

**Controle de Convencionalidade: constitucionalismo regional dos direitos humanos?**

*Conventionality Control: regional human rights constitutionalism?*

**Marcelo Torelly**

Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal.

E-mail: mtorelly@gmail.com

Recebido em 30/05/2016 e aceito em 06/09/2016.

**Resumo**

O presente trabalho tem por objeto a análise do desenvolvimento da doutrina do controle de convencionalidade na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, propondo uma classificação em cinco estágios e correlacionando sua ampliação com uma crescente pretensão de constitucionalização do tribunal de direitos humanos.

**Palavras-chaves:** Sistema Interamericano de Direitos Humanos; Controle de Convencionalidade; Constitucionalismo Regional.

**Abstract**

This article analyze the development of the conventionalilty control doctrine in the Inter-American Human Rights Court, proposing a five-stage classification and correlating its expansion with a constitutional claim of the human rights court.

**Keywords:** Inter-American Human Rights System, Conventional Review, Regional Constitutionalism. primitive communism; Rosa Luxemburg; capitalist transition.

## Introdução

Surgida no final dos anos 1970, a Corte Interamericana de Direitos tornou-se um ator protagonista no cenário latino-americano especialmente a partir dos anos 1990. Fortalecendo-se na qualidade de tribunal especializado na garantia e reparação às violações de direitos humanos na região, a Corte produziu farta jurisprudência que influenciou diversos tribunais domésticos e produziu repercussões mesmo em outros sistemas regionais e no direito comparado (BUERGENTHAL, 2006) <sup>1</sup>. Entre os desenvolvimentos jurisprudenciais mais recentes da Corte, a partir da segunda metade dos anos 2000, está a doutrina do “controle de convencionalidade” das leis e atos dos Estados-Membros. Partindo de uma analogia doméstica, a doutrina toma a Convenção Americana como análoga a uma constituição, propondo um modelo de controle de legalidade similar aquele realizado pelos tribunais constitucionais nacionais.

O presente artigo tem por objetivo analisar o desenvolvimento desta doutrina de controle estrito de legalidade, radicalmente distinta daquela produzida por outras cortes regionais de direitos humanos, como Tribunal Europeu dos Direitos Humanos que defende a existência de uma “margem de apreciação” pelos estados nacionais. Para este fim, primeiramente, situa historicamente o modelo latino-americano em comparação com o europeu passando, a seguir, a descrever as cinco fases de desenvolvimento da doutrina na jurisprudência da Corte. Metodologicamente, a primeira parte do estudo se debruça sobre a doutrina jurídica que analisa os sistemas regionais de direitos humanos desde uma perspectiva comparada, posteriormente passando-se a análise de elementos extraídos de um conjunto de dez casos decididos entre os anos de 2001 e 2011, nos quais a Corte apresenta, desenvolve e modifica o conceito de controle de convencionalidade.

Constatando que o desenvolvimento da doutrina do controle de convencionalidade pela Corte Interamericana faz parte de um processo mais amplo, que almeja promover a “constitucionalização” do sistema regional de

---

<sup>1</sup> Para um acesso amplo e sistematizado ao corpo jurisprudência traduzido ao português, veja-se: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014.

Direitos Humanos, o artigo conclui que tal processo representa uma expansão significativa em relação a interpretação corrente quanto as obrigações internacionais assumidas pelos Estados ao aceitarem a competência contenciosa da Corte Interamericana. A maior ou menor aceitação de tal inovação pelos Estados-Membros será determinante para o sucesso da doutrina no futuro próximo.

### **1. Contexto do desenvolvimento da jurisprudência da Corte Interamericana sobre revisão judicial baseada na Convenção Americana**

Duas fortes tendências presentes na literatura sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos são a sua comparação com o sistema regional europeu e com as ordens constitucionais domésticas (MAZZUOLI & TERRA, 2003). A emergência da doutrina sobre um controle de legalidade baseado na Convenção Americana dialoga com ambas as tendências.

Em um dos mais influentes trabalhos escritos sobre o impacto da Corte Interamericana, Alexandra Huneus apresenta três distinções centrais entre os sistemas europeu e americano (HUNEEUS, 2011). Primeiramente, o contexto e o tipo de intervenção. O Sistema Europeu inicia seus trabalhos lidando com um conjunto de países majoritariamente democráticos e com uma tradição de maior aderência ao estado de direito. Por outro lado, o contexto de criação do Sistema Interamericano e, mais ainda, da Corte, é antagônico: boa parte do continente vivia sob a égide de regimes autoritários, e grande parte dos países possuía longo histórico de rupturas da ordem legal. Isso, para Huneus, explica historicamente o papel mais protagonista do tribunal americano no desenvolvimento de diversas doutrinas legais de limitação da soberania estatal, como aquelas relacionadas à vedação de anistias, à prática de desaparecimentos forçados e à obrigação de investigar e punir graves violações contra os direitos humanos.

Em segundo lugar, Huneus aponta a prática “ativista” da Corte Interamericana no remédio às violações que identifica. A prática europeia é a

de indicar ao Estado Membro a verificação de uma violação à Convenção Europeia, deixando a seu critério a solução para o caso, geralmente em termos individuais e com compensações pecuniárias. Não é acaso ser a prática europeia o berço da doutrina da “margem de apreciação” nacional (BENVENISTI, 1998). Paralelamente, a prática da Corte Interamericana vem sendo a de emitir longos elencos de medidas concretas a serem implementadas pelos Estados, demandando aos três poderes constituídos, incluindo a positivação de delitos, revisão de políticas públicas e a reabertura de ações judiciais concretas, muitas vezes, dotando as decisões de efeito *erga omnes*. Alguns acadêmicos passaram a criticar tal prática extensiva apontando ser ela uma expansão não pactuada das obrigações internacionais contraídas pelos Estados (MALARINO, 2010).

Em terceiro lugar, a Corte Europeia encerra sua atuação no caso após a emissão da decisão, transferindo o monitoramento dos casos para o Comitê de Ministros (um órgão de natureza política). Alternativamente, no Sistema Interamericano a supervisão das decisões cabe à própria Corte. Objetivando ampliar a efetividade de suas decisões a Corte Interamericana inovou, estabelecendo sua competência para monitorar a implementação de suas decisões pelos Estados Membros. Enquanto no Sistema Europeu a decisão encerra o caso na esfera judicial, devolvendo-o às autoridades políticas, no Sistema Interamericano a Corte segue como protagonista de longo prazo sem que ocorra, a qualquer tempo, uma devolução do caso à esfera política da Organização dos Estados Americanos. Daí a afirmação de que a Corte Interamericana “criou um regime dual único de administração de recursos legais e supervisão contínua de cumprimento” (HUNEEUS, *op.cit.*: p.502).

Essas três características, a um só tempo, demonstram a capacidade adaptativa e criativa da Corte Interamericana em produzir inovações jurídicas relevantes para fazer frente aos desafios concretos de sua conjuntura política, mas também expõe sua tendência expansiva. É bem verdade que boa parte do sucesso até aqui obtido pela Corte é devido à sua responsividade às demandas propostas pela sociedade civil e filtradas pela Comissão Interamericana, criando soluções elaboradas para superar problemas de arquitetura

institucional e efetividade de decisões em um contexto político adverso. Porém, é igualmente verdadeiro que a ação intervencionista do Sistema e da Corte não refluíu *pari passu* a democratização dos regimes políticos dos Estados Membros a ela submetidos. Ou seja: se em um primeiro momento a Comissão Interamericana mostrou-se militante, e a Corte Interamericana soube construir estratégias para “*speak law to politics*”, nos anos recentes um conjunto substancial de objeções vem sendo levantado quanto ao eventual caráter “antidemocrático” e “antiliberal” de sua atuação (MALARINO, *op.cit.*; GARGARELLA, 2012).

