

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS  
CURSO DE DIREITO**

**A APLICAÇÃO ARTICULADA DO CONTROLE  
JURISDICCIONAL DE CONVENCIONALIDADE E DO  
REENVIO PREJUDICIAL INTERAMERICANO**

**MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO**

**Lucas Pacheco Vieira**

**Santa Maria, RS, Brasil  
2012**

# **A APLICAÇÃO ARTICULADA DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE E DO REENVIO PREJUDICIAL INTERAMERICANO**

por

**Lucas Pacheco Vieira**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

**Orientadora Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Jânia Maria Lopes Saldanha**

**Santa Maria, RS, Brasil**

**2012**

**Universidade Federal de Santa Maria  
Centro de Ciências Sociais e Humanas  
Curso de Direito**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Monografia de  
Graduação

**A APLICAÇÃO ARTICULADA DO CONTROLE  
JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE E DO  
REENVIO PREJUDICIAL INTERAMERICANO**

elaborada por  
**Lucas Pacheco Vieira**

como requisito parcial para obtenção do grau de  
**Bacharel em Direito**

**COMISSÃO EXAMINADORA:**

**Profª Drª Jânia Maria Lopes Saldanha**  
(Presidente/Orientador)

**Profª Drª Valéria Ribas do Nascimento**  
(Universidade Federal de Santa Maria)

**Prof. Ms. Leonardo de Camargo Subtil**  
(Universidade do Vale do Rio dos Sinos)

Santa Maria, 19 de dezembro de 2012.

“podemos olhar para qualquer ponto particular do conhecimento e, em especial, para qualquer teoria científica como uma solução experimental para um ou outro problema e também como causadora de novos problemas. E a fertilidade e profundidade das nossas teorias podem ser avaliadas pela fertilidade e profundidade dos novos problemas a que dão origem.”

(Karl Popper)

## **RESUMO**

Monografia de Graduação  
Curso de Direito  
Universidade Federal de Santa Maria

# **A APLICAÇÃO ARTICULADA DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE E DO REENVIO PREJUDICIAL INTERAMERICANO**

AUTOR: **LUCAS PACHECO VIEIRA**

ORIENTADORA: **JÂNIA MARIA LOPES SALDANHA**

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 19 de dezembro de 2012.

A interação efetiva da ordem jurídica internacional com as ordens jurídicas nacionais é um dos maiores desafios contemporâneos no campo do direito internacional dos direitos humanos. No caso do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, a relação entre a Corte de San José e os juízes nacionais é fundamental para a materialização das regras e princípios convencionais. Para tanto, são necessários mecanismos processuais aptos a promover uma colaboração interjurisdicional eficiente e humanista. No presente trabalho, apresentam-se dois mecanismos que tem por objetivo o fortalecimento do diálogo entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e os magistrados dos Estados Partes no Pacto de San José, de modo a conferir efetividade aos direitos humanos também por meio do Poder Judiciário interno. Os mecanismos são o controle jurisdicional de convencionalidade e o reenvio prejudicial interamericano. Além de serem ferramentas similares quanto ao propósito de assegurar uma proteção mais efetiva dos direitos da pessoa humana e de fomentar um diálogo interjurisdicional e jurisprudencial virtuoso, ambos podem operar de forma articulada. É esta articulação o tema principal da presente monografia. É o trabalho de reflexão sobre as relações entre o dever de compatibilizar o ordenamento nacional com a normativa internacional, realizada através do exercício do controle jurisdicional de convencionalidade, e a tarefa de uniformizar a interpretação e a aplicação do *corpus iuris* interamericano de direitos humanos, cumprida por meio do reenvio prejudicial interamericano.

Palavras-Chaves: interação; mecanismos processuais; controle de convencionalidade; reenvio prejudicial interamericano; articulação.

## **ABSTRACT**

Graduation Monograph  
Law School  
Federal University of Santa Maria

### **THE ARTICULATED APPLICATION OF THE JURISDICTIONAL CONTROL OF CONVENTIONALITY AND THE INTER-AMERICAN PRELIMINARY RULING**

Author: Lucas Pacheco Vieira

Adviser: Jânia Maria Lopes Saldanha

Date and Place of the Defense: Santa Maria, December 19th, 2012.

The effective interaction of international law with the national law is one of the major contemporary challenges in the field of international human rights law. In the case of the inter-American system of protection of human rights, the relationship between the Court of San José and the national courts is fundamental to the realization of the conventional rules and principles. Therefore, capable mechanisms are needed to promote an efficient and humanist jurisdictional collaboration. In the present work, two mechanisms that aims to strengthen the dialogue between the Inter-American Court of Human Rights and the magistrates of the States Parties to the Pact of San José are presented, in order to grant effectiveness to human rights also through the internal Judiciary Power. The mechanisms are the jurisdictional control of conventionality and the inter-american preliminary ruling. Besides being similar tools on the purpose of ensuring more effective protection of the rights of the human person and to foster a virtuous jurisdictional and jurisprudential dialogue, both can operate in a coordinated manner. It is this articulation the main theme of this monograph. It is the reflection work about the relationship between the duty to harmonize the national law with international norms held by the exercise of the jurisdictional control of conventionality, and the task of standardizing the interpretation and application of the inter-american *corpus juris* of human rights, enforced through the inter-american preliminary ruling.

Key-Words: interaction; procedure mechanisms; control of conventionality; inter-american preliminary ruling; articulation.

# SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	11
<b>1 O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE .....</b>	<b>14</b>
1.1 Considerações preliminares .....	14
1.2 Origens e evolução na Europa e nas Américas.....	16
1.2.1 A contribuição do Velho Continente: um laboratório de experimentação.....	16
1.2.2 A contribuição das Américas: a gênese do mecanismo na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos .....	30
<b>1.3. Modelos de controle de convencionalidade sob uma perspectiva otimizadora .....</b>	<b>44</b>
1.3.1 O controle jurisdicional de convencionalidade realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	45
1.3.2 O controle jurisdicional de convencionalidade exercido pelo Poder Judiciário dos Estados Nacionais.....	48
<b>2 O REENVIO PREJUDICIAL INTERAMERICANO .....</b>	<b>57</b>
2.1 O reenvio prejudicial na União Europeia .....	58
2.1.1 Considerações preliminares .....	58
2.1.2 A previsão legal: o artigo 267 do Tratado de Lisboa .....	59
2.1.3 Aspectos práticos do reenvio prejudicial europeu .....	61
2.2 A consulta prejudicial na Comunidade Andina .....	63
2.3 A consulta prejudicial no Sistema Centroamericano .....	66
2.4 O reenvio prejudicial interamericano .....	70
2.4.1 A moldura jurídica do mecanismo .....	72
2.4.2 Aspectos práticos .....	74
<b>3 A ARTICULAÇÃO ENTRE CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE E REENVIO PREJUDICIAL INTERAMERICANO .....</b>	<b>77</b>
3.1 A convergência teórica entre o controle jurisdicional de convencionalidade e o reenvio prejudicial interamericano .....	77
3.2 A articulação prática entre os mecanismos e seus efeitos.....	80
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>83</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>87</b>

## INTRODUÇÃO

O direito internacional dos direitos humanos vem revolucionando o direito internacional desde a proclamação do seu documento fundador, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Renovava-se a tentativa de evitar a barbárie da guerra, a tirania e a opressão, que antes era tarefa exclusiva da diplomacia.

A normativa internacional dos direitos humanos tem um aspecto que a diferencia dos outros tratados firmados na ordem internacional. Trata-se do reconhecimento da centralidade dos direitos e liberdades do ser humano para a manutenção da paz. A promoção de melhores condições de vida, a proteção do homem comum pelo Estado de Direito contra a tirania e a opressão, a igualdade de direitos, o respeito à dignidade inerente a todo ser humano e a expansão da liberdade são os objetivos de uma ordem internacional em que não apenas a força do Estado é limitada, como este passa a ser responsabilizado pelos abusos cometidos.

Avançou-se muito com a elaboração de diversos tratados internacionais sobre direitos humanos desde a Declaração de 1948 e os dois Pactos de 1966. Atualmente, o tema é discutido quase diariamente nos veículos de comunicação, não se resumindo aos foros jurídicos. As ações da Organização das Nações Unidas, de ONG's como a Human Rights Watch e de tribunais de direitos humanos, dentre outros atores, colocam o debate sobre os direitos humanos na ordem do dia.

Ao jurista cabe, no entanto, ir além da discussão política sobre o tema e da exegese dos direitos declarados. Sem ignorar a importância desses aspectos, o pensamento jurídico sobre direitos humanos deve voltar-se para a garantia de efetividade, especialmente no plano judicial.

A partir das convenções europeia e americana de direitos humanos, surgiu a proteção judicial regional dos direitos humanos. A Corte Europeia de Direitos Humanos, em funcionamento desde 1959, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, estabelecida em 1979, são os mais destacados órgãos judiciais de proteção dos direitos humanos no âmbito regional.

É no contexto da atuação judicial regional de proteção dos direitos humanos, especificamente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em cooperação com



as jurisdições nacionais que se insere a presente monografia. A evolução da jurisprudência da Corte IDH contribuiu para a consolidação da ideia de que as obrigações assumidas em âmbito internacional devem ser cumpridas por todas as esferas do Estado, de modo que não apenas o legislativo e o executivo estão comprometidos, mas também o judiciário.

Nesta linha, vem crescendo as decisões da Corte de San José que influenciam as sentenças nacionais. Por ser a mais aperfeiçoada instância de salvaguarda dos direitos humanos, conforme observa Cançado Trindade, o poder judiciário necessita de uma coordenação eficaz dos mecanismos protetivos para que a prestação jurisdicional seja satisfatória.<sup>1</sup>

É este o foco do presente trabalho monográfico, particularmente a articulação entre controle jurisdicional de convencionalidade e reenvio prejudicial interamericano, duas ferramentas que são de certa forma causa e consequência do movimento de aproximação interjurisdicional entre cortes regionais e tribunais nacionais.

O controle jurisdicional de convencionalidade é abordado no capítulo 1. Suas origens na Europa e na América, a evolução na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e os modelos de aplicação do instituto nos âmbitos interamericano e nacional são analisados detalhadamente.

