



Volume 24

2019

Presidente Prudente/SP

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 24	329 páginas	2019
------------	---------------------	-------	-------------	------

ISSN 1516-8158 (físico)
ISSN 2176-848X (eletrônico)

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

Reitora e Pró-Reitora Acadêmica: Zely Fernanda de Toledo Pennacchi Machado
Pró-Reitora Financeira: Maria do Carmo de Toledo Pennacchi
Pró-Reitora Administrativa: Maria Inês de Toledo Pennacchi Amaral

REVISTA INTERTEMAS

Linha editorial: Relações Sociais e Ambientais para uma Sociedade Inclusiva
Temática: Direitos Humanos, Meio Ambiente e Desenvolvimento
Periodicidade anual

EDITORES

Ana Carolina Greco Paes (TOLEDO PRUDENTE)
André Simões Chacon Bruno (USP)
Sérgio Tibiricá Amaral (TOLEDO PRUDENTE)

CONSELHO EDITORIAL

Alfonso Jaime Martínez Lazcano (SNI-CONACYT)
Daniel Brantes Ferreira (UCAM)
Dennys Garcia Xavier (UFU)
Felipe Rodolfo de Carvalho (UNEMAT)
Haroldo de Araujo Lourenço da Silva (UFRJ)
Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro (TOLEDO PRUDENTE)
Wladimir Brega Filho (FUNDINOPI)

EQUIPE TÉCNICA

Ana Carla dos Santos Barboza (Secretária – TOLEDO PRUDENTE)
Daniela Mutti (Secretária – TOLEDO PRUDENTE)

Versão eletrônica

ISSN 2176-848X
Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS>

Indexadores e Diretórios

Latindex folio 14938
Sumários de Revistas Brasileiras código 006.064.819

Permuta/Exchange/Échange

Biblioteca "Visconde de São Leopoldo" – TOLEDO PRUDENTE
Praça Raul Furquim nº 9 – Vila Furquim
CEP 19030-430 – Presidente Prudente / SP

Sítio eletrônico

<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/INTERTEMAS>

Contato

Telefone: +55(18)3901-4004 E-mail: nepe@toledoprudente.edu.br

Intertemas: Revista da Toledo, v. 24 – 2019

Presidente Prudente: Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo".
2019. 21cm Revista do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo
de Presidente Prudente (SP)

1. Direito – Periódicos CDD – 340.5
ISSN 1516-8158
ISSN 2176-848X (eletrônico)

Sumário/Contents

NOTA AO LEITOR.....	5
UMA BREVE ANÁLISE DO DISCURSO JURÍDICO A PARTIR DE ALGIRDAS JULIEN GREIMAS	6
<i>Alexandre Simão de Oliveira Cardoso</i>	
O CONCEITO DE REGRA:UMA ANÁLISE CRÍTICA DA OBRA DE FREDERICK SCHAUER	27
<i>Felipe Rodolfo de Carvalho</i>	
RAZÃO TÉCNICA E RAZÃO COMUNICATIVA: AINDA SOBRE O “ROMPIMENTO” DE HABERMAS COM A PRIMEIRA GERAÇÃO DA TEORIA CRÍTICA	44
<i>Jonathas Vinicius Figueiredo Moraes</i>	
REVOLUÇÃO NA <i>TERRA PLANA</i> : CINISMO E TRANSFORMAÇÃO ADIADA.....	69
<i>Gabriel Mota Maldonado</i>	
MANIFESTAÇÕES DE 2013 E A ELEIÇÃO PRESIDENCIAL DE 2018: UMA REVOLUÇÃO QUE NÃO DEU CERTO?	87
<i>Ana Carolina Greco Paes</i>	
A EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL E NO MUNDO	105
<i>Ana Laura Perozo Bortolo</i> <i>Sérgio Tibirica Amaral</i>	
A FORÇA FORMAL CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	133
<i>Lucas Octavio Noya dos Santos</i>	
A JURISDIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: AS SENTENÇAS E FORÇA NORMATIVA	162
<i>Sérgio Tibirica Amaral</i> <i>Ellãn Araújo Silva</i>	
A CAPACIDADE DO INCAPAZ NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	190
<i>Jesualdo Eduardo Almeida Junior</i>	

A NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO REAL DE LAJE E O DIREITO DE SUPERFÍCIE: UM INSTITUTO CRIADO PELA LEI 13465/17 ..209

Jacqueline Leticia Stachwski Dalago
Sarah Francine Schiriner

CONCURSO DE PESSOAS EM ACIDENTE DE TRANSITO: UMA PROPOSTA DA ALTERAÇÃO DO LEGISLATIVA231

Leticia Tavares Rodrigues
Douglas Barbosa da Silva
Guilherme Bittencourt Martins

SUBORDINACIÓN DE LA DEMOCRACIA INSTRUMENTAL A LOS DERECHOS HUMANOS254

Alfonso Jaime Martínez Lazcano

LAS ANTINOMIAS DISCIPLINARES EN LA COMPRESIÓN JUDICIAL DE LA PRUEBA EXPERTICIAL ANTROPOLÓGICA287

Jacobo Mérida Cañaverál

LA PROMESA INCUMPLIDA DE LOS DERECHOS SOCIALES300

Talita Garza
Luis Gerardo Rodríguez Lozano

NOTA AO LEITOR

É com grande satisfação que oferecemos aos nossos leitores a 24ª edição da revista INTERTEMAS, que no ano de 2019 comemora 20 anos de existência.

Nessa edição comemorativa, citamos o professor Doutor Sebastião Jorge Chammé, fundador da revista INTERTEMAS, que, versando sobre a mesma, escreveu no ano de 1999 o seguinte: “todos os textos aqui contidos, um a um, estarão revelando ao leitor, a magia que tão bem a linguagem escrita é capaz de revelar”.

Seguimos, inspirados pela lição do Prof. Dr. Chammé, procurando entregar aos leitores artigos que reflitam discussões acadêmicas de qualidade. Todos artigos foram escritos por mestres e/ou doutores, sendo que quatro deles foram acompanhados de discentes orientandos destes pós graduados. A revista INTERTEMAS procura dar voz aos discentes que têm se empenhado em suas pesquisas.

Nesta edição comemorativa, foi dado enfoque à visão crítica do direito, abordada em artigos que tratam sobre a filosofia do direito, direitos humanos e direito civil. Contamos também com três artigos estrangeiros produzidos por pós graduados da Universidade Autônoma do México.

Por fim, buscando ampliar a divulgação e o acesso à pesquisa, esta edição sela a transição das revistas físicas para a plataforma digital como meio de divulgação da revista INTERTEMAS.

Desejamos a todos e todas uma ótima leitura.

A Comissão Editorial

**A JURISDIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS:
AS SENTENÇAS E FORÇA NORMATIVA**

AMARAL, Sérgio Tibiriçá¹
SILVA, Ellãn Araújo²

RESUMO: Através de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial e dos métodos dedutivo e analítico-qualitativo, é oportuno realizar um estudo aprofundado acerca da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante “Corte IDH” ou “Corte”), abrangendo, de maneira geral, seus tratados base, os tipos de sentença e competência. Abordou-se ainda sobre o controle de convencionalidade, principalmente quanto ao problema da diluição da força normativa dos Tratados Internacionais e, por conseguinte, dos precedentes da aludida Corte, no âmbito da jurisprudência interna. Nesse passo, a visitação à jurisprudência da Corte IDH e à doutrina estrangeira foi fundamental nesta apreciação acadêmica.

