

RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO NA APLICAÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DOS PRECEDENTES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Bruna Migliaccio Setti¹
Gabrielle dos Santos Rosa²

RESUMO

O presente artigo tem como principal objetivo a proposta de um novo paradigma para a sociedade jurídica contemporânea: a utilização vinculatória e contramajoritária dos precedentes da Corte Interamericana de Direitos humanos pelos tribunais domésticos dos Estados signatários do Pacto de São José da Costa Rica. Para isso, demonstrar-se-á, a necessidade do diálogo entre cortes para a efetiva proteção de direitos humanos, visto que estes se emanciparam da ordem jurídica estatal no contexto da atual sociedade mundial multicêntrica. O enfoque principal será dado ao entrelaçamento entre a ordem internacional e a ordem estatal brasileira, no sentido de destacar a responsabilidade internacional dos tribunais nacionais, em especial, do Supremo Tribunal Federal pela utilização e interpretação não só dos tratados, mas também das decisões e pareceres da jurisdição internacional, ainda que tais interpretações sejam contrariadas pela maioria. Assim, acredita-se que adesão do Estado ao sistema internacional de direitos humanos se dará de maneira completa com a utilização do ônus argumentativo resultante do diálogo aberto entre o direito internacional e o direito nacional.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Internacional. Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Pesquisadora do Núcleo de Estudo em Tribunais Internacionais da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo (NETI/USP). E-mail: brunasetti_@hotmail.com

² Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Bolsista no projeto de extensão na área da infância e juventude pelo Núcleo de Estudos e Defesa dos Direitos da Infância e Juventude – NEDDIJ – Programa Universidade sem Fronteiras. E-mail: gabriellesrosa@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Através do presente trabalho busca-se delinear a respeito da utilização dos precedentes da Corte Interamericana (doravante Corte IDH) como forma de aplicação contramajoritária dos direitos humanos pelas cortes nacionais, em especial, pelos tribunais brasileiros.

É evidente que o tratamento dispensado pelo Estado a seus nacionais relativo aos direitos mais elementares de seus cidadãos, antes matéria reservada ao seu domínio exclusivo, tornou-se demasiadamente importante para a ordem jurídica internacional, de maneira a contribuir para o surgimento de diversos tribunais, tratados globais e organismos internacionais de monitoramento.

Assim, as nações passaram a ter o dever de prestar contas de sua atuação, sobremaneira em matéria de direitos humanos, bem como de responder perante Cortes Internacionais caso aqueles sejam violados, visto que são direitos que se valem “para qualquer ordem jurídica existente na sociedade mundial” (NEVES, 2009, p. 253).

Dentre tais tribunais, destaca-se a Corte IDH, com sede em São José da Costa Rica, a qual faz parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (doravante SIDH), no cerne da Organização dos Estados Americanos (OEA). Além da Corte, o sistema contempla mais um órgão complementar: a Comissão Interamericana, instalada em Washington, cuja função refere-se à averiguação da denúncia, à investigação e à conciliação entre as partes envolvidas, de forma a aconselhar o Estado acusado a efetivar medidas reparadoras à pessoa que teve seu direito violado. Por sua vez, o papel da Corte IDH consiste em, se não atendidas as considerações da Comissão, o devido julgamento do processo, condenando, ou não, o Estado danoso.

A questão é que, juntamente à Comissão de Direitos Humanos, a Corte IDH tem por finalidade a interpretação das disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos (doravante CADH ou Pacto San José da Costa Rica), assim como das disposições de tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos.

O desenvolvimento dos direitos humanos no plano regional interamericano se deu com o objetivo fornecer proteção aos indivíduos na falha ou omissão dos Estados que integram a região. Dessa forma, se possibilita o amplo acesso dos ofendidos aos órgãos do SIDH após o esgotamento de todos os recursos internos, desde que o Estado tenha ratificado a Convenção Americana de Direitos Humanos e aceite a jurisdição da Corte.

A consagração dos tratados internacionais de direitos humanos - em especial o Pacto São José da Costa Rica - como fonte do direito interno e seu conseqüente tratamento constitucional torna a aplicação de tais instrumentos obrigatória. Assim, dos Estados é exigido a garantia dos direitos básicos a todos sob sua jurisdição, quer nacional ou estrangeiro, mesmo contra a vontade das maiorias e paixões de momento (RAMOS, 2012, p. 76).

O Estado brasileiro ratificou a Convenção Americana no ano de 1992, mas só em dezembro de 1998 é que reconheceu a jurisdição contenciosa da Corte, de maneira a permitir que esta pudesse analisar denúncias individuais contra o País. Assim, ao admitir o sistema, passou a se sujeitar às normas da Convenção, bem como estar obrigado a zelar pela defesa dos direitos humanos e garantir o acesso à justiça.