Em termos conceituais, o controle jurisdicional de convencionalidade é a obrigação dos juízes nacionais e das cortes regionais de verificar a compatibilidade dos ordenamentos nacionais com os tratados internacionais, devendo ser suspendida a eficácia das regras internas nas situações em que houver conflito normativo. A evolução do instituto no continente americano requer, portanto, um diálogo interjurisdicional aberto e fortalecido.

De maneira semelhante, o reenvio prejudicial interamericano, matéria estudada no capítulo 2, também dependerá da comunicação entre os juízes da Corte Interamericana de Direitos Humanos com os magistrados nacionais. Concebido com inspiração no reenvio prejudicial comunitário europeu, trata-se de mecanismo idealizado para harmonizar a interpretação e a aplicação do direito internacional dos direitos humanos no continente americano.

---

<sup>1</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. pp. 115 e 117.

O reenvio prejudicial interamericano será suscitado por meio do envio de questionamento sobre um ponto de difícil interpretação relacionado aos direitos humanos pelo juiz nacional ao juiz da Corte Interamericana. A partir da decisão do magistrado da Corte de San José, o juiz nacional dará prosseguimento à lide e decidirá em conformidade com a autêntica interpretação sobre o direito internacional dos direitos humanos.

Em sua aplicação original no direito comunitário europeu, o reenvio prejudicial foi previsto legislativamente, porém seu sucesso é devido à ação no âmbito jurisdicional. A transformação dos juízes nacionais em juízes comunitários não foi fruto de enunciados positivados, mas da implementação jurisdicional do direito da Europa unida.

À luz do exposto, visualiza-se a possibilidade de concertação entre o controle jurisdicional de convencionalidade e o reenvio prejudicial interamericano, conforme será tratado no capítulo 3. Os motivos são as semelhanças funcionais que ambos compartilham, como o estímulo ao diálogo interjurisdicional, a aplicação do direito internacional dos direitos humanos por meio da atuação do poder judiciário, a índole uniformizadora e a ênfase no protagonismo judicial no processo de construção de meios processuais capazes de conferir efetividade aos tratados de proteção da pessoa humana.

Enfim, a contribuição da presente monografia é produzir uma reflexão que possa colaborar com o desenvolvimento de mecanismos processuais de implementação do direito internacional dos direitos humanos. Para isso, estudaram-se duas ferramentas que apontam para o aprofundamento do diálogo interjurisdicional e da implementação dos direitos humanos, que deve ser aprimorado por meio da articulação entre ambas, matéria que se apresenta como um verdadeiro desafio ao pensamento jurídico.

# 1 O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE

## 1.1 Considerações preliminares

O controle jurisdicional de convencionalidade é o *judicial review* das leis nacionais a partir das normas de direito internacional. Seus fundamentos político-jurídicos residem na obrigação dos Estados de cumprir efetivamente os pactos que assinam, no dever de boa-fé nas relações internacionais e no compromisso de preservar e fortalecer uma comunidade internacional regida pelo direito das gentes.

A razão jurídica específica é a superioridade hierárquica do direito internacional em relação ao direito interno. Não há sentido na existência de normas internacionais caso elas possam ser alteradas por leis ordinárias dos Estados quando for conveniente para a Legislatura, ou por outros atos estatais.

O princípio do *pacta sunt servanda*, que dá vida e rege a comunidade internacional em termos jurídicos, deve ser considerado supremo e permanente. Sua interpretação anda de mãos dadas com o princípio da primazia do direito internacional sobre o direito interno – logicamente temperado eventualmente pelos direitos fundamentais previstos nas Cartas Constitucionais.

A aplicação combinada de ambos, com a consequente afirmação da prevalência (temperada) da norma internacional sobre a lei nacional conflitante, é a única forma de se garantir o respeito à ordem jurídica internacional.

A adoção de outro entendimento consagra uma ordem internacional guiada pela vontade ilimitada dos Estados, relegando os documentos internacionais ao plano da retórica. Lamentavelmente, a experiência dos países democráticos revela que os poderes políticos consideram que a maior parte das regras internacionais está sujeita aos interesses imediatos dos governantes. O arranjo político da ocasião costuma determinar a postura frente às situações que ensejam a aplicação de normas internacionais.

Assim, tanto o Poder Executivo quanto o Poder Legislativo, nos países livres, procuram criar artifícios jurídicos para descumprir a normativa internacional de forma total ou parcial, explícita ou velada. Em face desta situação, excepcionada por países com tradição de respeito ao direito internacional e elevado desenvolvimento humano, como a Suíça e as nações do Norte da Europa, torna-se indispensável a

atuação do Poder Judiciário como fiscal e promotor da aplicação do direito das gentes.

A intervenção do Judiciário, no entanto, não é ativa, como ocorre com os poderes políticos, mas dependente da provocação pela cidadania. A movimentação da jurisdição está vinculada à existência de mecanismos processuais adequados à proteção dos direitos. Os remédios condicionam a efetividade dos direitos.

É neste ponto que surge o controle jurisdicional de convencionalidade. Garante-se por meio de uma ferramenta processual a conformação dos atos estatais aos diplomas internacionais. De maneira similar ao *judicial review* clássico, aplicado com fulcro na Constituição, busca-se a salvaguarda de normas jurídicas superiores às leis ordinárias através da ação do Poder Judiciário.

Em virtude de o direito das gentes ser protegido também por Cortes Internacionais, cuja jurisprudência vincula o comportamento de todos os órgãos dos Estados, o controle jurisdicional de convencionalidade não se restringe ao âmbito do direito interno, sendo exercido igualmente por tribunais como o Tribunal de Justiça da União Europeia e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Evidentemente, a expansão da judicialização do direito internacional contém um elevado teor político. Demanda, essencialmente, um estágio avançado de respeito ao princípio da separação dos poderes, ao princípio da legalidade, ao princípio da igualdade perante a lei e da independência e imparcialidade dos juízes. Em suma, são indispensáveis as instituições que materializam a *rule of law* no âmbito interno.

Com efeito, a postura dos países frente ao direito internacional e o grau de evolução das instituições do Estado de Direito não são uniformes globalmente. Dessas características decorre a maior probabilidade de aplicação do controle jurisdicional de convencionalidade pelos juízes nacionais, e de respeito às decisões proferidas por Cortes Internacionais em sede de *judicial review*, na União Europeia e em alguns países do continente americano.

Depara-se, deste modo, com uma defesa judicial da ordem internacional realizada em diferentes níveis no que tange ao controle de convencionalidade, viável somente em poucos lugares do mundo, os quais são as referências do presente estudo. A polêmica sobre a prevalência absoluta do direito internacional sobre o direito interno ou da tese contrária fica em segundo plano, emergindo um paradigma caracterizado pela judicialização das regras internacionais.

## 1.2 Origens e evolução na Europa e nas Américas

Dois sistemas jurídicos internacionais são fundamentais para rastrear as origens e a evolução do controle jurisdicional de convencionalidade: o sistema comunitário europeu e o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

### 1.2.1 A contribuição do Velho Continente: um laboratório de experimentação

O direito comunitário europeu é um dos marcos da mudança de paradigma operada nas relações entre o direito internacional e o direito interno. No panorama comunitário, o Tribunal de Justiça da União Europeia<sup>2</sup>, órgão jurisdicional de cúpula da União Europeia, localizado em Luxemburgo, vem exercendo desde sua criação um papel fundamental na garantia do equilíbrio das instituições comunitárias e na preservação da unidade, coerência e eficácia da ordem jurídica comunitária.<sup>3</sup>

Como apontam João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos, quando o Tribunal de Luxemburgo busca obrigar os Estados a seguir as disposições do direito comunitário assemelha-se, por vezes, a um tribunal internacional.<sup>4</sup> E isto é levado a cabo por meio da revelação dos princípios da ordem jurídica comunitária, especificamente os princípios da primazia do direito comunitário e da aplicabilidade direta.

A obrigação de conformar-se ao direito comunitário foi sintetizada no princípio da primazia do direito comunitário sobre o direito interno dos Estados. Trata-se de construção pretoriana do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias<sup>5</sup>, cuja origem remonta ao caso *Costa v. ENEL*, de julho de 1964, em que um juiz milanês submeteu ao Tribunal uma questão de interpretação de determinadas disposições comunitárias. O acórdão afirmou a superioridade da ordem jurídica comunitária sobre as ordens nacionais:

*<<... Esta integração no direito de cada país membro, de disposições provenientes de fonte comunitária e, mais genericamente, os termos e o*

<sup>2</sup> Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o seu nome mudou de Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias para Tribunal de Justiça da União Europeia.

<sup>3</sup> CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. **Manual de direito comunitário**. 4ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004. p. 187.

<sup>4</sup> *Ibidem*. p. 187.

<sup>5</sup> Atual Tribunal de Justiça da União Europeia.

*espírito do Tratado têm por corolário a impossibilidade para os Estados-membros de fazer prevalecer, contra uma ordem jurídica por eles aceite numa base de reciprocidade, uma medida unilateral ulterior...>>*

*<<... Resulta do conjunto destes elementos que, emanado de uma fonte autónoma, o direito resultante do Tratado não poderia, em razão de sua natureza originária específica, ver-se judiciariamente confrontado com um texto de direito interno, qualquer que este fosse, sem perder o seu carácter comunitário e sem que fossem postos em causa os fundamentos jurídicos da própria Comunidade.>>*

*<<... As obrigações contraídas em virtude do Tratado que institui a Comunidade não seriam incondicionais mas tão-somente eventuais se pudessem ser postas em causa por actos legislativos posteriores dos signatários.>><sup>6</sup>*

No caso *Internationale Handelsgesellschaft*, a Corte Europeia aprofundou este entendimento. Decidiu que a Constituição de um Estado-membro não atinge a validade de um ato comunitário, estendendo, portanto, a primazia do direito comunitário também em relação às normas constitucionais dos Estados-membros.<sup>7</sup>

O outro princípio chave do desenvolvimento do direito comunitário europeu é o da aplicabilidade direta. Assegura-se, em razão de dito princípio, que as normas comunitárias se integram automaticamente, de pleno direito, na ordem jurídica interna dos Estados. Os indivíduos podem invocá-las internamente e os tribunais nacionais devem aplicá-las como se fossem normas internas.<sup>8</sup>

O princípio da aplicabilidade direta foi construído pela jurisprudência do Tribunal de Luxemburgo. A decisão do caso *Van Gend en Loos*, de 5 de fevereiro de 1963, na qual afirmou-se também a autonomia do direito comunitário, foi pioneira neste sentido:

*<<Que, além disso, o papel do Tribunal comunitário, no quadro do art.º 117.º (agora 234.º) cuja finalidade é a de assegurar a unidade de interpretação do Tratado pelas jurisdições nacionais – confirma que os Estados reconheceram ao direito comunitário uma autoridade susceptível de ser invocada pelos respectivos nacionais perante essas jurisdições;*

*<<Que forçoso é concluir, deste estado de coisas, que a Comunidade constitui uma nova ordem jurídica de direito internacional, em proveito da qual os estados limitaram, embora em domínios restritos, os seus direitos soberanos e cujos sujeitos são não apenas os Estados-membros mas igualmente os respectivos nacionais;*

*<<Que, por isso, o direito comunitário, independente da legislação dos Estados-membros, do mesmo modo que cria obrigações para os particulares é igualmente destinado a originar direitos que integram o seu património jurídico; que tais direitos surgem não somente quando o Tratado explicitamente os atribui mas também por força de obrigações que o*

<sup>6</sup> CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. **Manual de direito comunitário**. 4ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004. p. 399. Em itálico no original.

