

A Recepção dos Tratados de Direitos Humanos pelos Tribunais Nacionais: Sentenças Paradigmáticas de Colômbia, Argentina e Brasil

The Reception of Human Rights Treaties by Domestic Courts: Paradigmatic Judicial Decisions from Colombia, Argentina and Brazil

Antonio Moreira Maués*

Universidade Federal do Pará, Belém-Pará, Brasil

Breno Baía Magalhães**

Universidade da Amazônia, Belém-Pará, Brasil

1. Introdução

A expansão dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos possui, como uma de suas características principais, a criação de órgãos de caráter jurisdicional dotados de competência para processar e julgar as alegações de descumprimento de obrigações internacionais pelos Estados. No continente americano, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), é a responsável por decidir os casos contenciosos que envolvam possíveis violações da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH, art. 62. 3). No exercício dessa competência, a Corte IDH emitiu, até maio de 2016, 310 sentenças impondo aos Estados um conjunto muito variado de reparações¹.

* Universidade Federal do Pará. Belém, Pará, Brasil. E-mail: ammaues@uol.com.br.

** Universidade da Amazônia e Faculdades Integradas Brasil Amazônia. Belém, Pará, Brasil. E-mail: brenobaiamag@gmail.com.

1 A Corte IDH determina as seguintes medidas de reparação: restituição; reabilitação; satisfação; garantias de não repetição; obrigação de investigar, processar e punir; compensação por danos materiais e imateriais. (PASQUALUCCI, 2013, p. 196). Burgogue-Larsen e Úbeda de Torres (2011, p. 224) caracterizam a jurisprudência da Corte IDH acerca das reparações como inovadora e progressista, especialmente porque atende à necessidade de medidas condizentes com as violações estruturais dos direitos humanos ocorridas no continente americano.

A atividade jurisdicional da Corte IDH, além de solucionar demandas específicas, produz uma ampla jurisprudência sobre direitos humanos, a qual, no entendimento da Corte, deve ser utilizada como base para o exercício do “controle de convencionalidade” do direito interno pelas autoridades estatais e, especialmente, pelo poder judiciário dos Estados-Parte². Embora haja várias críticas a esse entendimento da Corte³, a exigência de que os juízes nacionais exerçam o controle de convencionalidade implica reconhecer que eles cumprem um papel relevante na garantia da eficácia da CADH.

Com efeito, uma demanda somente pode ser apresentada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), possibilitando seu conhecimento pela Corte IDH, após o esgotamento dos recursos jurisdicionais internos (CADH, art. 46.1.a), o que coloca os tribunais nacionais em uma posição primária de proteção dos direitos reconhecidos pela CADH⁴. De modo geral, mesmo quando existem tribunais internacionais responsáveis pela aplicação de um tratado, os remédios oferecidos pela jurisdição interna são fundamentais para concretizar os direitos nele previstos⁵.

2 O conceito de controle de convencionalidade foi desenvolvido pela Corte IDH a partir do caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* (2006, nº 154), ocasião em que a Corte afirmou que os juízes, enquanto órgãos do Estado, estão submetidos à CADH e, portanto, devem zelar para que o cumprimento de suas disposições não seja obstaculizado pela aplicação de leis contrárias aos seus objetivos. Além disso, ao realizar o juízo de compatibilidade entre as leis nacionais e a CADH, o Poder Judiciário deve levar em consideração a jurisprudência da Corte IDH, intérprete final da CADH. Pouco tempo depois de seu pronunciamento inicial sobre o tema, a Corte definiu que o controle de convencionalidade deve ser realizado *ex officio* por todos os órgãos do Poder Judiciário, desde que dentro de suas competências e normas processuais respectivas (Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, 2006, nº 158, § 128). Anos mais tarde, acrescentou que todos os órgãos estatais devem realizar esse controle, e não apenas o Poder Judiciário, à medida que seu exercício requer a adequação das interpretações judiciais, administrativas e das garantias judiciais aos princípios estabelecidos na jurisprudência da Corte IDH (Caso *Gelman Vs. Uruguay*, 2011, nº 211, § 193).

3 Alguns autores questionam a ausência de previsão do controle de convencionalidade na CADH (KASTILLA, 2011, p. 596), enquanto outros criticam que ele coloca a Corte IDH em uma posição hierarquicamente superior em relação aos tribunais nacionais (CONTESSÉ, 2012; BREGAGLIO, 2014). Para uma réplica a essas críticas, ver DULITZKY (2015).

4 Para Nollkaemper (2012, pp. 25-26), os tribunais nacionais exercem um papel central na ordem jurídica internacional mesmo na ausência de tribunais internacionais, uma vez que eles julgam demandas baseadas em normas internacionais. A subsidiariedade dos sistemas regionais de proteção de direitos humanos realça a importância das soluções nacionais a essas demandas, que podem ser viabilizadas pelas cortes internas, pois oportuniza ao país que resolva a possível violação de direitos humanos por seus próprios meios. Sobre subsidiariedade, cf. Carrozza (2003) e o caso *Tarazona Arrieta y Otros Vs. Perú*. Serie C No. 286, § 137 (2014).

5 Sloss (2009, pp. 1-48) distingue, no âmbito do direito internacional, três tipos de disposições normativas presentes nos tratados internacionais: “horizontais”, que regulamentam as relações entre Estados, portanto não submetidas aos tribunais nacionais, e disposições “verticais” e “transnacionais”, cuja eficácia depende

Outra importante área em que os tribunais nacionais atuam para garantir o cumprimento de obrigações internacionais diz respeito ao uso de sua jurisdição para adaptar o direito interno aos tratados, prevenindo a responsabilização do Estado por seu descumprimento. Essa atividade realça a importância do conhecimento da jurisprudência sobre direitos humanos pelos juízes nacionais, a fim de que eles possam desenvolver os parâmetros de proteção dos direitos em consonância com os tribunais internacionais⁶, o que amplia a comunicação entre os vários sistemas judiciais⁷.

O conjunto de elementos citados demonstra que a eficácia dos tratados de direitos humanos como a CADH encontra-se estreitamente associada às funções desempenhadas pelo poder judiciário nacional. Embora a internalização de um tratado internacional, nos países analisados, corresponda a competências exclusivas dos poderes executivo (assinatura e ratificação) e legislativo (aprovação), sua plena incorporação à ordem jurídica interna depende do modo como ele será interpretado e aplicado pelos tribunais.

Disso decorre a importância de estudar como os tribunais de máxima hierarquia em um dado ordenamento recebem os tratados de direitos humanos, tendo em vista que eles se encontram em posição privilegiada para influenciar o conjunto do poder judiciário. Neste trabalho, pretendemos analisar decisões paradigmáticas tomadas pela Corte Constitucional da Colômbia, pela Corte Suprema de Justiça da Nação (Argentina) e pelo Supremo Tribunal Federal que, no entender dos próprios tribunais,

da atuação dos tribunais nacionais, porquanto regulamentam relações jurídicas que envolvem particulares, como, por exemplo, os tratados internacionais de direitos humanos. Em pesquisa realizada em 11 países, o trabalho do autor concluiu que, em 8 deles, os tribunais nacionais oferecem remédios (em sentido amplo) aos particulares que têm violados seus direitos presentes em disposições verticais e transnacionais oriundos de tratados. No mesmo sentido, Alstine (2009, p. 555-557) observa que o estabelecimento de sistemas normativos internacionais autônomos (como os de direitos humanos e de integração econômica) cria fricções com o direito nacional e, enquanto os tribunais internacionais não dispuserem de poderes executivos para concretizar suas decisões, o cumprimento efetivo dos tratados permanecerá uma questão de direito interno.

6 KELLER; STONE SWEET, 2008, pp. 687-688.

7 O desenvolvimento da “comunicação transjudicial”, acentuado após o final da Guerra Fria, está associado ao fortalecimento da jurisdição internacional dos direitos humanos, juntamente com o processo de globalização e a expansão de regimes democráticos. Essa comunicação pode se desenvolver de diferentes formas, de acordo com o grau de engajamento recíproco dos tribunais envolvidos, podendo variar desde o diálogo direto, em que ocorre uma troca na qual as posições de um tribunal são respondidas por outro; monólogo, em que as ideias ou conclusões de um tribunal são utilizadas por outros tribunais; e diálogo intermediado, em que um tribunal difunde de maneira consciente as ideias de um tribunal para outros, fazendo com que eles reajam a elas (SLAUGHTER, 1994). Além disso, o uso da jurisprudência internacional pode servir para ampliar a independência do poder judiciário perante o governo, o que representa um incentivo para que os tribunais nacionais se envolvam nesse diálogo.

representaram uma nova maneira de compreender as relações entre direito interno e direito internacional, particularmente no campo dos direitos humanos. Essa análise partirá dos elementos que condicionam o exercício da jurisdição sobre tratados de direitos humanos pelos tribunais nacionais (independência judicial e incorporação dos tratados) e incidirá sobre os instrumentos hermenêuticos utilizados para promover sua recepção (efeito direto e interpretação conforme), buscando, especialmente, compreender de que maneira os tratados internacionais são compatibilizados com o princípio da supremacia constitucional.

Os três países escolhidos são os mais importantes em termos econômicos e populacionais na América do Sul, o que permite inferir que sua experiência é bastante relevante no âmbito do sistema interamericano.

2. Independência judicial e incorporação dos tratados de direitos humanos

A independência do poder judiciário é uma condição indispensável para que ele exerça as funções de fiscalização sobre os poderes executivo e legislativo que lhe são atribuídas no Estado de Direito. Muitos países, porém, reservam ao poder executivo a condução da política externa e até mesmo lhe atribuem competência para interpretar os tratados internacionais. Além disso, normas de direito interno podem impedir os tribunais de aplicar um tratado internacional já incorporado, por exemplo, garantindo imunidade a determinados atos do Estado; vinculando os tribunais à interpretação do tratado feita por outros poderes ou inabilitando os indivíduos a invocarem, judicialmente, regras de direito internacional⁸. No entanto, a independência judicial deve ser garantida nos casos em que o próprio Estado é parte, como ocorre nas violações de direitos humanos, a fim de que o judiciário possa decidir sobre a aplicação do direito internacional sem estar sujeito a pressões e manobras políticas do executivo e do legislativo⁹.

Por sua importância, o tema da independência judicial, abordado sob o ponto de vista do acesso à justiça e da garantia do devido processo legal,

8 NOLLKAEMPER, 2012, pp. 49-53.

9 Como, por exemplo, nas hipóteses em que o Executivo denuncia, unilateralmente, um tratado internacional que cria direitos fundamentais capazes de serem aplicados pelo judiciário. Cf. os debates na ADI 1625, na qual se questiona decreto presidencial que denunciou, unilateralmente, a Convenção 158 da OIT.

ocupou a jurisprudência da Corte IDH desde suas primeiras decisões. O referido princípio é protegido pelo direito internacional dos direitos humanos (PIDCP, art. 14 e CEDH, art. 6.1), onde encontra seu mais forte apoio e na CADH sua mais detalhada e abrangente prescrição normativa¹⁰.

