais casos julgados pela Corte que envolvem a questão de combate às leis de anistia, estão os casos: 1) *Barrios Alto* (massacre que envolveu a execução de quinze pessoas por agentes policiais) que, em virtude da promulgação e aplicação de leis de anistia (uma que concede anistia geral aos militares, policiais e civis, e outra que dispõe sobre a interpretação e alcance da anistia), o Peru foi condenado a reabrir as investigações sobre os fatos em questão, a ponto de derrogar ou a tornar sem efeito as leis de anistia mencionadas. O país foi condenado, ainda, à reparação integral e adequada dos danos materiais e morais sofridos pelos familiares das vítimas. A Corte asseverou que as leis de “auto-anistia” perpetuam a impunidade, propiciam uma injustiça continuada, impedem o acesso à justiça às vítimas e a seus familiares e o direito de conhecer a verdade e de receber a reparação correspondente, o que constituiria verdadeira afronta à Convenção. As leis de anistia, nesse sentido, configurariam um ilícito internacional e a sua revogação, uma forma de reparação não pecuniária; 2) Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, cujo objeto era a validade do decreto-lei 2.191/78, que perdoava os crimes cometidos entre 1973 e 1978 durante o regime Pinochet; 3) Caso argentino, em que a decisão da Corte Suprema de Justiça de 2005 anulou as leis de ponto final (Lei 23.492/86) e obediência devida (Lei 23.521/87), adotando como precedente o caso *Barrios Altos* (PIOVESAN, 2012).

⁵⁴ Como exemplo, tem-se o caso *Blake*, em que a Guatemala alegou que a Corte IDH não tinha jurisdição para analisar o assassinato do jornalista americano Nicholas Blake, que ocorreu em 1985, uma vez que tinha reconhecido a jurisdição da Corte para casos posteriores a 1987. A Corte não acolheu as alegações guatemaltecas, argumentando que a violação analisada não dizia respeito à violação do direito à vida de Blake, mas a investigação e punição penal dos indivíduos, obrigações essas que perduravam no tempo. O mesmo entendimento foi exposto no *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname* (CARVALHO RAMOS, 2012). O caso brasileiro é bastante similar aos precedentes da Corte: ainda que os fatos e a Lei da Anistia sejam da década de 1970, bem antes do reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte, os corpos continuam desaparecidos e os responsáveis continuam impunes, uma vez que a Lei da Anistia impediu as possíveis ações penais.

posicionamento do ministro relator, já decidido pelo resultado que pretendia, o que demonstra que o Diálogo das Cortes foi totalmente ignorado.

3.1.2. Voto da Ministra Cármen Lúcia

O voto da ministra também foi pela improcedência da arguição. Não foi feita menção a tratados de direitos humanos aplicáveis ao tema, tampouco à jurisprudência internacional ou a casos brasileiros nos órgãos internacionais.

3.1.3. Voto da Ministra Ellen Gracie

Acompanhando o voto do relator, a ministra vota pela improcedência. Da mesma forma, não faz alusão a textos internacionais de direitos humanos ou a precedentes da Corte IDH. O fato de o Brasil estar sendo processado, simultaneamente, pela Corte IDH também não foi levado em consideração pela ministra.

3.1.4. Voto do Ministro Marco Aurélio

O ministro vota pela improcedência da ação, em voto bastante conciso. Semelhante aos votos anteriores, não faz menção a dispositivos internacionais, a precedentes ou ao caso paralelo na Corte de San José.

3.1.5. Voto do Ministro Celso de Mello

O voto do ministro Celso de Mello reconheceu expressamente a existência de tratados internacionais de direitos humanos que poderiam auxiliar no deslinde do feito. No entanto,

desconsidera a existência do direito internacional consuetudinário de combate à impunidade dos violadores de direitos humanos. Para ele, é irrelevante a existência de normas internacionais consuetudinárias penais.

Também foi mencionada a existência de jurisprudência internacional sobre o objeto da lide. Contudo, não faz menção ao caso *Gomes Lund* e os impactos na decisão a ser tomada pelo STF da prolação de uma futura sentença pela Corte IDH.

Quanto ao peso dado à jurisprudência internacional, o voto enfatizou que os precedentes citados seriam aplicáveis somente em casos de auto-anistia, o que não era o caso da lei brasileira, já que fruto de um acordo político entre os dois lados.

Mais uma vez, a jurisprudência internacional apenas é usada para conferir autoridade ao voto.

3.1.6. Voto do Ministro Cezar Peluso

Houve referência à jurisprudência de tribunais internacionais – mas para afastá-la. O ministro assevera que a censura apenas recai nas leis de auto-anistia, que não corresponderia ao caso brasileiro.

Ao assim decidir o ministro demonstra não enxergar qualquer sinalização de interação do ordenamento jurídico interno e do ordenamento internacional. O Estado ratifica tratados internacionais, mas os oferece apenas a interpretação nacional, ignorando qualquer possibilidade de comunicação com os precedentes internacionais.

3.1.7. Voto do Ministro Gilmar Mendes

O ministro votou pela improcedência e defendeu que os crimes da ditadura militar não podem ser considerados imprescritíveis, contrariando a construção jurisprudencial da Corte até então. Além disso, ressaltou a impossibilidade de revisão da Lei da Anistia por outra lei pois a própria ordem constitucional brasileira seria alterada.