<sup>7</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 128.

<sup>8</sup> CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. op. cit. p. 364.

*Tratado impõe de maneira bem definida tanto aos particulares como aos Estados-membros e às Instituições Comunitárias...>>*<sup>9</sup>

No caso *Lütticke*, julgado em 1966, o Tribunal proclamou que os efeitos diretos das regras do Tratado criam obrigações de agir, enquanto nas decisões dos casos *Grad*, de 1970, *Van Duyn*, de 1974, e *V.N.O.*, de 1977, determinou-se a extensão dos mesmos efeitos às diretivas comunitárias, desde que imponham aos Estados obrigações suficientemente precisas e cuja execução não comporte o exercício de um poder de apreciação. Ainda, nos acórdãos *Bolmann*, de 1970, e *Variola*, de 1973, o Tribunal de Luxemburgo procurou conferir o pleno alcance do efeito direto aos regulamentos.<sup>10</sup>

A definição de aplicabilidade direta, no entanto, foi fornecida pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias apenas no Acórdão *Simmenthal*, de 9 de março de 1978, conforme se pode verificar no seguinte trecho da decisão:

*<<que as normas comunitárias produzem a plenitude dos seus efeitos, de modo uniforme em todos os Estados-membros, a partir da sua entrada em vigor e durante todo o período da respectiva vigência. Assim, estas disposições constituem uma fonte imediata de direitos e obrigações para todos os seus destinatários, quer se trate de Estados-membros ou de particulares, que sejam titulares de relações jurídicas às quais se aplique o direito comunitário. Isto vale igualmente para o juiz que no âmbito das suas competências tem, enquanto titular de um órgão de um Estado-membro, por missão proteger os direitos conferidos aos particulares pelo direito comunitário>>*<sup>11</sup>

As sentenças mencionadas foram fruto de questões prejudiciais enviadas ao Tribunal de Luxemburgo, em virtude da previsão do art. 234 do Tratado das Comunidades Europeias<sup>12</sup>. Este dispositivo ordenava que quando o juiz nacional fosse confrontado com uma dificuldade de interpretação ou de apreciação da validade de normas comunitárias, deveria enviar a questão de forma prejudicial ao Tribunal de Luxemburgo a fim de esclarecer o sentido da norma.

É a figura do reenvio prejudicial, instrumento processual que proporciona a qualquer juiz nacional a possibilidade de um diálogo construtivo com os juízes de

<sup>9</sup> CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. **Manual de direito comunitário**. 4ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004. p. 375. Em itálico no original.

<sup>10</sup> PITTA E CUNHA, Paulo de. **A lógica integracionista e a supremacia do ordenamento comunitário**. Conferência proferida na Ordem dos Advogados em 01/06/1983 no âmbito do ciclo consagrado ao tema geral "A recente evolução e perspectivas do Direito em Portugal." p. 257-258. Disponível em: [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/Pitta84.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Pitta84.pdf). Acesso em: 19 de nov. de 2012.

<sup>11</sup> CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. op. cit. p. 378.

<sup>12</sup> Equivalente ao art. 267 do Tratado de Lisboa.

Luxemburgo com o objetivo de conferir uniformidade na interpretação e aplicação do direito comunitário.<sup>13</sup> Concretiza o terceiro elemento fundamental do *federalismo jurídico comunitário*, a uniformidade interpretativa e aplicativa das normas europeias, completando os princípios da primazia do direito comunitário e da aplicabilidade direta.

Como se pode observar, a jurisprudência ativista do Tribunal de Justiça europeu erigiu três pilares sólidos para o direito comunitário: a primazia das normas comunitárias, a aplicabilidade direta delas e a uniformidade na interpretação e aplicação.

Em decorrência da consolidação destes princípios na ordem comunitária, o Tribunal de Luxemburgo transformou a prestação jurisdicional no Velho Continente. As Cortes e os juízes nacionais viram-se obrigados a compatibilizar a ordem nacional com as normas comunitárias.

A maior parte das jurisdições nacionais acabou por aceitar a superioridade hierárquica das normas comunitárias sobre as leis internas ordinárias, havendo maior controvérsia nos conflitos envolvendo normas constitucionais. Demonstrar-se-á tal asserção a partir dos casos da Holanda, da França e da Alemanha, que permitem entrever inclusive a aplicação do controle jurisdicional de convencionalidade.

Na Holanda<sup>14</sup>, é aceita de forma pacífica a superioridade da normativa internacional em face das normas internas, sendo consagrado pela Constituição o sistema monista.

A interpretação e aplicação da lei internacional, em especial do direito comunitário, é prática cotidiana das Cortes Holandesas. Em princípio, Geert Corstens e Jan Watse Fokkens – respectivamente, Presidente da Suprema Corte dos Países Baixos e Procurador Geral na Suprema Corte – consideram que os dispositivos de direito nacional incompatíveis com as leis europeias não são aplicáveis.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. **Contencioso Comunitário**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002. p. 109.

<sup>14</sup> A Constituição dos Países Baixos está disponível no site do *International Constitutional Law Project Information*: <<http://www.servat.unibe.ch/icl/info.html>> Acesso em: 5 de nov. de 2012.

<sup>15</sup> A visão de Geert Corstens e Jan Watse Fokkens está expressa no *Supreme Court report* para o ano 2009-2010, cujo tema foi a internacionalização do direito. Disponível em: <<http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/OverDeHogeRaad/publicaties/Pages/Internationalisationofthelaw.aspx>> Acesso em: 6 de nov. de 2012.



O artigo 91 (1) da Constituição de 1983 estabelece a necessidade de prévia aprovação do Parlamento para que os tratados internacionais, ou sua denúncia, adquiram caráter vinculante – os casos em que não for necessária a chancela legislativa serão especificados por Ato do Parlamento (parte final do art. 91 (1)).

Quaisquer cláusulas de um tratado que conflitem ou tenham a possibilidade de levar a conflitos com a Constituição devem ser aprovadas pelas Câmaras do Parlamento somente se dois terços dos votos forem favoráveis ao compromisso internacional, conforme a dicção do art. 91 (3).

Assim, caso seja obedecido este rito, a norma internacional terá valor supraconstitucional. Consequentemente, na opinião de Celso de Albuquerque Mello, “existe neste sentido o controle de convencionalidade e o D. Constitucional tem que ser conforme ao DIP.”<sup>16</sup>

A Constituição Holandesa contém também, nos artigos 92 e 93, cláusulas de transferência de poderes estatais para instituições internacionais por meio de tratados e de garantia da aplicação direta de tratados e resoluções dessas instituições.

Destaca-se, ainda, o disposto no artigo 94 da Constituição dos Países Baixos. Segundo esta norma constitucional, as leis em vigor no Reino não serão aplicadas se estiverem em conflito com as disposições de tratados que vinculem a todas as pessoas, ou com resoluções de instituições internacionais.

A Carta Magna holandesa autoriza, desta forma, um *judicial review* internacional brando, pois não se declara a nulidade da regra nacional, apenas se deixa de aplicar no caso concreto. Depreende-se um caráter difuso de controle da conformação das leis em face da normativa internacional, dado que não é prevista a exclusividade do controle de convencionalidade pela *Hoge Raad Der Nederlanden*.

Ainda, o texto constitucional permite apenas um controle jurisdicional *in concreto* de convencionalidade, não constando entre as competências da Suprema Corte dos Países Baixos a possibilidade de julgamento de lei em tese.

Geert Corstens e Jan Watse Fokkens sublinham que é relativamente incomum que os tribunais holandeses deixem de aplicar um Ato do Parlamento por ser incompatível com as leis internacionais. Nestas situações as cortes frequentemente interpretam a legislação nacional e internacional de maneira a

---

<sup>16</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 133.

harmonizar os dispositivos. Ou seja, não é utilizado plenamente o poder implícito no artigo 94 da Constituição de 1983. Prevalece uma postura de *self-restraint*, semelhante àquela adotada em relação aos poderes do Parlamento.<sup>17</sup>

As restrições do *judicial review* da convencionalidade na Holanda decorrem, em boa medida, do fato de o controle jurisdicional de constitucionalidade dos Atos do Parlamento ser vedado expressamente pelo artigo 120 da Constituição de 1983.<sup>18</sup> À Suprema Corte foram atribuídos poderes para verificar apenas a legalidade das decisões judiciais (artigo 118 (2) da Constituição). Cuida-se do conhecido instituto da cassação, que é a tarefa mais importante exercida pela Corte.<sup>19</sup>

Sem embargo, verifica-se que é frequente a referência a decisões de Cortes Europeias pela *Hoge Raad Der Nederlanden*, no que se configura um intercâmbio de argumentos e um diálogo entre tribunais.<sup>20</sup> A verificação deste fenômeno demonstra que as barreiras para a aplicação efetiva do controle jurisdicional de convencionalidade na Holanda podem estar mais relacionadas com questões de psicologia jurídica do que propriamente com problemas concernentes ao instrumental processual.