De acordo com o art. 8.1 da CADH, todos têm direito a julgamentos proferidos por um tribunal competente, independente e imparcial e ao longo de seus julgamentos, a Corte IDH teve a oportunidade de caracterizar, especificamente, o significado de independência com relação à noção de devido processo legal¹¹. Em *Apitz Barbera y otros vs Ecuador*, a Corte estabeleceu que uma das principais funções da separação de poderes seria a de proteger os órgãos judiciais dos demais poderes estatais¹², a fim de evitar que o poder judiciário e seus integrantes fossem submetidos a pressões e restrições de sua atuação por instituições alheias à estrutura do próprio poder¹³, mesmo em períodos de emergência¹⁴.

A independência do Poder Judiciário, portanto, é um corolário do devido processo legal, porque tem o condão de protegê-lo de ingerências e pressões indevidas dos demais poderes estatais na concretização de obrigações oriundas de tratados internacionais de direitos humanos. As ingerências políticas podem ser de diversas ordens, incluindo as que atinjam a capacidade do judiciário de fiscalizar a compatibilidade dos atos políticos estatais com as normas da CADH (ex.: denúncia unilateral do tratado pelo executivo, protelação do legislativo em criar leis implementadoras da obrigação estatal, etc.). Por outro lado, os estados estão obrigados a garantir recursos internos para fazer cessar violações de direitos humanos previstos na convenção internacional e a efetividade dos recursos depende, também, da independência do órgão julgador¹⁵.

10 Art. 8.1 da CADH.

11 BURGORGUE-LARSEN; ÚBEDA DE TORRES, 2011, p. 653.

12 Caso *Apitz Barbera y otros* ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, Párrafo 55 e Caso del Tribunal Constitucional (*Camba Campos y otros*) Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268, Párrafo 188.

13 Corte IDH. Caso *Atala Riffo y Niñas* Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, Párrafo 186.

14 Cf. Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, §§ 30 e pp. 38-39.

15 Caso *Mejía Idrovo* Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228, § 94. Caso *Castañeda Gutman* Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, § 103.

Por fim, vale lembrar que pode haver uma interdependência entre o desenvolvimento da jurisdição internacional e a independência dos tribunais nacionais. Quando os tribunais internacionais podem supervisionar decisões dos tribunais nacionais isso os incentiva a atuar de maneira independente, a fim de sobreviver ao exame internacional¹⁶.

Ao lado da independência judicial, o cumprimento dos tratados internacionais pelos tribunais nacionais também depende de sua incorporação ao direito interno. Tornando-se válidas no ordenamento jurídico nacional, as normas internacionais passam a ser garantidas pelo poder judiciário (seja diretamente, seja por intermédio de uma lei transformadora), diante do qual o Estado pode ser demandado pelo descumprimento de suas obrigações internacionais.

Tradicionalmente¹⁷, o direito internacional não obriga os Estados a incorporarem os tratados internacionais, o que faz depender de decisões tomadas em cada ordenamento jurídico a possibilidade de sua aplicação direta pelo poder judiciário¹⁸. No entanto, no campo dos tratados de direitos humanos, as características de suas normas podem obrigar os Estados a tornarem seu direito interno compatível com elas, a fim de garantir determinados direitos¹⁹. A CADH, em seu art. 2º, estabelece que os Estados devem adotar as medidas legislativas ou de outro caráter necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades nela previstos, ainda que não exija, ao menos explicitamente, a necessidade de transformar a convenção em direito diretamente aplicável pelo judiciário²⁰.

A importância da incorporação dos tratados internacionais não significa, contudo, que o modo pelo qual essa incorporação é feita seja determi-

16 SLAUGHTER, 1994, p. 65.

17 *Exchange of Greek and Turkish Populations Case (1925) P.C.I.J., Ser. B, No. 10, pp. 19-21.*

18 Seguindo a prática do direito internacional, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), por exemplo, não exige que os Estados que ratificaram a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) incorporem-na ao direito interno (*As regards the specific matters pleaded, the Court has held on several occasions that there is no obligation to incorporate the Convention into domestic law.* 13585/88, [1991] 14 EHRR 153, [1991] ECHR 49, [1991] ECHR 1385 *Observer and Guardian v. UK*, § 76), desde que cumpram as obrigações presentes em seu art. 1º (As Altas Partes Contratantes reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I da presente Convenção). Ver HARRIS et al., 2009, p. 23. Apesar disso, quase todos os países signatários da CEDH promoveram sua incorporação (KELLER; STONE SWEET, 2008).

19 NOLLKAEMPER, 2012, pp. 72 e 83.

20 Em razão do teste da convencionalidade da produção normativa interna, Dulitzky (2015) e Toda Castan (2013), defendem que, implicitamente, existe essa obrigatoriedade na CADH.

nante para seu cumprimento efetivo. Os estudos comparados demonstram que o caráter monista (aplicação direta do tratado) ou dualista (transformação do tratado em lei ordinária nacional)²¹ dos ordenamentos jurídicos não é um fator relevante para explicar a forma de aplicação dos tratados de direitos humanos pelos tribunais nacionais²². Apesar disso, a incorporação do tratado sem demora, sem modificações e garantindo sua aplicação direta, como costuma ocorrer em países de tradição monista, contribui para que seu cumprimento seja mais efetivo.

Nos três países analisados, há necessidade de atos internos para dar vigência aos tratados, porém, nenhum deles adota “leis transformadoras” e nenhum deles se enquadra como um país dualista clássico.

O ciclo de incorporação dos tratados internacionais no Brasil se inicia após a assinatura de competência do Poder Executivo (art. 84, VIII, da CF/88), passa pela ratificação congressional (art. 49, I, da CF/88) e se encerra com a expedição, pelo Presidente da República, de Decreto Executivo, para fins de aplicação (promulgação, publicação e executoriedade) do tratado. Não por acaso, a ratificação dos mais importantes tratados internacionais de direitos humanos ocorreu após a redemocratização do país, simbolizada pela promulgação da Constituição de 1988²³.

21 Neste trabalho, nos referimos ao debate entre monistas e dualistas levando em conta o aspecto descritivo da dicotomia, ou seja, sobre as escolhas políticas que uma Constituição pode tomar acerca dos procedimentos de incorporação dos tratados internacionais no plano interno. Portanto, monismo, como a escolha de aplicação direta dos tratados e dualismo, como a escolha de transformar o tratado ratificado em lei interna para aplicabilidade interna. Não discutiremos, por essa razão, a dicotomia no âmbito teórico, ocupada em analisar a existência, ou não, de um ordenamento jurídico único na relação entre direito internacional e direito interno. Cf. MAGALHÃES, 2015.

22 Para Sloss, em países que adotam um “monismo híbrido” (apenas alguns tratados possuem aplicação direta na ordem interna, a depender da interpretação dos tribunais acerca da sua auto-executoriedade) não se verifica um papel mais ativo dos tribunais na concretização dos tratados, como no caso dos EUA, sendo possível que cortes de países “dualistas” sejam mais ativas, mesmo aplicando o tratado indiretamente, como demonstrado pelo exemplo australiano. Há mais resistência das cortes, em ambos os casos, em aplicar diretamente disposições normativas verticais (SLOSS, 2009, pp. 8-24). Na Índia e na África do Sul (dualistas) os tribunais fazem extenso uso do Direito Internacional dos Direitos Humanos como ferramenta para interpretar normas de direitos individuais de suas constituições. Nollkaemper (2012, pp. 74-77) aponta muitas variações nos países que admitem a “incorporação automática” dos tratados internacionais. Assim, tratados que não sejam “*self-executing*” podem não ser considerados parte do direito interno e as decisões das organizações e dos tribunais internacionais nem sempre serão consideradas vinculantes, mesmo que os tratados em que elas se baseiam estejam incorporados.

23 Tratados da ONU: 1) Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (Decreto Presidencial nº 65.810/69); 2) Pacto Internacional de Direitos civis e políticos (Decreto Presidencial nº 592/92); 3) Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto Presidencial nº 591/92); 4) Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (Decreto

De acordo com o art. 189.2 da Constituição colombiana, compete ao Presidente da República celebrar tratados e, ao Congresso, aprová-los ou não (art. 150, 14). A manifestação congressual é realizada por meio de lei aprobatoria²⁴. Uma das principais novidades da Constituição de 1991 foi a criação de um controle prévio de constitucionalidade dos tratados internacionais (art. 241, 10), que visa alcançar uma posição intermediária entre os extremos opostos da supremacia do direito internacional e do constitucional²⁵.

A Constituição argentina não detalha a forma de incorporação dos tratados internacionais, destinando seu procedimento aos arts. 31 e 27. No entanto, em função da influência da constituição norte-americana, considera-se que o tratado vige como direito interno²⁶, com aplicabilidade direta²⁷. Dessa forma, os tratados são assinados pelo Executivo, posteriormente são enviados para aprovação do legislativo, que edita uma lei e, por fim, o Presidente ratifica o tratado²⁸.

Presidencial nº 4.377/02); 5) Convenção contra a tortura e outros tratamentos cruéis (Decreto Presidencial nº 40/91); 6) Convenção dos direitos da Criança (Decreto Presidencial nº 99.710/90); 7) Convenção sobre direitos das pessoas com deficiência (Decreto 6.949/09 – de status constitucional); Tratados da OEA: 1) Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (Decreto Presidencial nº 98.386/89); 2) Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto Presidencial nº 3.321/99); 3) Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos referente à Abolição da Pena de Morte (Decreto Presidencial nº 2.754/98); 4) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Decreto Presidencial nº 1.973/96); 5) Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (Decreto Presidencial nº 3.956/01).

24 ARTEAGA, 2007, p. 27.

25 MONROY CABRA, 2002, p. 128. Principais tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico colombiano: Tratados da ONU: 1) Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (Ley 22/81); 2) Pacto Internacional de Direitos civis e políticos (Ley 74/68); 3) Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Ley 74/68); 4) Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (Ley 51/81); 5) Convenção contra a tortura e outros tratamentos cruéis (Ley 70/86); 6) Convenção dos direitos da Criança (Ley 12/91); 7) Convenção sobre direitos das pessoas com deficiência (Ley 1346 de 2009); 8) Convenção Internacional para a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Famílias (Ley 146 de 1994); 9) Convenção para a Proteção de Todas as Pessoas Contra Desaparecimentos Forçados (Ley 1418 de 2010). Tratados da OEA: 1) Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (Ley 409/98); 2) Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Ley 319/96); 3) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Ley 248/95); 4) Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (Ley 762/02) e 5) Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (Ley 707/01).

26 CONSTENLA, 2003, p. 113.

27 PAGLIARI, 2011, p. 19.

28 CARLOS COLAUTTI, 1998, pp. 183-185. Principais tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico argentino: 1) Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; 2) Declaração

Em contextos caracterizados pelo fim de regimes autoritários e o impacto de novas Constituições, o amplo rol de tratados de direitos humanos incorporados nos três países contribui para reforçar a independência judicial, uma vez que esses instrumentos devem ser aplicados pelo judiciário em casos nos quais o Estado é parte, possibilitando a fiscalização dos poderes políticos. Além disso, tratados como a CADH reconhecem o direito a garantias judiciais e à proteção judicial, os quais demandam o exercício independente da jurisdição.