No centro das críticas encontra-se a construção doutrinária pela Corte da uma ideia estrita de “controle de convencionalidade”. Equiparado ao controle de constitucionalidade vertical e com vinculação *erga omnes* realizado pelos tribunais constitucionais domésticos (HITTERS, 2009), o conceito deu azo a distintas (e, às vezes, concorrentes) doutrinas, e contrasta radicalmente com o modelo de “margem de apreciação” usado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, por vezes criticado por sua exagerada flexibilidade e deferência aos Estados soberanos<sup>2</sup>. A pretensão de exercício de controle de legalidade pela Corte Interamericana ocorre em paralelo ao processo de afirmação do tribunal regional, que passa a se apresentar como uma corte análoga as cortes supremas domésticas e, portanto, detentora da “última palavra” em matéria de direitos humanos na região.

Uma série de autores já enfrentaram o tema da evolução da doutrina do controle de convencionalidade por distintas perspectivas. Para citar três entre os mais relevantes, Cláudio Nash apresenta uma classificação em quatro etapas, de acordo com a evolução da pretensão vinculante (NASH ROJAS,

---

<sup>2</sup> Benvenisti, criticando a prática europeia, aponta que: “a margem de apreciação, com seu reconhecimento principiológico do relativismo moral, está em desacordo com o conceito de universalidade dos direitos humanos. Se aplicada com liberalidade, essa doutrina pode comprometer seriamente a promessa de uma aplicação internacional dos direitos humanos que sobreponha-se às políticas públicas nacionais. Mais ainda, seu uso pode comprometer a credibilidade dos órgãos de aplicação internacional.” Tradução livre, no original: “Margin of appreciation, with its principled recognition of moral relativism, is at odds with the concept of the universality of human rights. If applied liberally, this doctrine can undermine seriously the promise of international enforcement of human rights that overcomes national policies. Moreover, its use may compromise the credibility of the applying international organ.” (BENVENISTI, *op. cit.*, p.844).

2013). Juan Carlos Hitters, estabelecendo paralelos entre convencionalidade e constitucionalidade, reconstrói a história de desenvolvimento da doutrina como um processo de desvencilhamento do modelo europeu e, ainda, de exclusão de perspectivas domésticas conflitantes pela jurisprudência interamericana (HITTERS, *op.cit.*). Finalmente, Laurence Burgorgue-Larsen apresenta um desenvolvimento em três fases, tendo por referência a emergência e especificação de uma obrigação vinculante para os juízes domésticos (BURGORGUE-LARSEN, 2014), destacando, ainda, em comparação com o contexto europeu, que apesar do maior desenvolvimento institucional dos laços de integração regional naquele bloco, “em nenhum momento o Tribunal de Estrasburgo elaborou de maneira tão estruturada uma teoria [...] que tenha por consequência enquadrar de maneira explícita as competências das jurisdições nacionais” (BURGORGUE-LARSEN, *op.cit.*, p.434<sup>3</sup>).

Para os fins deste estudo, será apresentada uma quarta classificação, complementar às anteriormente referidas. Contendo cinco fases, acompanhando linearmente a emergência e posteriores reconfigurações da doutrina do controle de convencionalidade na Corte Interamericana.

O desenvolvimento jurisprudencial (e aquele doutrinário que o acompanha) parte da interpretação conjunta dos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, o primeiro estabelecendo o dever dos Estados de “respeitar os direitos e liberdades” protegidos pela Convenção, e o segundo o “dever de adotar disposições de direito interno” para garantia dos direitos e liberdades. A ausência de qualquer referência explícita a um mecanismo de controle judicial de legalidade (ao contrário da previsão explícita de necessidade de adequação legislativa) é contornada, tanto pela jurisprudência quanto pela doutrina, pela apresentação da emergência do controle de convencionalidade não como uma “nova obrigação” enumerada interpretativamente, mas sim como “uma figura que vem a esclarecer uma obrigação já existente dotando-a de conteúdo e especificidade”(NASH ROJAS, *op.cit.*, p.491).

---

<sup>3</sup> Tradução livre, no original: “en ningún momento el Tribunal de Estrasburgo ha elaborado de manera tan estructurada una teoría [...] que tenga por consecuencia enmarcar de manera explícita las competencias de las jurisdicciones nacionales”.

Aludindo outra vez à comparação com o Sistema Europeu, argumenta-se que assim como a teoria da margem de apreciação desenvolveu-se na jurisprudência e doutrina para dar resposta a problemas concretos, sem jamais restar positivada, o mesmo ocorreu com o surgimento do controle de convencionalidade na Corte Interamericana, considerando o distinto contexto em que está inserida. Vejamos, então, como a doutrina foi construída e alterada pela Corte de San José.

## **2. Primeira fase: aproximação ao conceito de controle de convencionalidade nos votos individuais dos juízes**

Em 05 de fevereiro de 2001, pela primeira vez, a Corte Interamericana explicitamente propôs a alteração de disposições de uma constituição doméstica. No caso *A Última Tentação de Cristo*, o Estado chileno foi acionado após a Comissão Interamericana aceitar petição alegando que o inciso 12 do artigo 19 da Constituição chilena de 1980, que determinava estabelecimento por lei de mecanismo de censura para a exibição de produções audiovisuais, violava os artigos 12 e 13 da Convenção Americana, respectivamente protegendo a liberdade de religião e consciência e a de pensamento e expressão. O caso ocorreu após decisão judicial impedir a exibição da obra do diretor norte americano Martin Scorsese, em um processo na qual o órgão administrativo do Estado (o Conselho de Classificação Cinematográfica) havia primeiro proibido a exibição da obra, posteriormente alterando sua decisão autorizando exibição restrita a maiores de 18 anos. A Corte Suprema do Chile posteriormente confirmou a decisão judicial que revisava a autorização administrativa de exibição restrita da obra, mantendo a censura.

A Corte Interamericana reconheceu apenas a violação às liberdades de pensamento e expressão, mas não de liberdade religiosa. Determinando, no quarto ponto resolutivo de sua decisão, que:

[...] o Estado deve modificar seu ordenamento jurídico interno, em um prazo razoável, com a finalidade de suprimir a censura



prévia e permitir a exibição do filme “A Última Tentação de Cristo”, e deve apresentar à Corte Interamericana de Direitos Humanos, em um prazo de seis meses a partir da notificação quanto à presente sentença, um informe sobre as medidas adotadas a esse respeito. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Ultima Tentação de Cristo – Olmedo Bustos e outros vs. Chile*, 2001, § 103.4)<sup>4</sup>

Em que pese a natureza da decisão, explicitamente comandando alteração do texto constitucional, houve pouca resistência ao pronto cumprimento. Um projeto de reforma constitucional proposto pelo governo e que já havia sido aprovado pela Câmara dos Deputados anos antes, em novembro de 1999, teve sua tramitação retomada e a Constituição foi posteriormente alterada. Apesar de, na prática, ter proposto uma revisão judicial da constituição por incompatibilidade com a Convenção Americana, a própria Corte não mobilizou no julgado um conceito de controle de legalidade como aquele implícito na ideia de controle de convencionalidade. Não obstante, o caso é relevante por duas razões.

