

DIÁLOGOS INTERJURISDICIONAIS E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

DIALOGUE INTERJURISDICTIONAL AND CONVENTIONALITY CONTROL

Thiago Aleluia F. de Oliveira¹

RESUMO

Neste artigo, toma-se como objeto de reflexão o Controle de Convencionalidade na Efetividade dos Direitos Humanos. Com essa diretriz, perseguem-se os seguintes objetivos: Investigar a evolução do reconhecimento dos direitos humanos como princípio de valor universal. Analisar, na perspectiva doutrinária brasileira e estrangeira o controle jurisdicional de convencionalidade como instrumento de proteção dos direitos humanos, com ênfase nos diálogos entre as jurisdições ordinárias e constitucionais domésticas dos estados integrantes da Convenção Americana de Direitos Humanos com mencionada Corte. Avaliar o grau de incorporação da doutrina referente ao controle de convencionalidade e o impacto dos parâmetros protetivos internacionais de direitos humanos na jurisprudência de países como Argentina e Brasil, no período compreendido entre 2005 e 2011. Do ponto de vista metodológico, trata-se de pesquisa descritiva, quantitativa e qualitativa, cujas fontes principais são constituídas por legislação nacional e estrangeira (países supramencionados), da doutrina pátria e alienígena sobre os temas dominantes na investigação das possibilidades do Controle de Convencionalidade na efetividade dos Direitos Humanos, bem como análise de julgados dos tribunais, no que concerne ao objeto da pesquisa, no período explicitado. Ao final, expõem-se conclusões que se orientam para contribuir com avanços no conhecimento jurídico e na prática da prestação jurisdicional na seara dos Direitos Humanos.

Palavras-chave: Direitos Humanos; controle de convencionalidade; diálogos entre jurisdições.

ABSTRACT

In this Dissertation, we take as reflection object the control of Conventionality in the Effectiveness of human rights. With this guideline, we pursue the following objectives: Investigate the evolving recognition of human rights as a principle of universal value. Analyze, in Brazilian and foreign legal perspective the jurisdictional control of conventionality as an instrument of human rights protection, with emphasis on dialogues between ordinary and domestic constitutional jurisdictions of States members of the American Convention on human rights with mentioned Court. Evaluate the incorporation of the doctrine concerning the control

¹ Especialista em Direito Internacional e Mestrando em Direito Público na Universidade Estácio de Sá. Membro da Law and Society Association (LSA, USA). Professor visitante da Escola Superior da Magistratura do Piauí-ESMEPI. Co-autor do Novo Código de Processo Civil Comparado e Anotado, pela Editora GZ. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Email: othiagoleluia@gmail.com.

of conventionality and its impact of international human rights in the jurisprudence of countries such as Argentina and Brazil, in the period between 2005-2011. From the methodological point of view, this is descriptive research, whose sources consist of national and foreign legislation, the doctrine about the possibilities of the control of Conventionality in the effectiveness of the Human Rights. In the end, we present some conclusions to contribute to advances in knowledge and practice of legal jurisdictional provision in the field of human rights.

Key words: Control of Conventionality; Effectiveness of Human Rights; comparative perspective.

1. INTRODUÇÃO

Como reflexo de atrocidades cometidas em conflitos bélicos do Século passado, mormente durante a II Guerra mundial, os direitos humanos foram formalmente reconhecidos para todas as pessoas, independentemente de qualquer critério.

Como consequência dessa importante iniciativa, como se demonstrará ao longo da presente pesquisa, decorreram outros instrumentos legais, com destaque a tratados celebrados entre países, os quais se comprometeram a dar efetividade aos direitos, sempre na senda da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, por longo tempo, a hermenêutica jurídica evidenciou perplexidades, de tal forma que parecia haver certa contraposição entre soberania nacional e a consagração e implementação dos direitos humanos como valor universal.

Por outro lado, em países como os da América do Sul, em que se convive com crônicas e inaceitáveis disparidades sociais, subsistem graves afrontas à garantia dos direitos humanos. Ademais, nesse contexto, marcado por ditaduras, a violência e perseguição de determinados grupos por razão ideológica, configuraram absoluto desrespeito aos direitos humanos.