3. Efeito direto e interpretação conforme os tratados de direitos humanos

A incorporação dos tratados de direitos humanos em um ordenamento jurídico que assegura a independência judicial oferece o ponto de partida para sua aplicação pelos tribunais nacionais. Porém, o uso desses tratados requer que os juízes desenvolvam técnicas para torná-los efetivos e proteger adequadamente os direitos nele reconhecidos, o que confere relevância à análise dos princípios e práticas interpretativas dos tribunais nacionais, para além dos procedimentos de incorporação previstos constitucionalmente²⁹.

Dentre as técnicas de que dispõem os tribunais nacionais para aplicar o direito internacional, destacam-se a atribuição de efeito direto às suas disposições normativas e a interpretação do direito interno conforme os tratados internacionais.

A incorporação de um tratado internacional não significa que as obrigações por ele impostas possam ser garantidas pelos tribunais nacionais, uma vez que é necessário que elas gerem efeitos no ordenamento jurídico interno. O efeito direto (*direct effect*) de um tratado significa que sua aplicação independe da interveniência subsequente do legislador, isto é, suas normas são auto-executáveis (*self-executing*)³⁰. Como consequência, o di-

Universal dos Direitos Humanos; 3) Convenção Americana sobre Direitos Humanos; 4) Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais; 5) Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e seu Protocolo Facultativo; 6) Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio; 7) Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; 8) Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; 9) Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes e 10) Convenção sobre os Direitos da Criança.

29 NOLLKAEMPER, 2012, p. 15 e KELLER; STONE SWEET, 2008.

30 Nollkaemper (2012, p. 120) observa que o efeito direto não deve ser confundido com supremacia do direito internacional sobre o direito interno, embora situações em que se afirme a supremacia do direito interno possam limitar as consequências práticas do efeito direto.

reito interno autoriza os tribunais internos a aplicar as normas do tratado internacional, diretamente, como uma regra decisória em um caso concreto trazido pelas partes como causa de pedir.

Em contraposição, o efeito indireto significa que a aplicação de um tratado internacional é obtida por meio do direito interno, isto é, os tribunais garantem o cumprimento das obrigações internacionais do Estado utilizando normas de seu próprio ordenamento que abrangem ou incorporam de maneira substancial essas obrigações. Tal ocorre, por exemplo, quando os juízes aplicam direitos previstos em suas Constituições que correspondem aos direitos previstos nos tratados, ou quando o tratado é “transformado” em lei nacional, o que pode ocorrer mesmo em países de tradição monista, com o objetivo de tornar as obrigações internacionais mais coerentes com o direito interno, completá-las ou garantir sua certeza³¹.

Como se nota, conferir efeito direto às disposições do tratado possui a vantagem de atribuir competência ao poder judiciário para aplicá-los mesmo quando os poderes legislativo e executivo permanecem inertes em relação a sua garantia, reforçando internamente o cumprimento das obrigações assumidas pelo Estado. Além disso, à medida que os tribunais nacionais exercem essa competência, eles passam a interpretar os tratados internacionais, o que contribui para aproximá-los dos critérios hermenêuticos oferecidos pelo direito internacional.

Não se trata de casualidade, portanto, que os tratados de direitos humanos em geral exijam sua proteção pelos tribunais nacionais, nem que, em várias Constituições, as normas de direitos humanos sejam consideradas diretamente aplicáveis³². O próprio reconhecimento pelo Estado do monitoramento internacional do cumprimento de suas obrigações internacionais contribui para que elas venham a ser garantidas pelo poder judiciário. O controle de convencionalidade evidencia o ponto, na medida em que a Corte IDH obriga juízes e órgãos vinculados à administração da justiça a exercerem, *ex officio*, a compatibilidade das normas nacionais com a CADH.

Paralelamente à atribuição de efeito direto aos tratados internacionais, sua aplicação pelos tribunais nacionais também se desenvolveu a partir da

31 NOLLKAEMPER, 2012, pp. 117-118.

32 Em geral, o direito internacional admite que os Estados decidam se atribuem ou não aos tribunais nacionais competência para reconhecer o efeito direto a uma obrigação internacional (NOLLKAEMPER, 2012, pp. 124-126), caso tal efeito não esteja previsto constitucionalmente.

técnica da “interpretação conforme”, por meio da qual busca-se interpretar o direito interno de maneira compatível com as obrigações internacionais, garantindo seu cumprimento pelo Estado. Assim, a interpretação conforme requer que os juízes evitem aplicar o direito interno de maneira que ele venha a colidir com o direito internacional, mas não limita a aplicação das normas nacionais caso elas estabeleçam patamares de proteção dos direitos humanos superiores àqueles presentes nos tratados internacionais³³.

O peso da interpretação conforme nem sempre é identificado facilmente. Muitas vezes, a referência dos tribunais nacionais ao direito internacional serve apenas para enfatizar a importância ou o caráter fundamental de uma norma interna, para ratificar a correção de um argumento fundado na análise do direito interno ou para manifestar a disposição do tribunal em participar de um diálogo com tribunais internacionais ou estrangeiros. Em outros casos, porém, a decisão judicial não pode ser explicada sem o papel exercido pelas normas internacionais no processo de fundamentação.

Como não é fácil distinguir essas várias categorias, Nollkaemper³⁴ propõe que a interpretação conforme ocorre quando o tribunal utiliza uma norma de direito internacional na aplicação do direito interno e sua decisão é consistente tanto com o direito interno quanto com o direito internacional, independentemente do peso exato que aquela norma possui na fundamentação da decisão.

A partir dessa definição, o autor identifica três situações em que a interpretação conforme pode ser aplicada: a) quando uma disposição de direito interno é ambígua, a fim de definir seu conteúdo; b) quando o direito interno prevê que o sentido de uma disposição no direito internacional deve prevalecer diante do seu sentido no direito interno; e c) no controle da discricionariedade executiva³⁵.

A prática da interpretação conforme está prevista expressamente no ordenamento de poucos países³⁶. Assim, outros fundamentos são utilizados

33 NOLLKAEMPER, 2012, p. 139. No mesmo sentido, defendendo a interpretação conforme como compatibilidade ou ausência de contradição e não como plena identidade ou conformidade *stricto sensu*, ver Saiz Arnaiz, 2013.

34 NOELKAEMPER, 2012, p. 142.

35 A ratificação de um tratado internacional condiciona a atuação do Poder Executivo, que deve cumprir com as expectativas legítimas do comprometimento nacional com obrigações internacionais.

36 Por exemplo, Constituição da Espanha, art. 10.2; Constituição da África do Sul, art. 233; Constituição da Colômbia, art. 93.

pelos tribunais nacionais para seu exercício: a) embora não haja uma obrigação internacional³⁷, a interpretação conforme, combinada com o princípio da interpretação efetiva dos tratados³⁸, se fundamenta em um princípio geral de interpretação pelo qual os tribunais nacionais devem interpretar o direito interno em conformidade com as obrigações internacionais do Estado; b) a interpretação conforme pode se basear no reconhecimento do status hierarquicamente superior do direito internacional e no dever do Estado em cumprir com suas obrigações internacionais. Assim, em caso de conflito entre parâmetros internacionais e nacionais, os últimos devem se tornar coerentes com os primeiros e não o contrário; e c) uma base mais limitada ao princípio é interpretar o direito de acordo com a intenção do legislador, presumindo que este não pretendeu violar as obrigações internacionais do Estado ao referendar um tratado³⁹.

Um ordenamento constitucional que garante a independência judicial, que prevê a aplicabilidade direta de um tratado internacional de direitos humanos e autoriza a interpretação conforme de sua produção normativa com as normas internacionais combina os elementos que favorecem a recepção do direito internacional, além de permitir que as cortes internas ajam de forma mais enérgica para evitar, reparar e solucionar violações de direitos humanos decorrentes da ação ou omissão dos demais poderes⁴⁰.

37 No caso do sistema interamericano, no entanto, podemos argumentar que existe a obrigação de interpretação conforme, pois, no exercício do controle de convencionalidade, as cortes internas deverão fiscalizar a compatibilidade do direito interno com a CADH, de acordo com a jurisprudência da Corte IDH. Ver. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. nº 154, § 124.

38 A Corte IDH postula que o princípio do efeito útil (*effet utile*) significa que o Estado tem a obrigação de adotar e consagrar em sua ordem jurídica interna as medidas necessárias para que as disposições da CADH sejam efetivamente respeitadas e implementadas. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Serie C No. 282, § 271 (2014).

39 Existem dois riscos que podem decorrer da última categorização de interpretação conforme. Primeiramente, o foco na natureza persuasiva da norma internacional realça sua substância, e não sua origem, abrindo margem para a utilização de normas internacionais não incorporadas e, portanto, não vinculantes sobre o Estado (tratados em fase de incorporação, instrumentos de *soft law* e decisões de tribunais internacionais de direitos humanos de sistemas de proteção de região diversa). Em segundo lugar, conferir uma maior latitude à interpretação conforme aos tribunais nacionais pode ter por consequência a seleção arbitrária das normas internacionais a serem compatibilizadas ou a interpretação do direito internacional de acordo, tão somente, com o direito nacional. Em função de tais riscos, alguns recursos interpretativos podem ser sugeridos: a) técnica a ser utilizada, somente, nos casos de ambiguidade constitucional; b) regras do direito interno poderiam limitar a interpretação conforme e c) a separação de poderes constitui um limite, quando o parlamento não incorporou as disposições no direito interno (NOELKAEMPER, 2012, pp. 147-164).

40 No entanto, estudos comparados demonstram que mesmo tratados que não possuem aprovação legislativa formal em países dualistas tradicionais exercem alguma força jurídica no ordenamento interno,

Assim, podemos observar que o impacto dos tratados internacionais sobre o direito interno não decorre unicamente de sua posição hierárquica, nem dos procedimentos adotados para sua incorporação, pois outros fatores sugerem uma confluência nos procedimentos interpretativos das cortes, tanto em países de tradição monista quanto em países de tradição dualista⁴¹.

Com base nessa premissa, analisaremos experiências latino-americanas sobre a forma de recepção e o impacto da CADH na Colômbia, Argentina e Brasil, a fim de identificarmos como essas técnicas são utilizadas.

4. Colômbia: bloco de constitucionalidade e tratados de direitos humanos.

Após uma década de grande violência, resultante das ações do Cartel de Medellín e dos enfrentamentos entre o Estado e movimentos guerrilheiros, e do fracasso da reforma constitucional proposta pelo Governo Virgilio Barco (1986-1990), a convocação de uma Assembleia Constituinte na Colômbia passou a ser defendida por diferentes setores políticos do país. Juntamente com as eleições presidenciais de maio de 1990, realizou-se uma consulta em que 88% dos votantes manifestaram-se a favor da Constituinte, cujos 70 membros foram eleitos em dezembro de 1990, com baixa participação eleitoral⁴².