Primeiro, pois ilustra a hipótese antes suscitada quanto à natureza expansiva e diretiva da atuação da Corte Interamericana, reforçando o argumento de Huneeus de que “enquanto a Corte Europeia de Direitos Humanos tipicamente permite aos governos escolherem como eles irão remediar as violações de seus Estados, a Corte Interamericana, amadurecida em uma região de ditaduras, prefere ser menos deferente” (*op.cit.*, p.496<sup>5</sup>). Ainda, segundo, representa um primeiro caso em que a Corte explicitamente propõe a alteração do texto de uma constituição doméstica, e não de uma lei infraconstitucional ou de uma interpretação da extensão de um direito ou obrigação. Assim, a decisão reforça os precedentes de atuação diretiva da Corte, inaugurando, na prática, o uso de um novo poder, de explícita revisão constitucional.

---

<sup>4</sup> Tradução livre, no original: “[...] Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto.”

<sup>5</sup> Tradução livre, no original: “whereas the ECHR typically allows governments to choose how they will remedy their state’s violation, the Inter-American Court, which came of age in a region of dictatorships, prefers to be less deferential”.

Nessa crescente histórica, seria apenas em 2003 que a expressão “controle de convencionalidade” seria pela primeira vez mobilizada, dando início a construção jurisprudencial da doutrina. Em um voto divergente no caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, o juiz mexicano Sérgio García Ramirez, argumentando sobre a impossibilidade de apresentar-se o Estado ante a jurisdição internacional de forma fracionada, justificando na separação interna de poderes uma limitação ao cumprimento das obrigações internacionais contraídas, afirmaria que:

Para os efeitos da Convenção Americana e do exercício da jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, o Estado se apresenta de maneira integral, como um todo. Nesta ordem, a responsabilidade é global, diz respeito ao Estado em seu conjunto, e não pode restar sujeita à divisão de atribuições prescrita no Direito interno. Não é possível seccionar internacionalmente o Estado, obrigando ante a Corte somente alguns de seus órgãos, entregar a estes a representação do Estado em juízo – sem que essa representação repercuta sobre o conjunto do Estado – e subtrair a outros *do regime convencional de responsabilidade, deixando sua atuação fora do “controle de convencionalidade” implicado na jurisdição da Corte internacional.* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Voto Concorrente do Juiz Sérgio Garcia Ramirez, § 27 – grifos meus)<sup>6</sup>

O conceito seria incluído na jurisprudência majoritária da Corte apenas em setembro de 2006, no caso *Almonacid Arellano vs Chile*, paralelamente, porém, Sérgio Garcia Ramirez ofereceria outro desenvolvimento doutrinário importante em seu voto concorrente no caso *Vargas Areco vs. Paraguai*. Nele, Ramirez procura diferenciar o trabalho de controle de convencionalidade realizado pela Corte de San José daquele ofício jurisdicional ordinário das cortes domésticas, construindo uma analogia entre dois tipos de tribunais: os superiores, como os tribunais constitucionais e a Corte Interamericana,

---

<sup>6</sup> Tradução livre, no original: “Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.”

dotados de autoridade para o controle último de legalidade mas impedidos de revisar matéria fática previamente litigada, e os tribunais ordinários, responsáveis pelo esclarecimento dos fatos e a determinação do direito.

Ramirez aponta que “o ‘controle de convencionalidade’ fundado na confrontação entre o ato realizado e as normas da Convenção Americana não pode [...] se converter em uma nova e última instância para o conhecimento da controvérsia suscitada na ordem interna” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Vargas Areco vs. Paraguai*. Voto Concorrente do Juiz Sérgio Garcia Ramirez, § 06º.)<sup>7</sup>, como forma de afastar o argumento de que o Sistema Interamericano, por meio de sua Corte, pudesse constituir uma terceira ou quarta instância judicial. Estabelecendo um paralelo entre o controle de constitucionalidade pelas cortes domésticas e o de convencionalidade pela Corte Interamericana, o magistrado aponta que assim como os primeiros não podem retomar as minúcias civis ou criminais de um caso, devendo atentar à sua dimensão constitucional, também não o pode fazer a Corte Interamericana, cuja atuação:

[...] somente pode confrontar os atos internos – leis, atos administrativos, decisões judiciais, por exemplo – com as normas da Convenção, e resolver se existe congruência entre aqueles e estas para determinar, sobre essa base, se aparece a responsabilidade internacional do Estado por descumprimento de suas obrigações desta natureza (*ibidem*, § 07).<sup>8</sup>

Aqui, Ramirez empreende um duplo movimento. Por um lado, defende a expansão interpretativa do mandato da Corte Interamericana, que assim como se autoconcedeu poderes de supervisão de sentenças, passou a estabelecer um processo de revisão judicial baseado em uma leitura ampliada das determinações contidas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana. Claramente o magistrado mexicano reforça, em seu voto divergente, a

---

<sup>7</sup> Tradução livre, no original: “el “control de convencionalidad” fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana, no puede [...] convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno”.

<sup>8</sup> Tradução livre, no original: “[...] sólo puede confrontar los hechos internos --leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo-- con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia entre aquéllos y éstas, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza.”

existência explícita de tal prerrogativa. De outro, Ramirez expõe uma preocupação com a própria possibilidade de expansão ilimitada da jurisdição da Corte. Em que pese defender uma prerrogativa forte de revisão judicial, busca deixar claro o âmbito limitado de incidência da mesma, que não deve transbordar da dimensão da análise específica da compatibilidade estrita entre a norma ou ato impugnado e a Convenção Americana para outras, mais gerais, atinentes ao direito constitucional ou infraconstitucional dos Estados Membros.

### **3. Segunda fase: delineamento geral do controle de convencionalidade como obrigação dos juízes domésticos de considerarem a Convenção Americana conforme interpretada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**

O primeiro contorno jurisprudencial do controle de convencionalidade pela Corte Interamericana, fora das manifestações individuais, foi delineado no caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. Aqui, a Corte passa a desenvolver a interpretação da extensão dos comandos normativos constantes nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana.

Contestando a resiliência das medidas de impunidade no Chile, a Corte argumenta que a disposição do artigo 2º, determinando o “dever de adotar disposições internas”, inclusive e especialmente legislativas, tem por objetivo permitir ao judiciário doméstico uma pronta e simples aplicação das leis para a solução dos casos individuais. Porém, a ausência de legislação doméstica adequada à normativa internacional não exime a obrigação de garantia expressa no artigo 1.1 (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Almonacid Arellano vs. Chile*. § 123).

Assim, a Corte apresenta fundamentos no direito internacional positivo para estabelecer um argumento muito próximo àquele, teórico, de autores como Hans Kelsen, quanto à antinormatividade das normas domésticas em relação às internacionais em comparação com a antinormatividade das normas domésticas infraconstitucionais em relação à

Constituição<sup>9</sup>. A omissão ou falha do Poder Legislativo em adequar a legislação doméstica nem exclui a responsabilidade internacional do Estado, nem a obrigação do judiciário em adotar, diretamente, as medidas necessárias para que dado direito ou liberdade seja fruído de forma efetiva.

O argumento monista da Corte Interamericana, não obstante, não apresenta nesta oportunidade uma orientação hierárquica sobre a constituição. Ao definir o conceito de controle de convencionalidade, o tribunal deixará a cargo dos juízes domésticos a solução do conflito normativo identificado, chamando-os a sua responsabilidade de aplicar a Convenção Americana como *corpus iuris* próprio integrado com o direito doméstico:

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 ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a assegurar que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias ao seu objetivo e fim, e que são desde o princípio carentes de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas nos casos concretos e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Almonacid Arellano vs. Chile*, § 124<sup>10</sup>).