Na França, a primazia da norma comunitária europeia está amparada no artigo 55 da Constituição de 1958. Segundo este dispositivo, os tratados ou acordos regularmente ratificados ou aprovados têm, desde sua publicação, uma autoridade

---

<sup>17</sup> *Supreme Court report*, 2009-2010. Disponível em: <<http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/OverDeHogeRaad/publicaties/Pages/Internationalisationofthelaw.aspx>> Acesso em: 6 de nov. de 2012.

<sup>18</sup> Sobre a vedação ao controle jurisdicional de constitucionalidade nos Países Baixos, informa o sítio da *Hoge Raad Der Nederlanden*: “The Dutch Constitution prohibits the courts from reviewing the constitutionality of Acts of Parliament, although they are obliged to assess whether statutory regulations are compatible with international treaties. The ban on constitutional review is laid down in article 120 of the Constitution. This does not mean that this type of legislation is at no point reviewed in the light of the Constitution. This is in fact done during the preparatory stage by the bodies involved in enacting legislation (the Council of State in its advisory role, and the legislature, in other words, the government and both Houses of Parliament). It is first and foremost the responsibility of these bodies to ensure that no legislation is passed that is in conflict with the Constitution.” Disponível em <<http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/Supreme-court/Pages/The-ban-on-constitutional-review.aspx>> Acesso em: 06 de Nov. de 2012.

<sup>19</sup> Conforme o sítio da Suprema Corte dos Países Baixos, “The most important task of the Supreme Court is cassation. The aim of cassation is to preserve legal uniformity, to steer the development of law and to safeguard legal protection. Cassation is a check on the quality of contested judgments given by the courts of appeal as regards both the application of law and the legal reasoning behind it.” Disponível em: <<http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/Supreme-court/Cassation-the-main-task-of-the-Supreme-Court/Pages/default.aspx>> Acesso em: 06 de Nov. de 2012.

<sup>20</sup> *Supreme Court report*, 2009-2010. Disponível em: <<http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/OverDeHogeRaad/publicaties/Pages/Internationalisationofthelaw.aspx>> Acesso em: 6 de nov. de 2012.

superior a das leis, sob a condição, para cada acordo ou tratado, do cumprimento de suas cláusulas pelo outro Estado.

Apesar da clareza do artigo 55 da Carta Política francesa, o ordenamento não muniu a cidadania de mecanismos que garantissem a declarada suprallegalidade do direito internacional. Some-se a isso o fato de a França não ter contado com um autêntico sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade até a recente Lei constitucional nº 2008-724, de 23 de julho de 2008, mediante a qual foi introduzido um *judicial review* das leis *a posteriori* através de uma questão prejudicial de constitucionalidade.<sup>21</sup>

Durante o período das decisões do Tribunal de Luxemburgo acima mencionadas, das décadas de 60 e 70, a República Francesa dispunha “de um tipo de controle de constitucionalidade muito limitado, e à luz de uma pesquisa comparativa, decididamente, rudimentar.”<sup>22</sup>

A França oferecia diversos exemplos de controle político da conformidade da legislação em face da Constituição, mas não de um verdadeiro *judicial review*.<sup>23</sup> O *Conseil Constitutionnel*, órgão de natureza não propriamente jurisdicional, tem entre suas competências a realização do controle de constitucionalidade em caráter preventivo, sendo obrigatório em relação a leis orgânicas.<sup>24</sup>

Devido à ausência de um verdadeiro recurso ou impugnação de parte, haja vista seu caráter *necessário*, pelo menos no que tange às leis orgânicas, e à forma preventiva com que era exercido o controle de constitucionalidade pelo *Conseil Constitutionnel*, Mauro Cappelletti considerava-o como uma fase do *iter* da formação da lei. Trata-se menos de um verdadeiro exame de legitimidade constitucional do que de um ato no processo de formação da lei.<sup>25</sup>

A natureza política do *Conseil Constitutionnel*, a ausência de audiências orais, a ausência de contraditório e o fato de ser um procedimento em que não existem

---

<sup>21</sup> JIMENA QUESADA, Luis. **Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿un desafío para los Tribunales Constitucionales en la Unión Europea?** VIII Congreso de la ACE. “Derecho constitucional europeo”. San Sebastián/Donosti: 4-5 de fevereiro de 2010. p. 11. Disponível em: <<http://www.acoes.es/congresoVIII/documentos/Jimena.Ponencia.pdf>> Acesso em: 6 de nov. 2012.

<sup>22</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 30.

<sup>23</sup> Ibidem. p. 27.

<sup>24</sup> Ibidem. pp. 27-29.

<sup>25</sup> Ibidem. p. 29.

verdadeiras partes, reforçam a ideia de que o controle de constitucionalidade exercido por este órgão não é jurisdicional.<sup>26</sup>

O outro órgão de cúpula francês é a *Cour de Cassation*. Trata-se do supremo órgão *judiciário* de controle dos erros de direito cometidos pelos juízes inferiores. É responsável, portanto, pelo controle de legalidade através do instituto da Cassação.<sup>27</sup>

Criado em 1790, o *Tribunal de Cassation* foi instituído como um órgão não judicial de “controle constitucional”, de modo a evitar que órgãos judiciais invadissem a esfera do poder legislativo. A ideologia subjacente à criação do *Tribunal de Cassation* era a da estrita separação dos poderes, motivada pela grande desconfiança dos cidadãos em relação ao judiciário. A intenção era obrigar os magistrados a observar a lei de forma estreita e textual.<sup>28</sup>

Durante o século XIX, no entanto, o *Tribunal de Cassation*, denominado posteriormente *Court de Cassation*, sofreu grandes modificações. A partir da Lei de 1º de abril de 1837, a Corte de Cassação tornou-se a Suprema Corte da interpretação jurisprudencial francesa. Em suma, a Corte passou a exercer o controle de legalidade que, apesar de ser claramente distinto, não se opõe nem é absolutamente inconciliável com o controle de constitucionalidade das leis<sup>29</sup>.

Ironicamente, por um capricho que somente os historiadores do direito conseguiriam explicar, o controle jurisdicional de convencionalidade das leis parece ter sido exercido pela primeira vez na França – conferindo efetividade aos princípios de direito comunitário firmados pelo Tribunal de Luxemburgo. Justamente o *Conseil Constitutionnel* e a *Court de Cassation*, instituições sem uma tradição de *judicial review*, dotadas de limitados poderes de exame das leis devido à ideologia predominante de desconfiança em relação ao Judiciário e respeito absoluto à norma legislada, foram os protagonistas na concepção do controle de convencionalidade.

A Decisão 14-54 DC, de 15 de janeiro de 1975, também conhecida como decisão “IVG” (*interruption volontaire de la grossesse* – interrupção voluntária da gravidez), proferida pelo Conselho Constitucional francês é o marco inicial do

---

<sup>26</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984. pp. 28-29.

<sup>27</sup> Ibidem. p. 39.

<sup>28</sup> Ibidem. p. 40.

<sup>29</sup> Ibidem. pp. 43-44.

controle de convencionalidade. Na espécie, o órgão se declarou incompetente para exercer o controle de convencionalidade argumentando que:

la superioridad de los tratados sobre las leyes (...) presenta un carácter a la vez relativo y contingente teniendo en cuenta, de un lado, que dicha superioridad se limita al ámbito de aplicación del tratado y, de otro lado, que dicha superioridad está subordinada a una condición de reciprocidad cuya relación puede variar.<sup>30</sup>

A Corte de Cassação, por sua vez, posicionou-se no sentido da prevalência da norma internacional sobre a lei francesa no caso *Administration des douanes contre Société des Cafés Jacques Vabre et Société Weigel*, de 24 de maio de 1975.

Na espécie, a sociedade cafeeira francesa Jacques Vabre, que importava café solúvel da Holanda desde 1964, impugnou a cobrança do imposto de consumo pela Alfândega francesa, realizada com fulcro no Código Tributário gálico. Sustentava que o imposto exigido pelo Fisco francês era superior ao que se pagava pela importação de café verde para fabricação de café solúvel na França, pleiteando a restituição dos valores pagos a maior.<sup>31</sup>

O núcleo do litígio era o conflito entre o artigo 95 do Tratado de Roma, que previa que nenhum Estado poderia onerar os produtos dos demais Estados-membros com impostos internos superiores aos que incidem sobre os produtos nacionais similares, e o artigo 265 do diploma fiscal francês, que entrou em vigor em 6 de abril de 1960.<sup>32</sup>

Como o Tratado de Roma entrou em vigor em 1º de janeiro de 1958, o Judiciário francês estava diante de um conflito entre tratado internacional anterior e lei nacional posterior. O Tribunal de primeira instância proferiu decisão deferindo o pedido da demandante, confirmada pelo Tribunal de Apelação de Paris, em 1973.<sup>33</sup>

O Fisco, então, interpôs recurso para a *Cour de Cassation*, que manteve as decisões anteriores. O entendimento firmado pela Corte de Cassação, da

<sup>30</sup> JIMENA QUESADA, Luis. **Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿un desafío para los Tribunales Constitucionales en la Unión Europea?** VIII Congreso de la ACE. "Derecho constitucional europeo". San Sebastián/Donosti: 4-5 de fevereiro de 2010. p. 12. Disponível em: <<http://www.acoes.es/congresoVIII/documentos/Jimena.Ponencia.pdf>> Acesso em: 6 de nov. 2012.

<sup>31</sup> DOLINGER, Jacob. **Conflito entre fontes no Direito Internacional Privado**. Disponível em: <<http://direitosp.freevar.com/curso/dolinger7.htm>> Acesso em: 2 de dez. de 2012.

<sup>32</sup> Ibidem.