Palavras-chave: Jurisdição; Corte IDH; Eficácia; Força Normativa

ABSTRACT: Through bibliographic and jurisprudential research and deductive and analytical-qualitative methods, it is appropriate to carry out an in-depth study of the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights, generally covering its treaties, basis, the types of judgment and competence. It also addressed the control of conventionality, especially regarding the problem of diluting the normative force of the International Treaties and, consequently, of the precedents of the aforementioned Court, within the scope of internal jurisprudence. In this step, the visitation to the Court's jurisprudence and foreign doctrine was fundamental in this academic appraisal.

Keywords: Jurisdiction; the Inter-American Court of Human Rights; Effectiveness; Normative Force

¹ Doutor e Mestre em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino – ITE de Bauru. Professor do Mestrado e Doutorado da mesma instituição. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Unimar. Especialista em interesses difusos pela Escola Superior do Ministério Público-SP. Coordenador da Faculdade de Direito de Presidente Prudente / FDPP do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo e professor titular da disciplina de Teoria Geral do Estado e Direito Internacional e Direitos Humanos da FDPP. Membro da Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional e da Asociación Mundial de Justicia Constitucional E-mail: coord.direito@toledoprudente.edu.br ou sergio@unitoledo.br.

² Discente do 3º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Bolsista do CNPq/PIBIC (2018/2019), decorrente do projeto de pesquisa intitulado “O Sistema Interamericano de Direitos Humanos sob o prisma do Direito Processual Constitucional Transnacional”. E-mail: ellanarajo56@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Com a pesquisa, primordialmente, da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, analisou-se a fundo a atual conjuntura da jurisdição da Corte IDH, abrangendo a base normativa, suas sentenças, o controle de convencionalidade e, por fim, sua força normativa. O Congresso Nacional aprovou, através do Decreto Legislativo n. 89 de 03 de dezembro de 1998, a solicitação de reconhecimento de competência obrigatória da Corte, vindo o ex-Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, em 08 de novembro de 2002, por meio do Decreto Presidencial n. 4.463, reconhecer como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte IDH no casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (doravante “CADH”), consoante o art. 62.1 da CADH, que à época já integrava o ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Presidencial n. 678 de 06 de novembro de 1992.

A jurisdição internacional, como um dos pilares do campo de estudo do Direito Processual Constitucional e do Direito Constitucional Processual em geral, serve como uma porta para a efetivação dos direitos humanos, em especial nas chamadas “Justiças de Transição”.

Os países abrem mão de parte da sua soberania como uma maneira que haja uma possibilidade de buscar concretizar a dimensão abstrata do Direito que se representa na legislação interna e internacional. É possível identificar uma relação jurídica processual transnacional, como uma parte imprescindível na validação dos direitos, quando o Estado falha, o que fica comprovado em alguns precedentes da Corte analisados.

A efetiva tutela desses direitos humanos ou fundamentais prostrase à forma com que o magistrado irá interpretar/aplicar o Direito, porquanto, a força coercitiva da Lei está contida na função dos intérpretes jurisdicionais dos textos normativos, os únicos que interpretam de forma imperativa, que engendram vitalidade nos textos normativos. Essa função cabe à Corte de forma subsidiária à jurisdição interna.

O papel da Corte IDH, como sendo uma corte internacional, destaca-se por ser intérprete *per excellence*, em âmbito americano, de um

columbário de normas internacionais, sejam firmadas de forma ecumênica ou regional, quando os meios internos se mostram insuficientes.

Prima facie, fixou-se os tratados de direitos humanos que são base, ou seja, servem de instrumento para o exercício da jurisdição da Corte IDH, destacando-se o caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, o qual a Corte utilizou como suporte interpretativo Tratado de Direito Internacional Humanitário, mesmo que, em tese, fugisse de sua jurisdição. Em sequência, abeirou-se das *species* de sentenças que podem ser proferidas, e os tipos de competência.

Ainda se discorreu sobre o controle de convencionalidade, no tocante a sua natureza, efeitos e eficácia. Quanto a eficácia do controle de convencionalidade há uma problemática ainda insolúvel, porquanto, ver-se-á que há divergências jurisprudenciais entre a Corte e o Pretório Excelso, principalmente quanto a chamada Justiça de Transição exarada com leis de anistia, embora a jurisdição daquela seja obrigatória e de pleno direito. À vista dessa situação antinômica entre o Direito Internacional e o Direito dos Estados, contata-se que a força normativa dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, em especial, a CADH, mostra-se diluída pelo crivo da *potestade* jurisdicional brasileira.

Buscou-se apontar, de modo argumentativo, as incongruências na manutenção de um cenário conflitivo entre a esfera nacional e transnacional, prestigiando a natureza constitucional dos diplomas normativos internacionais. É um problema eminentemente político-jurídico. Portanto, medidas inovadoras de prevenção não possuem o condão de serem toda à solução, pois há a necessidade de uma mudança de perspectiva jurisprudencial por parte do Supremo Tribunal quanto ao tema.

2 TRATADOS BASE

A Corte IDH é o órgão jurisdicional com atribuição para a interpretação e aplicação das disposições previstas na CADH, como está previsto no artigo 1º de seu Estatuto, com competência contenciosa e consultiva.

A competência contenciosa da Corte IDH está prevista nos art. 61, 62 e 63 da CADH. Há no art. 62.1 da CADH disposição no sentido de que todo Estado-parte pode, ao depositar instrumento de ratificação da CADH ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, facultar declarar como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte IDH em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da CADH, ou ainda no art. 62.3, que dispõe que a Corte IDH tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições da CADH que lhe seja submetido, desde que os Estados-partes no caso tenham reconhecido seu poder jurisdicional, seja por forma incondicional, seja por declaração ou convenção especial.

Ademais, ainda que não expresso na CADH, a jurisprudência da Corte aponta para uma competência além dos limites da CADH, abrangendo todos os tratados internacionais que não só versem sobre direitos humanos, mas ainda os de direito humanitário, tanto de âmbito regional quanto mundial, podendo todos serem utilizados como instrumentos auxiliares para a interpretação e aplicação da própria CADH, pois violações à CADH atingem materialmente outros tratados internacionais, e vice-versa. Nessa direção, a CADH reconhece a adoção de disposições relevantes que não estejam na CADH para os fatos em desinteligência na Corte, como exarado no preâmbulo da CADH. Esse entendimento foi assentado, *verbi gratia*, nos casos *Masacre de San Domingos versus Colômbia* (baluarte jurisprudencial de tal

ensamento)³, *Las Palmeras versus Colombia* (2000)⁴, por fim, o *Masacre Mapiripán versus Colombia* (2005)⁵.

3 SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Mister é assentar algumas considerações, sendo a primeira delas que a Corte IDH não relata e não faz recomendações no exercício de sua competência contenciosa, mas profere sentenças “definitivas e inapeláveis” (MAZZUOLI, 2006, p. 539). Dessarte, ao se abordar o tema “sentenças da Corte IDH”, inexoravelmente, penetra-se a esfera tangente à competência contenciosa da Corte.