A primeira formulação da ideia de controle de convencionalidade na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, portanto, diz

<sup>9</sup> Entendendo o monismo como única alternativa apta a manter a logicidade do Direito, Kelsen sustenta a primazia do direito internacional, apontando que a existência de normas domésticas em contradição com aquelas internacionais não implica na configuração da hipótese “A deve ser e não deve ser ao mesmo tempo”, assim como a existência de uma lei válida e inconstitucional, antes de declarada como tal, não implica em uma ausência de validade da Constituição: “a ‘antinormatividade’ de uma norma não significa que haja qualquer conflito entre a norma inferior e a norma superior, mas apenas traduz a anulabilidade da norma inferior” (KELSEN, 2003, p.367)

<sup>10</sup> Tradução livre, no original: “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.”

respeito a um controle judicial de legalidade a ser desempenhado pelos juízes domésticos. No caso concreto, o controle de convencionalidade deve ser realizado pelo juiz titular da ação penal, e não pela Corte Interamericana, que age tão somente apontando a existência de um conflito não identificado ou ignorado pelo Poder Judiciário local. O conflito tem natureza constitucional, vez que trata de direitos fundamentais<sup>11</sup>, mas a revisão legal proposta por meio do controle de legalidade não implica, a priori, em mudança constitucional estrita.

Nessa formulação, qual então seria o papel da Corte Interamericana? Nas palavras do próprio Tribunal, ser a “intérprete última da Convenção Americana” (*ibidem*, § 124)<sup>12</sup>. No entender da Corte, nesta etapa de desenvolvimento jurisprudencial da doutrina do controle de convencionalidade, o juiz doméstico deve sempre analisar se a lei (neste caso, uma lei infraconstitucional) está em conflito com a Convenção Americana *conforme interpretada nas decisões da Corte Interamericana*.

Aqui, portanto, a pretensão hierárquica da Corte é a de enumerar direitos e obrigações desde o texto da Convenção Americana, garantindo que as cortes domésticas tenham em mente suas decisões na solução de controvérsias que envolvem a ordem constitucional doméstica e o regime regional de direitos humanos de maneira *transversal*, e não necessariamente de “vincular” a jurisdição doméstica de maneira *vertical*. Esse cuidado aparece expresso nos pontos resolutivos da sentença, apontando que “o Estado deve assegurar que” (*ibidem*, § 171.5-6, grifos meus ) a lei de anistia não represente um obstáculo ao direito das vítimas.

Mesmo a fundamentação da decisão, logo após a remissão à necessidade de prática doméstica do controle de convencionalidade, exime-se de apresentar um obstáculo de natureza hierárquica à norma doméstica, como ocorrerá na evolução futura da doutrina, recorrendo tão somente à doutrina da obrigação internacional do Estado para apontar que “a aplicação do

---

<sup>11</sup> Sobre a dupla dimensão dos direitos fundamentais, positivados como direitos humanos no direito internacional e direitos constitucionais no direito doméstico, consulte-se: NEUMAN, 2003; TORELLY, 2016, pp. 88-103.

<sup>12</sup> Tradução livre, no original: “intérprete última de la Convención Americana”.

Decreto Lei n.º 2.191 desconheceu os deveres impostos pelo artigo 1.1 da Convenção Americana” (*ibidem*, § 128)<sup>13</sup>.

#### **4. Terceira fase: obrigação de consideração ex officio da Convenção Americana conforme interpretada pela Corte Interamericana (e controvérsia sobre a extensão das bases normativas e da incidência do poder de revisão)**

Ainda no ano de 2006 a Corte Interamericana voltará a se manifestar sobre o tema, repetindo parcialmente e aprimorando o parágrafo 124 do caso *Almonacid*, acima transcrito. No caso *Trabajadores Demitidos do Congreso*<sup>14</sup>, julgado apenas dois meses após *Almonacid*, a Corte expressará textualmente o que antes estava subentendido: a natureza *ex officio* da obrigação dos tribunais domésticos exercerem o controle de convencionalidade. Mais ainda, o caso abrirá caminho para o início da importante discussão sobre as diferentes modalidades de controle de convencionalidade disponíveis para os operadores do direito.

No que concerne à primeira alteração, com sutil mudança, a Corte reformula a expressão transcrita na seção anterior, qual seja, “o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’ entre as normas jurídicas internas aplicadas nos casos concretos e a Convenção Americana de Direitos Humanos” para:

[...] os órgãos do Poder Judiciário, devem exercer não somente um controle de constitucionalidade, mas também “de convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente dentro do marco de suas respectivas competências e das regulações processuais correspondentes. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado y otros) vs. Perú*, §128, grifos meus)<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Tradução livre, no original: “aplicación del Decreto Ley No. 2.191 desconoció los deberes impuestos por el artículo 1.1 de la Convención Americana”.

<sup>14</sup> No original, em espanhol, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado y otros) vs. Perú*.

<sup>15</sup> Tradução livre, no original: “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.

Complementando, a seguir, que:

*Esta função não deve ficar limitada exclusivamente pelas manifestações e atos dos demandantes em cada caso concreto, embora também não implique que esse controle deva ser exercido sempre, sem considerar outros pressupostos formais e materiais de admissibilidade e procedência deste tipo de ações (ibidem, §128, grifos meus)*<sup>16</sup>.

Com essa alteração a Corte torna explícita a desnecessidade de que um caso individual seja levado a ela para que, apenas após sua manifestação em uma decisão concreta, não apenas a normativa da Convenção como também sua interpretação sobre ele seja tomada como *precedente jurisprudencial* a ser considerado pelos julgadores domésticos atuando em foro de revisão judicial. Apesar da aparente irrelevância da alteração, vez que a Corte já vinha sustentando a tese de que a Convenção Americana e sua jurisprudência deveriam ser consideradas pelos tribunais domésticos, a questão suscitou debate, ensejando dois votos concorrentes com objetivos de esclarecer o alcance do instituto do controle de convencionalidade. Em ambos os casos, os votos divergentes propunham um maior âmbito de aplicação, demonstrando a existência, mesmo naquele momento de expansão doutrinária, de uma composição da Corte cuja maioria entendia de maneira restritiva suas atribuições.

A primeira divergência, do juiz brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade, diz respeito à segunda parte da transcrição acima, do parágrafo 124 de *Trabalhadores Demitidos do Congresso*. Alinhado com a diretiva anterior de que os tribunais devem considerar a jurisprudência da Corte Interamericana como uma espécie de precedente, Cançado Trindade discorda da autolimitação contida na decisão final, em que a Corte aponta que apesar da desnecessidade de submissão de casos idênticos ou específicos para a aplicação da Convenção Americana e de sua jurisprudência, não há uma

---

<sup>16</sup> Tradução livre, no original: “Esta función no debe 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.” *Ibidem*, parágrafo 128 (grifos meus).



necessidade de que o controle de convencionalidade “deva ser exercido sempre”.