No cenário mencionado, a consolidação democrática favoreceu, ao mesmo formalmente, a ratificação de tratados internacionais de direitos humanos, no mesmo momento em que a Constituição e legislações incorporam o debate internacional. Contudo, perduram no Brasil constantes violações.

Como mecanismo de enfrentamento dessa problemática, merece realce o Controle de Convencionalidade, eis que promove uma conformação da produção normativa interna com a ordem humanitária internacional.

Do ponto de vista metodológico, os objetivos acima expostos exigiram o desenvolvimento de pesquisa descritiva, de caráter doutrinário e jurisprudencial.

Na construção do marco teórico, destacou-se a produção de pensadores brasileiros e estrangeiros, precipuamente quando à definição dos Direitos Humanos como valor universal e às perspectivas do Controle de Convencionalidade na efetividade desse elenco de direitos.

2. CONCEITO

A internacionalização dos direitos humanos deu origem a um sistema de proteção universal, com fundamento na primazia do valor da dignidade humana, paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea². Nesse movimento, formaram-se os sistemas regionais de proteção (europeu, interamericano e africano) e múltiplos instrumentos normativos.

Corroborando a tese de que a proteção dos direitos humanos transcende o domínio estatal, estruturaram-se distintos organismos jurisdicionais supranacionais, com destaque aos tribunais regionais de proteção dos direitos humanos, como a Corte Interamericana.

Esse fenômeno, desde muito tempo, é analisado por Cappelletti³, que faz referência à dimensão transnacional da jurisdição constitucional, que se contrapõe à tradicional concepção exclusiva de soberania dos Estados nacionais, ao analisar, sobretudo, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, que entabulou, de forma pioneira, a Comissão e Corte Europeia de Direitos Humanos, como órgãos jurisdicionais supranacionais.

A partir desse delineamento, a busca de efetividade desses direitos passou a compor a agenda dos Estados. Conforme o escólio doutrinário de Norberto Bobbio, “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”⁴.

É nesse contexto que emerge o controle judicial de convencionalidade, na esfera do sistema regional de proteção de direitos humanos americano, como instrumento eficaz para o

² PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 14ª ed., 2013, p. 185.

³ CAPPELLETTI, Mauro. **La Justicia Constitucional (Estudios de Derecho Comparado)**, México, UNAM, 1987, p. 239.

⁴ BOBBIO, Norberto, **Era dos Direitos**, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1988.p.25.

respeito, a salvaguarda e concretização dos direitos descritos no Pacto de San José da Costa Rica, fruto da construção pretoriana da Corte Interamericana.

Por meio desse controle, as normas locais devem guardar compatibilidade com as normas internacionais⁵, possibilitando a coesão da ordem pública internacional, sob o critério dos direitos humanos.

Não obstante o seu notável desenvolvimento no continente americano, foi na França, especificamente na década de 1970, que ocorreu a primeira utilização da expressão *controle de convencionalidade*⁶. Precisamente, na decisão 74-54 DC de 15 de janeiro de 1975⁷, em que se questionava se uma lei vigente, relativa à interrupção voluntária da gravidez (*Interruption Volontaire de Grossesse*) estaria em desconformidade com a garantia do “direito à vida”, tal como disposto no art. 2º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Na oportunidade, em típica utilização do princípio *Kompetenz, Kompetenz*, o Conselho Constitucional Frances decidiu não ser competente para analisar a convencionalidade preventiva das leis; ou seja, a compatibilidade das leis nacionais com os tratados internacionais (controle de convencionalidade), por ser matéria afeta aos juízos ordinários⁸.

⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Tratados internacionais: novos espaços de atuação do Ministério Público**. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, ano 2, n. 7, p. 86, abr./jun. 2003.

⁶ É importante ressaltar, segundo Sagues, que o controle de convencionalidade já tem sido realizado há certo tempo pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (hoje, Tribunal de Justiça da União Europeia), situado em Luxemburgo, como no caso *Van Gend en Loos*, em 1963, *Costa v. ENEL* (1964) e *y Simmenthal* (1968). Nessa última decisão, firmou-se o entendimento de que os juízes ordinários estariam obrigados a garantir a plena eficácia das leis comunitárias, negando a aplicação de normas que lhes sejam contrárias. SAGUES, Nestor Pedro. *El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales: concordancias e diferencias con el sistema europeo*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx>>. Acesso em 15 de junho de 2015.