Marcada por uma composição plural, a Constituinte trabalhou rapidamente e buscou orientar-se pelo consenso (94% dos artigos aprovados

especialmente por meio de princípios interpretativos. Apesar das diferenças formais entre países monistas e dualistas, a prática interpretativa dos tribunais de ambas as tradições é semelhante (Sloss, 2009; Alstine, 2009). Mesmo em países dualistas, os tribunais reconhecem a origem internacional das normas devidamente incorporadas oriundas dos tratados. Alguns princípios interpretativos comuns são utilizados tanto por monistas quanto dualistas para soluções de impasses normativos: a) uso das regras da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT) (especialmente as regras que determinam a interpretação do tratado de acordo com seu objetivo e propósito); b) os países costumam consultar as práticas interpretativas de outros estados-partes do tratado, ainda que a força persuasiva da consulta e sua frequência oscilem bastante; c) embora os países monistas e dualistas atribuam, exclusivamente, ao Executivo a competência para assumir compromissos internacionais, suas cortes resistem em deferir às interpretações do executivo acerca desses compromissos (Alstine, 2009, p. 588-593); e d) cortes de ambas as tradições estipulam algum princípio de interpretação conforme ao direito internacional. No entanto, podemos destacar algumas particularidades: no monismo, o desafio das cortes é aplicar os tratados sem que comprometam as relações internacionais do Estado; no dualismo, a busca por direitos individuais inicia-se na lei transformadora e não no tratado, porém, os tribunais buscam auxílios interpretativos no fundamento internacional da lei implementadora, especialmente se for ambígua. Apesar disso, tratados não incorporados exercem grande influência (presunção de conformidade), até mesmo para limitar a discricionariedade de órgãos administrativos.

41 Para um argumento semelhante, cf. MAUÉS 2013, p. 226.

42 HENAOHIDRÓN, 2013, pp. 115-119; LEMAITRERIPOLL, 2016, pp. 5-17. O Decreto nº 1926/90, que convocou a Assembleia, foi validado por decisão da Corte Suprema de Justiça.

receberam mais de 80% dos votos), promulgando a Constituição em 4 de julho de 1991. Dentre as várias inovações, destacam-se o reconhecimento de novos direitos e garantias, a criação da Corte Constitucional e da Defensoria do Povo, a eliminação do estado de sítio, a maior transparência dos processos eleitorais e a atribuição de mais autonomia aos departamentos e municípios. Paralelamente, também se adotaram medidas favoráveis à liberalização da economia, como a criação de um banco central independente do governo.

Embora a Constituição de 1991 tenha introduzido mudanças no Poder Judiciário, sua principal inovação no âmbito jurisdicional foi a criação da Corte Constitucional. A forma de composição dessa Corte, por sua vez, reforça a independência do Poder Judiciário, uma vez que seus membros são eleitos pelo Senado a partir de listas tríplices elaboradas pela Corte Suprema de Justiça, pelo Conselho de Estado e pelo Presidente da República. Cabe ressaltar que o controle de constitucionalidade também pode ser exercido por todos os juízes.

Ao contrário de sua antecessora (1886), a Constituição Colombiana de 1991 contém várias referências ao direito internacional e aos direitos humanos, o que contribuiu para que a Corte Constitucional Colombiana cumprisse um papel decisivo na incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, interpretando as disposições constitucionais para estabelecer três formas de integração das normas de direito internacional ao ordenamento jurídico colombiano e seus correspondentes níveis hierárquicos: constitucional, supralegal e legal.

O marco normativo capaz de explicar as diferentes posições hierárquicas dos tratados internacionais na Colômbia pode ser extraído de, pelo menos, cinco artigos: 9º (as relações exteriores serão regidas de acordo com a soberania e com os princípios de direito internacional reconhecidos pelo país), 93 (os tratados internacionais de direitos humanos prevalecem no direito interno e os direitos constitucionais serão interpretados conforme os tratados ratificados), 94 (os direitos previstos na constituição e nos tratados ratificados não excluem outros direitos que, decorrentes da dignidade da pessoa humana, não figuram neles expressamente), 214.2 (os direitos humanos não serão suspensos, e, em todo caso, serão respeitadas as regras do direito humanitário) e 53 (convênios sobre trabalho fazem parte da legislação interna)⁴³.

43 ARANGO OLAYA, 2004, p. 80.

A partir dessas disposições, a Corte Constitucional elaborou o conceito de bloco de constitucionalidade como um conceito chave para a incorporação dos tratados de direitos humanos. Desde suas primeiras sentenças e em clara diferenciação com a jurisprudência anterior⁴⁴, a Corte Constitucional mostrou-se disposta a utilizar tratados de direitos humanos para fundamentar suas decisões, mesmo quando as normas desses tratados não encontravam correspondentes no texto constitucional. Por exemplo, ao analisar a obediência devida dos militares (art. 91), a Corte Constitucional utilizou as Convenções de Genebra para estabelecer seus limites (T-409/92), e utilizou o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais para reconhecer o mínimo vital, ampliando o disposto no art. 13.3 da Constituição colombiana⁴⁵ (T-426/92).

A utilização desses tratados internacionais impulsiona a redefinição, por parte da Corte Constitucional, da relação entre os tratados de direitos humanos e a Constituição, inclusive no que se refere a sua relação hierárquica. Na sentença C-225/95, a expressão “bloco de constitucionalidade” aparece na jurisprudência da Corte e passa a orientar essa redefinição.

A sentença C-225/95 resultou de exercício do controle prévio de constitucionalidade dos tratados internacionais (art. 241.10), em que a Corte Constitucional apreciou a constitucionalidade do Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados sem caráter internacional (Protocolo II), firmado em Genebra em 8 de junho de 1977 e aprovado pela Lei nº 171, de 16 de dezembro de 1994. Após julgar constitucional a assinatura do tratado pelo Estado Colombiano e o trâmite da lei aprobatória, a Corte passa a analisar seu conteúdo, com base nos seguintes argumentos.

As normas de direito internacional humanitário são partes integrantes do *jus cogens*. Em seguida, a Corte constitucional cita decisão C-574/92, reforçando que há uma incorporação “automática” dessas normas ao ordenamento jurídico interno⁴⁶.

Após analisar a imperatividade do direito internacional humanitário, a Corte afirma que o “bloco de constitucionalidade” do direito colombiano está composto por aquelas normas e princípios que, sem aparecer

44 UPRIMNY, 2001, p. 13; PRADA, 2013.

45 *El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.*

46 C-225/95, § 07.

formalmente no texto constitucional, são utilizados como “parâmetros do controle de constitucionalidade das leis”, uma vez que foram integrados normativamente à Constituição, por diversas vias e por ordem da própria Constituição⁴⁷. Dessa forma, as disposições constitucionais sobre prevalência dos tratados de direitos humanos e de direito internacional humanitário impõem considerar que eles integram o “bloco de constitucionalidade”, o que permite harmonizar o princípio da supremacia constitucional com a prevalência dos tratados.

A imperatividade das normas humanitárias e sua integração no bloco de constitucionalidade implicam no dever de o Estado colombiano adaptar as normas de hierarquia inferior aos conteúdos daquelas normas⁴⁸. Essa harmonização é feita pela Corte ao analisar vários dispositivos do tratado que tiveram sua constitucionalidade questionada no curso do processo.

A partir dessa sentença, o conceito de bloco de constitucionalidade passou a ser utilizado pela Corte Constitucional, embora com algumas ambiguidades em sua definição. Posteriormente, a Corte buscará sistematizar quais são as normas que integram esse bloco, fazendo uma distinção entre bloco de constitucionalidade em sentido estrito, no qual se encontram os tratados que possuem hierarquia constitucional, como os tratados de direitos humanos que não podem ser suspensos em estados de exceção⁴⁹, e bloco de constitucionalidade em sentido lato, no qual se encontram normas que, embora não tenham nível constitucional, operam como parâmetro do controle de constitucionalidade das leis, onde se incluem os demais tratados de direitos humanos, mas não os tratados sobre outras matérias ratificados pelo país⁵⁰. Tal como se nota, em ambos os casos os tratados de direitos humanos podem ser utilizados para o controle de constitucionalidade e de convencionalidade das leis.

No que se refere ao nosso tema, a sentença mais importante nesse segundo momento é a C-400/98, em que a Corte exerceu o controle de constitucionalidade da Lei nº 406/97, que aprovou a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT). Nessa sentença, foram estabelecidos os seguintes parâmetros.

47 C-225/95, §12, 4.

48 C-225/95, §12, 6.

49 C-191-98 e C-582/99.

50 C-358/97 e C-774-01.

A Constituição prevalece sobre os tratados internacionais, com duas exceções: os tratados que reconhecem direitos humanos e proíbem sua limitação nos estados de exceção, os quais integram o bloco de constitucionalidade; e os tratados de limites (art. 102), que são normas que representam elementos constitutivos do território nacional e, portanto, do próprio Estado Colombiano⁵¹. E, por fim, apesar da supremacia constitucional sobre os demais tratados, o princípio do *pacta sunt servanda*, também acolhido pela Constituição, no caso de tratados inconstitucionais, impõe às autoridades políticas o dever de modificar o compromisso internacional a fim de ajustá-lo à Constituição ou reformar a Constituição para adequá-la às obrigações internacionais⁵².

Assim, após ter admitido que mesmo os tratados de direitos humanos que não possuem hierarquia constitucional podem servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis, a Corte Constitucional oferece uma solução para os eventuais conflitos entre normas constitucional e tratados supralegais.

Além disso, a Corte Constitucional Colombiana também utiliza a previsão do art. 93.2 para realizar a interpretação conforme os tratados internacionais dos direitos e deveres estabelecidos na Constituição, o que também implicou em uma abertura para a jurisprudência internacional⁵³. Um exemplo pode ser colhido na sentença T-1319/01, que envolveu o direito à liberdade de expressão e o direito à honra (“buen nombre”), na qual foram estabelecidos os seguintes pontos.

Diante da ausência de critérios previstos expressamente na Constituição para harmonizar a liberdade de expressão com outros direitos fundamentais, os tratados internacionais contêm as bases que podem legitimar restrições a esse direito. A Corte concluiu que o artigo 93.2 constitucionaliza todos os tratados de direitos humanos ratificados e os referidos a direitos presentes na declaração constitucional, e, em virtude da regra hermenêutica, o intérprete deve escolher a regulação mais favorável à vigência dos direitos humanos⁵⁴.

51 C-191-98.

52 C-400/98, §§ 31-33.

53 Uprimny (2001, p. 26) afirma que a interpretação conforme vem ganhando uma influência crescente na jurisprudência da Corte Constitucional, frente ao art. 93.1, a partir do qual se originou o conceito de bloco de constitucionalidade.

54 T-1319/01, § 12, 3.

Sem embargo do dever de harmonização interpretativa, a Corte Constitucional acrescenta que tal regra hermenêutica não se restringe à inclusão de normas internacionais positivas de textura aberta, característica compartilhada com os direitos constitucionais, sendo necessária a fusão de ambas as normas e, principalmente, acolher a interpretação que as autoridades competentes fazem desses padrões internacionais e integrar essa interpretação ao exercício hermenêutico da Corte Constitucional. Por essa razão, a Corte colombiana considera que a jurisprudência das instâncias internacionais de direitos humanos constitui uma pauta relevante para interpretar o alcance desses tratados e, por conseguinte, dos direitos constitucionais⁵⁵.

Concluiu a Corte que o bloco de constitucionalidade relativo à liberdade de expressão deve ser composto de normas internacionais, em particular a CADH e o PIDCP, juntamente com as interpretações de tais textos formuladas, respectivamente, pela CIDH, Corte IDH e pelo Comitê de Direitos Humanos⁵⁶.