3.1.8. Voto dos Ministros Lewandowski e Carlos Britto

O ministro Lewandowski prevê ampla possibilidade de punição aos de lesa-humanidade, fundado em vários tratados internacionais. O voto expôs o dever brasileiro de investigar, processar e punir criminalmente os autores das violações graves de direitos humanos na época da ditadura. Demonstrou a possibilidade do diálogo: o reconhecimento, de boa-fé, da necessidade de cumprir a interpretação dos direitos previstos nos tratados internacionais ao invés de realizar a interpretação nacional.

O voto do citado ministro compatibilizou esse dever internacional com a Constituição, demonstrando que esta, em nenhum momento, recepcionou a interpretação ampla da Lei da Anistia.

Assim, o ministro julgou parcialmente procedente e afirmar que os agentes do Estado não estão automaticamente abrangidos pela anistia contemplada no referido dispositivo legal – em que pese o maior diálogo com as instâncias internacionais, o ministro indiretamente admite a concessão de anistia a agentes da repressão, no caso de restar demonstrado que a conduta praticada era de cunho eminentemente político e os meios utilizados não eram atroz.

Por fim, quanto ao voto do ministro Carlos Britto, não se fez referência aos tratados de direitos humanos ou às posições assumidas por seus órgãos de controle. Seu voto está baseado na Constituição brasileira, que não teria recepcionado o caráter amplo, geral e irrestrito que pretende a lei.

Apesar de não ter havido o Diálogo das Cortes, a conclusão é a de que não cabe anistia aos violadores graves de direitos humanos.

3.2. O caso Júlia Gomes Lund e outros vs. Brasil

É o caso paralelo à ADPF 153, com trâmite perante a Corte IDH. Trata da responsabilidade do Estado brasileiro pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de setenta pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses,

resultante de operações do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975 com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar do Brasil (1964 – 1985).

A Comissão Interamericana recebeu a petição contra o Brasil, em 7 de agosto de 1995, apresentada por organizações não governamentais (Centro pela Justiça e o Direito Internacional – CEJIL – e Human Rights Watch/Americas), pela suposta violação dos direitos à vida, à liberdade, à segurança e integridade da pessoa, à proteção contra prisão arbitrária e a processo regular, contidos na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, e das garantias judiciais, liberdade de consciência e de religião, liberdade de pensamento e de expressão, e proteção judicial, contidos na Convenção Americana de Direitos Humanos, além do descumprimento da obrigação de respeitar os direitos e de adotar disposições de Direito Interno (CIDH, 2009, parágrafo 15).

Após exaustivo processamento perante a Comissão (treze anos), em 31 de outubro de 2008, a Comissão Interamericana aprovou o Relatório de Mérito 91/08, em que concluiu que o Estado brasileiro deteve arbitrariamente, torturou e fez desaparecer membros do PCdoB e camponeses. Além disso, a CIDH entendeu que a vigência da Lei 6.683/1979 (Lei de Anistia), obstou o Estado de promover investigações penais para julgar e sancionar os responsáveis pelos desaparecimentos forçados e que os recursos judiciais com vistas a obter informação sobre os fatos não foram efetivos para garantir aos familiares dos desaparecidos o acesso à informação sobre a Guerrilha do Araguaia, diante de medidas legislativas e administrativas adotadas pelo Estado que restringiram o acesso à informação. Desse modo, o desaparecimento forçado das vítimas, a impunidade dos seus responsáveis, e a falta de acesso à justiça, à verdade e à informação teriam afetado negativamente a integridade pessoal dos familiares dos desaparecidos (CIDH, 2009, parágrafo 32).

Em 26 de março de 2009, a Comissão decidiu submeter o caso à Corte Interamericana, a fim de que determinasse a responsabilidade internacional do Brasil pelo descumprimento de suas obrigações internacionais contidas na CADH (CIDH, 2009, parágrafos 2 e 3):

A Comissão observa que o presente caso representa uma oportunidade importante para consolidar a jurisprudência interamericana sobre as leis de anistia em relação aos desaparecimentos forçados e a execução extrajudicial, e a resultante obrigação dos Estados de fazer a sociedade conhecer a verdade, e investigar, processar e sancionar as graves violações de direitos humanos. Além disso, a CIDH considera relevante ressaltar o valor histórico do presente caso, que é o único perante o Sistema Interamericano referente à ditadura militar do Brasil, e que possibilita à Corte afirmar a incompatibilidade da lei de anistia brasileira com a Convenção, no que se refere a graves violações de direitos humanos, assim como a incompatibilidade das leis de sigilo de documentos com a Convenção Americana, a

fim de reparar as vítimas e promover a consolidação do estado democrático de direito no Brasil, garantindo o direito à verdade de toda a sociedade brasileira sobre fatos tão graves. (CIDH, 2009, parágrafo 5).

O Brasil contestou a demanda e interpôs três exceções preliminares: a) incompetência temporal da Corte para examinar supostas violações ocorridas antes do reconhecimento da sua competência contenciosa do Tribunal, realizado “sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998”; b) a falta de esgotamento dos recursos internos, e c) a falta de interesse processual da Comissão e dos representantes. Posteriormente, durante a audiência pública, o Estado acrescentou como exceção preliminar a “regra da quarta instância” com relação ao julgamento da constitucionalidade da Lei de Anistia brasileira pelo STF na ADPF 153.