<sup>33</sup> Ibidem.

superioridade do tratado internacional anterior sobre a lei interna posterior, fundou-se no artigo 55 da Carta Política francesa e na especificidade do direito comunitário europeu, que constitui uma ordem jurídica própria para os países dela integrantes.<sup>34</sup>

O Conselho de Estado, por outro lado, manteve respeito absoluto à norma legislada, recusando o exame da compatibilidade da legislação interna em face dos tratados internacionais até o fim da década de 80. Apenas no caso *Nicolo*, de 20 de outubro de 1989, garantiu-se que as leis francesas devem respeitar os tratados anteriores, possibilitando um controle efetivo das normas internas também pelo Conselho de Estado.<sup>35</sup>

A jurisprudência *Nicolo* expandiu-se rapidamente para as normas comunitárias. Na sentença *Boisdet*, de 24 de setembro de 1990, o Conselho de Estado assegurou a prevalência dos regulamentos comunitários sobre as leis posteriores, anulando uma decisão ministerial.<sup>36</sup>

A supremacia das diretivas foi afirmada no caso *AS Rothmans*, julgado em 28 de fevereiro de 1992.<sup>37</sup> Na espécie, o Conselho de Estado determinou a anulação de decreto que dava ao Ministro do Orçamento o direito de fixar o preço do tabaco, inaplicando lei de 1976 por violar uma diretiva da comunidade europeia.<sup>38</sup>

A vocação expansiva do *leading case Nicolo*, no entanto, encontrou limite no caso *Serran*, de 30 de outubro de 1998, em que o Conselho de Estado decidiu que a supremacia outorgada aos compromissos internacionais pelo artigo 55 da

<sup>34</sup> DOLINGER, Jacob. **Conflito entre fontes no Direito Internacional Privado**. Disponível em: <<http://direitosp.freevar.com/curso/dolinger7.htm>> Acesso em: 2 de dez. de 2012.

<sup>35</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 134. Também sobre o caso: JIMENA QUESADA, Luis. **Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿un desafío para los Tribunales Constitucionales en la Unión Europea?** VIII Congreso de la ACE. "Derecho constitucional europeo". San Sebastián/Donosti: 4-5 de fevereiro de 2010. p. 12. Disponível em: <<http://www.acoes.es/congresoVIII/documentos/Jimena.Ponencia.pdf>> Acesso em: 6 de nov. 2012.

<sup>36</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 134. Também sobre o caso: JIMENA QUESADA, Luis. **Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿un desafío para los Tribunales Constitucionales en la Unión Europea?** VIII Congreso de la ACE. "Derecho constitucional europeo". San Sebastián/Donosti: 4-5 de fevereiro de 2010. p. 12. Disponível em: <<http://www.acoes.es/congresoVIII/documentos/Jimena.Ponencia.pdf>> Acesso em: 6 de nov. 2012.

<sup>37</sup> JIMENA QUESADA, Luis. **Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿un desafío para los Tribunales Constitucionales en la Unión Europea?** VIII Congreso de la ACE. "Derecho constitucional europeo". San Sebastián/Donosti: 4-5 de fevereiro de 2010. p. 12. Disponível em: <<http://www.acoes.es/congresoVIII/documentos/Jimena.Ponencia.pdf>> Acesso em: 6 de nov. 2012.

<sup>38</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. op. cit. p. 135.

Constituição não se aplica às normas constitucionais. A Corte de Cassação esposou o mesmo entendimento no paradigmático caso *Fraisse*, de 2 de junho de 2000.<sup>39</sup>

Deduz-se, portanto, da evolução da jurisprudência das altas instâncias judiciais francesas que o controle de convencionalidade é uma prática consolidada. Mesmo havendo resistência no que tange às normas constitucionais, o exame da compatibilidade das leis e atos estatais franceses com a normativa comunitária é autorizado e vem sendo regularmente aplicado desde a década de 70.

Na Alemanha, Bodo Pieroth e Bernhard Schlink afirmam que o direito da União Europeia goza, em princípio, do primado de aplicação em face do direito alemão, inclusive dos direitos fundamentais.<sup>40</sup> Konrad Hesse advoga entendimento mais cauteloso, lecionando que o direito comunitário prevalece, fundamentalmente, sobre o direito nacional no caso de colisão, porém encontra na Constituição uma barreira não-removível, os direitos fundamentais e os princípios estabelecidos na *Grundgesetz*.<sup>41</sup>

No que tange à recepção do direito internacional público na Alemanha, o artigo 25 da Lei Fundamental prevê que as normas gerais de direito internacional público constituem parte integrante do direito federal, tendo primazia sobre as leis e criando direitos e deveres de modo imediato para os habitantes do território federal.<sup>42</sup>

As normas gerais de direito internacional público são as regras reconhecidas pela maior parte dos Estados, tais como as relativas ao direito de guerra e ao direito diplomático.<sup>43</sup> Gozam de *status* supralegal, localizando-se acima das leis em geral e abaixo da Constituição Federal.<sup>44</sup>

---

<sup>39</sup> JIMENA QUESADA, Luis. **Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿un desafío para los Tribunales Constitucionales en la Unión Europea?** VIII Congreso de la ACE. "Derecho constitucional europeo". San Sebastián/Donosti: 4-5 de fevereiro de 2010. p. 12. Disponível em: <<http://www.acoes.es/congresoVIII/documentos/Jimena.Ponencia.pdf>> Acesso em: 6 de nov. 2012.

<sup>40</sup> PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 111.

<sup>41</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Safe, 1998. pp. 98-99.

<sup>42</sup> KONRAD ADENAUER STIFTUNG. **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán: extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe**. Trad. Marcela Anzola Gil e Emilio Maus Ratz. Uruguay: Fundación Konrad Adenauer, 2009. p. 577.

<sup>43</sup> HESSE, Konrad. op. cit. p. 93-94.

<sup>44</sup> No artigo 100, II, combinado com o § 13, I, nº 12 e o §§ 83 da Constituição Alemã, tem-se a regulamentação processual do que foi fixado pelo artigo 25 da Constituição. Trata-se do processo de verificação normativa, cujo escopo é o esclarecimento da vigência, dos efeitos específicos e/ou da qualificação hierárquica de uma norma não escrita do direito internacional público ou de norma pré-constitucional. Qualquer tribunal pode fazer a verificação, de modo incidental, tão somente sobre a

A situação dos tratados internacionais é diversa. Estes não estão incluídos no âmbito do artigo 25 da Constituição alemã, necessitando de transformação em lei federal através da aprovação pelos corpos legislativos, conforme reza o artigo 59, alínea 2, da Lei Fundamental.<sup>45</sup>

O direito comunitário europeu, não obstante as semelhanças com o direito internacional público, goza de tratamento especial na ordem constitucional tedesca. Os artigos 23 e 24 da Lei Fundamental estabelecem o compromisso da Alemanha com a União Europeia, assegurando a transferência de direitos de soberania, desde que seja garantida uma proteção dos direitos fundamentais comparável àquela presente na *Grundgesetz*.

Destarte, a própria Lei Fundamental determina a primazia do direito comunitário sobre o direito alemão, inclusive em matéria constitucional, ressalvado o caso de a União Europeia reduzir o alcance dos direitos fundamentais alemães. Trata-se da renúncia à validade universal da Constituição em favor da integração europeia, compartilhando-se competências e atribuições com os poderes comunitários.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão evoluiu, desde as paradigmáticas decisões do Tribunal de Luxemburgo mencionadas acima, na direção do que está positivado na Lei Fundamental atualmente.

Na sentença conhecida como *Solange I*, ou enquanto I, de 1974, o Tribunal Constitucional Alemão entendeu que as garantias dos direitos fundamentais inscritas nos tratados comunitários não eram suficientes. Estabeleceu que o direito comunitário secundário poderia ser revisado pela Corte no controle de normas enquanto o *standard* de direitos fundamentais não fosse adequado com segurança ao da Lei Fundamental.

Posteriormente, na decisão *Solange II*, ou enquanto II, de 22 de outubro de 1986, o Tribunal de Karlsruhe modificou sua orientação, invertendo a “fórmula-

---

existência e a aplicabilidade imediata da norma, desde que o objeto não seja o direito dos tratados internacionais. MARTINS, Leonardo. **Direito processual constitucional alemão**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 26-29.

<sup>45</sup> Artigo 59. 2. Los tratados que regulan las relaciones políticas de la Federación o se refieren a materias de la legislación federal requieren la aprobación o intervención, a través de una Ley Federal, de los respectivos órganos competentes de legislación federal. A los convenios administrativos se aplicarán por analogía las disposiciones relativas a la administración. KONRAD ADENAUER STIFTUNG. **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán: extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe**. Trad. Marcela Anzola Gil e Emilio Maus Ratz. Uruguay: Fundación Konrad Adenauer, 2009. p. 587.



enquanto” como refere Konrad Hesse.<sup>46</sup> A partir de então, enquanto as Comunidades Europeias, especialmente a jurisprudência do Tribunal de Luxemburgo, mantivessem a proteção dos direitos fundamentais de maneira análoga à prevista na Lei Fundamental, o *Bundesverfassungsgericht* não interferiria mais na aplicabilidade do direito comunitário derivado.<sup>47</sup>

Na sentença *Maastricht*, de 12 de outubro de 1993, o Tribunal Constitucional revisou parcialmente o entendimento de *Solange II*. Decidiu que o critério que deve reger a compatibilidade do direito comunitário com os direitos fundamentais e os princípios da Lei Fundamental é a efetiva obediência pelas instituições europeias ao princípio democrático.

O Tribunal Constitucional Alemão sublinhou que a extensão das tarefas e faculdades das Comunidades Europeias deve ser nítida, subsistindo funções de peso substancial ao Parlamento Federal Alemão, pois a legitimidade democrática dos poderes comunitários é proporcionada pela população nacional dos Estados-membros através dos parlamentos nacionais.<sup>48</sup> Buscou, portanto, acentuar o papel do Estado no processo de integração, vedando implicitamente a possibilidade de participação da Alemanha em um Estado Federal europeu.

Ainda na sentença *Maastricht*, o *Bundesverfassungsgericht* reconheceu que trabalha em estreita cooperação com o Tribunal de Justiça Europeu, aceitando a prioridade da competência de decisão do TJUE e restringindo sua própria competência à garantia do núcleo dos direitos fundamentais inscritos na Lei Fundamental.<sup>49</sup>

Apesar das considerações de teor restritivo ao direito comunitário, o Tribunal Constitucional Federal Alemão julgou compatível o Tratado de Maastricht com a Lei Fundamental, avalizando o processo integracionista na Alemanha.