³ “[...] la Corte reitera que la Convención Americana es un tratado internacional según el cual los Estados Parte se obligan a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción y que el Tribunal es competente para decidir si cualquier acto u omisión estatal, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana. Además, la Corte señaló que, en esta actividad, el Tribunal no tiene ningún límite normativo y que toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad. [...] desde el caso *Las Palmeras Vs. Colombia*, el Tribunal indicó en particular que las disposiciones relevantes de los Convenios de Ginebra podían ser tomados en cuenta como elementos de interpretación de la propia Convención Americana. [...] al utilizar el DIH como norma de interpretación complementaria a la normativa convencional, la Corte no está asumiendo una jerarquización entre órdenes normativos, pues no está en duda la aplicabilidad y relevancia del DIH en situaciones de conflicto armado. Eso sólo implica que la Corte puede observar las regulaciones del DIH, en tanto normativa concreta en la materia, para dar aplicación más específica a la normativa convencional en la definición de los alcances de las obligaciones estatales.”

⁴ “[...] La Corte es asimismo competente para decidir si cualquier norma del derecho interno o internacional aplicada por un Estado, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana. En esta actividad la Corte no tiene ningún límite normativo: toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad.”

⁵ “[...] Si bien la misma Convención Americana hace expresa referencia a las normas del Derecho Internacional general para su interpretación y aplicación, las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención constituyen en definitiva la base para la determinación de responsabilidad internacional a un Estado por violaciones a la misma. De tal manera, dicho instrumento constituye en efecto *lex specialis* en materia de responsabilidad estatal, en razón de su especial naturaleza de tratado internacional de derechos humanos *vis-à-vis* el Derecho Internacional general. Por lo tanto, la atribución de responsabilidad internacional al Estado, así como los alcances y efectos del reconocimiento realizado en el presente caso, deben ser efectuados a la luz de la propia Convención.”

No tocante à sua competência consultiva, o assunto não clama por um desvelar perscrutado. Vale ressaltar, todavia, que de tal competência florescem as chamadas opiniões consultivas, pareceres jurídicos relacionados à interpretação ou aplicação da CADH ou outro tratado de proteção de direitos humanos vigente na América, sendo legitimados para tanto os Estados-membros da OEA, além dos órgãos entalhados no capítulo X da Carta da OEA (também o art. 64.1 da CADH), com efeito vinculatório e servindo de base para o contencioso.

Parte dos juristas reconhecem uma terceira *specie* de competência, decorrente da interpretação do art. 62.3 da CADH. É o escólio doutrinário

[...] el profesor *Hernández Valle* le reconoce, además, una competencia arbitral a través de la interpretación del artículo 62.3 de la Convención Americana. Esta competencia la puede ejercer la Corte en el ámbito sancionador o de condena, cuando simplemente tenga por objeto conocer y resolver, en sede arbitral, un caso que de otro modo debería ser resuelto por la jurisdicción ordinaria, o bien cuando se trata de resolver sobre interpretación o aplicación especial; es posible concluir que la Corte puede ser habilitada para conocer y resolver, no solamente de casos de violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención, sino también casos de violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención, sino también de controversias o violaciones a normas del Pacto de San José. (BONILLA, 2014, p. 611)

Continuando. No aresto do tribunal das Américas poder-se-á declarar-se a responsabilidade internacional do Estado, e, por consequência, podem ser formuladas recomendações correspondentes ao Estado, para que no prazo de três meses aceite a decisão e faça as reparações integrais em favor das vítimas e/ou seus familiares pelos danos causados que podem ser as seguintes:

- 1) Restituição dos direitos humanos;
- 2) Indenização;
 - a) Danos materiais:
 - I) Dano emergente;
 - II) Lucro cessante.
 - b) Danos imateriais.

- 3) Medidas satisfativas;
- 4) Medidas de reabilitação;
- 5) Medidas de não repetição;
- 6) Dano ao projeto de vida.

Para Ernesto Ray Cantor (2012, p. 27), os dispositivos das sentenças apresentam peculiaridades que reforçam, por vezes, as necessidades das chamadas medidas cautelares, antes das decisões de fundo, a fim de assegurar direitos diante do perigo da demora, tendo em vista um potencial gravame em evidência.

As propostas de decisão levadas em consideração ou votação serão formuladas em termos precisos em um dos idiomas de trabalho. Por petição de qualquer dos membros, o texto poderá ser traduzido pela Secretaria da Corte para outro dos idiomas oficiais e será distribuído antes da votação.

As atas com os conteúdos das deliberações do órgão se limitarão a mencionar o objeto do debate e a decisão aprovada, assim com os votos e suas justificativas e as declarações que devem constar nas atas.

Além das sentenças de exceções preliminares e as de fundo relatadas, a Corte emite um terceiro tipo de decisão: sentença adicional de reparação e custos, que podem ser de reparação pecuniária, de restituição, de reabilitação, de satisfação e de garantia de não repetição.

Os juízes analisando o caso e todos os argumentos jurídicos ordenam reparações integrais que correspondem a determinar que o Estado faça reparações para as vítimas ou familiares, como indenizações por danos materiais emergentes e cessantes, danos imateriais, medidas satisfativas como pagamento de multas, de reabilitação com devolução de bens e outros.

O pronunciamento será feito numa sessão privada e uma vez aprovada, será feita uma comunicação da sentença e sua execução assinada pelo Presidente e pelo Secretário. Em seguida, a Secretaria da Corte cuidará de notificar os sujeitos do processo.

A sentença original deve ser anexada no arquivo oficial da Corte, mas serão expedidas cópias do original autenticadas para os demais Estados da OEA, para Comissão, vítimas ou presumíveis vítimas, seus representantes e o Defensor Interamericano. Ainda recebem essas cópias o Conselho

Permanente, por meio do seu presidente e o Secretário Geral da Organização. Pessoas interessadas, Organizações Não-Governamentais e universidades poderão solicitar também uma reprodução da decisão.

4 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Como susodito, a Corte é órgão jurisdicional último para interpretação e aplicação da CADH, esmerando, através do processo hermenêutico, seu conteúdo normativo atribuindo significado axiológico-jurídico ao caso concreto, sedimentando a extensão interpretativa da CADH. A competência contenciosa da Corte velará pela solução das *lides* entre os Estados e seus nacionais.

No julgamento do caso contencioso, poderá a Corte realizar juízo de compatibilidade dos diplomas normativos de um Estado em relação às disposições e princípios fundantes da CADH, exercendo o chamado controle de convencionalidade internacional. Verifica-se que, por vezes, a Corte IDH exercerá sua função jurisdicional de forma abstrata, embora necessite de um caso concreto para tanto, afinal, a jurisdição da Corte atua somente para a solução de conflitos reais.

No controle de convencionalidade, a Corte IDH irá verificar a compatibilidade do ordenamento jurídico interno de um país membro com as disposições da CADH, verdadeira função fiscalizatória da produção legislativa e constitucional do Estado demandado. Concomitantemente, o controle de convencionalidade, possuindo como limite interpretativo a CADH e outros instrumentos internacionais, sob a ótica da Corte, a CADH possui caráter hierarquicamente superior a qualquer constituição política, porquanto, a lógica do SIDH é que o ordenamento jurídico interno dos Estados ratificadores da CADH deve amoldar-se à CADH.