A Corte Interamericana contrapôs os argumentos apresentados pelo Brasil. Inicialmente, em consonância com o que já havia assinalado em precedentes anteriores, asseverou a sua competência temporal para conhecer das violações continuadas ou permanentes, mesmo quando iniciem antes do reconhecimento da sua competência contenciosa, desde que sejam continuadas, isto é, estendam para além de 10 de dezembro de 1998, quando o Decreto Legislativo 89 reconheceu a competência da Corte Interamericana. Porém, reconheceu sua incompetência no caso das detenções arbitrárias, atos de tortura e execuções extrajudiciais ocorridas antes dessa data. Quanto a preliminar de esgotamento dos recursos internos, a Corte a rejeitou, pois essa objeção deveria ter sido apresentada na etapa de admissibilidade do procedimento perante a Comissão Interamericana, o que não foi feito (Corte IDH, 2010, parágrafo 38).

Recusou também o argumento da sua atuação como “quarta instância”. Para a Corte Interamericana, além de a arguição de descumprimento não ser um recurso disponível a todos, em virtude do rol de legitimados para propor a ação, o objeto da ADPF 153 era reparar lesão a norma fundamental através da adoção de determinada interpretação constitucional, e não reparar os familiares das vítimas, através do esclarecimento dos fatos, da responsabilização individual, e de publicidade de informações e do paradeiro das vítimas desaparecidas.

Quanto à incompatibilidade das anistias relativas a graves violações de direitos humanos com o direito internacional, a Corte Interamericana entende que elas são um dos obstáculos alegados por alguns Estados para investigar e punir os responsáveis por essas violações (Corte IDH parágrafo 147). Por isso, afirma que a interpretação e aplicação da Lei

de Anistia, afetou o dever internacional do Estado de investigar e punir, violando o direito à proteção judicial e descumprindo sua obrigação de adequar o direito interno (Corte IDH, parágrafo 172).

O Juiz *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas enfatizou em seu voto que “mesmo as Constituições nacionais não de ser interpretadas ou, se necessário, até emendadas para manter harmonia com a Convenção e com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos”. Isso porque “os Estados comprometem-se a adotar medidas para eliminar normas legais e práticas de quaisquer espécies que signifiquem violação a ela e, também ao contrário, comprometem-se a editar legislação e desenvolver ações que conduzam ao respeito mais amplo e efetivo da Convenção” (Corte IDH, 2010, parágrafo 7).

Para a Corte IDH, não importa se a Lei de Anistia brasileira foi bivalente, não configurando uma “auto-anistia”, porque a incompatibilidade dessas leis com a Convenção Americana nos casos de graves violações de direitos humanos advém do aspecto material (e não formal) na medida em que violam direitos consagrados nos artigos 8 e 25, além do dever de adotar disposições internas.

Assim, além da ADPF 153 não ter sido objeto do Controle de Convencionalidade perante a Corte Interamericana, ela ainda representa um comportamento omissivo do Brasil quanto à investigação, reparação e punição aos agentes violadores de direitos humanos.

Diante desse quadro, a Corte determinou que o Estado deve conduzir eficazmente a investigação penal dos fatos de modo a esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e conseqüências da lei.

3.3. O caso Medellín

O Sr. Medellín foi sentenciado à pena de morte em 11 de outubro de 1994 em razão do assassinato de Jenifer Ertman (14 anos) e Elizabeth Pena (16 anos) em Houston, 1993. O nacional mexicano nunca foi comunicado pelas autoridades texanas sobre o seu direito à assistência consular como detido estrangeiro; as autoridades mexicanas, só vieram a tomar conhecimento da situação após quatro anos, quando a sentença de morte já havia sido decretada.

Nesse meio tempo, o México ingressou perante CIJ, no caso *Avena*, na tentativa de se fazer valer o direito do cidadão mexicano de ter o seu direito à assistência consular observado pelas autoridades estadunidenses. Antes da Corte proferir sua decisão, foram protocoladas petições de defesa do Sr. Medellín nos Tribunais Estaduais e Federais de Primeira Instância, alegando violação à Convenção de 1963. Contudo, o Tribunal Estadual recusou o pedido com base na doutrina do *procedural default*⁵⁵, que impede o reconhecimento federal de direitos de natureza procedimental que não tenham sido previamente invocados em procedimentos estaduais anteriores (SALA, 2009). O Tribunal Federal de Primeira Instância manteve a aplicação da referida doutrina e concluiu que o Sr. Medellín renunciou aos seus direito de alegar violação à Convenção de 1963 em seu julgamento – embora ele nem ao menos tivesse conhecimento desse seu direito, previsto no artigo 36 da Convenção de 1963, por falta de notificação das autoridades competentes.

Em 20 de maio de 2004, após a decisão *Avena* ter sido proferida, a Corte de Segunda Instância se recusou a seguir as determinações da CIJ e negou os pedidos de Medellín. Na ação do estado do Texas contra Medellín, a Suprema Corte norte-americana declarou que os Estados Unidos estavam obrigados, pelo artigo 94, item 1 da Carta das Nações unidas, a cumprir com a sentença do caso *Avena* e a estabelecer o procedimento pelo qual, em termos de direito constitucional, possa se dar efeito doméstico à obrigação internacional (SALA, 2009).

Em 2005, o presidente George W. Bush emitiu um memorando, manifestando que a sentença do caso *Avena* era vinculante, buscando que os tribunais estaduais providenciassem a revisão e reconsideração de todos os casos afetados pela sentença – dentre eles, Medellín. Em resposta, o estado do Texas afirmou que o presidente não tem autoridade constitucional para ordenar obediência aos tribunais estaduais.