Na sentença C-09/2000, a Corte Constitucional inseriu a Convenção nº 169 da OIT no bloco de constitucionalidade colombiano, porquanto prevê Direitos Humanos de comunidades indígenas, cuja limitação está impedida mesmo em casos de Estados de exceção⁵⁷. Anos depois, na sentença C-030/2008, a Corte colombiana declarou a inconstitucionalidade de lei ambiental, por afetar o aproveitamento florestal das comunidades indígenas sem que houvessem sido adequadamente consultadas, de acordo com a Convenção nº 169⁵⁸.

5. Argentina: constitucionalidade dos tratados de direitos humanos

Criada para pôr fim ao ciclo de guerras civis decorrentes da declaração de independência, a Constituição da Nação Argentina foi promulgada em 1853 e reformada sete vezes. Sua mais recente e importante alteração ocorreu no ano de 1994, impulsionada pelo Pacto de Olivos de 1993. Formulado pelo então Presidente Carlos Menem e o líder da oposição Raúl Alfonsín, o pacto fundava-se no consenso político, formado após a ditadura

55 T-1319/01, § 12, 3.

56 T-1319/01, § 13, 3.

57 FAJARDO ARTURO, 2007, p. 20.

58 COURTIS, 2009, p. 66.

argentina, sobre a fragilidade da Constituição para evitar governos autocráticos, bem como sobre a necessidade de atenuar-se o presidencialismo, de estipular maiores garantias aos Direitos Humanos e de penalizar tentativas de golpes de Estado.

Na ocasião da reforma de 94, a parte denominada orgânica⁵⁹ da Constituição foi alterada para, dentre outras mudanças estruturais, atribuir hierarquia constitucional a 10 instrumentos internacionais⁶⁰ de proteção dos direitos humanos⁶¹ e permitir que outros pudessem ser constitucionalizados por intermédio do Congresso Nacional⁶². Além da inclusão de novos direitos na Constituição, o art. 75, 22 trouxe consigo incentivos para que a Suprema Corte de Justiça da Nação Argentina (SCJN) pudesse reforçar e consolidar a interpretação feita anteriormente à reforma de 1994 acerca da relação entre o direito interno e os tratados internacionais de direitos humanos.

De acordo com o texto original da constituição de 1853/60, os arts. 31 e 27, a exemplo da Constituição dos EUA, estipulavam que os tratados deveriam ser considerados leis supremas da nação, mas ressalvava sua aplicação nas hipóteses em que violassem princípios de direito público estabelecidos na Constituição. Os referidos artigos serviram de base para que a SCJN interpretasse as relações entre direito interno e internacional com base em uma conjunção entre regras de preferência e conteúdo⁶³.

59 De acordo com Carlos Colautti (1998, p. 33-34), a Constituição argentina se compõe de duas partes: 1) *dogmática*: refere-se aos princípios doutrinários da Constituição (*Declaraciones, Derechos y Garantías*, arts. 1-43) e 2) *orgânica*: dispõe sobre a estruturação orgânica do Estado (*Autoridades de la Nación*, arts. 44-129).

60 Preferimos a expressão “instrumentos internacionais” a “tratados internacionais”, porque a Constituição argentina conferiu hierarquia constitucional a duas Declarações (Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Declaração Universal dos Direitos Humanos) e protocolos facultativos. Dalla Via (2010, p. 568), analisando os debates constituintes, afirma que os constituintes divergiram quanto à forma da cláusula de atribuição de hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Alguns sugeriram, como Bidart Campos, que a Constituição previsse uma cláusula aberta, alcançando todos os tratados de Direitos Humanos de forma genérica, mesmo porque o país já havia ratificado inúmeros tratados sobre a temática. Contudo, optou-se pelo formato de lista para que houvesse mais controle quanto aos tratados, evitando discussões a respeito de prescrições normativas de conteúdo de direitos humanos em tratados que não tivessem, diretamente, tal objeto. (DALLA VIA, 2010, p. 568)

61 Cf. nota 32.

62 Serão considerados de hierarquia constitucional os tratados que passarem por maioria especial de 2/3 dos membros totais de cada uma das câmaras legislativas. Atualmente, são considerados constitucionais por atribuição constitucional os seguintes tratados: 1) Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (hierarquizada em 1997); 2) Convenção sobre os crimes de guerra e crimes contra a humanidade (hierarquizada em 2003); e 3) Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (hierarquizada em 2014).

63 SAGUES, 2013, p. 342.

Com relação às primeiras, uma vez que os tratados eram internalizados mediante leis⁶⁴, eles foram equiparados às leis nacionais e os conflitos entre tratado e lei eram solucionados pelo critério da aplicação de lei mais recente e, quanto às segundas, os tratados deveriam respeitar princípios constitucionais.

A referida compreensão dualista da Constituição⁶⁵ foi exposta no caso *Martin y Cia* (1963)⁶⁶. A SCJN julgou improcedente a alegação de inconstitucionalidade do decreto impugnado, porquanto considerou que não havia base legal (fundamento normativo) para conceder prioridade aos tratados internacionais em relação às leis editadas pelo Congresso Nacional argentino. Por conseguinte, os conflitos entre normas de igual hierarquia deveriam solucionar-se pelo critério da aplicação da norma mais moderna⁶⁷. A Corte argentina sustentou a diferença entre os tratados como convênios entre nações soberanas e tratados enquanto normas internas, os primeiros seriam de assunto exclusivamente das relações internacionais da Nação, matéria alheia à jurisdição das cortes internas⁶⁸.

A doutrina *Martin* perdurou até 1992, quando a SCJN analisa as relações entre o direito interno e o direito internacional com o acréscimo de dois novos fatores: a ratificação da CVDT e a aplicação direta da CADH⁶⁹.

A superação do precedente da década de 60 ocorre no paradigmático caso *Ekmekdjian c/ Sofovich* (1992)⁷⁰, em que Miguel Ekmekdjian recorre à Suprema Corte em face da denegação de *Amparo* das instâncias inferiores para que obrigassem Gerardo Sofovich, apresentador televisivo, a ler carta do autor em resposta às supostas blasfêmias sobre Jesus Cristo e a Virgem Maria proferidas por Dalmiro Saenz no programa de Sofovich. O autor baseava sua queixa no Art. 33 da Constituição Argentina e no Art. 14 da CADH.

64 Cf. seção X acima.

65 BAZAN, 2010, p. 366 e TORRES LÉPORI, 1997, p. 289.

66 CSJN, 6 de noviembre de 1963, "Martin y Cia. Ltda.. S.A. c/Gobierno Nacional, Administración General de Puertos", *Fallos* : 275:99. Questionava-se, na hipótese, a validade do Decreto-Lei 6.575/58, que alterava o Tratado de Comércio e Navegação celebrado com o Brasil, em 1940, e aprovado pela lei 12.688. O tratado previa isenções de impostos, taxas e encargos, ignorados pelo decreto-lei.

67 *Idem*, considerando nº 06 e 08.

68 *Idem*, considerando nº 09.

69 SAGUES, 2013, p. 343.

70 CSJN, 07 de julio de 1992, "Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros", *Fallos*: 315:1492, LL, 1992-C.

A SCJN começa sua análise reconhecendo o caráter fundamental do direito de resposta. Ao mesmo tempo, a Corte problematiza se tal direito integraria o ordenamento jurídico argentino como um recurso jurídico imediato à disposição dos particulares⁷¹. A previsão do direito de resposta no ordenamento argentino, por sua vez, foi estabelecida pelo art. 14 da CADH (aprovada pela Lei 23.054) que, ao ser ratificada, tornou-se “lei suprema da Nação” (art. 31 – CA). Sobre essa base, a questão que o Tribunal passa a examinar diz respeito ao efeito direto (operatividade) dessa disposição ou se ela requeria complementação legislativa⁷². Para responder a essa pergunta, a SCJN desenvolve os fundamentos a seguir.

Para a Corte, a violação de um tratado internacional pode decorrer tanto do estabelecimento de normas internas que prescrevam uma conduta manifestamente contrária quanto da “omissão” em estabelecer disposições que tornem possível seu cumprimento⁷³. Ademais, a revogação de um tratado internacional por uma lei do Congresso viola a repartição constitucional de competências, uma vez que representaria uma invasão, pelo Poder Legislativo, das atribuições do Poder Executivo, que, de acordo com a Constituição, conduz de maneira exclusiva as relações exteriores da Nação⁷⁴.

Em seguida, a Corte afirma que a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (em vigor desde 27/01/1980) conferiria “primazia” ao direito internacional convencional sobre o direito interno (art. 27), que se integra ao ordenamento jurídico argentino. A Convenção de Viena insere, conseqüentemente, o elemento ausente na doutrina *Martin* – base legal para garantir a primazia do direito internacional. Portanto, a CSJN revogou expressamente aquele precedente⁷⁵ e asseverou que a CVDT impõe aos órgãos do Estado argentino assegurar primazia ao tratado ante um eventual conflito com qualquer norma interna contrária ou com a omissão de editar disposições que, por seus efeitos, sejam equivalentes ao descumprimento do tratado internacional⁷⁶.

A interpretação do parágrafo anterior, segundo a Corte, estaria de acordo com as exigências de “cooperação, harmonização e integração interna-

71 Considerando nº 07.

72 Considerando nº 15.

73 Considerando nº 16

74 Considerando nº 17.

75 2º parágrafo do Considerando nº 18.

76 Considerando nº 19.

cionais” que a República Argentina obrigara-se, além de prevenir a eventual responsabilização do Estado, que deveria ser evitada também pela CSJN no exercício de sua jurisdição⁷⁷. Assim, uma disposição convencional “é operativa quando está dirigida a uma situação da realidade na qual pode operar imediatamente, sem necessidade de instituições que o Congresso deva estabelecer”. Dessa forma, o art. 14.1 da CADH possui uma redação clara em relação ao direito de retificação e resposta, ainda que remeta à lei as particularidades de sua regulamentação⁷⁸.

Além do mais, argumentou a Corte, a interpretação do texto da CADH também deve guiar-se pela jurisprudência da Corte IDH, a qual já havia declarado que o art. 14.1 reconhece um direito internacionalmente exigível, cabendo aos Estados apenas regulamentar as condições do exercício do direito de resposta (espaço a ele destinado, prazos, termos aceitáveis), das quais não depende sua exigibilidade (OC n° 7/86)⁷⁹. Baseando-se nesse entendimento, a CSJN considera que tais medidas incluem as decisões judiciais, o que autoriza o judiciário a determinar as características com que esse direito, já conferido pelo tratado, será exercido no caso concreto⁸⁰.

A decisão da SCJN de 1992 antecipa, em poucos anos, o redimensionamento constitucional do direito internacional dos direitos humanos na reforma constitucional de 1994. Como afirmado anteriormente, o art. 75, 22 da parte orgânica da Constituição argentina elevou instrumentos internacionais à categoria constitucional. No entanto, aquela disposição normativa impunha certas condições para a aplicação da hierarquia constitucional dos tratados: 1) nas condições de sua vigência; 2) não derogam nenhum artigo da primeira parte (dogmática) da constituição; e 3) são complementares das declarações de direitos.

Tais condicionantes causaram impasses na doutrina argentina. Pairavam dúvidas acerca da natureza da previsão constitucional: seria uma incorporação dos tratados ao texto constitucional ou apenas a atribuição da qualidade de hierarquia constitucional (inclusão no bloco de constitucionalidade)⁸¹? As condições de vigência seriam aquelas referentes às deter-

77 2º parágrafo do Considerando nº 19.