Por uma perspectiva kelsinana, sendo o Tribunal Constitucional (1999, p. 189) o intérprete *per excellence* da constituição política para fins de controle de constitucionalidade, o Tribunal das Américas seria o intérprete *per excellence* da CADH para fins de controle de convencionalidade, ressaltando-

se a necessidade de um caso concreto para tanto. Não há ações concentradas para a análise da convencionalidade a serem ajuizadas na Corte.

Consoante aresto da Corte:

Puesto que la CADH y el Estatuto de la Corte Interamericana --ambos, producto de la voluntad normativa de los Estados Americanos que las emitieron-- confieren a la Corte la función de interpretar y aplicar la Convención Americana (y, en su caso y espacio, otros tratados: protocolos y convenciones que prevén, con múltiples fórmulas, la misma atribución dentro del corpus juris de derechos humanos), incumbe a ese tribunal fijar el sentido y alcance de las normas contenidas en esos ordenamientos internacionales. (Aguado Alfaro y otros vs. Perú, 2006)

Ademais, a Corte assentou no caso *Almonacid versus Chile* em 26 de setembro de 2006 o seguinte:

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. (Almonacid Arellano y otros versus Chile, 2006)

O controle de convencionalidade nada mais é que um ponto que poderá ser enfrentado no julgar de um caso no exercício de sua jurisdição. Com isso, ainda que necessite de um caso concreto para o exercício do controle, inegável é que há uma análise abstrata da compatibilidade entre a CADH e um outro instrumento normativo de âmbito nacional, para determinar que uma lei nacional que viole ou impeça a proteção de direitos humanos seja

proscrita do colúmbio normativo de um determinado Estado. Quer dizer, ainda que não haja uma ação concentrada, seus efeitos transcendem o caso concreto de forma abstrata, a prestígio do artigo 2 da CADH.

Diferentemente, *exempli gratia*, do controle de constitucionalidade pela via difusa no direito brasileiro em que, ainda que declarado inconstitucional, tal decisão não possui o condão de invalidar a vigência do instrumento normativo inconstitucional. A decisão da Corte, por outro lado, é detentora desse efeito vinculante e *erga omnes*.

4.1 Observância, Aplicação e Interpretação dos Tratados

Nesse passo, um delineamento da dogmática circunscrita à aplicação e interpretação dos instrumentos normativos internacionais que versam sobre direitos humanos é dispêndio que se impõe.

Forçoso salientar a importância do art. 31 da Convenção de Viena, o qual dispõe sobre as regras de interpretação dos Tratados Internacionais. Dispõe: “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”. Ademais, é a redação do art. 26 da mesma convenção: “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé.”

Os dispositivos supracitados tratam de verdadeiro prestígio ao *pacta sunt servanda*, uma vez que um Tratado Internacional, ao ser aceito na ordem jurídica interna de um país, traduz-se em compromisso do Estado ratificador em garantir os direitos contidos naquele Tratado de Direitos Humanos. Em todo acordo feito, presume-se uma obrigação, e a ratificação representa ao Estado a obrigação de cumprir os termos estabelecidos naquele tratado.

Juarez Tavares ao explicar o sistema social através da dogmática-funcionalista esclarece que:

O objeto do sistema social é evidentemente a ação humana. O fundamento da análise sistêmica reside justamente no fato de que as ações se veem regidas por expectativas, as quais encontram nos sistemas seus marcos delimitadores, correspondentemente a diversas

variáveis, das quais uma delas estaria constituída pelas normas jurídicas. (2000, p. 08)

O ato de ratificação de um Tratado Internacional, antes de ser um ato jurídico, é um ato humano que no mundo do devir emana diversos valores, dentre eles o dever de cumprimento de mandado jurídico, criando-se a expectativa de que o Estado irá organizar-se para o cumprimento da obrigação que acabara de aderir, pois é o que se espera.

No mesmo raciocínio, dispõe o art. 27 da Convenção de Viena: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.” Para André Gonçalves e Fausto Quadros, o art. 27 teve a intenção de subordinar todo o Direito interno dos Estados à observância dos Tratados Internacionais, inclusive as suas Constituições (2007, p. 120).

Além desses entalhos normativos, alguns princípios informam a interpretação no Direito Internacional Público, quais sejam, o princípio da interpretação *pro homine*, a interpretação deve dar o máximo de proteção ao ser humano; o princípio da máxima efetividade, para assegurar os efeitos esperados dos Tratados; o princípio da norma mais favorável, num conflito de normas, prevalece a que mais protege o indivíduo; o princípio da interpretação autônoma, termos inseridos nos Tratados que encontrem paralelo no Direito nacional podem ter conceitos diferentes, prevalecendo o do tratado; por fim, mister mencionar a interpretação evolutiva dos Tratados Internacionais, como explicou-se, pretender que os textos normativos serão eternamente úteis é falho, é de suma importância que a Corte esteja sempre “atualizando” o Direito, a fim de adequar o dispositivo normativo ao contexto histórico da decisão, a fim de assegurar maior efetividade na proteção dos Direitos Humanos (RAMOS, 2012, *passim*).

4.2 Prevalência da CADH sobre o Ordenamento Jurídico Interno: Efeitos e Eficácia

Dentre outras funções, o controle de convencionalidade visa assegurar, principalmente, o dever estatal estabelecido no art. 2º da CADH, sendo o de produzir leis utilizando como paradigma, além de sua constituição, a CADH, pressupondo uma prevalência desta sobre aquela, assim como a afirmação e autoridade, bem como efetividade ao direito supostamente violado pelo ato normativo interno incompatível com a CADH, que ensejou o juízo de controle convencional.

Fixada essas premissas básicas acerca do controle de convencionalidade, há dois pontos conflituosos que devem ser discutidos. Quanto aos efeitos e à eficácia do controle de convencionalidade tanto o feito pela Corte IDH, como o feito pelos órgãos jurisdicionais de cada Estado.

É importante se ter assentado que a fonte normativa do controle de convencionalidade está contido no art. 1º e 2º da CADH, nos quais está previsto o dever do Estado que ratificar a CADH, proteger e promover os direitos previstos na Convenção em seus respectivos ordenamentos jurídicos. Uma vez que os Estados se vinculam a cumprir essas obrigações, todo e qualquer juízo de compatibilidade com a CADH da Corte, terá efeito *erga omnes* e vinculante atingindo seu escopo jurídico de efetividade da CADH.

Tratar-se-á aqui primeiro sobre os efeitos, no tópico em sequência, confrontar-se-á a problemática da eficácia.