Contudo, pretende-se demonstrar através da presente pesquisa que para se considerar a efetiva adesão ao tratado internacional (Convenção Americana) é fundamental que também reconheça as recomendações e decisões que advém dele, mesmo que relacionadas a outros Estados.

Neste sentido, verifica-se a importância teórica e prática deste estudo por meio da construção jurisprudencial da Corte IDH, que tem formado um *corpus iuris* interamericano de direitos humanos para os tribunais nacionais dos Estados Americanos.

Deste modo, o estudo se aprofunda no diálogo entre jurisdições, com realce ao controle da convencionalidade, bem como na interpretação e no valor jurisdicional dado ao aos precedentes interamericanos no campo doméstico, tema de especial relevância e complexidade para a cultura jurídica contemporânea, de maneira a refletir a emergência de um novo paradigma como responsabilidade emergente do Estado brasileiro.

1 O DIÁLOGO ENTRE CORTES INTERNACIONAIS E CORTES DOMÉSTICAS E A FACETA CONTRAMAJORITÁRIA DOS PRECEDENTES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Em razão do progresso do Direito Internacional dos Direitos Humanos, os poderes estatais passaram a ter de empreender maiores esforços no sentido de positivar em suas Constituições os direitos de origem jusinternacional, de maneira a recepcionar e aplicar direitos fundamentais em sua jurisdição interna.

De uma maneira geral, pode-se falar que com a expansão do Direito Internacional e emancipação dos direitos humanos, as Constituições latino-

americanas passaram a estabelecer cláusulas em suas Constituições pelas quais se permite a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional.

Tratados, acordos e convenções assinadas em âmbito externo, sobretudo em matérias envolvendo direitos humanos provocaram grandes mudanças na posituação constitucional, passando a existir uma tendência de tratamento privilegiado a fontes do direito internacional (SALDANHA; MELLO, 2014, p. 372).

O artigo 75, inciso 22, da Constituição argentina dispõe, por exemplo, que, enquanto os tratados em geral têm hierarquia infra-constitucional, mas supra-legal, os tratados de proteção dos direitos humanos têm hierarquia constitucional.

A Constituição do Peru de 1993 consagra que os direitos constitucionalmente reconhecidos devem ser interpretados em conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos e com os tratados de direitos humanos ratificados pelo país. Além disso, em 2005, o Tribunal Constitucional do Peru afirmou a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. Já na Colômbia, a Constituição de 1997 confere, no artigo 93, hierarquia especial aos tratados de direitos humanos.

Por sua vez, a Constituição brasileira, em seu artigo 5º, §§ 2º e 3º, apresenta a hierarquia dos tratados de direitos humanos ratificados pelo país. Antes da Emenda Constitucional nº 45, a qual acrescenta o §3º ao art. 5º, a Carta Magna brasileira já reconhecia os direitos e obrigações advindos de tratados internacionais de que o Brasil fosse signatário. A inovação trazida pela EC/45 é a de que tratados internacionais que versem sobre Direitos Humanos serão equivalentes a emendas constitucionais quando forem aprovados internamente de acordo com um procedimento legislativo específico (mais precisamente a aprovação em dois turnos, de cada Casa do Congresso Nacional, por três quintos dos votos dos respectivos parlamentares). Os demais tratados e convenções de direitos humanos de que o Brasil é signatário, segundo decisão do STF (RE 466.343-1/SP e HC 87.585/TO) possuirão hierarquia privilegiada, possuindo apenas *status* de norma constitucional (SALDANHA; MELLO, 2014, p. 374).

Não obstante, além do perceptível tratamento privilegiado às fontes do direito internacional no ambiente doméstico dos Estados, vislumbra-se que o recurso ao diálogo com outras cortes internacionais ou estrangeiras começa a ocupar lugar de destaque na mentalidade judiciária e ser um dos temas centrais na nova agenda do constitucionalismo (NEVES, 2009, p. 132).

O cruzamento de referências entre as diferentes ordens jurídicas, com juízes das mais diversas instâncias e origens, leva ao que se denomina de “diplomacia judicial”. Com isso, os juízes já não ficam somente adstritos à aplicação, nos casos

concretos da palavra do legislador pátrio, fato que abre lacunas para o uso não só de argumentos provenientes de textos normativos internacionais, como também de jurisprudência estrangeira (SALDANHA; MELLO, 2014, p. 376).