Os advogados de Medellín, então, apelaram para a Suprema Corte, pedindo revisão do processo. Naquele mesmo ano a Corte decidiu que a sentença *Avena*, nem por si só, nem em conjunto com o memorando do Presidente, era uma lei federal diretamente exigível que proibia a aplicação da doutrina do *procedural default* pelo Tribunal do Texas, o que impedia a revisão e reconsideração do caso. Asseverou, ainda, que não cabia ao Presidente, mas ao Congresso, executar uma obrigação internacional.

⁵⁵ A regra do *procedural default* impede o reconhecimento federal de direitos de natureza procedimental que não tenham sido previamente invocados em procedimentos estaduais anteriores (SALA, 2009).

Apesar de todos os apelos, Medellín foi executado em agosto de 2008. Tal posicionamento reflete a clara dificuldade do Direito Doméstico em implementar e cumprir as obrigações internacionais dos países, quando para isso, se depende de instituições públicas e de um rígido sistema jurídico interno.

3.4. O caso Avena

Tomando conhecimento de que cinquenta dois de seus nacionais haviam sido presos e condenados à pena de morte pelas autoridades norte-americanas, frustrando o seu exercício de proteção diplomática, o México aciona a Corte Internacional de Justiça, com base no art. 36 da Convenção de 1963, na tentativa de reverter a situação.

Em resposta, os Estados Unidos, asseveram, dentre outros argumentos, que o mencionado artigo 36 não criava obrigações quanto a prender nacionais estrangeiros, deter, julgar e condenar, mas tão somente, cria o dever de notificação. Assim, afirmam que seria um abuso que a Corte decidisse sobre o tratamento de nacionais mexicanos no sistema judicial criminal federal norte-americano. Além disso, fizeram objeções quanto à admissibilidade do pedido mexicano de um remédio jurídico, o que daria à Corte um caráter de tribunal recursal criminal. Em suma, requerem que a Corte julgue e declare o pedido mexicano indeferido.

Em 5 de fevereiro de 2004, a CIJ emitiu uma ordem cautelar (pela terceira vez em cinco anos⁵⁶) advertindo aos EUA que tomassem as medidas necessárias para garantir que determinados estrangeiros não fossem executados até que a Corte transmitisse o seu julgamento final. Primeiramente, pelo fato de ambos os países serem partes da Convenção de 1963 e do Protocolo Opcional a Corte determinou que tinha jurisdição para julgar o caso, com base no art. 1º do referido protocolo.

As questões preliminares levantadas pelos EUA foram todas afastadas pela Corte, que frisou que examinaria as ações dos tribunais norte-americanos à luz do Direito Internacional, para determinar se houve ou não violação. Reiterou que o México buscava o exercício da proteção diplomática de seus nacionais, e não uma revisão do julgamento interno.

⁵⁶ Tal medida já havia sido tomada anteriormente nos casos *Breard* (USA vs Paraguay) e *La Grand* (USA vs. Germany).

No mérito, a Corte observou que, na interpretação do artigo 36, há três elementos separados, porém, interrelacionados: 1) o direito do indivíduo ser informado, sem tardar, de seus direitos; 2) o direito da repartição consular ser notificada, sem tardar, da detenção do indivíduo, se assim o quiser; 3) a obrigação do Estado receptor em encaminhar, sem tardar, qualquer comunicação direcionada à repartição consular pelo detento.

A expressão “sem tardar”, segundo a definição exposta pela Corte, indica que a pessoa detida tem direito a se informar sobre os seus direitos assim que a autoridade tomasse conhecimento de sua nacionalidade ou assim que se notasse que não se tratava de um nacional do país detentor.

Assim, a Corte decidiu, por catorze votos a favor e um contra, que houve violação por parte dos EUA em suas obrigações internacionais referentes ao artigo 36, 1 (b) da Convenção de 1963 de informar os nacionais mexicanos detidos, com exceção apenas de um, de seu direito de notificar à repartição consular mexicana da detenção de seus nacionais, com exceção de três mexicanos.

Quanto à reparação, ordenou aos EUA, pelos meios que sejam idôneos de acordo com seu direito local, que levassem a cabo uma revisão e reconsideração, pela via judicial, tanto do veredicto de culpabilidade como da imposição da pena, levando em conta o peso da falta de notificação consular, na decisão final das cortes estatais. Segundo o entendimento esposado pela Corte, a revisão e a reconsideração deveriam ser feitas levando em consideração as violações à Convenção de 1963, ressaltando que tais medidas eram ainda mais necessárias no caso dos três cidadãos mexicanos, cujos processos judiciais já estavam finalizados.

3.5. Relação entre os casos analisados

Comparando os casos brevemente relatados nos itens anteriores, é possível identificar um paralelismo que decorre da maneira como o ordenamento jurídico internacional se relaciona com os ordenamentos nacionais: em ambas situações, pode-se observar que disposições do direito doméstico impediam os agentes do Estado de agir de modo a dar cumprimento a uma obrigação internacional. No primeiro caso, o obstáculo provém de um dispositivo legal– o art. 1º da Lei 6.683 de 1979 – cuja validade foi confirmada pelo STF; no

segundo, o empecilho é fruto da forma como o sistema federativo é estruturado pela Constituição estadunidense, como interpretada pela Suprema Corte norte-americana, em que se exige a edição de um Ato do Congresso para que seja possível reclamar de um estado federado o cumprimento de uma sentença internacional. Ambos os casos, pois, são evidência desse problema na interação entre ordens jurídicas, a nacional e a internacional.