O efeito *erga omnes* decorre da ideia doutrinária e jurisprudencial consolidada de que a Corte é o órgão jurisdicional delineador da extensão interpretativa da CADH somada ao dever contido no artigo 2 da CADH. Assim elucida André de Carvalho Ramos:

Por isso, na recente sentença contra o Brasil no Caso *Gomes Lund* (caso da “Guerrilha do Araguaia”) na Corte Interamericana de Direitos Humanos, o juiz *ad hoc* foi indicado pelo Brasil, Roberto Caldas, em seu voto concordante em separado, assinalou que “se aos tribunais supremos ou aos constitucionais nacionais incumbe o controle de constitucionalidade e a última palavra judicial no âmbito interno dos Estados, à Corte Interamericana de Direitos Humanos cabe o controle de

convencionalidade e a última palavra quando o tema encerre debate sobre direitos humanos. É o que decorre do reconhecimento formal da competência jurisdicional da Corte por um Estado, como o fez o Brasil. (RAMOS, 2012, p. 215)

Portanto, tendo a palavra última, o juízo de convencionalidade será oposto a todos os Estados, pois esta será a vontade esculpida da Convenção que os Estados se comprometeram a cumprir, que, por conseguinte, acarretará o segundo efeito que é o vinculante. Enquanto o primeiro aspecto (*erga omnes*) reza que o precedente de juízo de compatibilidade será invocado caso o Estado o viole, da mesma forma, não necessitará de ingresso de uma outra ação para sua oposição (ao contrário do que se tivesse efeito *inter partes*), o efeito vinculante está no sentido de que os tribunais nacionais deverão considerar e aplicar esse precedente nos julgamentos internos, bem como o legislativo ficará adstrito a esse entendimento firmado pela Corte para a produção legislativa, ou seja, é um concurso de oposição (*erga omnes*) e imposição (vinculação) do entendimento de compatibilização da Corte IDH. Ademais, diz André de Carvalho Ramos:

[...] o controle de convencionalidade internacional exercido pelos tribunais internacionais pode inclusive ser fiscal do Poder Constituinte Originário, dada a superioridade dos tratados internacionais, o que o Supremo Tribunal Federal, em precedente antigo, já externou não lhe caber, ao decidir que “O STF não tem jurisdição para fiscalizar a validade das normas aprovadas pelo poder originário”. (2012, p. 214)

Portanto, conforme o art. 2º da CADH, caso a constituição política de um país ratificador esteja incompatível com a Convenção, o Estado terá, em tese, o dever de aprovar emenda constitucional para a modificação da disposição normativa constitucional incompatível para torná-la compatível. Essa proposição não está destituída de lógica jurídica, ora, se a constituição política é uma preceituação ontológica ou mesmo teleológica do Estado a que se destina, e a CADH, no seu sentido político, um compromisso para a promoção dos direitos nela previstos tocando sensivelmente no “modo de ser”

do Estado; a ilogia estaria se a *Lex Mater* do Estado estivesse em dissonância com a CADH, e nada se fizesse para sanar a incompatibilidade entre esses textos normativos. A partir do momento que o Estado ratifica, internamente, a CADH, tendo aceitado ou não a competência contenciosa da Corte IDH, é ato político de afirmação de que, aquele Pacto (CADH) representa os postulados deontológicos para o progresso dos direitos humanos que o Estado está se comprometendo a promover.

Justifica-se ainda pelo fato de, na maioria esmagadora das vezes, a constituição política de um país que aceita a CADH em seu ordenamento jurídico, é anterior a respectiva ratificação, portanto, a inegável e indubitável dinamicidade do direito, sob pena de perpetuar normas anacrônicas, legitima que as normas constitucionais originárias sejam amoldadas a este corpo normativo internacional, pois o que se objetiva é o progresso dos direitos fundamentais tendo em vista aqueles direitos que já se afirmaram como direitos humanos, e isso confirma-se ainda que a constituição política de um país seja posterior à CADH, pois essa elenca fins, e não se pode olvidar o fato de existirem constituições posteriores à CADH muito menos evoluídas no quesito “proteção de direitos fundamentais humanos” do que a própria CADH ou constituições anteriores a mesma.

Todavia o discurso de supremacia da CADH sobre a legislação interna de um Estado, quando se trata da eficácia do precedente sobre controle de convencionalidade firmado pela Corte na jurisdição interna de um país e a própria aplicação da CADH nos julgamentos internos e a produção legislativa, constata-se um conflito entre teoria e realidade.

5 EFICÁCIA DO CONTROLE E DEMAIS E A FORÇA NORMATIVA

Sobre a força normativa da CADH ou Pacto de San José, imprescindível compreender que ela é um texto normativo de abrangência internacional.

No que tange às constituições em geral, que é universo normativo paradigma para o controle de constitucionalidade, nota-se que a sua força

normativa está ligada à sua vontade de eficácia, e para ser eficaz não se pode separar realidade de norma.

Essa ideia está muito clara na obra “A força normativa da constituição” de Konrad Hesse:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a sua situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. (1991, p. 14)

Pertinente destacar o magistério de Pontes de Miranda: “Nada mais perigoso do que fazer-se Constituição sem o propósito de cumpri-la. Ou de só se cumprir nos princípios de que se precisa, ou se entende devam ser cumpridos – o que é pior” (1967, p. 15).

Em que pese a crítica à Constituição totalitária à época da obra, a ideia primeira aplica-se aos Tratados Internacionais de matéria de Direitos Humanos ratificados, quer dizer, o Estado ratifica o Tratado Internacional e o aplica apenas no sentido que lhe convém. Disso resultou que o Pretório Excelso no Recurso Extraordinário nº 466.343/SP consolidou a corrente de que os tratados internacionais de direitos humanos que não tenham sido aprovados com maioria de emenda constitucional são de natureza supralegal, e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.347/DF, no qual negou aos Tratados Internacionais o condão de servir de parâmetro para controle de constitucionalidade.

Dessarte, indeclinável observar que a pretensão de eficácia da CADH está adstrita a uma pluralidade de condições históricas, contemplando as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais de cada país que ratificou a CADH.

Konrad Hesse, ao analisar a reciprocidade que deve haver entre o “*Todo da realidade*” e a constituição jurídica, encontra, com maior clareza, respaldo nos escritos de Wilhelm Humboldt, e dispõe:

Nenhuma Constituição política completamente fundada num plano racionalmente elaborado – afirma Humboldt num de seus primeiros escritos – pode lograr êxito; somente aquela Constituição que resulta da luta do acaso poderoso com a racionalidade que se lhe opõe consegue desenvolver-se”. Em outros termos, somente a Constituição que se vincula a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de uma ordenação jurídica orientada pelos parâmetros da razão, pode efetivamente, desenvolver-se. (1991, p. 16)

Não é incógnita que o objetivo de se estabelecer um tratado internacional que consagra um enorme rol de direitos e coloca uma cláusula de comprometimento aos países que assinarem e ratificarem para promover esses direitos internamente através de medidas legislativas, é de criar um continente simétrico em direitos.

Tratando-se de direitos humanos, sua garantia é de interesse do ser humano em geral. Entretanto, a sua realização depende de como ela é recebida pelo ordenamento jurídico interno, pois a CADH entrará com graus de força normativa diferentes em cada um dos países. Portanto, em regra, a produção legislativa de um país que tenha ratificado a CADH teria que ter dois paradigmas a serem seguidos, a constituição de seu país e a CADH. O grau de normatividade da CADH será definido quando eventual situação em que a lei seja constitucional, porém inconveniente, ou vice-versa, pois será quando o Tribunal Constitucional deste Estado ou Órgão responsável pelo controle de constitucionalidade irá posicionar-se sobre qual texto normativo ou qual norma deverá prevalecer.