Como exemplo desse entrelaçamento entre Cortes, cita-se o caso *Lawrence vs. Texas*, julgado em 26 de março de 2003 pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos, que se diz a respeito de uma equipe policial de Houston que foi acionada para conter tiroteios em um bairro residencial. Os policiais, então, adentraram em uma residência particular e nela encontraram dois homens praticando relações sexuais. Em conseqüência, instauraram um processo sob a justificativa de que estavam infringindo uma lei texana que proibia relações sexuais entre indivíduos do mesmo sexo (ALLARD; GARAPON, 2006, p. 16). No entanto, o Supremo Tribunal norte-americano entendeu que os homossexuais devem ter seus direitos protegidos, incluindo-se nesta premissa o direito de se envolverem em conduta íntima e consensual, utilizando-se de precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Já na vigência SIDH é possível encontrar casos da “diplomacia judicial”. No México, por exemplo, a reforma constitucional de 2011 em matéria de direitos humanos vinculou todas as autoridades adotar o princípio *pro persona* como regra interpretativa de tratados internacionais e normas nacionais. Ou seja, deve-se legitimar a norma que for mais favorável à proteção da pessoa humana. Portanto, atualmente a Constituição mexicana contém a cláusula interpretativa mais aberta (URQUIAGA, 2013, s.p.). Assim, a Suprema Corte Mexicana já ressaltou que a jurisprudência do Sistema Interamericano é vinculante para os juízes mexicanos, sempre que tal precedente favoreça em maior medida a pessoa.

Cita-se também as Cortes Constitucionais da Bolívia, Perú e Argentina, que defenderam a aplicação não só das normas internacionais de Direitos Humanos, mas também das jurisprudências do Sistema Interamericano como fonte do ordenamento jurídico do Estado (PIOVESAN, 2012, p. 84). O Tribunal Constitucional Peruano afirmou que as decisões da Corte IDH são vinculantes para todo o poder público nacional, inclusive para os casos em que o Estado Peruano não seja parte³.

Nesse mesmo ínterim, a Corte Suprema colombiana asseverou que os direitos e deveres constitucionais devem ser interpretados em conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado, a jurisprudência da Corte e das instâncias internacionais encarregadas de interpretar tratados. Na Argentina, também se afirmou que a interpretação do Pacto San José da Costa Rica

³ Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. Sentença de exceções preliminares, fundo, reparações e custas. 24 nov. 2010.

deverá ser guiada pela jurisprudência da Corte IDH⁴.

Salienta-se que mesmo que os precedentes da Corte sejam contrários às posições da maioria absoluta do Estados, eles ainda devem prosperar, visto que para que os sistemas de proteção internacionais e regionais sejam realmente efetivos, não basta tão somente a criação de normas, é fundamental que haja aplicação destas pelos tribunais domésticos, a partir da interpretação não só dos tratados, mas também das decisões e pareceres das cortes apátridas. Somente assim que se dará a efetiva adesão de um Estado ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Fala-se, então que o que deve ocorrer, nesses casos, é aplicação contramajoritária da jurisprudência do SIDH.

Diz-se contramajoritária por motivos característicos do próprio sistema. Isso porque, como leciona Luiz Flávio Gomes e Flávia Piovesan (2000, p. 71-72), de acordo com o artigo 46.1 da Convenção Americana⁵, para a propositura de demandas perante a Comissão Interamericana é necessário, o esgotamento de todos os recursos internos do Estado demandado. Recursos internos devem ser entendidos, no âmbito do sistema jurídico internacional americano, como os recursos legais que sejam acessíveis para indivíduos ou grupos.

No entanto, o fato de ser exigido tal esgotamento já demonstra certa faceta de ideal contramajoritário que inculpe a Corte IDH e suas decisões visto que, na maioria dos casos, esta é acionada por grupos vulneráveis, que não logram êxito nas cortes domésticas. É este o posicionamento de André de Carvalho Ramos, em sua obra Teoria Geral dos Direitos Humanos (2012, p. 76), ao fazer alusão ao judiciário brasileiro:

A própria exigência de esgotamento dos recursos internos é fator que maximiza a faceta de proteção de minorias: em geral, a cúpula do Poder Judiciário de um país representa a maioria, como se vê, simbolicamente, no ritual de aprovação de *todos* os membros dos Tribunais Superiores no Brasil graças ao voto da *maioria absoluta* do Senado Federal e após indicação por parte do Presidente da República, este também eleito pela maioria absoluta de votos (em dois turnos, se necessário). No mais, os Poderes Legislativo e Executivo também são formados, nos Estados Democráticos como o Brasil, a sombra do princípio da prevalência da vontade da maioria.

⁴ Op. cit.

⁵ Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: a. que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos [...]

Dessa forma, é possível afirmar que, de maneira indireta, o Direito Internacional dos Direitos Humanos apresenta caráter essencialmente contramajoritário. Assim, as minorias – grupos à margem da sociedade, mesmo que numericamente superiores – é que demonstram maior necessidade de proteção do sistema internacional, pelo fato de que muitas vezes não alcançam sucesso nas arenas internas política e judicial. Ao passo que as majorias, em geral, são bem-sucedidas no processo político e auferem a proteção pretendida, motivo pelo qual não acionam a jurisdição internacional.