Como é possível depreender da análise conjunta dos casos, é muito comum que os Estados assumam obrigações internacionais, mas não zelem pela sua devida implementação interna. Uma das estratégias nacionais para driblar a comunidade internacional e não cumprir as suas determinações está na necessidade de prever, no Direito Interno, a incorporação do tratado e seus status enfraquecido no ordenamento nacional, o que os submete a questionamentos em face de leis posteriores ou normas constitucionais.

Essas estratégias não são abandonadas nem quando os Estados se vêm diante de determinações de órgãos internacionais, ao ordenarem a execução interna dos comandos internacionais, como ocorreu reiteradamente com os Estados Unidos, primeiro no caso *Breard*, depois no *La Grand* e, por último, no *Avena*, todos casos em que não foi dado efetivo cumprimento às ordens da Corte Internacional de Justiça. O mesmo sucedeu no caso brasileiro relatado, visto que o Estado resiste em executar os comandos da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nota-se, nesse sentido, a insistente interpretação distorcida do conteúdo dos tratados internacionais, segundo as conveniências do próprio Estado, que suscita, inclusive, disposições de Direito Interno para justificar o seu descumprimento, contrariando as mais variadas normas internacionais que, de boa-fé, comprometeu-se a cumprir. O que se conclui é que a ratificação de tratados internacionais acaba se tornando uma estratégia política do Estado que, no intuito de fazer frente à comunidade internacional, utiliza mecanismos internos para dificultar o cumprimento de obrigações internacionais.

Em ambos os casos retratados verifica-se a interpretação nacional realizada pelas autoridades domésticas, sem qualquer remissão à jurisprudência dos órgãos internacionais, utilizando-se de incessantes justificativas e deferindo grande relutância em adotar o conteúdo dos tratados internacionais que eles, voluntariamente, ratificaram e reconheceram sua jurisdição obrigatória (o que André de Carvalho Ramos denominou de “tratados nacionais”, conforme demonstrado nos tópicos anteriores).

Afinal, como já salientado anteriormente, o reconhecimento da interpretação autêntica emitida pelas Cortes Internacionais é uma consequência óbvia que não deriva apenas dos compromissos assumidos internacionalmente pelos Estados, mas dos próprios comandos constitucionais que dispõem a respeito da incorporação dos tratados no ordenamento jurídico interno. De nada adianta pregar o respeito às disposições contidas nas convenções se os juízes nacionais insistissem nas interpretações destituídas de qualquer diálogo com a interpretação realizada pelas Cortes Internacionais.

Ressalta-se, novamente, que não se sugere que as Cortes Constitucionais sigam exatamente todas as imposições feitas pelas Cortes Internacionais. Pelo contrário, propõe-se a realização de um verdadeiro diálogo entre os ordenamentos interno e internacional com o fito de se alcançar a almejada (e, talvez, até utópica) harmonia nas relações entre os Estados.

Como se vê pelos casos apresentados, essas estratégias são adotadas tanto por países desenvolvidos quanto por subdesenvolvidos, levando-nos a inferir que há um receio permanente à expansão do Direito Internacional, talvez pela desconfiança ou temor de que as outras partes não cumpram com o acordado, ou da implicação que possa ter nas relações políticas e econômicas do país. Por outro lado, constata-se uma grande despreocupação quanto às possíveis sanções internacionais decorrentes do descumprimento do teor das decisões de organismos internacionais – caso contrário, o grau de execução dessas decisões seria mais significativo – o que muito se relaciona ao fato de o direito internacional ser desprovido de uma corte com jurisdição geral e compulsória encarregada de zelar pela aplicação das normas internacionais.

Isso demonstra a premente necessidade de reavaliar os instrumentos disponíveis interna e internacionalmente para concretizar o cumprimento de obrigações internacionais, para que a relação entre o Direito brasileiro e o Direito Internacional seja mais de cooperação e menos de conflito.

3.6. Como solucionar o conflito aparente entre as decisões de diferentes origens?

Não há conflito insolúvel entre as decisões de uma Corte Nacional e uma Corte Internacional, uma vez que ambos os tribunais tem a incumbência de proteger os interesses

dos indivíduos envolvidos em uma lide. “Eventuais conflitos são apenas conflitos aparentes, fruto do pluralismo normativo que assola o mundo de hoje, aptos a serem solucionados pela via hermenêutica” (CARVALHO RAMOS, 2012, p. 103).

Assim, para tentar evitar conflitos dessa natureza, propõe-se o manuseio dos dois instrumentos analisados nessa pesquisa. O primeiro é o “Diálogo de Cortes” e a “fertilização cruzada” (SLAUGHTER, 2003), utilizados de modo a prevenir decisões divergentes entre os tribunais, por meio da observância do tratamento conferido tanto pelas Cortes internas quanto pelas internacionais dos temas em discussão em cada caso concreto.

Como já exposto, o diálogo é uma via de mão dupla, e conta com a contribuição de ambas as partes para se efetivar e evitar a sobreposição de um julgamento sobre o outro. Contudo, não é possível obrigar os juízes nacionais a praticá-lo, pois isso desnaturaria a independência funcional e o Estado Democrático de Direito (CARVALHO RAMOS, 2012).