Na sentença *Lisboa*, de 30 de junho de 2009, o segundo senado do Tribunal de Karlsruhe declarou que o Tratado de Lisboa é compatível com a Lei Fundamental. Na espécie, a Corte manteve a linha argumentativa que guiou a

---

<sup>46</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Safe, 1998. p. 100.

<sup>47</sup> *Ibidem*. p. 100.

<sup>48</sup> *Ibidem*. p. 101.

<sup>49</sup> CEIA, Eleonora Mesquita. A decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão sobre a constitucionalidade do Tratado de Lisboa. **Revista da Faculdade de Direito**. N. 39. Curitiba: UFPR, 2009. p. 96. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/17034/11241>> Acesso em: 19 de nov. de 2012.

sentença *Maastricht*, reafirmando o déficit democrático das instituições europeias, a soberania alemã e a necessidade de o Parlamento Federal reter responsabilidades e competências próprias de peso substancial.

No que se refere à soberania, o Tribunal Constitucional decidiu que o processo integracionista deve respeitar a identidade constitucional alemã inalienável, prevista no artigo 79, alínea III, da Lei Fundamental. Logo, a evolução para uma Federação Europeia dependeria da promulgação de uma nova constituição. Diferentemente da sentença *Maastricht*, nesta decisão rejeitou-se explicitamente a criação de um Estado Federal Europeu.

Em virtude da expansão do tema da identidade constitucional germânica, a Corte alargou seu direito de verificar se os atos jurídicos da União Europeia são compatíveis com a Lei Fundamental. Além dos parâmetros dos direitos fundamentais e dos limites da transferência de soberania, também uma violação da identidade constitucional alemã pode levar à declaração de inaplicabilidade dos atos jurídicos comunitários.<sup>50</sup>

O ponto de maior destaque da sentença *Lisboa* é o fortalecimento das competências do Parlamento Federal Alemão em assuntos ligados à União Europeia. Tendo em vista que o Parlamento Europeu não preenche inteiramente os requisitos de uma representação democrática dos povos da União, o Tribunal Constitucional determinou de forma específica as áreas em que é indispensável a ação do Parlamento Alemão.<sup>51</sup>

Embora o tom da decisão seja de desconfiança em relação ao processo de integração europeu, o *Bundesverfassungsgericht* julgou constitucional o Tratado de Lisboa. Manteve-se a regra da primazia do direito da União sobre o direito nacional e o programa de abertura constitucional ao direito europeu estatuído nos artigos 23 e 24 da Lei Fundamental.

---

<sup>50</sup> CEIA, Eleonora Mesquita. A decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão sobre a constitucionalidade do Tratado de Lisboa. **Revista da Faculdade de Direito**. N. 39. Curitiba: UFPR, 2009. p. 96. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/17034/11241>> Acesso em: 19 de nov. de 2012. p. 105.

<sup>51</sup> Ibidem. p. 103. Eleonora Mesquita Ceia aponta alguma dessas áreas: "Essas áreas de ação formativa democrática incluem as decisões sobre: a cidadania, o monopólio civil e militar do uso da força, as finanças e os gastos públicos, incluindo o financiamento externo, o direito penal formal e material e questões culturais de particular importância, como o uso da língua, o direito de família, o sistema escolar e educacional e o trato com comunidades religiosas." CEIA, Eleonora Mesquita. *Op. cit.* p. 103.

Como se pode verificar, a situação do direito comunitário europeu na Alemanha é bastante complexa. A doutrina e a jurisprudência não fornecem respostas definitivas, deixando aos casos concretos a elucidação das questões que surgem com a evolução do processo integracionista. Percebe-se certo estranhamento por parte do Tribunal Constitucional Federal Alemão quando julga a internalização de tratados comunitários, porém é preciso salientar que o diálogo entre fontes e o diálogo interjurisdicional (com o TJUE) não é feito exclusivamente de aquiescências. Dialogar é ouvir as duas fontes, mesmo quando tiverem posicionamentos opostos – legítimos, diga-se de passagem - e buscar um caminho que proporcione ganhos e segurança para ambos os lados.

Não obstante os conflitos entre direito constitucional e direito comunitário refletidos na jurisprudência do Tribunal de Karlsruhe, demonstrou-se que é possível, e obrigatório em virtude do compromisso com a União Europeia, o controle dos atos estatais alemães com base no direito comunitário. A primazia do direito europeu e sua aplicabilidade direta são reconhecidas na Alemanha e permitem a verificação da convencionalidade das leis germânicas.

À luz do exposto, conclui-se que as decisões do Tribunal de Luxemburgo exerceram papel fundamental no processo de concretização do direito comunitário, influenciando decisivamente as Cortes nacionais europeias, conforme demonstrado nos casos holandês, francês e alemão. O diálogo entre as jurisdições nacionais e a comunitária fortaleceu a observância das normas da comunidade, que, em última análise, dependem dos juízes nacionais para serem aplicadas.

Neste cenário de colaboração entre as jurisdições foram criadas as condições para a emergência e consolidação do controle de convencionalidade na França, na Holanda e na Alemanha, restando clara a contribuição europeia na gênese do instituto.

### 1.2.2 A contribuição das Américas: a gênese do mecanismo na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão jurisdicional do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. A Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em São José da Costa Rica em 22 de

novembro de 1969, estabeleceu a Corte e a Comissão Interamericana como órgãos responsáveis pela implementação dos direitos humanos no continente.

A Corte Interamericana realizou suas primeiras reuniões na sede da OEA em Washington nos dias 29 e 30 de junho de 1979, um ano depois da entrada em vigor do Pacto de San José. A instalação em sua sede definitiva, São José, ocorreu em 3 de setembro de 1979.<sup>52</sup> Em seguida, os Estados partes elegeram os primeiros sete juízes e a Corte iniciou seus trabalhos.

Os magistrados da Corte Interamericana de Direitos Humanos são os guardiões da Convenção Americana. Eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral e de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, os juízes da Corte são escolhidos em votação secreta e pelo voto da maioria absoluta dos Estados partes na Convenção para um período de seis anos no cargo, podendo ser reeleitos uma vez.

A Corte possui competência para exercer as funções consultiva e contenciosa. No plano consultivo, os Estados-membros da OEA, mesmo que não signatários do Pacto, podem submeter pedidos de opinião consultiva sobre a interpretação e o alcance da Convenção Americana ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos (art. 64, 1/CADH). Até novembro de 2012 haviam sido emitidas 20 Opiniões Consultivas.<sup>53</sup>

Na jurisprudência consultiva da Corte Interamericana encontram-se pareceres fundamentais para a construção pretoriana do controle de convencionalidade. Na Opinião Consultiva nº 1, de 1982, a Corte esclareceu a amplitude de sua competência consultiva, a maior entre os tribunais internacionais:

La competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano.<sup>54</sup>

Na Opinião Consultiva nº 7, de 1986, solicitada pela Costa Rica, a Corte afirmou que determinados dispositivos previstos na Convenção Americana são

---

<sup>52</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. V. III. Porto Alegre: Safe, 2003. p. 50.

<sup>53</sup> Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>> Acesso em: 23 de nov. de 2012.

<sup>54</sup> CORTE IDH. **Opinião Consultiva nº 1**. 24 de setembro de 1982. p. 14.

aplicáveis *per se*, não necessitando de regulamentação interna para o seu exercício.<sup>55</sup> O dever de proteger os direitos e liberdades é derivado diretamente do texto convencional americano magno.

Na Opinião Consultiva nº 14, de 1994, a Corte decidiu que a expedição de uma lei manifestamente contrária às obrigações assumidas por um Estado ao ratificar ou aderir à Convenção Americana constitui uma violação desta, gerando a responsabilidade internacional do Estado se a violação afetar direitos e liberdades de indivíduos determinados.

Os pareceres consultivos mencionados contêm elementos fundamentais para a realização do *judicial review* por uma Corte internacional, quais sejam a vocação para a expansão dos parâmetros protetivos, a aplicabilidade direta das normas convencionais - refutando o caráter meramente programático - e a obrigatoriedade de o Estado não promulgar leis manifestamente contrárias ao texto convencional. Verifica-se o gérmen do legislador negativo, responsável por fiscalizar a produção (e a omissão) de normas domésticas com a finalidade de salvaguardar um catálogo de normas superiores em hierarquia e substância.

No plano da competência contenciosa, a Corte julga casos de violação de direitos humanos convencionais por parte dos Estados Partes. O reconhecimento da obrigatoriedade da jurisdição da Corte não se opera automaticamente no momento da ratificação ou da adesão à Convenção Americana, podendo a declaração ser

---

<sup>55</sup> Eis o trecho principal da decisão: “B. Que cuando el derecho consagrado en el artículo 14.1 no pueda hacerse efectivo en el ordenamiento jurídico interno de un Estado Parte, ese Estado tiene la obligación, en virtud del artículo 2 de la Convención, de adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la propia Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias.” CORTE IDH. **Opinião Consultiva nº 7**. 29 de agosto de 1986. p. 9. A opinião separada do Juiz Rodolfo Piza Escalante é esclarecedora: “30. En efecto, considero que lo fundamental es el deber inmediato e incondicional de cada Estado de respetar y garantizar los derechos humanos fundamentales, para que éstos alcancen normalmente una plena protección desde el punto de vista del derecho internacional, aun frente a aquellos ordenamientos internos para los cuales el último carece de inmediata exigibilidad. En virtud del deber de respetarlos, el Estado no puede violarlos directamente, aunque no los haya reconocido en su derecho interno; y en virtud del deber de garantizarlos, tampoco puede violarlos indirectamente, negando a sus titulares el amparo jurisdiccional y gubernativo necesario para exigir su cumplimiento, tanto frente a las autoridades públicas como frente a los propios particulares, ni siquiera bajo el pretexto de que tal amparo no haya sido provisto por su orden interno.” E pontifica o magistrado sobre a questão principal: “48. (...) el artículo 14.1 de la Convención consagra un derecho de rectificación o respuesta exigible **per se**, como derecho de la propia Convención, cualesquiera que sean su valor y eficacia, o los de la Convención en general, en el orden interno de cada Estado, e independientemente de si éste haya establecido o no las condiciones de su ejercicio previstas por la misma disposición.” CORTE IDH. **Opinião Consultiva nº 7**. 29 de agosto de 1986. Opinião separada do Juiz Rodolfo E. Piza Escalante. Parágrafos 30 e 48.

feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos.<sup>56</sup>

O direito de submeter um caso restringe-se à Comissão Interamericana e aos Estados Partes, sendo vedado o direito de petição individual.<sup>57</sup> Em virtude do seu caráter de complementaridade, a Corte conhece apenas de casos em que tiverem sido esgotados todos os recursos na jurisdição interna e falharem as tentativas da Comissão de ajustar a conduta do Estado aos imperativos do direito internacional dos direitos humanos.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> Antônio Augusto Cançado Trindade demonstra que a ausência do automatismo no reconhecimento da obrigatoriedade da jurisdição da Corte Interamericano é um elemento negativo do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: “Dos 35 Estados membros da OEA, 25 Estados são hoje Partes na Convenção Americana, e, dentre estes, 22 têm até o presente (maio de 2002) reconhecido a competência em matéria contenciosa da Corte. A base da competência obrigatória da Corte fornece uma ilustração adicional da lamentável falta de automatismo da jurisdição internacional. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos em muito avançará quando todos os Estados membros da OEA se tornarem Partes na Convenção Americana (e seus dois Protocolos) sem reservas, e todos os Estados Partes na Convenção tiverem aceito incondicionalmente a competência contenciosa da Corte, - tornando-se esta, no futuro, *automaticamente* obrigatória (sem restrições) para todos os Estados Partes.” CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. V. III. Porto Alegre: Safe, 2003. pp. 50-51. Flávia Piovesan compartilha da visão de Cançado Trindade, considerando que o ideal seria um sistema em que “todo Estado parte da Convenção passaria a reconhecer como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, integralmente e sem restrição alguma, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação e aplicação da Convenção.” PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 143.

<sup>57</sup> Antônio Augusto Cançado Trindade realiza crítica de longa data à proibição do mecanismo de petição individual à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Segundo o renomado jurista brasileiro, “sejamos realistas: sem o direito de petição individual, e o consequente acesso à justiça no plano internacional, os direitos consagrados nos tratados de direitos humanos seriam reduzidos a pouco mais que letra morta. Sem ele, os injustiçados e excluídos jamais teriam possibilidade de que seus padecimentos fossem sequer ouvidos por um órgão judicial (no plano internacional), como o ilustra de modo eloquente o caso paradigmático dos “Meninos de Rua” (caso *Villagrán Morales e Outros versus Guatemala*, de 1999-2201 (sic)) perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o primeiro caso dos chamados “meninos de rua” (ou, mais precisamente, meninos na rua em situação de risco) a ser alcançado a um tribunal internacional de direitos humanos (cf. *supra*). Tal como ponderamos em nosso já citado Voto no caso *Castillo Petruzzi versus Peru* (cf. *supra*), perante a Corte Interamericana, “é pelo livre e pleno exercício do direito de petição individual que os direitos consagrados na Convenção [Americana sobre Direitos Humanos] se tornam *efetivos*. O direito de petição individual abriga, com efeito, a última esperança dos que não encontraram justiça em nível nacional. Não me omitiria nem hesitaria em acrescentar, - permitindo-me a metáfora, - que o direito de petição individual é indubitavelmente a estrela mais luminosa no firmamento dos direitos humanos”. Tal como venho sustentando há anos (de início solitariamente, mas ultimamente com apoio crescente nos círculos jurídicos internacionais), havia razões fortes e cogentes no sentido de assegurar às supostas vítimas *acesso direto e locus standi in judicio* perante a Corte em *todas* as etapas do procedimento contencioso (em casos a ela já submetidos pela Comissão), por questões tanto de princípio como de ordem prática, - razões estas que vieram a ser acatadas pela Corte, em 2000, ao deliberar em favor da adoção das disposições a esse respeito de seu atual Regulamento (cf. *supra*).” CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. op. cit. pp. 100-101.

<sup>58</sup> O critério do esgotamento dos recursos na jurisdição interna vem sendo relativizado, conforme se pode verificar na atuação da Comissão Interamericana: “A prática da Comissão Interamericana a respeito, mesmo antes da adoção e entrada em vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, tem demonstrado que aquele requisito de admisibilidade (sic) não é sacrossanto, imutável

As decisões da Corte Interamericana, no plano contencioso, são obrigatórias e vinculantes para todos os Estados Partes que tiverem aceito sua competência. As sentenças devem ser fundamentadas, havendo a possibilidade da adição de votos separados ou dissidentes dos juízes.

Verificada a violação de direito ou liberdade protegidos na Convenção Americana, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados, bem como a reparação pelas consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, e ainda o pagamento de indenização justa à parte lesada. Atualmente, pode-se acrescentar inclusive a ordem de harmonização dos atos do Estado com os parâmetros protetivos estabelecidos no Pacto e na jurisprudência da Corte, o chamado controle de convencionalidade.

As sentenças da Corte de San José têm cuidado de diversas matérias sobre direitos humanos, tais como o direito à vida, o direito à integridade pessoal, o direito à proteção judicial, o direito às garantias processuais e o direito à proteção igual perante a lei. No total, até março de 2010, foram proferidas 211 sentenças. Dentre elas, anota Flávia Piovesan, 29 são decisões apenas sobre exceções preliminares; 118, sentenças de mérito; 23 são sentenças sobre reparação; e 2 são decisões sobre cumprimento das recomendações; outras 39 referem-se a temas como interpretação de julgamento e pedido de interpretação.<sup>59</sup>

---

ou absoluto, e tem sido aplicado – à luz do critério da eficácia dos recursos internos – com muito mais flexibilidade no contexto da proteção internacional dos direitos humanos. Aqui os recursos internos formam parte integrante do próprio sistema de proteção internacional dos direitos humanos, com ênfase no elemento de reparação (*redress*) e não no processo de esgotamento mecânico de recursos. Tal requisito dá testemunho da interação entre o direito internacional e o direito interno no presente contexto de proteção, fundamentalmente orientado às vítimas, aos direitos dos seres humanos e não nos Estados. As regras geralmente reconhecidas do direito internacional – às quais se refere a formulação do requisito do esgotamento nos tratados e instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, - ademais de seguirem uma evolução própria nos distintos contextos em que se aplicam, sofrem necessariamente, quando inseridas em tratados e instrumentos de direitos humanos, um certo grau de ajuste ou adaptação, ditado pelo caráter especial do objeto e propósito destes e pela especificidade amplamente reconhecida da proteção internacional dos direitos humanos.” CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. V. III. Porto Alegre: Safe, 2003. pp. 41-42. A Corte Interamericana também flexibiliza a exigência do esgotamento dos recursos, administrativos ou judiciais, previstos na ordem interna. O recente caso *López Mendoza versus Venezuela*, julgado em 1º de setembro de 2011, ilustra este entendimento: “La Corte ha entendido que para que exista un recurso efectivo no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.” CORTE IDH. **Caso López Mendoza versus Venezuela**. Mérito, reparações e custas, 1º de setembro de 2011. Parágrafo 184.

<sup>59</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 146.

Adentrando com maior incisão no tema da contribuição da jurisprudência da Corte Interamericana para o desenvolvimento do controle jurisdicional de convencionalidade, pode-se apontar o caso *Loayza Tamayo versus Peru* (1997) como o primeiro caso em que a Corte exerceu o *judicial review* de convencionalidade, apesar de não ter sido usada explicitamente esta denominação.<sup>60</sup>

Maria Elena Loayza Tamayo era uma professora peruana da Universidade San Martín de Porres. Ela foi presa junto com Ladislado Alberto Loayza por membros da Divisão Nacional contra o Terrorismo (“DINCOTE”) da Polícia Nacional do Peru, em Lima. Loayza Tamayo foi denunciada por Angélica Torres Garcia, que fora capturada em 5 de fevereiro de 1993, conforme a Lei de Arrependimento, aprovada pelo Decreto Lei nº 25.499.

No dia seguinte à delação, a senhora Loayza Tamayo foi detida sem a expedição de ordem judicial como presumida colaboradora do grupo terrorista Sendero Luminoso. No DINCOTE, ela sofreu torturas, violência sexual e ficou incomunicável, tudo com a finalidade de que confessasse o crime e declarasse ser pertencente ao Partido Comunista do Peru – Sendero Luminoso. Entretanto, Loayza Tamayo declarou não pertencer ao Sendero Luminoso e ser contrária aos métodos do grupo terrorista.

A família da professora Loayza Tamayo ficou sabendo da detenção no dia 8 de fevereiro de 1993 por uma ligação anônima. Não puderam os familiares, porém, ajuizar qualquer medida judicial devido à proibição do recurso de *habeas corpus* em casos relacionados ao delito de terrorismo, nos termos do Decreto Lei nº 25.659.

Maria Elena Loayza Tamayo foi processada no Juizado Especial da Marinha por juízes sem rosto. Em 5 de março de 1993, restou absolvida. Posteriormente, o Conselho de Guerra Especial da Marinha, por sentença, condenou-a. Ajuizado recurso, o Tribunal Supremo Militar Especial a absolveu em decisão de 24 de setembro de 1993.

---

<sup>60</sup> A primeira vez que foi sustentado na Corte que esta deveria realizar o exame da compatibilidade da legislação de um Estado membro, no entanto, parece ter sido no caso *El Amparo*, julgado em 14 de setembro de 1996. Na espécie, o juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, em voto dissidente (sobre um dos pontos da sentença), defendeu que, “além das reparações e indenização ordenadas, deveria a Corte também ter procedido à determinação (solicitada pela Comissão Interamericana) da incompatibilidade ou não do Código de Justiça Militar da Venezuela (artigo 54 (2) e (3)) com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e de suas consequências (sic) jurídicas.” CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. V. I. Porto Alegre: Safe, 2003. p. 523.



Simultaneamente, a senhora Loayza Tamayo foi processada na jurisdição ordinária. Em 10 de outubro de 1994, foi condenada a 20 anos de pena privativa de liberdade pelo Tribunal Especial sem rosto do Foro Comum. Em seguida, a Corte Suprema de Justiça indeferiu recurso de nulidade da sentença em 6 de outubro de 1995.