Ou seja, quem busca, na maior parte dos casos, a proteção pelo sistema interamericano, são os grupos vulneráveis, os quais não apresentam influência política e visibilidade na sociedade. Nesse sentido continua Ramos (2012, p. 76):

Porém, fica aqui evidente a polêmica envolvendo a faceta contramajoritária: eventualmente as decisões locais violadoras de direitos humanos foram aprovadas em plebiscitos, por majorias nos Parlamentos (eleitas democraticamente) ou ainda por majorias nas Supremas Cortes nacionais (que, por sua vez, alegam proteger também direitos humanos). Com isso, nasce um enorme desafio aos órgãos internacionais de direitos humanos: produzir uma interpretação *consistente e convincente* das normas de direitos humanos em uma realidade de intensa colisão de direitos e ponderação.

Vale ressaltar que o que se busca através do presente estudo, não é a análise do cumprimento (ou não) das decisões da Corte IDH, nem mesmo discutir sobre a hierarquia normativa dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, embora sejam temas de grande relevância; mas sim, afirmar imposição da jurisprudência internacional nas jurisdições nacionais, ou seja, um diálogo com força vinculante entre tribunal internacional e tribunal doméstico.

Essa abertura do direito interno ao internacional, no que tange ao sistema interamericano e os Estados dele participantes, se dá pelo que se chama de controle de convencionalidade. Ou seja, além do controle de constitucionalidade, os juízes nacionais também devem ficar adstritos ao de convencionalidade, o qual é realizado pela aplicação dos preceitos normativos existentes em tratados e convenções internacionais ratificadas pelo Estado no plano da jurisdição interna.

Dessa forma, a estrutura da tradicional e hermética da pirâmide de Kelsen, concentrada na Constituição como único elemento no topo do ordenamento jurídico passa a ser dar lugar a novas geometrias para a paisagem jurídica, na qual Constituição e tratados internacionais de Direitos Humanos ocupam os lugares de

destaque (SALDANHA; MELLO, 2014, p. 375).

Trata-se de uma espécie de *judicial review*⁶ das leis nacionais tendo como base as obrigações internacionais assumidas pelo Estado. Assim, pode-se dizer que tal controle é (GUERRA, 2013, p. 179):

Um novo dispositivo jurídico fiscalizador de leis infraconstitucionais que possibilita duplo controle de verticalidade, isto é, as normas internas de um país devem estar compatíveis tanto com a Constituição (controle de constitucionalidade) quanto com os tratados internacionais ratificados pelo país onde vigora tais normas.

A própria Corte IDH ordenou que os Estados signatários do Pacto Sem José e que reconhecem a jurisdição da Corte, devem realizar em âmbito interno o supramencionado controle de convencionalidade. Assim, afirmou que os tribunais nacionais devem contrapor sua normativa local com o Pacto São José da Costa Rica, sustentou que a interpretação de tal instrumento deve ser feita a partir dos dizeres da Corte IDH e de suas resoluções. Assim expôs:

A Corte é consciente de que os juízes e os tribunais nacionais estão sujeitos ao império das leis e, portanto, são obrigados a aplicar as disposições vigentes em seu ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado ratifica um tratado internacional, como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparelho do Estado, também estão submetidos a ele, o que os obriga a velar que as disposições da Convenção não sejam contrariadas pela aplicação das leis contrárias ao seu objeto e finalidade, e que carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as disposições jurídicas internas que se aplicam em casos específicos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Judiciário deve ter em conta não apenas o tratado, mas também a sua interpretação feita pela própria Corte Interamericana, intérprete final da Convenção Americana.⁷

6 Mecanismo que permite aos juízes a fiscalização da constitucionalidade das leis. caracteriza-se, assim, como um mecanismo de correção presente em determinado ordenamento jurídico, consistindo em um sistema de verificação da conformidade de um ato em relação à Constituição.

7 Tradução nossa: “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

Frise-se que este julgamento da Corte (Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile) é considerado o caso que inaugura a doutrina do controle de convencionalidade no Continente Americano (MAZZUOLI, 2011, p. 85.).

Sendo assim, os juízes e tribunais devem proceder ao exame de compatibilidade das leis com a Convenção Americana de Direitos Humanos, levando em conta não somente o referido tratado, como também a interpretação da própria Corte em relação a este.

A Corte ainda dispôs que o controle de convencionalidade deve ser realizado de ofício pela magistratura local⁸, bem como por qualquer juiz no exercício de sua função⁹, e que este controle abrange a atividade não só as autoridades judiciais, como também todas as outras públicas.

Este controle é realizado em dupla perspectiva: tendo a Corte IDH como ponto de partida de um lado e tendo as cortes dos Estados membros do sistema interamericano por outro lado. Na primeira, caberá à Corte IDH interpretar o Pacto de San José da Costa Rica e se a legislação doméstica dos Estados demandados encontra-se (in)compatível com a CADH e a jurisprudência precedente da Corte IDH. Na Segunda opção, caberá aos juízes e tribunais dos estados membros do SIDH averiguar se a legislação interna é compatível com os tratados de direitos humanos ratificados e em vigor. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte IDH, intérprete última da Convenção (MAZZUOLI, 2011, p. 84).