Na argumentação de Cançado Trindade encontramos que:

[...] os órgãos do Poder Judicial de cada Estado Parte da Convenção Americana devem conhecer a fundo e aplicar devidamente não apenas o Direito Constitucional como também o Direito Internacional dos Direitos Humanos; devem exercer *ex officio tanto o controle de constitucionalidade como o de convencionalidade*, tomados em conjunto, uma vez que os ordenamentos jurídicos internacional e nacional se encontram em constante interação no presente domínio da proteção da pessoa humana. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado y otros) vs. Perú. Voto concurrente do Juiz Antonio Augusto Cançado Trindade, § 3º*)<sup>17</sup>

Ou seja, o juiz brasileiro aponta que, sempre, se faz presente a necessidade de exercício pelos juízes domésticos tanto do controle de constitucionalidade, com o qual já estão familiarizados, quanto o de convencionalidade. Mais ainda, assevera que o controle de convencionalidade baseado na Convenção Americana é apenas uma das variadas possibilidades de revisão judicial baseada no direito internacional dos direitos humanos. O voto concorrente do juiz mexicano Sérgio Garcia Ramirez seguirá na mesma direção. Quanto às fontes normativas da revisão judicial, apontará que:

[...] a mesma função é posta em prática, por razões idênticas, naquilo que concerne a outros instrumentos de igual natureza, integrantes do *corpus juris* convencional dos direitos humanos do qual faz parte o Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo à Abolição da Pena de Morte, Convenção para Prevenir e Punir a Tortura, Convenção de Belém do Pará para Erradicação da Violência Contra a Mulher, Convenção sobre Desaparição Forçada, etcétera. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado y otros) vs. Perú. Voto concurrente do Juiz Sérgio Garcia Ramirez, § 2º*.)<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Tradução livre, no original: “[...] los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer *ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad*, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana.”

<sup>18</sup> Tradução livre, no original: “[...] la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los

Garcia Ramirez também avançará em duas outras questões. Primeiro, juntamente com a decisão colegiada, afirmando a desnecessidade de repetição de casos para a aplicação de decisões da Corte Interamericana como *precedentes judiciais*, em analogia com o *modus operandi* dos tribunais anglo-americanos. Depois, avançando na importação de outro binômio de categorias típicas do direito constitucional doméstico para o internacional: revisão judicial concentrada e difusa.

Quanto ao primeiro aspecto, Ramirez afirma que:

[...] não caberia esperar [...] a necessidade de julgar centenas ou milhares de casos sobre um único tema convencional [...] quer dizer, todos os litígios que se apresentam a todo tempo e em todos os países, resolvendo um a um os atos violadores e garantindo, também um a um, os direitos e liberdades particulares. (*Ibidem*, § 08)<sup>19</sup>

Novamente, as construções doutrinárias da Corte, mantendo linearidade e coerência com o desenvolvimento do regime regional de direitos humanos e do sistema de proteção de garantias, ampliam o escopo de sua atuação. A expressão de Ramirez é idêntica àquela acima transcrita, da primeira metade do parágrafo 124 de *Trabajadores Demitidos*, apontando para a existência de efeito *erga omnes* das decisões da Corte. Tal diretiva pressupõe uma superposição entre a obrigação internacional genérica contraída por todos Estados Membros ao firmarem a Convenção Americana com a obrigação individual específica do Estado condenado de dar cumprimento às decisões da Corte Interamericana contra si após trâmite judicial fundando nas premissas do devido processo legal. Depende, portanto, da aceitação (inclusive pelos julgadores da ordem jurídica doméstica), de dois pressupostos.

Primeiro, que a Corte Interamericana é a intérprete última da

---

derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera.”

<sup>19</sup> Tradução livre, no original: “no cabría esperar [...] la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional [...] es decir, todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares.”

Convenção Americana de Direitos Humanos. Segundo, que a decisão no processo internacional no Sistema vincula não somente o Estado acusado, mas também todos os demais, mesmo que estes não tenham sido ouvidos. Esse desdobramento doutrinário sofrerá oposição em suas duas premissas. Materialmente, quando à ideia de que é a Corte a intérprete última da Convenção, processualmente quanto à possibilidade de que a condenação de um Estado gere obrigações para outros.

Ainda, Ramirez afirmará que para além do controle de convencionalidade pela Corte Interamericana, a revisão judicial por outros tribunais pode ocorrer em “caráter difuso, isto é, ser deixada nas mãos de todos os tribunais quando estes devem resolver assuntos em que sejam aplicáveis as estipulações dos tratados internacionais de direitos humanos” (*Ibidem*, § 12)<sup>20</sup>. Apesar de repisar a ideia de que não há entre as ordens constitucionais e o regime regional uma hierarquia, como aquela que existe internamente entre o direito constitucional e o direito civil ou o direito penal, e que a Corte Interamericana não representa uma terceira ou quarta instância judicial, a argumentação análoga àquela do exercício da revisão judicial doméstica, de tipo constitucional hierárquica, se manifestará em pelo menos duas oportunidades. Primeiro, na descrição da “cadeia jurisdicional” (*Ibidem*, § 2º) que conduz a uma decisão última da Corte de San José em caso de conflitos, depois na descrição dos mecanismos concentrado e difuso como “vertical e geral” (*Ibidem*, § 13). Em ambos os casos a consequência prática é que, em havendo conflito, a interpretação da Corte Interamericana deve prevalecer, sobrepondo o tratado internacional ao direito constitucional doméstico.

Nesse estágio de desenvolvimento, a ideia de controle de convencionalidade ganha, portanto, matizes interessantes. Surgido como um instrumento a ser aplicado pelos juízes domésticos *ad hoc*, naqueles casos em que o descumprimento de obrigação internacional fosse verificado, o conceito aqui evolui para uma forma *permanente* de relacionamento entre as ordens

---

<sup>20</sup> Tradução livre, no original: “carácter difuso, es decir, quedar en manos de todos los tribunales cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos”.

constitucionais domésticas e o regime regional de direitos humanos.

Ainda, surge pela primeira vez a ideia de um controle *concentrado* pela Corte Interamericana. Na formatação doutrinária inicial, sendo uma atribuição do juiz doméstico considerar a interpretação dada à Convenção pela Corte Interamericana, a revisão judicial era necessariamente doméstica e difusa (exceto se realizada por corte superior em processo concentrado previsto na própria legislação doméstica). A ideia de um controle concentrado na Corte de San José está implícita na afirmação da não necessidade de reafirmação de julgados e na possibilidade de replicação automática de decisões, e explícita na distinção entre controle vertical e geral de Garcia Ramirez. Tal distinção implica importação da noção norte-americana de “precedente judicial”, estranha à maioria das ordens constitucionais latino-americanas.

O caso *Trabalhadores Demitidos* permitiria, ainda, novos desenvolvimentos da doutrina do controle de convencionalidade no ano de 2007, quando a Corte Interamericana respondeu a uma solicitação de interpretação de sentença. Novamente em um voto concorrente, o juiz Cançado Trindade explorou e sofisticou a abordagem sobre o instituto emergente, abrindo espaço para posteriores desenvolvimentos normativos no colegiado.

Em seu voto concorrente, entre os parágrafos 6º e 10º, o juiz conecta a emergência do controle de convencionalidade com a *constitucionalização do direito internacional* igualmente vindo a desdobrar o instituto em uma dupla dimensionalidade de contornos claros: doméstica e internacional (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado y otros) vs. Perú (Solicitud de Interpretación de Sentencia)*. *Voto concorrente do Juiz Antonio Augusto Cançado Trindade*, § 6-10). Argumenta que o processo de estruturação, coesão e hierarquização do direito doméstico tomou um longo período de tempo, finalmente permitindo que a revisão judicial por meio do controle de constitucionalidade funcionasse como meio de proteção dos direitos dos cidadãos, e que tais desenvolvimentos influenciaram o direito internacional. Assim, “a partir de meados do Século XX se passou a falar de ‘internacionalização’ do direito constitucional e, mais

recentemente, nas últimas décadas, de ‘constitucionalização’ do Direito Internacional” (*Ibidem*, § 06) <sup>21</sup>.