A segunda proposta, conexa à primeira, é a possibilidade de um duplo controle, em que se reconhece a atuação do Controle de Constitucionalidade (a ser realizado pelo juiz nacional) e do Controle de Convencionalidade (realizado tanto pela autoridade interna quanto pela internacional)⁵⁷.

A idéia do Controle de Convencionalidade, em breve síntese, refere-se à adequação do texto normativo interno ao conteúdo do tratado internacional. Porém, tal como postulado, dá a impressão de preponderância de uma ordem sobre a outra, o que não se pretende. Por este motivo, o instituto do Controle de Convencionalidade não pode ser dissociado da idéia de diálogo, ínsita à harmonização do sistema jurídico.

Ressalta-se que, apesar de muito relacionado aos direitos humanos, ambos os institutos (Diálogo das Cortes e Controle de Convencionalidade) não são exclusivos desse tema e não

⁵⁷ André de Carvalho Ramos (2012) aventa a possibilidade do duplo controle, porém que sejam exercidos separadamente: o Controle de Constitucionalidade pelo juiz nacional (no caso, o STF) e o Controle de Convencionalidade pelo juiz internacional (Corte IDH). Com base nessa separação, os conflitos aparentes seriam dirimidos, pois cada órgão teria o seu campo de atuação delimitado. Nas palavras do autor (2012, p. 104-5): “Assim, ao mesmo tempo em que se respeita o crivo de constitucionalidade do STF, deve ser incorporado o crivo de convencionalidade da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Todo ato interno (não importa a natureza ou origem) deve obediência aos dois crivos.** (...) Não se desafia o STF, mas sim, ficam esclarecidos os campos de atuação: para a Alta Corte Nacional, há a palavra final sobre o ordenamento nacional; **para a Corte Interamericana de Direitos Humanos resta a palavra final sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos, costume internacional e tratados conexos que incidem também sobre o Brasil**” (destaque não contido no original). Pelo exposto, percebe-se que o autor sugere a prevalência das determinações da Corte IDH, em uma clara referência ao monismo internacionalista. Todavia, tal concepção invalida qualquer proposta de diálogo e harmonia entre os ordenamentos interno e internacional, soando mais como imposição de uma ordem sobre a outra.

só podem, como devem ser usados em qualquer situação que envolva uma Corte Interna e uma Corte Internacional, conforme explica André de Carvalho Ramos (2012, p. 109):

Podemos usar a teoria do duplo controle não somente para os casos de direitos humanos, mas também para todos os casos de aplicação de normas internacionais sujeitas a órgãos internacionais de interpretação, como por exemplo, as normas da Organização Mundial do Comércio (submetidas ao sistema de solução de controvérsias daquela organização), as normas mercosulinas (submetidas às arbitragens *ad hoc* e ao Tribunal Permanente de Revisão) etc. Assim, por exemplo, uma conduta de discriminação a importadores de automóveis (aumentando o Imposto sobre Produtos Industrializados) deve passar pela teoria do duplo controle: ser considerada constitucional pelo STF e ainda conforme aos tratados da OMC, de acordo com o sistema da OMC de solução de controvérsias. Se passar por um só desses crivos, não poderá ser aplicada internamente.

Portanto, nos casos em apreço, particularmente, o real diálogo entre as Cortes não foi observado, tampouco a compatibilidade dos textos internos às determinações internacionais, por serem mais favoráveis aos indivíduos no caso em específico, para a garantia da cooperação e não do conflito. A utilização destes institutos vem a garantir o ideal de interação harmônica entre as ordens interna e internacional, na busca pela melhor solução à antinomia.

CONCLUSÃO

A relação entre o direito interno e o direito internacional é, tradicionalmente, traduzida no embate travado entre monistas e dualistas. Todavia, esta clássica dicotomia, consolidada em uma base conceitual hierarquizada e piramidal revela-se insuficiente e obsoleta para tratar da presente relação travada entre a ordem interna e internacional.

Admitindo-se o pluralismo jurídico e a interpenetração entre as ordens interna e internacional como características inerentes aos tempos atuais, torna-se inconcebível tratar da relação entre o Direito Interno e o Direito Internacional como outrora. Hodiernamente, a noção conflitual de constante disputa foi substituída pela percepção de abertura e de porosidade de ambas as ordens, franqueando sua interação harmônica, por via dialógica, na busca pela otimização das relações entre Estados.

Nesta busca por harmonização, não deve haver a prevalência de uma ordem sobre a outra, ou seja, não há sobreposição entre normas constitucionais e normas convencionais, tampouco revogação de uma pela outra: ambas devem conviver, sem se excluírem. Logo, eventuais antinomias devem ser resolvidas pela via dialógica.

Assumidas estas premissas teóricas, pode-se perceber que os modelos de Controle de Convencionalidade, tal como apresentados pela doutrina pátria internacionalista e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, são insatisfatórios para o trato da relação entre ordem interna e internacional e fora da realidade vivenciada pelo Direito. Isso porque, na forma como apresentado, permanece atrelado à velha concepção hierarquizada entre a ordem interna e internacional.