Os juízes da Corte IDH vêm ressaltando de maneira reiterada a importância do juiz nacional agir como um juiz interamericano; isto porque são estes juristas que estabelecem parâmetros de diálogos entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos. Além disso, a construção hermêutica de direitos humanos no âmbito nacional é uma forma relevante de dirimir violações de direitos humanos e, evitar que demandas deste tipo cheguem até tribunais internacionais.

Neste momento fica evidente que se caminha para um redimensionamento

no se vean mermaidas 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". (Corte IDH. Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile, sentença de exceções preliminares, fundo, reparações e custas, n. 154, Serie C, 26 set. 2006. Parágrafo 124.

⁸ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Sentença de exceções preliminares, fundo, reparações e custas. Sentença de 24 de novembro de 2006. Parágrafo 128.

⁹ Corte IDH. *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentença de exceções preliminares, fundo, reparações e custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Parágrafo 225.

das fontes do Direito Internacional dos Direitos Humanos, visto que a aplicação das decisões proferidas em cerne interamericano já não é mais realizada aplicada apenas pelo próprio tribunal regional, mas também pelas cortes domésticas (CASTAÑEDA, 2012, p. 41). É como assevera Néstor Ságués (2010, s.p., tradução nossa):

É profundamente importante advertir que a Corte Interamericana destaca que o material controlante não consiste exclusivamente nas normas do Pacto, mas também na interpretação dada a essas regras pela própria Corte Interamericana [...] apresentada seja por sentenças (parte resolutive e fundamentos) ou opiniões consultivas [...] a interpretação formulada pela Corte terá, na verdade, o mesmo valor que a letra do Pacto, inclusive será superior à redação deste, porque como intérprete final do mesmo, fixa o escopo de suas cláusulas escritas¹⁰.

Dessa forma, os países os quais assinaram o Pacto São José da Costa Rica e aceitaram a jurisdição da Corte IDH, devem se submeter a um corpo normativo vinculante formado não somente pelas cláusulas do tratado, mas também pelas decisões que os obrigam diretamente e consagram os direitos humanos imunes a sua soberania (AMBOS, 2012, p. 121). Direitos estes que configuram um ordenamento público comum entre Estados-partes, o que também é chamado de Constitucionalismo Regional pela doutrina. Porquanto, adota-se uma aplicabilidade direta do direito internacional dos direitos humanos no direito interno.

Isto constitui não só uma novidade para o direito internacional e os sistemas jurídicos interamericanos, mas também uma possibilidade de impacto direto sobre a redução da soberania do Estado. Isto é, em consequência, tudo isso importa, inexoravelmente, em uma sensível redução das faculdades dos juízes nacionais em matéria de controle de constitucionalidade e interpretação dos direitos personalíssimos.

Recordar-se, nesse ponto, que ao mesmo tempo que se reduz a soberania estatal, aplica-se um direito contramajoritário, como já explanado anteriormente, razão pela qual os Estados ainda se mostram resistentes a esta mudança. Esta concepção foi abarcada pela Corte no caso *Gelman vs. Uruguay*. Observa-se:

¹⁰ Tradução nossa: “es profundamente importante advertir que la Corte Interamericana destaca que el material controlante no consiste exclusivamente en las normas del Pacto, sino también en la interpretación dada a esas reglas por la Corte Interamericana [...] vertidas en sentencias (parte resolutive y fundamentos), o en opiniones consultivas [...] la interpretación formulada por la Corte Interamericana va a tener de hecho el mismo valor que la letra del Pacto, e incluso será superior a la redacción de este, porque como intérprete final del mismo fija la superficie y el alcance de sus cláusulas escritas”.

O controle de convencionalidade comporta a opinião de que as decisões da Comissão têm aplicação direta aos países sob sua jurisdição e também as considera como parâmetro daquilo que não é “susceptível de ser decidido” por conta das maiorias.¹¹

Não obstante, justifica-se a vinculação jurídica direta das decisões interamericanas aos países que reconheceram sua jurisdição por três razões: a) pelo princípio da boa-fé que deve reger o cumprimento das obrigações internacionais, princípio este que implica reconhecer a autoridade das decisões dos órgãos de vigilância dispostos nos mesmos instrumentos ratificados pelos Estados; b) pelo princípio denominado *estoppel*¹², a partir do momento que o Estado Parte afirma “que reconhece como obrigatória, *ipso facto* a jurisdição da Corte em todas as questões relativas à interpretação ou aplicação da presente Convenção” (artigo 62, parágrafo 1º da CADH) e; c) pelo dever de as autoridades nacionais impedir que o Estado incorra em responsabilidade internacional por violação das suas obrigações internacionais, o que significa dizer que o Controle de Convencionalidade que atualmente exige a Corte IDH é a consequência de um sistema de proteção dos direitos humanos (BASCUNAN, 2015, s.p.).