Trindade segue desenvolvendo a noção de que tratados de direitos humanos possuem uma dimensão constitucional, “não no sentido de sua posição na hierarquia das normas no direito interno” (*Ibidem*, § 07) <sup>22</sup>, mas sim no “sentido muito mais avançado de que constituem, no próprio plano internacional, uma ordem jurídica constitucional de respeito aos direitos humanos” (*Ibidem*, § 07) <sup>23</sup>. Estabelecendo uma analogia com o processo europeu, afirma a ideia de que assim como a Convenção Europeia de Direitos Humanos foi reconhecida como um “instrumento constitucional da ordem pública europeia” o mesmo se daria com a Convenção Americana, cujo artigo 2º conteria uma *cláusula de constitucionalização* que “abre efetivamente a possibilidade de um ‘controle de convencionalidade’, a fim de determinar se os Estados Parte cumpriram efetivamente ou não a obrigação geral do artigo 2º da Convenção Americana, assim como a do artigo 1.1” (*Ibidem*, § 09) <sup>24</sup>. Esse controle poderia ser exercido tanto por cortes domésticas, quanto pela Interamericana, “dada a interação entre as ordens jurídicas internacional e nacional no presente domínio de proteção” (*Ibidem*, § 10) <sup>25</sup>.

Esses notáveis desenvolvimentos no regime regional fatalmente produzirão conflitos com as ordens constitucionais domésticas. Mas a ideia de controle de convencionalidade seguirá expandindo-se.

---

<sup>21</sup> Tradução livre, no original: “a partir de mediados del siglo XX se pasó a hablar de “internacionalización” del derecho constitucional, y más recientemente, en las dos últimas décadas, de “constitucionalización” del Derecho Internacional”.

<sup>22</sup> Tradução livre, no original: “no en sentido de su posición en la jerarquía de normas en el derecho interno”.

<sup>23</sup> Tradução livre, no original: “sentido mucho más avanzado de que construyen, en el propio plano internacional, un orden jurídico constitucional de respeto a los derechos humanos”.

<sup>24</sup> Tradução livre, no original: “abre efectivamente la posibilidad de un “control de convencionalidad”, con miras a determinar si los Estados Partes han efectivamente cumplido o no la obligación general del artículo 2 de la Convención Americana, así como la del artículo 1(1)”.

<sup>25</sup> Tradução livre, no original: “dada la interacción entre los órdenes jurídicos internacional y nacional en el presente dominio de protección”.

## 5. Quarta fase: força vinculante análoga à da Constituição doméstica

O avanço da percepção do regime regional de direitos humanos como uma ordem de natureza análoga à constitucional e, ainda, o gradual desenvolvimento do mecanismo de revisão judicial abriu caminho para que as disposições da Convenção Americana, conforme interpretadas pela Corte, fossem cotejadas com o ordenamento constitucional doméstico dos Estados membros de forma mais aberta. Esse desenvolvimento ensejou o alargamento da doutrina de que mesmo as Cortes constitucionais, cuja natureza especial determina, *a priori*, a análise da *constitucionalidade* de leis e atos, deveriam igualmente promover o juízo de *convencionalidade*, funcionando como contraparte vinculada à Corte Interamericana.

Um dos primeiros casos a apresentar tal argumentação de forma explícita foi *Boyce e outros vs. Barbados*. Lidando com a incompatibilidade da pena de morte com a Convenção Americana, a Corte entendeu que os tribunais superiores de Barbados bem como a Corte de Justiça do Caribe Oriental não poderiam decidir sobre dada matéria considerando exclusivamente sua natureza constitucional:

A análise do *Comité Judicial del Consejo Privado* (CJCP) não deveria ter-se limitado a avaliar se a Lei de Delitos contra a Pessoa era inconstitucional. Melhor, a questão deveria ter girado em torno de se a lei era também “convencional”. Quer dizer, os Tribunais de Barbados, inclusive o CJCP e agora a Corte de Justiça do Caribe devem também decidir se a lei de Barbados restringe ou viola os direitos reconhecidos na Convenção. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Boyce y otros vs. Barbados*, §78)<sup>26</sup>

Em casos como *A Última Tentação de Cristo* a Corte recomendou ao Estado adequar dispositivo constitucional, e em outros, como *Trabalhadores Demitidos do Congresso*, estabeleceu a necessidade de observância *ex officio*

---

<sup>26</sup> Tradução livre, no original: “El análisis del Comité Judicial del Consejo Privado (CJCP) no debería haberse limitado a evaluar si la Ley de Delitos contra la Persona era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era “convencional”. Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención.”

de suas decisões. Com o desenvolvimento da ideia de que o regime regional possui natureza análoga à constitucional passou a Corte, desta quadra histórica em diante, a demandar dos tribunais superiores domésticos tratamento em mesmo nível hierárquico para o direito constitucional e a Convenção Americana. Tal demanda se repetiria em diversos julgados, avançando uma dupla pretensão: não apenas a natureza constitucional da Convenção Americana, como também a condição da Corte Interamericana como interprete última da Convenção.

A argumentação da Corte nesse sentido atinge seu ápice em *Cabrera García v. México*, decidido em 2010. No parágrafo 225 de sua decisão a Corte promove novo ajuste na disposição textual inaugurada em *Almonacid Arellano*, e aperfeiçoada em *Trabajadores Demitidos*. Aqui, a disposição ganha a seguinte forma: “Os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça em todos os níveis estão obrigados a exercer *ex officio* um “controle de convencionalidade” entre as normas internas e a Convenção Americana” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cabrera García v. México*, §225 – grifos meus)<sup>27</sup>.

Portanto, temos, em *Almonacid Arellano*, a expressão “quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela”. Em *Trabajadores Demitidos do Congresso* a redação é ajustada para: “os órgãos do Poder Judiciário, devem exercer não somente um controle de constitucionalidade, mas também ‘de convencionalidade’ *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana” e, finalmente, agora, em *Cabrera García*, a Corte Interamericana adiciona “em todos os níveis”, explicitando a tese já esposada em outros casos, como *Boyce*, de que as cortes constitucionais também devem incorporar em suas considerações o controle de convencionalidade.

A segunda parte deste mesmo parágrafo consolida a visão da Corte sobre a natureza e estrutura do controle de convencionalidade apontando

---

<sup>27</sup> Tradução livre, no original: “Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana”.

para o papel central o qual desempenha: “Nesta tarefa, os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça devem ter em conta não somente o tratado, *mas também a interpretação deste pela Corte Interamericana, interprete última da Convenção Americana*” (*ibidem*, §225 – grifos meus)<sup>28</sup>.

Justificando sua tese, a Corte apresentará exemplos de uso de sua jurisprudência como critério normativo vinculante ou reflexivo<sup>29</sup> por cortes superiores na Costa Rica, Bolívia, República Dominicana, Peru, Argentina e Colômbia (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cabrera García v. México*, §226-232). A conclusão da Corte Interamericana após esta exposição é, portanto, que “é necessário que as interpretações constitucionais e legislativas referindo-se aos critérios de competência material e pessoal da jurisdição militar no México se adequem aos princípios estabelecidos na jurisprudência desse Tribunal” (*ibidem*, §233)<sup>30</sup>.

Dando continuidade ao desenvolvimento do instituto e sua doutrina, nas decisões de uma quinta fase de desenvolvimento do controle de convencionalidade a Corte Interamericana passaria tanto a diretamente declarar a nulidade de disposições legais (ao contrário de recomendar seu ajustamento), quanto a rever de modo contramajoritário decisões das instituições democraticamente legitimadas em âmbito doméstico.