78 Considerando nº 20.

79 Considerando nº 21.

80 3º parágrafo do Considerando nº 22.

81 DALLA VÍA, 2010, p. 569.

minadas pelo direito interno (reservas e denúncia) ou às estipuladas pelos órgãos de monitoramento dos tratados⁸²? E, por fim, a complementariedade e inderrogabilidade da parte dogmática significariam que as normas internacionais estariam submetidas às normas constitucionais originárias (que poderiam derrogá-las) ou uma doutrina interpretativa harmonizadora deveria ser criada para compatibilizá-las⁸³?

A SCJN respondeu algumas dessas perguntas refinando o que Sagués⁸⁴ denominou de “doutrina do seguimento” desenvolvida em *Ekmekdjian*. No julgado *Girolodi* (1995)⁸⁵, a Corte considerou que as “condições da sua validade” estipuladas na Constituição (art. 75,22), dizem respeito à forma como a CADH aplica-se na arena internacional e levando em conta sua interpretação jurisprudencial feita pela Corte IDH. Assim, a jurisprudência internacional deve servir como um guia para a interpretação dos preceitos constitucionais⁸⁶.

Um ano depois de *Girolodi*, a SCJN, no caso *Chocobar* (1996)⁸⁷ interpretou a cláusula da complementariedade constitucional no sentido de necessária harmonização entre direitos humanos e fundamentais, e afastou a ideia de que a aplicação dos direitos presentes na primeira parte da Constituição pudesse derrogar ou entrar em colisão com os previstos nos tratados dotados de hierarquia constitucionais⁸⁸. Por fim, a inderrogabilidade deve ser interpretada como um juízo de compatibilidade e harmonização já exercido pelos constituintes, cabendo ao judiciário respeitá-lo e não alterá-lo⁸⁹.

Após acolher a “doutrina do seguimento”, pós-reforma de 1994, em *Girolodi* e ter interpretado o art. 75, 22 no sentido de exigir que os direitos

82 DIEGO DOLABJIAN, 2013, pp. 97-99.

83 Torres Lépori (1997, p. 292) interpreta o art. 75,22 em conjunto com o art. 27 (tratados devem seguir os princípios do direito público constitucional argentino) para concluir que os tratados internacionais de direitos humanos estão situados acima das leis, mas abaixo da Constituição.

84 Para Néstor Sagués (2013, pp. 346-347), após *Ekmekdjian c/ Sofovich* os juizes argentinos devem seguir as diretrizes fixadas pela Corte IDH, ainda que não de forma automática. Nesse sentido, os juizes não podem ignorar a jurisprudência da CtIDH, devem projetá-la e para afastá-la, terão que expor fortes argumentos justificadores para o não seguimento.

85 SCJN, “*Girolodi, Horacio D. y otro s/ Recurso de casación*” 40 (7 de abril de 1995). Fallos, 318:514

86 Considerando nº 11. Em sentido contrário, Malarino (2011, p. 450) considera que “as condições da vigência” se referem àquelas ao tempo da constitucionalização do tratado pela Constituição Argentina.

87 SCJN, ‘*Chocobar, Sixto c/Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos*’. Sentencia del 27 de diciembre de 1996.

88 Considerando nº 11.

89 Considerando nº 12 e 13.

constitucionais sejam interpretados de forma harmoniosa com os direitos humanos previstos nos tratados internacionais dotados de hierarquia constitucional em *Chocobar*, a SCJN dá um passo em direção ao acolhimento do controle de convencionalidade no direito argentino em *Simón*⁹⁰.

Em *Simón* (2005), a SCJN declarou a inconstitucionalidade das leis 23.492 e 23.521, conhecidas, respectivamente, como leis de "Ponto Final" (1986) e "Obediência Devida" (1987). Ambos os atos normativos, durante sua vigência, impediram o julgamento e punição dos responsáveis pela prática de crimes hediondos na última ditadura militar ocorrida na Argentina (1976-1983).

A Corte argentina observa, como ponto de partida, que houve mudanças no direito argentino desde que essas leis foram promulgadas e declaradas constitucionais anteriormente⁹¹. Assim, o nível constitucional conferido em 1994 aos tratados internacionais de direitos humanos significou que o Estado assumiu uma série de obrigações perante o direito internacional e, especialmente, à ordem jurídica interamericana, que, entre outros, limitam a possibilidade de omitir a persecução de crimes contra a humanidade⁹².

Argumentou a Corte que, embora importantes mecanismos constitucionais de pacificação social (art. 75, 20 da CN), o poder conferido ao legislativo de promulgar anistias encontrava-se limitado em relação às graves violações de direitos humanos, tal como estipulado pela CADH⁹³, e, especialmente, por seus órgãos de monitoramento, que desenvolvem jurisprudências que constituem imprescindíveis pautas interpretativas⁹⁴. A Corte argentina ressaltou que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos considerou que as leis argentinas violavam os arts. 1º, 8º e 25 da CADH, recomendando que o Estado Argentino adotasse medidas necessárias para esclarecer os fatos e individualizar os responsáveis pelas violações de direitos humanos ocorridas durante a ditadura militar⁹⁵. No entanto, restavam dúvidas acerca de quais medidas necessárias deveriam ser tomadas para cumprir a CADH⁹⁶.

90 SCJN. *Simón*, Julio Héctor y otros/ privación ilegítima de la libertad, etc. Fallos 326:2056.

91 SCJN. Ramón Juan Alberto Camps y otros. Fallos 310:1162, 1987.

92 Considerandos nº 14 e 15.

93 Considerando nº 16.

94 Considerando nº 17.

95 Considerandos nº 19 e 20 e Informe 18/92 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

96 Considerando nº 22.

O esclarecimento dessas dúvidas ocorreu com o julgamento da Corte IDH, no caso “Barrios Altos”, ocasião em que ficou decidida a inadmissibilidade das disposições das leis de anistia que excluía a responsabilidade e impediam a investigação de violações de direitos humanos⁹⁷, portanto, tais leis careceriam de validade jurídica. A SCJN concluiu que a “traslación” dessas conclusões para o caso argentino era “imperativa”, pois, apesar de leis editadas em um contexto e por justificações diversas daquelas encontradas no caso peruano, materialmente, compartilhavam do mesmo vício material, que seria o de garantir a impunidade de graves violações de direitos humanos.

Por fim, no caso *Mazzeo* (2007)⁹⁸, a SCJN acolheu a obrigação de cumprimento do controle de convencionalidade das leis argentinas, tal como determinada pela Corte IDH⁹⁹. O caso em análise foi trazido à Suprema Corte para que confirmasse a declaração de inconstitucionalidade do Decreto de indulto 1002/89, conferido pelo Poder Executivo Nacional (PEN) em favor de Santiago Omar Riveros e outros, por atos considerados como crimes de lesa humanidade.

Após ressaltar a natureza tipicamente internacional da definição dos crimes categorizados como de lesa humanidade¹⁰⁰, a Corte ocupou-se de demonstrar que tais definições deveriam ser acolhidas no plano interno em função da mudança de paradigmas do direito internacional, que não seria apenas marcado pela relação entre Estados soberanos, mas assumia, após 1945, uma feição humanitária com os direitos humanos¹⁰¹. Os instrumentos internacionais, por sua vez, preveem direitos inerentes à dignidade que preexistem ao ordenamento estatal (parâmetros universalmente válidos), e

97 Considerando nº 23.

98 "Mazzeo, JulioLilo y otros s/ rec. De casación e inconstitucionalidad. Fallos 330:3248 (2007)

99 A conclusão da SCJN no caso *Mazzeo* não é unanimidade entre os autores argentinos. Malarino (2011, pp. 440-442), por exemplo, considera que a doutrina do controle de convencionalidade, tal como desenvolvida pela Corte IDH, está fundada em premissas ilógicas: afirmar o monopólio da palavra final no âmbito internacional não é uma premissa capaz de tornar a jurisprudência da corte interamericana vinculante no direito interno dos países que ratificaram a CADH. Ademais, ainda com Malarino, o que faz parte do direito argentino é a CADH, e não a jurisprudência da Corte IDH. O autor argumenta, por conseguinte, que a frase "servir de guia" não é capaz de demonstrar uma diretriz mais clara sobre a força vinculante da jurisprudência interamericana, pois ela pode ensejar tanto uma obrigação de seguir (sentido rejeitado pelo autor), quanto uma obrigação de consideração (interpretação sufragada pelo autor, que defende a possibilidade de rejeição e distinção dos precedentes da Corte IDH).

100 Considerandos nº 09 e 10.

101 Considerando nº 11.

não podem ser violados pelo Estado¹⁰². Ainda que tenham sido previstas na Constituição e atribuída sua devida importância, algumas disposições do direito internacional independem do consentimento expresso das nações, o chamado *jus cogens*. Tais normas impõem a vedação do cometimento de crimes de lesa humanidade, inclusive em épocas de guerras¹⁰³ e existiam na época do cometimento dos crimes analisados¹⁰⁴. Ademais, por sua força, demandariam que tais crimes sejam investigados.

Tais princípios foram reforçados pela CADH e pelo PIDCP e incorporados ao direito argentino, em contínua interação, ao ordenamento constitucional pós-reforma de 1994¹⁰⁵. A atribuição de hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos significou o reconhecimento da importância das obrigações internacionais relativas à proteção humana e, jurisprudencialmente, o caso *Ekmekdjian* impôs que as decisões da Corte IDH servissem de pauta interpretativa para que tais obrigações fossem concretizadas no âmbito judicial¹⁰⁶. Por fim, a Corte lembrou o caso *Almonacid Arellano* (2006) para sugerir que “a doutrina do seguimento” se qualifica como uma obrigação internacional por conta do controle de convencionalidade¹⁰⁷.

6. Brasil: suprallegalidade dos tratados de direitos humanos¹⁰⁸

Fruto do longo processo de transição democrática, a Constituição de 1988 ampliou de maneira significativa os direitos da pessoa humana e devolveu a independência ao Poder Judiciário, não apenas por meio de suas tradicionais garantias (art. 95 da CF/88), mas também assegurando-lhe autonomia financeira (art. 99 da CF/88) e ampliando as competências do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *a, b, q* e § 1º).

102 Considerandos nº 12 e 13.

103 Considerando nº 15

104 Considerando nº 16.

105 Considerando nº 17-19.

106 Considerando nº 20.

107 Considerando nº 21.

108 Os acórdãos do STF selecionados para análise são os mais representativos sobre o tema em sua jurisprudência, pois, apesar de o tribunal citar várias normas internacionais em julgados sobre direitos humanos, apenas nos casos coletados o tribunal teve a oportunidade de enfrentar, abertamente, tópicos relevantes para a pesquisa, tais como: a incorporação dos tratados de direitos humanos, seu nível hierárquico e, principalmente, sua relação com normas constitucionais conflitantes. Ademais, tendo em vista o limite de páginas do artigo, preferimos analisar um número maior de acórdãos das cortes de Colômbia e Argentina, uma vez que a jurisprudência do STF é conhecida pelos leitores.