Ainda, o modelo de Controle de Convencionalidade apresenta-se insuficiente, sobretudo por não contar com uma resposta adequada quando da ocorrência de conflitos entre normas constitucionais e internacionais, cuja resposta é sempre a prevalência de um ou outro Direito. Esse posicionamento somente vem a manter o mesmo quadro antagônico de antes, pautado pela mesma solução embasada na hierarquia.

Desse modo, o dever de harmonização não coaduna com o conceito de Controle de Convencionalidade do modo como é tradicionalmente empregado, isto é, como uma técnica

de exclusão da norma impugnada por incompatibilidade com a norma de grau hierárquico superior, contrapondo-se à construção da convivência baseada no diálogo.

Tendo tais fatos como pressupostos, propôs-se uma reestruturação do Controle de Convencionalidade: conserva-se o controle como meio para se alcançar o diálogo institucionalizado, sem que o exame de compatibilidade vertical seja feito com o objetivo de invalidar uma norma em detrimento da outra.

Sendo imprescindível a intervenção jurisdicional para harmonizar antinomias desta natureza, surge a necessidade de promover também um diálogo entre as autoridades e, por conseguinte, um diálogo entre as Cortes. Há, dessa forma, um compartilhamento de autoridade entre os tribunais internos e os tribunais internacionais, cuja legitimidade de suas decisões não mais recai na sua condição de intérprete último da Constituição ou da Convenção, mas da prática discursiva empreendida, que deve formar um consenso acerca da adequação da solução apresentada. Nessa senda, o Controle de Convencionalidade deixa de ser um ato de autoridade e passa a representar um ato de cooperação e de diálogo.

Para que o modelo harmonizador tenha êxito, as Cortes precisam promover o diálogo, recepcionando mutuamente suas jurisprudências. Esta recepção, contudo, não deve ser feita irrestrita e irrefletidamente, abrindo certa margem de apreciação para afastar um determinado entendimento, desde que sua posição seja mais favorável ao indivíduo. No caso de posição diversa entre uma Corte e outra, o Tribunal que apresentou a divergência terá o ônus de superar os argumentos do outro, demonstrando em seu discurso decisório que o seu posicionamento é mais favorável ao ser humano. Em se tratando de caso que envolve os direitos humanos, a apreciação da Corte deve sempre ser guiada pela máxima *pro homine*.

Ao analisar como o discurso harmônico é empregado na prática, em casos envolvendo o Brasil e a Corte Interamericana de Direitos Humanos e os Estados Unidos e Corte Internacional de Justiça, concluiu-se que tanto países subdesenvolvidos quanto países desenvolvidos tem receio em aceitar determinações provenientes do Direito Internacional. Assim, o Diálogo de Cortes e o Controle de Convencionalidade foram totalmente ignorados pelas autoridades nacionais, que decidiram conforme a prática interna de seus respectivos Estados.

Assim, somente uma reestruturação do Controle de Convencionalidade, associado ao verdadeiro diálogo entre as autoridades jurisdicionais não é suficiente para garantir a

operabilidade deste modelo harmonizador. Há a urgente necessidade das Cortes mudarem sua postura refratária ao diálogo e à aceitação do Direito Internacional, que não existe por acaso, mas para garantir melhores condições aos indivíduos a nível mundial.

REFERÊNCIAS

AMARAL JUNIOR, Alberto do. **O Diálogo das Fontes: Fragmentação e Coerência no Direito Internacional Contemporâneo**. Anuário Brasileiro de Direito Internacional, v. 2, p. 11-33, 2008.

_____. **Curso de Direito Internacional Público**. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ARIOSI, Mariângela. **Conflitos entre tratados internacionais e leis internas: o judiciário brasileiro e a nova ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ARRANGIO-RUIZ, Gaetano. **International law and interindividual law**. In: NIJMAN, Jane; NOLLKAEMPER, André. **New Perspectives on the Divide Between National & International Law**, Oxford: Oxford University Press, 2007, pp 15-51.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Habeas Corpus n.º 72.131-1**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Brasília, DF, 23 de novembro de 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em 12 set. 2014.

_____, Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário n.º 466.343-1**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 3 de dezembro de 2008b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em 12 set. 2014.

_____, Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário n.º 511.961**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Brasília, DF, 17 de junho de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>>. Acesso em 10 out. 2010.

_____, Supremo Tribunal Federal, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 30 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em 10 set. 2014.

BRÖLMANN, Catherine. **Deterritorialization in International Law: Moving Away from the Divide Between National and International Law**. In: NIJMAN, Jane; NOLLKAEMPER, André. **New Perspectives on the Divide Between National & International Law**, Oxford: Oxford University Press, 2007, pp 84-109.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v.1. 2. ed. ver. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

CARVALHO RAMOS, André de. **Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Pluralidade das ordens jurídicas: a relação do direito brasileiro com o direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). **Caso “Barrios Altos Vs. Peru”**. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em 20 set. 2014.

_____. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006a. Serie C No. 154. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em 20 set. 2014.

_____. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006b. Serie C No. 158. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em 20 set. 2010.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Caso Avena e outros nacionais mexicanos (Mexico vs. EUA)**. 2003/2004. Disponível em:<<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=18&case=128&code=mus&p3=4>>. Acesso em 24 de novembro de 2013.

CREVELD, Martin van. **Ascensão e declínio do Estado**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DALLARI, Pedro B. A.. **Constituição e tratados internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; SILVA GARCÍA, Fernando. **El control de convencionalidad de la jurisprudencia constitucional**. X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Lima (Peru), 16-19 set. 2009. Disponível em: <http://www.pucp.edu.pe/congreso/derecho_constitucional/ponencias.html>. Acesso em 18 set. 2014.