Tenha-se como principal exemplo o caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil, em que foi declarada a inconveniência da Lei 6.683/79 (Lei de Anistia do Brasil), seguindo o precedente firmado, por exemplo, nos casos Barrios Alto *versus* Peru, La Cantuta *versus* Peru e Almonacid Arellano y otros *versus* Chile. Entretanto, a referida lei permanece em vigência, pois a ADPF nº 153, no qual o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, cujos

advogados eram Fábio Konder Comparato e Rafael Barbosa de Castilho, requerendo a não recepção do art. 1^o da Lei 6.383/79 pela CF/88, não logrou êxito a tanto.

Apesar de não ser permitido falar em constitucionalidade superveniente, a recepção é juízo de compatibilização entre um ato normativo (editado anteriormente à constituição vigente) e a Constituição atual. O Brasil optou por prevalecer a Constituição e não a Convenção.

Observa-se que a força normativa da CADH é mitigada pelo crivo da jurisdição interna, e por mais que o controle de convencionalidade seja *erga omnes* e vinculante, a eficácia desses efeitos serão condicionados ao grau de normatividade atribuída à CADH.

Portanto, se faz a seguinte indagação, como abarcar todas essas condições que são peculiares em cada país para que a CADH seja eficaz, por conseguinte, o juízo de convencionalidade e outros precedentes sejam eficazes?

A existência de condições diferenciadas quanto à economia, cultura, ordenamento jurídico, *inter alia*, remete a velha discussão entre os universalistas e os relativistas culturais. De fato, um discurso em que os direitos humanos possuem um sentido universalista, parece ser contraditório além de ignorar a realidade, de outra banda, um discurso totalmente relativista pode ser fundamento para a justificação de violações e recusas da aplicação dos direitos previstos em um Tratado Internacional, isto posto, aparenta que, deveras, ainda que fictamente, deve haver a figuração de um “mínimo ético irreduzível” (PIOVESAN, 2014, p. 51).

⁶ Art. 1^o É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares [\(vetado\)](#).

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

§ 2^o - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.

§ 3^o - Terá direito à reversão ao Serviço Público a esposa do militar demitido por Ato Institucional, que foi obrigada a pedir exoneração do respectivo cargo, para poder habilitar-se ao montepio militar, obedecidas as exigências do art. 3^o.

Esse “mínimo ético irreduzível” deve ser fundado em um constância denotada no fato de que todos os seres humanos são indistintos em si *in essentia*; um mínimo de uma parte maior, porquanto, enquanto o que há de comum entre todos os povos é que são da mesma espécie *homo sapiens* (parte mínima), e isso é irrefutável, a sua intersubjetividade desenvolve-se de maneira diferenciada nos diversos cantos do globo (parte maior), e para isso também não se deve fechar os olhos. É o que parece defender o universalismo multicultural e o universalismo de confluência das culturas (PIOVESAN, 2014, p. 52). Isso se mostra útil enquanto sustenta certa força normativa imperativa dos Tratados de Direitos Humanos.

É nesse sentido o pensamento filosófico político de Jean-Jacques Rousseau:

Assim como o arquiteto, antes de erguer um grande edifício observa e sonda o chão, e examina se pode sustentar o peso da construção, da mesma forma o sábio instituidor não começa a formar boas leis em si mesmas antes de ter observado se o povo a quem ele as destina é capaz de as suportar. Por esse motivo recusou Platão dar leis aos arcádios e aos cirênios, sabendo que esses povos eram ricos e não podiam sofrer igualdade; por essa razão se viram em Creta boas leis e maus homens, porque Minos disciplinou um povo carregado de vícios. (ROUSSEAU, 2009, p. 50)

E, portanto, o voluntarismo estatal aparenta ser um mal necessário, eis que, ao ratificar um Tratado Internacional de Direitos Humanos, o novo Estado-membro está comprometendo-se a adequar seu ordenamento jurídico conforme julgou oportuno e conveniente fazê-lo, mesmo que possa ser apenas um estratagema político de legitimação popular de sua regência política. É que quase sempre a ratificação de um Tratado Internacional de Direitos Humanos encontrará respaldo popular, pois objetiva a proteção da população, e, ao que aparenta ser devido a uma cultura dos Direitos Humanos, maior proteção sempre conota ser algo desejável e que as pessoas sempre almejam, e há razão em dizer que as pessoas sempre tendem a escolher aquilo que parece ser mais agradável e o que é bom, ou pelo menos aparenta sê-lo.

Nesse passo, em conformidade com Konrad Hesse ao ventilar uma suposta “vontade de Constituição”, a CADH e os outros tratados americanos

de direitos humanos, e até tratados de repercussão universal, que não se restringem a um sistema de proteção regional de direitos humanos, para lograrem êxito é necessário que na consciência dos Estados ratificadores germine e desenvolva uma “vontade de tratados internacionais”.

Pertinente a assertiva que Konrad Hesse faz quanto a como uma ordem se torna uma força ativa eficaz:

Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através dos atos de vontade. Essa vontade tem consequência porque a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas. (1991, p. 19)

Por mais difícil que seja, a CADH apenas terá uma força normativa eficaz, com pretensão de eficácia, e finalmente deixar de se tornar uma simples “folha de papel”, utilizando a expressão de Ferdinand Lassalle (2000, p. 17), quando os tribunais dos países ratificadores optarem pela supremacia dos tratados sobre direitos humanos, assim como a Corte Constitucional alemã fez na metade do século XX com relação a sua Lei Fundamental alemã, e o Supremo Tribunal Federal passou a fazer com a Constituição cidadã.⁷

E o artigo 2 da CADH será efetivamente cumprido quando tomar-se plena a consciência de que existem dois paradigmas a serem considerados para a produção normativa, e que por vezes, quando houver antinomia entre constituição e convenção, o pacto internacional de compromisso com os direitos humanos seja aquele que prevalece sobre a norma constitucional originária, elevando a soberania individual do ser humano, *in lato sensu*, acima da soberania estatal.

Porquanto, além de texto normativo legitimador, a CADH e outros tratados internacionais sobre direitos humanos devem ser norteadores da evolução normativa do Estado, bastando apenas ao parlamento decidir a forma

⁷ Marco histórico do neoconstitucionalismo no Brasil.

mais adequada que estes tratados entrarão na ordem jurídica de seu respectivo país, pois a ordem jurídica não pode estar livre de conteúdo fático. “Faz-se mister encontrar, portanto, um caminho entre o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas, de um lado, e a normatividade despida de qualquer elemento da realidade, de outro”. (HESSE, 1991, p. 14)

Os Tratados Internacionais, em sua dimensão fixada pelos Tribunais Internacionais, são, ou devem ser, a razão que empresta estímulo ao ordenamento jurídico de um Estado-membro, procurando dirigi-la.

Apenas a partir de então é que o controle de convencionalidade será vinculante e *erga omnes*, por conseguinte, será possível averiguar uma dimensão objetiva dos direitos humanos⁸.

A ideia do unilateralismo do direito internacional, de considerar o direito nacional como mero “fato” em certa medida é equivocada. Como o próprio fundamento dessa convicção já assenta, que o direito interno é um fato que expressa a vontade do Estado.