⁷ Conseil Constitutionnel: Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975. *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*; Dubout, Edouard: "De la primauté 'imposée' à la primauté 'consentie' – Les incidences de l'inscription du principe de primauté dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe", Docteur en Droit public, CREDHORouen, p. 17. Disponível em: <<http://www.afdc.fr/congresmtp/textes3/DUBOUT.pdf>>. Acesso em 10 de junho de 2015.

⁸ Deflui-se desse julgado uma competência jurisdicional bipartida: a) a do Conselho Constitucional, como juiz do exame da constitucionalidade, para invalidar leis contrárias à Constituição; b) a dos juízes ordinários, como juízes de convencionalidade das leis, implicando um juízo indireto sobre a validade constitucional de leis opostas face a tratados (já que estes, segundo o art. 55 da própria Constituição Francesa, prevalecem sobre as leis). Assim, em matéria de direitos fundamentais, efetiva-se um duplo controle: através do controle de constitucionalidade se protege a supremacia dos direitos, enunciados na Constituição, contra eventuais afrontas por lei; mediante o controle de convencionalidade, tutela-se a supremacia de direitos, declarados na Convenção Europeia, frente a sua possível negação pelas normas legais. Cf. BRUCE, Eva. *Controle de Constitucionalidade e Controle De Conventionalite Réflexions autour de l'article 88-1 de la Constitution dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*. Disponível em: <<http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes5/BRUCE2.pdf>>. Acesso em 15 de junho de 2015. Ainda sobre esse tema, LAMOTHE registra que, poucos meses após aquele julgamento, em 24 de maio de 1975, a Corte de Cassação, a mais graduada jurisdição judicial na França, no caso *Société des Cafés Jacques Vabre*, aceitou a tese do controle de convencionalidade das normas, ao confirmar decisão da Corte

No cenário latino-americano, o controle de convencionalidade teve início a partir de 1994 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, através das opiniões consultivas⁹, em especial pela Opinião Consultiva OC-14/94 de 09 de dezembro de 1994, *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (art. 1º y 2º Convención Americana sobre Derechos Humanos)*¹⁰.

No entanto, o controle de convencionalidade na Corte Interamericana obteve impulso a partir dos casos contenciosos, especificamente, iniciando¹¹, no precedente *A Última Tentação de Cristo (Olmedo e outros) vs. Chile*¹², em decisão prolatada em 05 de fevereiro de 2001. Nesse julgamento, a Corte entendeu que a Constituição do Chile afrontava a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ao prever em seu texto constitucional censura televisiva e exigiu reforma da constituição, que foi feita pelo país.

Firmou-se ainda que quando o estado tenha ratificado um tratado internacional como a convenção americana, seus juízes como parte do aparato estatal, também estão a ela submetidos, que lhes obriga a velar por todos os efeitos das disposições da convenção. Nessa tarefa, o poder judiciário deve ter em conta não apenas o tratado, como também a interpretação feita pelo Tribunal Interamericano, o intérprete final da Convenção Americana.

de Apelação de Paris que negou a aplicação do art. 265 do Código Aduaneiro, por sua incompatibilidade com o Tratado de Roma. Com essa decisão, o controle de convencionalidade desenvolveu-se na França, tornando-se um relevante instrumento de controle das leis. LAMOTHE, Olivier Dutheillet de. *Contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité en France. Membre du Conseil constitutionnel Français*, p. 2. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/madrid_odutheillet_avril_2009.pdf>. Acesso em 05 de junho de 2015.

⁹ RAMÍREZ, Manuel Fernando Quinche. *El control de constitucionalidad y el control de convencionalidad*. Revista Centro de Estudios Políticos. Disponível em: http://www.justiciaunida.org/images/articulos/Control_de_Constitucionalidad_y_Control_de_Convencionalidad.pdf. Acesso em 15 de junho de 2015.