## 6. Quinta fase: revisão direta e controle contamajoritário

A posição mais recente da Corte Interamericana sobre o controle de convencionalidade pode ser extraída de dois casos. Em *Julia Gomes Lund e outros v. Brasil* a Corte altera seu vocabulário usual para lidar com a incompatibilidade das leis de anistia domésticas para graves violações contra

---

<sup>28</sup> Tradução livre, no original: “En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben 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”. *Ibidem*, parágrafo 225.

<sup>29</sup> Para a distinção entre usos normativos e reflexivos do direito internacional na práticas das cortes domésticas latino-americanas, consulte-se: TORELLY, 2016, pp.88-104.

<sup>30</sup> Tradução livre, no original: “es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal”.



os direitos humanos em foro de controle de convencionalidade<sup>31</sup>. Já em *Gelman v. Uruguai* o tribunal dialoga diretamente com o problema da legitimidade democrática do direito em um mundo transnacionalizado<sup>32</sup>.

No caso *Gomes Lund*, temos uma mudança de tom em relação ao posicionamento tido em 2006, em *Almonacid Arellano*. No julgamento mais antigo a Corte apontou que o Estado chileno “deve garantir que o Decreto Lei n.º 2.191 não siga representando um obstáculo para a continuidade das investigações”(CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Almonacid Arellano vs. Chile*, §171.5)<sup>33</sup>. O Chile encontrou tal caminho sem alterar referida lei, mas articulando o direito internacional com o doméstico e, ainda, construindo alternativas legais para excluir a aplicação da lei em um amplo conjunto de casos (cf.: Torelly, 2015). No caso *Gomes Lund*, por sua vez, a Corte adota uma postura muito mais incisiva, diretamente declarando, no dispositivo da sentença (e não em sua argumentação), que as disposições da Lei de Anistia brasileira “carecem de efeitos jurídicos” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Julia Gomes Lund e outros v. Brasil.*, §325.3).

A decisão de 2006 contra o Estado chileno reflete um primeiro estágio de desenvolvimento da doutrina e da prática do controle de convencionalidade, quando a Corte entendia que tal controle deveria ser exercido pelos juízes domésticos, tendo em conta a sua interpretação da Convenção Americana. A decisão contra o Brasil já reflete um outro estágio de desenvolvimento, no qual a Corte exerce o controle concentrado, diretamente. Na argumentação da decisão o tribunal de San José explicitamente aponta a ausência tanto do processo de controle de convencionalidade doméstico difuso quanto do concentrado (ou, na terminologia de Garcia Ramirez em *Trabalhadores Demitidos do Congresso*, “geral” e “vertical”), como um dos problemas jurídicos que tornaram necessário o exercício da revisão judicial em modalidade concentrada pela Corte Interamericana:

---

<sup>31</sup> Para uma análise mais completa do caso *Gomes Lund*, veja-se: TORELLY, 2016-B.

<sup>32</sup> Para um descrição detalhada do caso uruguaio, consulte-se: BURT, AMILIVIA e LESSA, 2013.

<sup>33</sup> Tradução livre, no original: “debe asegurarse que el Decreto Ley No. 2.191 no siga representando un obstáculo para la continuación de las investigaciones”.

No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional [...]. O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito [...]. Como já salientou esta Corte e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados Parte vinculam todos sus (sic) poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu direito interno. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Julia Gomes Lund e outros v. Brasil*, §117).

Assim como em *Gomes Lund*, em *Gelman* a Corte Interamericana igualmente se propõe a diretamente revisar uma lei doméstica, apontando ser esta “carente de efeitos dada sua incompatibilidade com a Convenção Americana” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Gelman vs. Uruguay*, §312.11)<sup>34</sup>. Porém, adicionalmente, o tribunal regional aponta para limitações do exercício da democracia direta pela cidadania, derivadas de obrigações internacionais prévias. No parágrafo 239 da decisão, argumenta que: “A legitimação democrática de determinados fatos ou atos em uma sociedade está limitada pelas normas e obrigações internacionais de proteção aos direitos humanos reconhecidos em tratados como a Convenção Americana”(Ibidem, §239)<sup>35</sup>.

Nesta etapa do desenvolvimento do controle de convencionalidade a Corte passa a argumentar que o mesmo não limita apenas as autoridades constituídas, mas também diretamente a vontade soberana da maioria. Ou seja, alcança o próprio poder constituinte:

[...] a proteção dos direitos humanos constitui um limite

---

<sup>34</sup> Tradução livre, no original: “al carecer de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana”.

<sup>35</sup> Tradução livre, no original: “La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana”.

intransponível para a regra das maiorias, isto é, para a esfera do “suscetível de ser decidido” por parte das maiorias em instâncias democráticas, nas quais também deve primar um “controle de convencionalidade” (Ibidem, §239)<sup>36</sup>.

Nestes dois casos, ao declarar a nulidade de uma lei aprovada por um legislativo democrático e referendada por mecanismos deliberativos diretos, quais sejam, um plebiscito e um referendo, valendo-se de argumento contramajoritário, no caso uruguaio; e, ao abertamente indicar falha na interpretação jurídica dada a um dispositivo legal por uma corte suprema doméstica em foro de controle de constitucionalidade, no caso brasileiro; a Corte Interamericana explicita sua pretensão última de vincular inclusive o vértice hierárquico máximo das ordens constitucionais domésticas. Tal proposição é coerente com a lógica da constitucionalização do regime regional de direitos humanos. Ao constitucionalizar-se, criando um sistema de precedentes hierárquicos próprios, o regime regional deixa de ser um mecanismo horizontalmente localizado em um conjunto de governança transversal para ser um dispositivo verticalmente posicionado, sendo nesta interpretação o direito internacional capaz de hierarquicamente subordinar o direito constitucional doméstico.

## 7. Considerações Finais

O desenvolvimento histórico do regime regional de direitos humanos, com sua gradual constitucionalização, ensejou a adoção por parte da mais recente composição da Corte Interamericana de uma doutrina complexa do controle de convencionalidade. Contornando a ausência de previsão normativa para o exercício de um poder de revisão legal, em sucessivas inovações jurisprudenciais, o Tribunal desenvolveu o escopo de uma nova modalidade de atuação, em que entende deter o monopólio da interpretação última da

---

<sup>36</sup> Tradução livre, no original: “la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”.”

Convenção Americana, um poder de revisão direto de atos e leis domésticos, legitimidade contramajoritária e, se não uma hierarquia geral em relação às ordens constitucionais domésticas, ao menos uma hierarquia específica, derivada da combinação de sua qualidade de interprete última da Convenção combinada com a capacidade de promover revisão judicial vertical.

Nesse desenvolvimento, o controle de convencionalidade se diferencia radicalmente da bem mais estrita obrigação de cumprir com as determinações contidas em uma decisão internacional. Ele ganha efeito *erga omnes*, vinculando partes (inclusive Estados Membros) não representadas na causa que origina o precedente judicial, podendo ocorrer de maneira concentrada ou difusa, e torna-se uma etapa corrente de qualquer processamento de feitos judiciais domésticos. A fronteira entre doméstico e internacional se desfaz em parte, sendo constituído um espaço de legalidade transnacional. De acordo com a percepção da Corte Interamericana, este espaço transnacional possui um centro de coordenação hierárquica: a própria Corte. Ainda, o direito internacional dos direitos humanos posiciona-se, discursivamente, em posição análoga ao direito constitucional doméstico porém, na prática judicial da Corte, é considerado hierarquicamente superior, subordinando inclusive a vontade soberana popular.