E é o Estado que irá decidir se vai assinar e ratificar algum tratado internacional, e será os tribunais internos que irão atribuir a normatividade que acham devida a esse texto normativo corolário de algum pacto firmado entre países. Se assim fosse diferente, o Supremo Tribunal Federal não teria desconsiderado o § 2º do art. 5º da Constituição Federal e os tratados internacionais de direitos humanos não teriam natureza de supralegalidade, mesmo se não atendesse os requisitos do § 3º do art. 5º da Constituição Federal seriam normas constitucionais. Ainda é incompreensível como um texto normativo em evidente contradição com a constituição brasileira possa ingressar no nosso ordenamento jurídico, causar o estrépito normativo que causou e ainda ser alocado abaixo da Constituição Federal, dependendo de súmula vinculante para acabar com o imbróglio jurídico que o Supremo

⁸ A teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é fruto dessa nova fase do constitucionalismo que se consolidou entre os constitucionalistas alemães no segundo pós-guerra, que se denomina “neoconstitucionalismo”. Eis que pressupõe uma norma superior a todas as outras com efeito *irradiante* na ordem jurídica, como diz o próprio Robert Alexy ao comentar o caso *Luth versus Harlan*, em seu artigo “Direitos fundamentais, Balanceamento e Racionalidade”. (2003, p. 133).

Tribunal Federal ocasionou ao considerar o Pacto de San José da Costa Rica como norma supralegal, estabelecendo uma irracionalidade jurídica ao criar um instituto concomitantemente constitucional e ilegal⁹.

A corrente mais correta, portanto, seria a teoria monista com prevalência da ordem internacional proposta por Hans Kelsen (1999, p. 236), em oposição ao posicionamento de Luís Roberto Barroso ao dizer:

Em síntese apertada de tudo que se vem de expor, é possível assentar que, no conflito de fontes interna e internacional, o estágio atual do direito brasileiro, consoante a jurisprudência constitucional e a melhor doutrina, é no sentido de que:

A) Os tratados internacionais, em geral, são incorporados ao direito interno em nível de igualdade com a legislação ordinária. Inexistindo entre o tratado e a lei relação de hierarquia, sujeitam-se eles à regra geral de que a norma posterior prevalece sobre a anterior. A derrogação do tratado pela lei não exclui eventual responsabilidade internacional do Estado, se este não se valer do meio institucional próprio de extinção de um tratado, que é a denúncia.

B) O tratado celebrado na vigência de uma Constituição e que seja com ela incompatível, do ponto de vista formal (extrínseco) ou material (intrínseco), é inválido e sujeita-se à declaração de inconstitucionalidade incidenter tantum, por qualquer órgão judicial competente, sendo tal decisão passível de revisão pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário. O tratado que se encontrar em vigor quando do advento de um novo texto constitucional, seja este fruto do poder constituinte originário ou derivado, será tido como ineficaz, se for com ele incompatível. (2009, p. 33)

Salienta-se, ainda, o conteúdo do artigo 46 da Convenção de Viena, dispondo: "1. Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em se obrigar por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental." Ora, a Lei de Anistia é de importância fundamental? Nota-se que a ADPF nº 153 realizou um juízo de recepção no

⁹ Alusão à prisão civil do depositário infiel.

ordenamento jurídico brasileiro e não controle de convencionalidade, uma vez que toma como paradigma a Constituição Federal e não o Pacto de San José da Costa Rica. A contradição entre o artigo 27 e 46 da Convenção de Viena somado ao artigo 2 da CADH e a realidade do conflito normativo entre direito interno e direito internacional é imenso.

Se a CADH tivesse força normativa eficaz no Brasil¹⁰, primeiro, não seria texto normativo supralegal e sim constitucional levando em conta o § 2º do art. 5º da Constituição Federal, embora se defenda a utilização da norma mais benéfica. Ademais, o juízo de convencionalidade feito pela Corte IDH no caso Gomes Lund *versus* Brasil, repetido em Herzog vs. Brasil e em outros casos referente a leis de anistia e justiça de transição, com posição clara de não se permitir qualquer tipo de indulto, graça ou perdão como premissa para efetivar uma justiça de Transição, seria obedecido. Portanto, as duas decisões da Corte IDH teriam vinculado o Brasil e sobrepujado a decisão que se tomou na ADPF nº 153.

Ainda não haveria uma segregação de normas internacionais de direitos humanos em supralegais (§ 2º do art. 5º da CF) e constitucionais (§ 3º do art. 5º da CF), separando quais serão usadas para controle de constitucionalidade concentrado, sendo que todos (tanto os tratados supralegais e os constitucionais) possuem matéria de direito fundamental emanado de *clausula pétrea*, o que é outra contradição imensa, ter *clausula pétrea*, pelo conceito de bloco de constitucionalidade do art. 5º, § 2º da CF, que não possui normatividade constitucional. Muito embora, pela ponderação entre direitos humanos, utiliza-se o que for mais benéfico para o ser humano.

Observar a eficácia dos tratados internacionais sobre direitos humanos, em especial a CADH, de cima para baixo (como o unilateralismo do direito internacional faz) é um erro crasso para aqueles que pretendem solucionar o problema da força normativa da CADH e de outros tratados internacionais de direitos humanos, pois há de se buscar uma solução que prestigie os direitos humanos. Além disso, trata-se de uma visão equivocada que ignora toda a amplitude do problema, pois, repita-se, a força normativa de

¹⁰ Salienta-se que a atual composição do Supremo Tribunal cada vez mais inclina-se a considerar as normas internacionais de direitos humanos como normas constitucionais.

um texto normativo internacional será atribuída pelo tribunal interno dentro de toda a sistemática e critérios. A diluição da força normativa dos direitos humanos pela vontade do Estado é mais evidente ainda com a saída da Venezuela da OEA.

Tal conflito afetará diretamente o controle interno de convencionalidade a ser realizado e a eficácia do controle internacional de convencionalidade realizado pela Corte IDH, uma vez que, na hodierna conjuntura do direito brasileiro se uma lei é considerada constitucional e inconvencional, ela irá permanecer no ordenamento jurídico, doutra banda, se a lei for considerada inconstitucional e convencional, esta será expurgada do ordenamento jurídico.

Há, em verdade, verdadeira textura aberta no § 2º do art. 5º da Constituição, porquanto, não expressa que natureza terá os tratados internacionais de direitos humanos em âmbito material, haja vista que em âmbito formal o §3º do mesmo artigo já o faz. Pertinente é o escólio doutrinário de Lenio Luiz Streck:

[...] nos casos em que há uma “textura aberta” da linguagem jurídica, o juiz pode interpretar o Direito de forma discricionária. Essa discricionariedade, na prática, assemelha-se à vulgata da filosofia da consciência, ao modo como o subjetivismo da modernidade compreende a própria realidade, ou seja, sem nenhum controle intersubjetivo. Nesse sentido, Lorenz B. Puntel levanta dois problemas graves a esse tipo de posição (que em outros textos chamei de “sujeito solipsista” e que Puntel denomina como “sujeito particularista”) [...] (2017, p. 56)

Impreterível é, portanto, uma mudança de perspectiva jurisprudencial por parte do Supremo Tribunal Federal, a fim de considerar a norma convencional como constitucional (excluindo-se da conclusão aqueles que já assim o fazem, e especificamente no Brasil, apenas àqueles tratados que se enquadram somente no § 2º da Lei Maior), em simetria à teoria do bloco de constitucionalidade, ou ao menos atribuir força normativa idêntica ou superior à constituição política, para que haja eficácia jurídica e pragmática dos tratados internacionais sobre direitos humanos. Infere-se que garantir os direitos destinados a indivíduos de forma indistinta não é uma prerrogativa estatal, tendo os poderes constituídos apenas a função de adequá-los à

natureza singular do presente (HESSE, 1991, p. 18) de seus Estados, em outras palavras, considerar suas condições culturais e sociais para melhor aplicabilidade dos preceitos fundamentais dos tratados que preveem direitos humanos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o todo exposto, o problema da força normativa dos Tratados Internacionais, com um especial foco aos Tratados do Sistema Regional americano, ainda possui intensa vivacidade, e, pertinente perceber que atualmente as teses assentadas na Suprema Corte brasileira, cada vez mais direciona-se a dar maior normatividade aos tratados internacionais de direitos humanos.