De tal forma, verifica-se que a SIDH tem enfraquecido os requícios dos sistemas ditatoriais na América Latina e, promovido a democracia de direitos humanos nos Estados Americanos. Visto que, na medida que se compensa déficits internos dos Estados, as decisões da Corte IDH estabelecem padrões nacionais e internacionais de proteção aos direitos humanos.¹³

Em virtude disto, formou-se uma espécie de *corpus iuris interamericano* para os tribunais nacionais. Logo, surge o papel contramajoritário do Judiciário para garantir o reconhecimento e tutela desses direitos dentro do país. Embora todas autoridades devem legitimar normas internacionais já inseridas no Estado,

¹¹ Tradução nossa: El control de convencionalidad comporta sostener que las decisiones de la CIDH tienen aplicación directa en los países sometidos a su jurisdicción y las sitúa además como parámetro de aquello que no es “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías (Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo e Reparaciones. Sentença de 24 de fevereiro de 2011, Serie C No. 221, Parágrafo 239).

¹² O *estoppel* é um princípio geral de direito que prevê a impossibilidade de que uma pessoa tome atitude contrária a comportamento assumido anteriormente. O princípio do *estoppel* dá fundamento à obrigatoriedade dos atos unilaterais. Com efeito, se um Estado assume unilateralmente um compromisso, este se torna obrigatório e deve ser cumprido de boa fé.

¹³ A jurisprudência da Corte tem estabelecido novos tipos penais a serem adotados pelos Estados, como ‘desaparecimento forçado’ (já indicado na Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado Pessoas de 1944) e novos métodos processuais; como a ‘audiência de custódia’ para evitar tortura de presos.

em última instância, o juiz é quem detém o poder de decisão em mãos.¹⁴ Por isso, o juiz nacional torna-se o principal ator de interpretação e aplicação de uma fonte internacional de direitos humanos.

Com isso, evidencia-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, por sua própria natureza, tem a necessidade de uma adequada recepção nacional por parte dos órgãos dos Estados que desempenham funções legislativas, executivas e judiciárias, o que reflete a emergência da construção de novos paradigmas no direito contemporâneo.

2 A UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES DA CORTE INTERAMERICANA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Apesar da notória importância da inclusão de textos de Direito Internacional nas razões de decidir das sentenças nacionais, o Brasil, até hoje, pouco realiza o supramencionado controle de convencionalidade. Assim, embora a Carta Magna apresente avanços significativos na proteção dos direitos fundamentais, inclusive com a inspiração de textos internacionais protetivos dos direitos humanos, a postura da Corte suprema brasileira ainda é privatista, provinciana e de herança jurisprudencial dos tempos ditatoriais (SALDANHA; MELLO, 2014, p. 385).

O Recurso Extraordinário 466.343 estabeleceu regime privilegiado aos tratados internacionais de direitos humanos em âmbito doméstico (infraconstitucional, porém supralegal), e a possibilidade de realização do controle de convencionalidade. Já os HC 95.967, HC 94.702; HC 88.240, determinaram a proibição da prisão civil do depositário infiel (Súmula Vinculante nº25), em razão da supralegalidade daqueles tratados. Contudo, a postura geral do STF demonstra baixa repercussão de referências à jurisprudência da Corte IDH. Afinal, já que nem todos os tratados internacionais sobre direitos humanos têm caráter de emenda constitucional, pouco se costuma realizar interpretações internas conforme os tratados e convenções internacionais e pouco se conhece sobre estes. Nesse ínterim, destaca-se a observação de George Marmelstein (2008, p. 205-206):

¹⁴ Por este motivo, a CIDH tem incentivado a educação dos direitos humanos no âmbito jurídico. Em acordo inédito, o Ministro Ricardo Lewandowski firmou cooperação com a Comissão IDH para promover a capacitação de juizes e funcionários de tribunais brasileiros com educação em direitos humanos com base nos padrões do SIDH. In: ZAMPIER, Deborah, “CNJ e CIDH firmam acordo inédito de cooperação em direitos humanos”, Conselho Nacional de Justiça, 20 de Outubro de 2015. Disponível em: <http://cnj.jus.br/noticias/cnj/80723-cnj-e-cidh-firmam-acordo-inedito-de-cooperacao-em-direitos-humanos> Acesso em: 21/10/2015

Na verdade, se é certo que os tratados de direitos humanos são pouco manejados na prática, isso se deve principalmente ao fato de os operadores do direito não conhecerem seu conteúdo. No ensino acadêmico, os tratados internacionais de direitos humanos são relegados a um segundo plano. São poucos os advogados e juízes que invocam os tratados internacionais para fundamentar determinado ponto de vista, a não ser o tão citado caso da prisão civil do depositário infiel, onde o Pacto de San José da Costa Rica é sempre mencionado, por prestigiar a liberdade de modo mais abrangente do que a constituição. Certamente, se os juristas passassem a conhecer mais o conteúdo dos tratados, em vez de ficarem discutindo apenas a sua força normativa, ou então conhecessem mais a fundo a jurisprudência da Corte Internacional, certamente os direitos humanos poderiam se transformar em uma ferramenta argumentativa importante.