Embora contenha um artigo sobre os princípios das relações internacionais do país (art. 4º da CF/88), a Constituição, tal como as anteriores, não dispôs, detalhadamente, sobre a incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento interno¹⁰⁹. Sem embargo, dois artigos constitucionais orientaram o debate acerca da posição hierárquica dos tratados sobre direitos humanos no STF a partir de 1988: o art. 102, III, *b*, que manteve a tradicional referência ao controle de constitucionalidade dos tratados internacionais via Recurso Extraordinário e o art. 5º, § 2º, que inovou ao qualificar como fundamentais os direitos previstos nos tratados internacionais.

Nesse sentido, podemos identificar, pelo menos, quatro teses sobre o tema da hierarquia dos tratados de direitos humanos em nosso país, quais sejam: 1) supraconstitucionais; 2) constitucionais; 3) supralegais ou 4) lei ordinária.

A supraconstitucionalidade dos tratados de direitos humanos foi tese adotada por Celso de Albuquerque Mello¹¹⁰, que defendeu a supremacia das normas internacionais sobre as nacionais, que preponderam mesmo em face do texto constitucional, portanto, nem mesmo emenda constitucional poderia suprimir a norma internacional subscrita pelo Estado. Isto porque, para o referido autor, o Estado não existe fora do contexto internacional, o que faz com que a Constituição dependa da sociedade internacional, da qual recolhe a noção de soberania.

A constitucionalidade dos tratados foi sugerida, inicialmente, por Antônio Augusto Cançado Trindade na Assembleia Constituinte¹¹¹ e academicamente logo após a promulgação da Constituição¹¹², e foi endossada, posteriormente, por Flávia Piovesan¹¹³. O principal argumento da tese é a prescrição normativa do art. 5º, § 2º da Constituição, que disciplinaria a incorporação dos tratados de direitos humanos como direitos fundamentais, portanto com hierarquia constitucional.

109 Pedro Dallari (2003) considera a Constituição brasileira omissa no que tange a incorporação de tratados internacionais e sugere alterações constitucionais para explicitar a auto-aplicabilidade dos tratados internacionais e sua superioridade em face da legislação ordinária.

110 MELLO, 1999.

111 CANÇADO TRINDADE, 2000.

112 CANÇADO TRINDADE, 1991.

113 Flávia Piovesan (1997). Muitos autores seguiram o defendido por Piovesan, exemplificativamente, cf. GUERRA (2008). No âmbito do STF, o min. Carlos Velloso foi o primeiro a aventar a possível constitucionalidade dos direitos humanos oriundos dos tratados internacionais no HC 72.131.

A tese da legalidade dos tratados foi proposta pelo STF no julgamento do RE 80.004/SE na década de 70, portanto, anteriormente à Constituição de 1988 e da inclusão do art. 5º, § 2º. Segundo a referida concepção, os conflitos entre tratados e lei se resolveriam pelo critério da revogação do ato anterior pela lei mais moderna (uma lei interna posterior ao tratado teria poder para revogá-lo). Mesmo depois de 1988, o STF manteve seu posicionamento no HC 72.131/RJ (1995). A principal justificativa suscitada à época foi a de que os tratados não poderiam restringir a eficácia da norma constitucional.

A supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos foi, inicialmente, aventada em *obiter dictum* no voto do Min. Sepúlveda Pertence no RHC 79.785/RJ (2000). Segundo o ministro, a Constituição sempre prevaleceria sobre o direito internacional, uma vez que o juiz nacional está a ela subordinado, portanto, a solução para conflitos deve ser buscada na própria Constituição. No entanto, os direitos fundamentais serviriam de medida limitadora da atividade estatal, portanto, equiparar os tratados de direitos humanos à lei ordinária, seria restringir e esvaziar de eficácia a própria noção insita de sua existência, qual seja, conter abusos estatais, inclusive, legislativos.

Nas duas décadas após a promulgação da Constituição, o STF manteve-se firme na interpretação do nível legal de todos os tratados internacionais, inclusive os de direitos humanos. Além disso, também manteve a necessidade do decreto presidencial para a vigência do tratado na ordem interna¹¹⁴.

A tese da supralegalidade foi reforçada em 2008, em julgado sobre a prisão do depositário infiel nos contratos de alienação fiduciária, com base no Decreto-Lei 911/69 (RE 464.343/SP). De acordo com o Ministro Relator, Gilmar Mendes, as normas supralegais detêm o poder de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina infraconstitucional conflitante. Por consequência, o art. 7.7 da CADH, que limita a prisão civil à hipótese de dívidas alimentares, diretamente, limitou a eficácia do Decreto-Lei e do art. 652 do Código Civil de 2002.

Sob o impacto das mudanças trazidas pela EC nº 45, a defesa da tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos¹¹⁵ pode ser sintetizada

114 Cf. ADI 1480.

115 Assim, o Min. Gilmar Mendes afirma, em seu voto no RE nº 466.343, que a inclusão do § 3º do art. 5º “acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008b, p. 1.144), o que indicava a insuficiência da tese da

com base nos seguintes argumentos: a) a supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, consubstanciado na possibilidade de controle de constitucionalidade inclusive dos diplomas internacionais; b) o risco de uma ampliação inadequada da expressão “direitos humanos”, que permitiria uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna; e c) o entendimento de que a inclusão do § 3º do art. 5º implicou reconhecer que os tratados ratificados pelo Brasil antes da EC nº 45 não podem ser comparados às normas constitucionais, gozando de lugar privilegiado no ordenamento jurídico¹¹⁶. O próprio caso do depositário infiel demonstra que, incorporado o tratado ao direito interno, o STF reconhece seu efeito direto, tal como se pode verificar também em outros exemplos de sua jurisprudência¹¹⁷.

Não obstante o importante passo no reconhecimento da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e da força paralisante que exercem sobre a legislação infraconstitucional (consequência do efeito direto), o STF não desenvolveu princípios interpretativos harmonizadores (interpretação conforme) das normas constitucionais com os padrões jurisprudenciais internacionais, tal como veremos nos exemplos abaixo.

No caso da ADPF 153 (2010), a questão residia em saber se os agentes públicos que cometeram violações de direitos humanos na época da ditadura militar estariam anistiados pela lei 6.683/79 (Lei de Anistia). O caso foi originado por ADPF ajuizada pelo Conselho Federal da OAB, em que se pretendia a não recepção da Lei 6.683/79 ou que fosse conferida ao § 1º, do art. 1º interpretação conforme a Constituição para excluir da anistia os crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar (1964/1985).

legalidade ordinária desses tratados e a defasagem da jurisprudência do STF. Em sentido concorrente, o Min. Celso de Mello destacava que a EC nº 45 “introduziu um dado juridicamente relevante, apto a viabilizar a reelaboração, por esta Suprema Corte, de sua visão em torno da posição jurídica que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos assumem no plano do ordenamento positivo doméstico do Brasil.” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008b, p. 1.262).

116 MAUÉS, 2013, pp. 218-219.

117 No RE 440.028/SP (DJe 29/10/13), a 1ª Turma do STF considerou que decisão judicial obrigando o poder público a construir rampa ou elevador para acesso de pessoas portadoras de necessidades especiais na ausência de lei específica, não se caracterizaria como intervenção indevida do judiciário em políticas públicas, porquanto seria determinação de norma internacional de status constitucional, a Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (único tratado internacional que atendeu aos requisitos de incorporação do art. 5º, § 3º). De acordo com o ministro relator, Marco Aurélio, a referida norma constitucional teria eficácia imediata, portanto, aplicável independentemente de leis.

Para o relator, Ministro Eros Grau, a anistia não se caracterizaria como uma lei-norma, mas uma lei-medida, que esgota seus efeitos no momento específico de sua edição e, por essa razão, a interpretação a ser feita da lei deve levar em consideração o contexto fático e político de sua criação. Para o relator, a lei serviria como a expressão de um acordo político formalizado para que o país transitasse da ditadura para a democracia de maneira mais expedita e segura. Acordo que teria sido reafirmado no momento constituinte de 87/88. Dessa forma, o conceito de conexão presente na lei não seria o, tradicionalmente, desenvolvido pela literatura criminal, mas um conceito específico do momento histórico vivido pelo país.

Os argumentos baseados em instrumentos internacionais, sustentou o relator, não seriam suficientes para afastar a lei de anistia brasileira, porque a República teria ratificado tratados da ONU que vedam a tortura posteriormente à lei objeto da ADPF, e que o instrumento internacional não poderia exercer efeitos retroativos¹¹⁸. Ainda que tenha feito de forma indireta (pela citação de trecho de trabalho acadêmico), o relator afastou os precedentes da Corte IDH (sem ao menos discutir os fundamentos das decisões interamericanas) com base no limite temporal estabelecido pelo Estado brasileiro quando do reconhecimento da competência contenciosa da corte de direitos humanos (ou seja, apenas para fatos ocorridos após 10 de dezembro de 1998).

No julgamento da ADI 5240, o STF decidiu que o art. 7º, 5 da CADH, em função do seu caráter supralegal, emana eficácia geral e *erga omnes*, operando a garantia de direitos que podem ser cumpridos mediante normas infraconstitucionais, como provimentos de tribunais que regulamentam a audiência de custódia criada pela convenção. Não obstante a Corte IDH ter jurisprudência que poderia corroborar a interpretação do STF¹¹⁹, nenhuma menção foi feita às decisões interamericanas.

Dessa forma, a jurisprudência do STF – e nisso ela se diferencia dos demais tribunais analisados – não desenvolve argumentos sobre os problemas derivados do descumprimento de uma obrigação internacional em razão de seu possível conflito com a Constituição. Ao contrário, embora

118 Vasconcelos (2012) considera que esses argumentos do STF podem representar uma interpretação mais favorável aos direitos e liberdade fundamentais, atendendo ao princípio *pro homine*.

119 Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. 2005. Serie C No. 137, § 109 (O controle judicial imediato é uma medida destinada a evitar a detenção arbitrária ou ilegal, como garantia da presunção de inocência) e Caso López Álvarez Vs. Honduras. 2006. Serie C No. 141, § 88 (a revisão judicial imediata da detenção é particularmente relevante quando se aplica em situações de flagrância).

tenha interpretado à luz da CADH o dispositivo constitucional sobre a prisão civil do depositário infiel, nessa mesma decisão o STF reafirmou a supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, sugerindo que a solução para o caso se baseou em um aspecto hierárquico (tratados supralegais paralisam a legislação infraconstitucional), e não em uma harmonização entre as normas constitucionais e internacionais. Portanto, nas hipóteses em que o STF identifique um conflito inconciliável entre um tratado internacional e a constituição, a última prevalecerá, pois ausentes os argumentos de garantia do cumprimento de obrigações internacionais.

No caso da lei de anistia, por exemplo, o risco de condenações internacionais do país por violações de direitos humanos foi desconsiderado, ou ao menos subestimado, quando os ministros consideraram irreformável a decisão política de editar a lei de anistia brasileira. A configuração do acordo político da anistia como uma norma de natureza constituinte inviabilizou a utilização de padrões internacionais supralegais para a fiscalização da lei brasileira, demonstrando que o principal argumento fora a proteção da supremacia constitucional, ainda que ao custo de obrigação internacional assumida pelo país.