Cita-se o Recurso Extraordinário 806.339/SE, no qual a Ministra Rosa Weber, em seu voto proferido no pleno no dia 19 de dezembro de 2018, possuindo como objeto litigioso a exigência ou não do aviso-prévio para o exercício do direito de reunião previsto no art. 5º, XVI da Constituição Federal como pressuposto de legalidade da reunião, citou o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de San José da Costa Rica (CADH), e concluiu que, referindo-se ao aviso-prévio como uma restrição “para serem justificáveis à luz desses instrumentos internacionais, não basta que as pretendidas restrições, além de veiculadas em lei formal, sejam consideradas convenientes, desejáveis, adequadas ou proporcionais. Elas devem ser necessárias, no sentido de que o seu fim legítimo não poderia ser, de outro modo, alcançado”.

O problema mostra-se não só como um imbróglio jurídico, mas muito se deve a uma resistência política, como susomencionado, as sentenças proferidas pela Corte IDH encontram vários entraves impostos pelo Estado, para dificultar o cumprimento. E se um Estado se recusar a cumprir parcial ou totalmente uma sentença da Corte ou uma medida provisória, ou mesmo não compatibilizar o ordenamento jurídico com a ordem internacional, como fez o Brasil com sua Lei de Anistia? O que fazer para que um Estado cumpra com o

que se comprometeu a cumprir ao ratificar um Tratado Internacional de Direitos Humanos e reconhecer a competência do Tribunal Internacional? Está-se mesmo a mercê da boa vontade do Estado? Do *pacta sunt servanda*? Dever-se-ia convidar o Estado a se retirar da Organização dos Estados Americanos por não cumprir as Convenções e garantir de vez que os Direitos Humanos sejam inócuos naquele território? Não nos parece a decisão mais acertada. Mas como contornar a situação?

Neste diapasão, ao se olhar a estrutura do Sistema Europeu de Direitos Humanos, muito chama a atenção para a existência de um corpo diplomático composto por representantes dos Estado-membros com a finalidade de negociar com os Estados a execução das sentenças da Corte Europeia de Direitos Humanos, figurada no Comitê de Ministros.

Bloqueios econômicos definitivamente não são uma opção, tendo em vista que isto obstaculizaria o desenvolvimento econômico do país, o que dificultaria ainda mais a garantia dos Direitos Humanos e a execução das sentenças da Corte.

Se ações negativas são ineficazes para garantir que o Estado cumpra uma sentença, por que não oferecer benefícios para aqueles que cumprirem integralmente a decisão da Corte IDH? Poder-se-ia até argumentar que uma recompensa para o cumprimento das decisões da Corte IDH pode mostrar-se ilegítimo, pois seria contraditório recompensar o Estado por apenas cumprir seu dever, porém, de fato, instigariam os Estados a cumprirem as decisões da Corte. Entretanto, poderia isso causar um efeito contrário, em se ter Estados violando as Convenções Internacionais propositalmente a fim de serem condenados e ganharem esses benefícios por cumprir a sentença da Corte IDH. Se isso viesse a existir, definitivamente, o benefício deverá ser muito menor que o dispêndio de cumprir com as decisões da Corte IDH, pois, ao contrário, os Estados locupletar-se-iam violando os Direitos Humanos, seja por qualquer tipo de privilégio, fazendo disso um mero negócio.

Muito há que se discutir sobre isso, porém, identificar a natureza do problema, a solução mostrar-se-á de forma muito mais fácil, assetando um plano de fundo pelo qual partir. Uma resposta exata para as indagações acima não existe, talvez haja respostas mais corretas que outras, as quais tentou-se

salientar, e que apenas mostrar-se-iam ser, deveras, corretas, pelo empirismo político e pela prova do tempo. Todavia, por ora, consta ressaltar que é através dessas lembranças, nos Tribunais Nacionais, aos Tratados Internacionais, incorporados à ordem jurídica interna, que se irá construir uma certa cultura, desenvolvendo a pretensão de eficácia dos Tratados Internacionais frente aos julgados das Cortes domésticas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade*. Ratio Juris. Vol. 16, n. 2, junho de 2003

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional Transformadora*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009

CANTOR, Ernesto Rey. *Acceso Sistema Interamericano de Derecho Humanos*. En CANOSA, Eduardo Andrés Velandia (Coordinador). *Derecho Procesal constitucional*. Tomo III. Volumen III. Bogotá: VC Editores Ltda. 2012

_____. *Derecho Procesal Constitucional*. Colombia: VC Editores Ltda, 2015

CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano e outros v. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Série C No 154.

_____. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Sentença de 3 de setembro de 2001. Mérito. Série C NO 75.

_____. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Série C No 219.

_____. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Sentença de 29 de novembro de 2006. Mérito, Reparações e Custas.

_____. *Caso Las Palmeras vs Colombia*. Sentença de 06 de dezembro de 2001. Fundo. Série C, No 90.

_____. *Caso Aguado Alfaro y otros vs Colombia*. Sentença de 24 de novembro de 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Série C, No 158.

_____. *Caso Masacre de Santo Domingo vs Colombia*. Sentença de 30 de novembro de 2012. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Série C, No 259.

_____. *Caso De La “Masacre de Maripán” vs Colombia*. Sentença de 30 de novembro de 2012. Série C, No 134.

DINAMARCO, Cândido Rangel e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. 3. Ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2018

GRAU, Eros Roberto. *Por que Tenho Medo dos Juízes?*. 8ª Ed. refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros Editores, 2017

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª Ed. 3ª Tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1999

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969 Tomo I*. 2 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

MIRANDA BONILLA, Haideer. *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. En CANOSA, Eduardo Andrés Velandia (Coordinador). *Derecho Procesal constitucional*. Bogotá: VC Editores Ltda. 2014

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*. 3 Ed. 2007

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014

RAMOS, André Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018

_____. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. 3ª Ed. 1ª Reimpressão. São Paulo: Martin Claret, 2009

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 806.339 SE. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ: 04/12/2015, *JusBrasil*, 2015. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628711/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-806339-se-sergipe-0001051-0320084058500?ref=juris-tabs>>

_____. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADPF 153 DF. Relator: Min. Luiz Fux. DJ: 07/05/2012, *JusBrasil*, 2012. Disponível: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21560747/embdecl-na-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-153-df-stf?ref=serp>>

_____. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 466.343 SP. Relator: Min. Cezar Peluso. DJ: 04/06/2009, *JusBrasil*, 2019. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716540/recurso-extraordinario-re-466343-sp>>

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6ª Ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2017
TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000