O STF nada mais é do que o reflexo dessa cultura afastada das novas gramáticas trazidas pela mundialização do direito, de maneira a permanecer isolado na ordem jurídica local. Prova disso é que se encontram presentes apenas 35 acórdãos e 136 decisões monocráticas que incluem o termo Corte Interamericana no sítio eletrônico do STF¹⁵. Percebe-se assim, a menção à Corte IDH ser ínfima e de breves citações ou meras exemplificações para uma decisão que já foi tomada com base unicamente em parâmetros internos. Ou seja, primeiro a corte doméstica decide, para depois procurar embasamento internacional para citar.

Como exemplo de decisões que utilizaram precedentes interamericanos, destacam-se a ADPF 132 e ADI 4277, ambas de 2011 a respeito da união homoafetiva e seu reconhecimento jurídico, onde há menção ao reconhecimento da Corte IDH para legitimar a decisão final da Suprema Corte brasileira que reconheceu juridicamente as uniões entre casais do mesmo sexo.

Ressalta-se também o acórdão RE 511961/SP de 2009, pelo qual o Supremo reconheceu a não exigibilidade de diploma universitário do curso de Jornalismo em razão da Opinião Consultiva 05/1985, formulada pela Costa Rica, a qual a determinou-se que a obrigatoriedade do diploma universitário para o exercício da profissão de jornalista viola o art. 13 do Pacto de San José da Costa Rica, da liberdade de expressão em sentido amplo.

Insta salientar que os precedentes da Corte IDH criam, sobretudo, ônus argumentativos para o Supremo Tribunal Federal não só pelos precedentes que

¹⁵ Pesquisa em 16 nov. 2015.

envolvem o Estado brasileiro. Assim, uma “decisão incorreta não é aquela que se desvia das decisões de tribunais supranacionais, mas aquelas que, quando o fazem, não enfrentam o ônus argumentativo que sua superação impõe” (SILVA, 2010, p. 109).

Fala-se em ônus argumentativo pelo fato dos tribunais nacionais terem a liberdade de expor razões para afastar os precedentes mencionados. Afinal, deve-se reconhecer peculiaridades históricas, sociais e culturais de cada um dos Estados que fazem parte do SIDH. Contudo, nem mesmo para afastar os dizeres da Corte IDH, como se viu, ele vem sendo utilizado, mas sim, ignorado.

Dessa forma, a reduzida utilização de jurisprudência interamericana pela Suprema Corte brasileira, demonstra que o diálogo vertical entre jurisdições não é fomentado pelos ministros, fiéis quase que unicamente às jurisprudências nacionais, e herdeiros de uma tradição construída à sombra de um regime autoritário e repressor.

Um exemplo disso é a famigerada questão da lei de anistia brasileira e a ADPF 153, que discorre sobre a vigência e validade no ordenamento jurídico interno da Lei de Anistia brasileira. Neste julgado há clara afronta à ideologia da Corte IDH bem como às decisões dos países latino-americanos vizinhos.

Em 24 de novembro de 2010, no caso *Gomes Lund e outros versus Brasil*, a Corte IDH entendeu que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 153, em 29 de abril de 2010 -- que manteve a interpretação de que a lei de anistia de 1979 teria assegurado anistia ampla, geral e irrestrita, alcançando tanto as vítimas como os algozes -- afeta o dever internacional do Estado de investigar e punir graves violações a direitos humanos, afrontando, ainda, o dever de harmonizar a ordem interna à luz dos parâmetros da Convenção Americana. Dessa forma, o STF deixou de realizar o devido controle de convencionalidade.

Percebe-se, assim, que se mostra extremamente necessário nos dias de hoje realizar uma capacitação dos magistrados sobre a aplicação dos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos e principalmente sobre o diálogo entre cortes, seja ele vertical ou horizontal, a fim de que se alcance um enriquecimento mútuo e intercâmbio de experiências, argumentos, conceitos de outras jurisdições, sobretudo no que tange à Corte IDH e os países latino-americanos. Afinal, “apegar-se a um olhar nacional do direito – que pode esconder um olhar nacionalista – é algo sem sentido” (BURGORGUE-LARSEN, 2008, p. 262), visto que não é mais possível a evolução do direito doméstico, sem se atentar ao internacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O futuro do sistema internacional de proteção aos direitos do homem está condicionado aos mecanismos nacionais de implementação das decisões internacionais em âmbito interno, mesmo contra a vontade das majorias e paixões de momento. Nada adianta a criação de diversos tratados se estes não são atribuídos de maneira prática nos tribunais domésticos através do diálogo entre cortes e o consequente controle de convencionalidade.