¹⁰ Nessa opinião consultiva concluiu-se que a promulgação de uma lei manifestamente contrária as obrigações assumidas por um Estado ao ratificar ou aderir a Convenção, trata-se de uma violação desta e que, na hipótese em que essa vulneração atinja direitos e liberdades protegidas de determinados indivíduos, gera a responsabilidade internacional para o Estado. CORTE I.D.H.: Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos) Opinión consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, párr. 50. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/173/51.pdf>> Acesso em 15 de junho de 2015. No particular, verifica-se o gérmen do legislador negativo responsável por fiscalizar a produção (e a omissão) de normas domésticas com o escopo de proteger um catálogo de normas superiores em hierarquia e substância.

¹¹ Para Antônio Augusto Cançado Trindade, no entanto, *Loayza Tamayo versus Peru* é o primeiro caso contencioso em que houve a aplicação do controle jurisdicional de convencionalidade no âmbito da Corte Interamericana. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. V. III. Porto Alegre: Safe, 2003. p. 69.

¹² CORTE IDH. Caso **La Última Tentación de Cristo** (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf> Acesso em 15 de junho de 2015.

3. CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF E DA CORTE SUPREMA DE JUSTIÇA DE LA NACIÓN ARGENTINA

O controle da convencionalidade e diálogo entre jurisdições constitui tema de especial relevância e complexidade para a cultura jurídica contemporânea, refletindo a emergência de um novo paradigma centrado no *Human rights approach*. Da análise da jurisprudência, observa-se a pouca disponibilidade do STF ao diálogo interamericano, destacando-se, até novembro de 2009, apenas e tão somente dois casos que implementa a jurisprudência da Corte Interamericana (relativo ao direito do estrangeiro detido de ser informado sobre a assistência consular como parte do devido processo legal criminal, com base na opinião consultiva n. 16 da Corte Interamericana; outro caso relativo ao fim da exigência de diploma para profissão de jornalista, com fundamento no direito à informação e na liberdade de expressão, à luz da opinião consultiva n. 5 de 1985) em contraste com um significativo universo de 42 decisões¹³ da Suprema Corte Argentina que conferem aplicação doméstica aos tratados de direitos humanos, em especial aos dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos, aplicando a jurisprudência da Corte Interamericana; como é o caso *Mazzeo* em 2009, em que a Suprema Corte Argentina deixou claro que, ao realizar o controle de convencionalidade, deve observar o sentido outorgado à Convenção pela Corte Interamericana.

4. CONCLUSÃO

A luta pela afirmação dos Direitos Humanos tal qual atualmente os conhecemos, levou séculos e ainda na contemporaneidade, após grandes feitos históricos, não os garantiu integralmente, basta um olhar atento ao que acontece diariamente em nosso Brasil.

Se de um lado a Corte Suprema Argentina reconhece que a jurisprudência da Corte Interamericana deve servir de guia para a interpretação dos preceitos convencionais, sendo uma imprescindível diretriz de interpretação dos deveres e das obrigações decorrentes da Convenção Americana

¹³ Ver casos *Giroldi H. s/recurso de casación*, CSJN, julgados: 318:514 (1995); *Acosta, Claudia Beatriz y otros/habeas corpus*, CSJN, julgados 321:3555 (1998); e *Simon, Julio Hector y otros s/privación ilegítima de libertad*, CSJN, julgados, S.17768, XXXVIII, (2005).

De outro lado, o STF utiliza os precedentes da Corte Interamericana apenas como mero reforço argumentativo, não se podendo falar em nenhuma diferença persuasiva se comparado a doutrina ou tratados existentes nos planos internacionais.

Logo, é indispensável uma mudança de paradigma em nossa Corte Nacional, passando a realizar o controle de convencionalidade, mediante os diálogos interjurisdicionais, a fim de possibilitar a efetivação dos direitos humanos em plenitude.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto, **Era dos Direitos**, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1988.p.25.

CAPPELLETTI, Mauro. **La Justicia Constitucional (Estudios de Derecho Comparado)**, México, UNAM, 1987, p. 239.

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

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14^a ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. **Tratados internacionais: novos espaços de atuação do Ministério Público**. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, ano 2, n. 7, p. 86, abr./jun. 2003.