7. Conclusões

Os estudos comparados utilizados como referência neste trabalho indicam que as diferentes formas utilizadas para a incorporação dos tratados de direitos humanos previstas constitucionalmente não influenciam, necessariamente, sua aplicação no direito interno. Aos procedimentos constitucionais de incorporação devem ser somados outros fatores, tais como: a independência do poder judiciário (capacidade de fiscalização dos demais poderes com base em padrões normativos internacionais), atribuição de efeito direto aos tratados internacionais (aplicação dos direitos situados em tratados independente de atuação legislativa posterior) e utilização da interpretação conforme (emprego de critérios hermenêuticos capazes de compatibilizar o conteúdo das normas constitucionais com as internacionais).

Podemos constatar a presença desses três elementos nos casos da Colômbia e da Argentina, a partir de mudanças jurisprudenciais sobre os tratados de direitos humanos que decorreram de mudanças constitucionais ou da ratificação de determinados tratados internacionais. No caso

colombiano, a criação do bloco de constitucionalidade deveu-se à previsão normativa trazida pela Constituição de 1991 (art. 93). Não obstante o caso *Ekmekdjian* tenha sido julgado antes da reforma constitucional argentina de 1994, a incorporação da CVDT forneceu incentivos para alterações nas relações entre o direito interno e internacional. Por outro lado, a edição da EC nº 45/04 foi o incentivo normativo para que o STF alterasse jurisprudência acerca do status dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil.

A posição hierárquica dos tratados em face da Constituição não é o único fator determinante para seu impacto no ordenamento jurídico interno. Em nenhum dos países analisados os tratados possuem superioridade hierárquica sobre a Constituição e, mesmo naqueles que atribuem primazia ou prevalência aos tratados de direitos humanos (Colômbia e Argentina), há debates acerca de sua exata posição hierárquica. No caso brasileiro, uma decisão controversa como a da supralegalidade possibilita que normas infraconstitucionais sejam objetos de fiscalização por parte do judiciário. Ou seja, a consequência das diferentes posições hierárquicas dos tratados é semelhante.

Tal como vimos, as Cortes de Colômbia e Argentina baseiam-se em normas constitucionais para reconhecer hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos, normas essas que não aparecem da mesma forma expressa na Constituição de 1988. No entanto, esse nível hierárquico não elimina a possibilidade de haver conflitos entre os tratados de direitos humanos e a Constituição. Nessas situações, a Corte Constitucional Colombiana reafirma a supremacia constitucional, porém, busca resolver eventuais conflitos por meio da interpretação conforme ou mesmo indicando a necessidade de reforma constitucional. Por sua vez, a Corte Suprema Argentina, mesmo antes da reforma constitucional de 1994, já havia reconhecido o efeito direto da CVDT, sem necessitar envolver-se com o debate sobre seu nível hierárquico no ordenamento interno e recusando utilizar a supremacia constitucional como justificativa para o descumprimento de obrigações internacionais.

Portanto, o reconhecimento da primazia ou prevalência dos tratados internacionais é um elemento mais importante para sua recepção do que o nível hierárquico a eles conferido pelo ordenamento jurídico interno. Esse princípio, além de reforçar o efeito direto dos tratados internacionais, contribui para o uso da interpretação conforme, pois, tal como vimos, possibilita buscar soluções harmonizadoras entre o direito interno e o direito internacional sem recorrer a argumentos de cunho hierárquico.

A ausência do critério da interpretação conforme no STF também pode explicar porque a suprema corte não recorre à jurisprudência da Corte IDH de maneira sistemática, mesmo em casos de convergência jurisprudencial. Conforme o coletado da experiência comparada, a utilização da jurisprudência interamericana na Colômbia e Argentina justificou-se pela via da interpretação conforme, de acordo com os seguintes argumentos: a) o referido critério hermenêutico reflete a preocupação judicial de atribuir efeito útil ao tratado, garantindo o cumprimento das obrigações internacionais; e b) pelo fato de que o cumprimento daquelas obrigações não se esgota na mera incorporação de normas internacionais de conteúdo abstrato, sendo necessário o recurso à interpretação realizada pelos órgãos encarregados de monitorar o tratado internacional para a realização da hermenêutica compatibilizadora. Dessa forma, podemos concluir que, enquanto o STF não lançar mão do princípio da interpretação conforme, a utilização da jurisprudência da Corte IDH continuará a ser esparsa e estratégica, limitando a recepção da CADH em nosso ordenamento¹²⁰.

Referências

- ALSTINE, Michael P. Van. The role of domestic courts in treaty enforcement. In: SLOSS, David (Org.). *The role of domestic courts in treaty enforcement: a comparative study*. Cambridge: Cambridge University, 2009. pp. 555-613.
- ARANGO OLAYA, Mónica. El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. *Precedente*. Vol. 04, nº 01, pp. 79-102, 2004.
- ARTEAGA, Alejandro Ramelli. Control de constitucionalidad de los tratados internacionales en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, n. 20, pp. 19-31, 2007.
- BAZÁN, Víctor. El derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia de Argentina. *Estudios Constitucionales*, Año 8, Nº 2, pp. 359-388, 2010.

120 A ratificação da CVDT pelo Brasil em 2009 pode, no entanto, oferecer uma nova fundamentação para o cumprimento das obrigações internacionais assumidas pelo país. Além de impedir a invocação de normas internas como escusa para o inadimplemento de tratados (art. 27), a Convenção de Viena prevê regras específicas para a interpretação dos tratados internacionais (arts. 31-33), que podem favorecer a construção da interpretação conforme, porquanto os tratados internacionais devem ser interpretados à luz de seus objetivos e finalidades.

- BURGORGUE-LARSEN, Laurence; ÚBEDA DE TORRES, Amaya. *The Inter-American Court of Human Rights: case law and commentary*. New York: Oxford University Press, 2011.
- BREGAGLIO, Renata. Problemas prácticos del control de convencionalidad en los procesos de argumentación jurídica de los tribunales nacionales. *Hendu - Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*. Vol 5, Nº 2, pp. 15-32, 2014.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. 2ª ed. Brasília: Editora UNB, 2000.
- _____. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CAROZZA, Paolo G. Subsidiarity as a structural principle of international human rights law. *American Journal of International Law*, v. 97, nº 01, pp. 38-79, 2003.
- 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*. Mexico. Vol. XI, pp. 593-624, 2011.
- COLAUTTI, Carlos E. *Derecho constitucional*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Universidad de Buenos Aires, 1998.
- CONTESSÉ, Jorge. *The last word? Control of conventionality and the possibility of conversations with the Inter-American Court of Human Rights*. 2012. Disponível em: <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Eng_20130514.pdf>, pp. 1-28. Acesso em 12 de Agosto de 2014.
- CONSTENLA, Carlos. Aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales de la República Argentina. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, nº 38, 2003.
- COURTIS, Christian. Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol. 6, n.10, pp. 52-81, 2009.
- DALLA VÍA, Alberto Ricardo. La protección de los derechos humanos en Argentina. In: Bogdandy, Armin Von; PIOVESAN, Flavia e ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, pp. 565-580.
- DALLARI, Pedro B. A. *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003.

- DOLABJIAN, Diego. Constitución y derechos humanos. 75:22: modelo para armar. *Contextos*. vol. 05, nº 01, pp. 89-123, 2013.
- DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, Vol. 50, nº 01, pp. 45-93, 2015.
- FAJARDO ARTURO, Luis Andrés, Contenido y alcance jurisprudencial del bloque de constitucionalidad en Colombia. *Civilizar*. Ciencias Sociales y Humanas, vol. 7, nº 13, pp. 15-34, 2007.
- GUERRA, Sidney. *Direito humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- HARRIS, D.J.; O'BOYLE, M.; WARBRICK, C. *Law of the European Convention on Human Rights*. 2ª. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- HENAO HIDRÓN, Javier. *Panorama del derecho constitucional colombiano*. 14. ed. Bogotá: Temis, 2013.
- KELLER, Helen; SWEET, Alec Stone. Assessing the impact of the ECHR on national legal systems. In: _____ (eds.). *A Europe of rights: the impact of the ECHR on national legal systems*. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 677-712.
- LEMAITRE RIPOLL, Julieta. El origen de la Constitución de 1991: la reforma institucional como respuesta a “la presente crisis”. In: ALVIAR GARCÍA, Helena; LEMAITRE RIPOLL, Julieta; PERAFÁN LIÉVANO, Betsy (Orgs.). *Constitución y democracia en movimiento*. Bogotá: Unian-des, 2016.
- MAGALHÃES, Breno Baía. O sincretismo teórico na apropriação das teorias monista e dualista e sua questionável utilidade como critério para a classificação do modelo brasileiro de incorporação de normas internacionais. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, nº 2, pp. 77-96, 2015.
- MALARINO, Ezequiel. Acerca de la pretendida obligatoriedad de La jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales. In: AMBOS, Kai, MALARINO; Ezequiel e ELSNER; Gisela, (Org.). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Tomo II, Konard Adenauer, Berlin, 2011, pp. 425-445.
- MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol. 10, nº 18, jun, pp. 215-235, 2013.

- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. pp. 1-33.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Derecho internacional público*. 5ª ed. Editorial Temis: Bogotá, 2002.
- NOLLKAEMPER, André. *National courts and the international rule of law*. Oxford: Oxford University, 2012.
- PAGLIARI, Arturo Santiago. Derecho internacional y derecho interno: el sistema constitucional argentino. *Ars Boni et Aequi*. Vol. 7, nº 02, pp. 17-41, 2011.
- PASQUALUCCI, Jo M. *The practice and procedure of the Inter-American Court on Human Rights*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- PRADA, Maria Angélica. Colombia. In: GALINDO, George Rodrigo Bandeira; URUEÑA, René; TORRES PÉREZ, Aida (Coords.). *Protección multinivel de derechos humanos*. Barcelona: Red Derechos Humanos y Educación Superior, 2013.
- SAGUÉS, Néstor. El control de convencionalidad en argentina. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coords.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, pp. 343-358.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro. La interpretación de conformidad: significado y dimensión práctica (un análisis desde la Constitución española). In: GALINDO, George Rodrigo Bandeira; URUEÑA, René; TORRES PÉREZ, Aida (Coords.). *Protección multinivel de derechos humanos*. Barcelona: Red Derechos Humanos y Educación Superior, 2013.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. *University of Richmond Law Review*, nº. 29, pp. 99-137, 1994.
- SLOSS, David. Treaty enforcement in domestic courts: a comparative analysis. In: _____ (Org.). *The role of domestic courts in treaty enforcement: a comparative study*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 1-66.
- TODA CASTAN, Daniel. The transformation of the Inter-American System for the Protection of Human Rights: the structural impact of the Inter-American Court's case law on amnesties. *Global Campus Awarded Theses 2010/2011*. Venice: EIUC, 2013.

TORRES LÉPORI, Alejandro. Los tratados internacionales en la Constitución argentina. *Lecciones y Ensayos*, n. 67-68, 1997.

VASCONCELOS, Eneas Romero. Do conflito entre direito nacional e internacional: a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (“Caso Araguaia”) vs. a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 153). *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, nº 7, pp. 170-200, 2012.

Recebido em 28 de maio de 2016

Aprovado em 12 de agosto de 2016