Nesse viés, não só a legislação deve ser elemento de interpretação dos juízes, mas também os precedentes e decisões de outras cortes nacionais e internacionais em casos semelhantes. Contudo, através da análise de algumas decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal nota-se uma postura silente da cultura jurídica brasileira pela omissão e negação tácita do Direito Internacional.

É necessário que se abandone os resquícios dos sistemas ditatoriais na América Latina para que haja a efetivação no direito internacional dos direitos humanos em cerne doméstico e aprimoramento mútuo dos sistemas regionais e globais. Para isso, faz-se fundamental a imposição de mecanismos de implementação das decisões internacionais, seja assegurando-lhes eficácia direta e imediata no plano interno, seja reforçando a capacidade fiscalizadora e sancionatória dos sistemas regionais (PIOVESAN, 2012, p. 27).

Diante do cenário contemporâneo de possibilidade de empréstimos constitucionais e intercâmbio de experiências, argumentos, conceitos e princípios vocacionados à proteção dos direitos humanos, torna-se responsabilidade do Estado promover sua abertura jurisdicional aos parâmetros protetivos mínimos fixados pela ordem global e regional mediante a incorporação de princípios, jurisprudência e standards protetivos internacionais, como fator a avançar na imposição do controle da convencionalidade e do diálogo entre jurisdições.

Assim, através desses pressupostos, permiti-se-rá um amadurecimento jurídico-cultural doméstico em relação aos direitos humanos e sua *práxis*, de maneira a refletir o efetivo entrelaçamento entre a ordem internacional e a ordem estatal brasileira.

REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. *Protección de Derechos Humanos e Internacionalización del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ed. Eudeba, 2012.

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os Juízes na mundialização: A nova revolução do Direito*. Tradução Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *De l'internationalization du dialogue de juges*, 2008. Disponível em: < https://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IREDIES/Contributions_en_ligne/L_BURGORGUE-LARSEN/LBL-Bresil-1145-5543-1-PB.pdf> Acesso em: 17 nov. 2015.

CASTAÑEDA, Mireya. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su recepción nacional*. Cidade do Mexico, 2012. Disponível em: < http://200.33.14.34:1033/archivos/pdfs/Nov_5.pdf> Acesso em: 20 out. 2015.

Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. Sentença de exceções preliminares, fundo, reparações e custas de 24 de novembro de 2010.

_____. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. Sentença de exceções preliminares, fundo, reparações e custas de 26 de setembro de 2006, n. 154, Serie C.

_____. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Sentença de exceções preliminares, fundo, reparações e custas de 24 de novembro de 2006.

_____. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Sentença de Fundo e Reparções de 24 de fevereiro de 2011, Serie C No. 221.

FUENZALIDA, Sergio Bascunan. *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho: Una revisión de la doctrina del examen de convencionalidad*. Rev. derecho (Valdivia), vol.28, n.1. p. 171-192, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502015000100008&lng=es&nrm=iso> Acesso em: 19 out. 2015.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade*. São Paulo: Atlas. 2013.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* n. 19. RBDC, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem Internacional*. São Paulo: Ed. Renovar, 2012.

SAGÜÉS, Néstor. *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*. Santiago: Centro de Estudios Constitucionales de Chile/Universidad de Talca, 2010.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Lucas Pacheco. Nuevas geometrias y nuevos sentidos: internacionalización del derecho e internacionalización del diálogo de los sistemas de justicia. *Anuário Mexicano de Direito Internacional: UNAM*, Volume XIV, 2014.

_____; MELLO, Rafaela da Cruz. Internacionalização dos Direitos Humanos e Diálogos Transjurisdicionais: uma análise da postura do Supremo Tribunal Federal Brasileiro. In: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. (Org.). *Direito Internacional dos Direitos Humanos I*. XIed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. I, p. 368-394.

SILVA, Virgílio Afonso da. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. In: NEVES, MARCELO (Coord.). *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. Neves, Marcelo (Coordenação). São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudência Consolidada. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp> > Acesso em: 16 nov. 2015.

_____. Acórdão RE 511961/SP de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28corte+interamericana+jornalista%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/o9vm67m>> Acesso em: 16 nov. 2015.

URQUIAGA, Ximena Medellín. *Principio pro persona. Metodología para la Enseñanza de la Reforma Constitucional em Materia de Derechos Humanos*. Cidade do México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013.

ZAMPIER, Deborah. “CNJ e CIDH firmam acordo inédito de cooperação em direitos humanos”. Conselho Nacional de Justiça. 20 de Outubro de 2015. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/80723-cnj-e-cidh-firmam-acordo-inedito-de-cooperacao-em-direitos-humanos>> Acesso em: 21 out. 2015.