HITTERS, Juan Carlos. **Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Estudios Constitucionales, ano 7, n. 2, p. 109-128, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v7n2/art05.pdf>>. Acesso em 18 set. 2014.

GAJA, Giorgio. **Dualism – a Review**. In: NIJMAN, Jane; NOLLKAEMPER, André. **New Perspectives on the Divide Between National & International Law**, Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 52-62.

GALVIS, Maria Clara; SALAZAR, Katya. **La jurisprudencia internacional y el procesamiento de violaciones de derechos humanos por tribunales nacionales**. Washington D.C., jan. 2007. Disponível em: <<http://www.dplf.org/uploads/1191599742.pdf>>. Acesso em 25 set. 2014.

KAWABATA, J. Alejandro. **Reparación de las violaciones de derechos humanos en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos**. In: ABREGÚ, A; COURTIS, C. **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales**. Buenos Aires: CELS, 2004. p. 351-384.

KELSEN, Hans. **Les Rapport de Système entre le Droit Interne et le Droit International Public**, in Recueil Des Cours, Paris, 1926, vol. IV, t. 14.

LOSANO, Mário G. **Modelos teóricos, inclusive na prática: da pirâmide à rede – Novos paradigmas nas relações entre direitos nacionais e supra-estatais**, Revista do Instituto dos Advogados do Estado de São Paulo, 2005, Vol. 8, nº 16, p. 264-284.

LONDOÑO LÁZARO, Maria Carmelina. **El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, ano

LXIII, n. 128, p. 761-814, maio/ago. 2010. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3212723>>. Acesso em 18 set. 2014.

LUCCHETTI, Alberto J. **Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad**. In: ALBANESE, Susana (org.). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediar, 2008. p. 131-162.

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

MENEZES, André Felipe Barbosa de. **Controle de convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos**. 2009. 361 f. Tese (Doutorado em Direito – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009. Disponível em: <http://www.bdtd.ufpe.br/tedeSimplificado//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=6937>. Acesso em 10 de set. 2014.

NIJMAN, Jane; NOLLKAEMPER, André. **New Perspectives on the Divide Between National & International Law**, Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 341-360.

OAB (ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL). **Petição inicial na ADPF n. 153**. 21.10.2008. 18 fls. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/fazerDownload.asp?classe=ADPF&processo=153>>. Acesso em 20 set. 2014.

PAULUS, Andreas L. **The emergence of the internacional community and the divide between international and domestic law**. In: NIJMAN, Jane; NOLLKAEMPER, André. **New Perspectives on the Divide Between National & International Law**, Oxford: Oxford University Press, 2007. pp. 216-250.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8.ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições**. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC* n. 19, jan/jun 2012. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_\(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes).pdf)>. Acesso em 20 ago. 2014.

_____. **Diálogo no sistema interamericano de direitos humanos: desafios da reforma**. *Revista Campo Jurídico*. n. 01, 2013.

REY CANTOR, Ernesto. **Jurisdiccion constitucional y control de convencionalidad de las leyes**. X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Lima (Peru), 16-19 set. 2009. Disponível em: <http://www.pucp.edu.pe/congreso/derecho_constitucional/ponencias.html>. Acesso em 18 set. 2014.

SALA, Martha Gallardo. **Assistência consular a presos estrangeiros nos Estados Unidos: o caso do México**. São Paulo, 2009. Tese (Mestrado). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo.

SAGÜES, Nestor Pedro. **Obligaciones internacionales y control de convencionalidad**. **Estudios Constitucionales**, ano 8, n. 1, p. 117-136, 2010. Disponível em: <http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano8_1_2010/articulo_4.pdf>. Acesso em: 20 set. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais, a reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988**. Revista AJURIS, v. 33, n. 102, p. 177-208, jun. 2006.

SCHEPIS, Marcelo. **La influencia de los tratados internacionales en el derecho interno. El control de convencionalidad**. XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal. Buenos Aires, 11-13 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.procesal2009bsas.com.ar/ponencias-consti-proceso.html>>. Acesso em 25 set. 2014.

SHAW, Malcolm. **International Law**. 6 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

SHANY, Yuval. **Regulating jurisdictional relations between national and international courts**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Integração e diálogo constitucional na América do Sul**. In BOGDANDY, Arminvon, PIOVESAN, Flávia e ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **A Global Community of Courts**. Harvard International Law Journal, v. 44, n.01, winter 2003.

TRIBUNAL DO TEXAS. **Caso Medellín vs. Texas**. 128 S. Ct. 1346 (2008). Disponível em:<<http://www.debevoise.com/vccr/>>. Acesso em 24 de novembro de 2013.

TRIEPEL, Henrich. **Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International**, in Recueil Des Cours, Paris, 1923, t. 1.

VON BOGDANDY, Armin. **Pluralism, direct effect, and the ultimate say: on the relationship between international and domestic constitutional Law**. International Journal of Constitutional Law, v. 6, n. 3 & 4, p. 397-413, jul. 2008. Disponível em: <http://law.huji.ac.il/upload/reading_bogdandy.pdf>. Acesso em: 5 out. 2014.

WALZ, G. A. **Les Rapports du Droit International et du Droit Interne**, in Recueil Des Cours, Paris, 1937, vol. III, t. 61.