Algumas cortes superiores dos Estados-Membro tem, gradualmente, incorporado o conceito de controle de convencionalidade. Em decisões recentes, a Corte Suprema do México entendeu, em resposta à decisão da Corte Interamericana em *Radilla Pacheco vs. Mexico (2009)*<sup>37</sup>, que as decisões do tribunal regional em foro de controle de convencionalidade vinculam as cortes domésticas, inclusive a Corte Suprema, e não podem ter sua decisão ou racionalidade questionadas, sob pena de descumprimento de obrigação internacional (MEXICO, Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Resolución 2010*). A Suprema Corte Argentina foi ainda mais longe, decidindo que não apenas as decisões da Corte Interamericana, mas também os relatórios da Comissão, vinculam as decisões do poder judiciário (ARGENTINA, Corte

---

<sup>37</sup> Para mais detalhes, consulte-se: CASTILLA, 2011.

Suprema de Justicia de La Nación. *Fallo Gustavo Carranza Latrubesse*, 2013)<sup>38</sup>.

Não obstante, outras, tem ignorado os desenvolvimentos da jurisprudência regional, como o fez o Brasil (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153/2008, 2010)<sup>39</sup> ou abertamente refutado a ideia de que a Corte Interamericana detenha competência para exercer controle estrito de legalidade, sem prejuízo do obrigatório cumprimento das decisões em um plano geral, como o fez a Suprema Corte de Justiça do Uruguai em resposta à *Gelman* (Suprema Corte de Justicia, Sentencia n.º 20/2013.)<sup>40</sup>.

Os desenvolvimentos futuros da jurisprudência interamericana em resposta a essas reações domésticas, e da jurisprudência doméstica em relação as inovações interamericanas, será determinante para o futuro da doutrina do controle de convencionalidade. O processo de constitucionalização do regime regional de direitos humanos que, primeiro, caracterizou-se por um *desenvolvimento interno*, passou a expandir-se rumo a uma *pretensão hierárquica* em relação as ordens constitucionais domésticas. Irão as ordens domésticas aceitar tal pretensão? Ou irá a Corte Interamericana refluir rumo a um modelo menos diretivo, como o europeu? Somente o tempo dirá. No momento presente, as interações entre ordens constitucionais e o regime regional tem gerado resultados bastante díspares, prevalecendo um cenário de fragmentação e heterogeneidade normativa com o qual talvez tenhamos de aprender a conviver.

### Referências bibliográficas

BENVENISTI, Eyal. "Margin of appreciation, consensus, and universal standards". *NYU Journal of International Law and Politics*. Vol 31, pp.843-854, 1998.

---

<sup>38</sup> Um debate sobre o caso pode ser consultado em TORELLY, 2016, pp. 192-201.

<sup>39</sup> Sobre essa decisão, veja-se: VENTURA, 2011; TORELLY, 2012; MEYER, 2012.

<sup>40</sup> Sobre este caso, veja-se: GARGARELLA, 2012.

BUERGENTHAL, Thomas. "The Evolving International Human Rights System". *American Journal of International Law*, vol. 100, n.º04, pp.783-807, 2006.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. "La Corte IDH como Tribunal Constitucional". In: In: BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES-ANTONIAZZI, Mariela (org.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Cidade do México: UNAM/Max Planck Institute, pp.421-457, 2014.

BURT, Jo-Marie; AMILIVIA, Gabriela; LESSA, Francesca. "Civil Society and the Resurgent Struggle against Impunity in Uruguay (1986-2012)". *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 07, 2013.

CASTILLA, Karlos. "El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco." *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol.11, pp.593-624, 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, vols.1-7. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

GARGARELLA, Roberto. "Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman." (2012). Disponível em: <[http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13\\_Gargarella\\_CV\\_Sp\\_20120924.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf)>

HITTERS, Juan Carlos. "Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Una Comparación". *Estudios Constitucionales*, ano 07, n.º02, pp.109-128, 2009.

HUNEEUS, Alexandra. "Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights". *Cornell International Law Journal*, vol.44, pp. 500-502, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado, 6ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MALARINO, Ezequiel. “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antileberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.” In *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, pp. 25-63, 2010.

MAZUOLLI, Valerio Oliveira; TERRA, William. *O controle de convencionalidade das leis*. São Paulo: RT, 2013.

MEYER, Emilio Peluso Neder. “Ditadura e Responsabilização”. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

NASH ROJAS, Claudio. “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Ano XIX, pp.489-509, 2013.

NEUMAN, Gerald. “Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance”. *Stanford Law Review*, vol.55, nº 5, 1863-1900, 2003.

TORELLY, Marcelo D. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TORELLY, Marcelo. “O Direito e os legados do autoritarismo no Cone Sul: respostas nacionais à norma global de responsabilidade individual”. *Revista Fórum de Ciências Criminais*, ano 02, n.º 03, pp.143-159, jan./jun. 2015.

TORELLY, Marcelo. *Governança Transversal dos Direitos Fundamentais: experiências latino-americanas*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2016.

TORELLY, Marcelo. “Gomes Lund vs. Brasil cinco anos depois: histórico, impacto, evolução jurisprudencial e críticas”. Em: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virginia Prado. *Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF*. Salvador: Jus Podium, pp.525-560, 2016-B.

VENTURA, Deisy. “A interpretação judicial da lei de anistia brasileira e o Direito Internacional”. Em: PAYNE, Leigh; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo (orgs.). *A Anistia na Era da Responsabilização*. Brasília: Ministério da Justiça, pp.308-343, 2011.

### Casos

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de La Nación. *Fallo Gustavo Carranza Latrubesse*. C.568.XLIV, C.594.XLIV, Fallo de 06 Agosto, 2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153/2008, abril de 2010.

MEXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010*. 21 de setembro de 2011.

URUGUAI. Suprema Corte de Justicia. *Sentencia nº 20*, 22 de fevereiro de 2013.

### Corte Interamericana de Direitos Humanos

*A Última Tentação de Cristo (Olmedo Bustos e otros) vs. Chile*. Julgamento de 05 de fevereiro de 2001.



*Almonacid Arellano vs. Chile*. Julgamento de 26 de setembro de 2006.

*Boyce y otros vs. Barbados*, Julgamento de 20 de novembro de 2007.

*Cabrera García v. México*. Julgamento de 26 de Novembro de 2010.

*Gelman vs. Uruguay*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011.

*Julia Gomes Lund e outros v. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010.

*Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Julgamento de 25 de novembro de 2003.

*Radilla-Pacheco v. Mexico*, Sentença de 23 de novembro de 2009.

*Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado y otros) vs. Perú*. Julgamento de 24 de novembro de 2006.

*Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado y otros) vs. Perú (Solicitud de Interpretación de Sentencia)*. Julgamento de 30 de novembro de 2007.

*Vargas Areco vs. Paraguai*. Julgamento de 26 de setembro de 2006.

#### **Sobre o autor**

##### **Marcelo Torelly**

Doutor em direito pela Universidade de Brasília (UnB). Atualmente é coordenador de projetos do escritório brasileiro da Organização Internacional para as Migrações (OIM) e pesquisador doutor no grupo 'Direito, Sociedade Mundial e Constituição' da UnB. As opiniões contidas no artigo são do autor e não representam a das instituições às quais está vinculado. E-mail: mtorelly@gmail.com.

**O autor é o único responsável pela redação do artigo.**