O caso foi submetido pela Comissão Interamericana a Corte de San José em 12 de janeiro de 1995 pela violação do direito a liberdade pessoal (art. 7/CADH), do direito à integridade pessoal (art. 5/CADH), das garantias judiciais (art. 8/CADH) e da proteção judicial (art. 25/CADH). Pleiteava à Comissão, ademais, a reparação plena dos danos materiais e morais sofridos, a decretação imediata de liberdade e indenização adequada.

A decisão da Corte Interamericana foi proferida em 17 de setembro de 1997. Condenou-se o Peru por violação aos direitos enumerados pela Comissão, entre eles ao artigo 8.4 da Convenção Americana, que proíbe seja o indivíduo julgado duas vezes pelos mesmos fatos. A menção a esta parte da condenação se deve à declaração da Corte que os decretos-leis peruanos que tipificavam os delitos de terrorismo e traição à pátria eram incompatíveis com o artigo 8 (4) da Convenção, exercendo pela primeira vez o controle jurisdicional de convencionalidade. O parágrafo 68 da sentença é cristalino sobre a incompatibilidade convencional destas leis peruanas:

68. Ambos decretos-leyes se refieren a conductas no estrictamente delimitadas por lo que podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como en otro, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces respectivos y, como en el caso examinado, de la “*propia Policía (DINCOTE)*”. Por lo tanto, los citados decretos-leyes en este aspecto son incompatibles con el artículo 8.4 de la Convención Americana.<sup>61</sup>

Numa demonstração de respeito à autoridade das decisões da Corte Interamericana, o governo peruano cumpriu a ordem da Corte de libertar a professora universitária Maria Elena Loayza Tamayo em 16 de outubro de 1997, e anunciou, ainda em outubro de 1997, o fim dos tribunais de juízes sem rosto no país.<sup>62</sup>

Aponta-se que o caso *Loayza Tamayo versus Peru* é o primeiro em que houve aplicação do controle jurisdicional de convencionalidade com amparo na

<sup>61</sup> CORTE IDH. **Caso Loayza Tamayo versus Peru**. Mérito, 17 de setembro de 1997. Parágrafo 68.

<sup>62</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. V. III. Porto Alegre: Safe, 2003. p. 69.

observação de Antônio Augusto Cançado Trindade, no clássico *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, de que “foi esta a primeira vez em que a Corte sustentou, em um caso contencioso, que as disposições do direito interno eram incompatíveis com a Convenção Americana.”<sup>63</sup>

Pouco tempo depois, em novembro de 1997, a Corte Interamericana novamente afirmou a incompatibilidade de um dispositivo legal nacional com a Convenção Americana, desta vez no caso *Suárez Rosero vs. Equador*. Assim se pronunciou a Corte:

110. Por tanto,

**LA CORTE,**

por unanimidad (...)

5. Declara que el último párrafo del artículo sin numeración después del artículo 114 del Código Penal del Ecuador es violatorio del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con los artículos 7.5 y 1.1 de la misma.<sup>64</sup>

Conforme anota Cançado Trindade, a Corte de San José declarou que o art. 114 do Código Penal equatoriano violava *per se* o artigo 2 da Convenção Americana, independentemente de ter sido a norma aplicada ou não no caso.<sup>65</sup> Trata-se da primeira vez em que a Corte “estabeleceu uma violação do artigo 2 do Pacto pela existência *per se* de uma disposição legal do direito interno.”<sup>66</sup>

Nas palavras do emérito professor e juiz internacional, “é esta outra sentença de transcendental relevância na história da proteção internacional dos direitos humanos no continente americano.”<sup>67</sup> O que é corroborado por sua influência imediata sobre a jurisdição equatoriana, haja vista que a Corte Suprema do Equador declarou a inconstitucionalidade do referido dispositivo do Código Penal equatoriano pouco depois da sentença do caso *Suárez Rosero*.<sup>68</sup>

Em 2001, a Corte Interamericana voltou a proferir uma sentença histórica na qual exerceu o controle jurisdicional de convencionalidade. Foi no caso “*A Última Tentação de Cristo*” (*Olmedo Bustos e outros*) *versus Chile*, decidido em 5 de

<sup>63</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. V. III. Porto Alegre: Safe, 2003. p. 69. É de se ressaltar igualmente que foi nesta sentença que a Corte se pronunciou pela primeira vez sobre o conceito de “projeto de vida”. *Ibidem*. p. 76.

<sup>64</sup> CORTE IDH. **Caso Suárez Rosero versus Equador**. Mérito, 12 de novembro de 1997. p. 30.

<sup>65</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Op. cit.* p. 70.

<sup>66</sup> *Ibidem*. p. 70.

<sup>67</sup> *Ibidem*. p. 70.

<sup>68</sup> *Ibidem*. p. 70.

fevereiro de 2001. Trata-se do *leading case* sobre liberdade de expressão no sistema interamericano.

Desta vez, a norma considerada inconvenional era o artigo 19 (12) da Constituição do Chile, configurando-se uma situação em que poderia ser ferida a identidade e a vontade do povo chileno. Ciente das circunstâncias, a Corte Interamericana optou por não declarar abertamente a incompatibilidade da regra constitucional em questão.

Reconheceu-se o descumprimento dos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, fundamentos legais do controle jurisdicional de convencionalidade, e determinou-se a modificação do ordenamento jurídico chileno dentro do prazo de seis meses com a finalidade de suprimir a censura prévia, evitando, assim, mencionar expressamente o artigo 19 (12) do texto magno daquele país. Eis a fórmula adotada pela Corte:

103. Por tanto,

**LA CORTE,**

por unanimidad,

3. declara que el Estado incumplió los deberes generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en conexión con la violación del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión señalada en el punto resolutive 1 de la presente Sentencia.

4. decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto.<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> CORTE IDH. Caso “**A Última Tentação de Cristo**” (Olmedo Bustos e outros) versus Chile. Mérito, 5 de fevereiro de 2001. p. 39. O caso fundamenta igualmente a noção de supremacia convencional, que suplantaria a supremacia constitucional. Renomados especialistas na temática do controle jurisdicional de convencionalidade defendem esta tese, tais como Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Ernesto Jinesta Lobo, Ernesto Rey Cantor e Eduardo Andrés Velandia Canosa. Por todos, cabe mencionar excerto de artigo da lavra do jurista recentemente nomeado Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos (em meados de 2012) Eduardo Ferrer Mac-Gregor: ““La “supremacía constitucional” se está redimensionando, a partir del surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos en la segunda mitad del siglo pasado. Los Estados se comprometen a respetar los derechos humanos previstos en los instrumentos internacionales, creándose asimismo órganos de promoción, supervisión y control, donde los tribunales regionales en la protección de estos derechos tienen una especial incidencia en los órdenes jurídicos nacionales. Lo anterior se advierte en nuestra región, en donde la CADH adquiere una prevalencia superior respecto de cualquier norma interna (incluidas las Constituciones), como se ha puesto en evidencia con la evolutiva jurisprudencia convencional, que hace suponer una “supremacía convencional.” MAC-GREGOR, Eduardo. **El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional**. México: UNAM, 2010. p. 185. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>> Acesso em: 30 de nov. de 2012.

O caso paradigmático sucessivo é *Barrios Altos versus Peru*, julgado em 14 de março de 2001. Desta vez, a Corte não se limitou a determinar a incompatibilidade da norma estatal, indo além e declarando que as leis violadoras, na espécie, as leis de anistia peruanas, careciam de efeitos jurídicos. *In verbis*:

51. Por tanto,

**LA CORTE,**

**DECIDE:**

por unanimidad, (...)

3. Declarar, conforme a los términos del reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado, que éste incumplió los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 y de la violación a los artículos de la Convención señalados en el punto resolutivo 2 de esta Sentencia.

4. Declarar que las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos.<sup>70</sup>

A decisão provocou forte impacto no processo de anulação de leis de anistia no continente americano. Flávia Piovesan evidencia tal implicação com a decisão da Corte Suprema de Justiça Argentina que anulou, em 2005, as leis de ponto final (Lei nº 23.492/86) e obediência devida (Lei nº 23.521/87), adotando como precedente o caso *Barrios Altos*.<sup>71</sup>

No âmbito internacional, *Barrios Altos* consagrou-se como um *leading case* na jurisprudência da Corte de San José. O fundamento legal do controle jurisdicional de convencionalidade como os artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, a declaração de incompatibilidade e de que a lei nacional carece de efeitos jurídicos consolidam-

<sup>70</sup> CORTE IDH. **Caso Barrios Altos versus Peru**. Mérito, 14 de março de 2001. É indispensável referir que no plano cultural Mario Vargas Llosa vinha denunciando os abusos cometidos pelo Estado peruano desde os anos 90, como se percebe em artigo publicado em dezembro de 1996: “o regime de Fujimori (...), para combater os terroristas com mais “eficácia”, utilizou-se dos mesmos meios e generalizou o uso da tortura, dos desaparecimentos ou assassinatos abertos (como nos casos dos alunos e um professor de La Cantuta) ou o recente sequestro por um comando militar, nas ruas de Lima, do general Robles, que tivera a coragem de denunciar publicamente o comando Colina, de sinistra fama, ligado ao Serviço de Inteligência do Exército, como autor do atentado contra uma emissora de televisão, em Puno, em represália por sua atitude crítica frente ao governo e suas denúncias sobre a cumplicidade entre o narcotráfico e o assessor presidencial e homem forte do regime, Vladimiro Montesinos. A complacência diante do terror de Estado é, infelizmente, muito grande em países onde a insegurança e o desespero causados pelas ações extremistas na opinião pública levam amplos setores a aprovarem a política de mão de ferro, o contraterrorismo, como o remédio mais eficaz para restabeler a ordem. Trata-se de ilusão, de uma enganosa miragem. O fato é que, quando o Estado adota os métodos dos terroristas para combater o terrorismo, significa que estes últimos já ganharam, pois conseguiram impor a sua lógica, ferindo profundamente as instituições.” VARGAS LLOSA, Mário. **Sabres e utopias: visões da América Latina**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010. p. 124.

<sup>71</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 152.

se como os principais elementos do instituto, mesmo que ainda não tivesse sido utilizada a expressão controle de convencionalidade.

Em relação ao fundamento legal do mecanismo, a lição de Néstor Pedro Sagüés é lapidar. O eminente doutrinador argentino ensina que o artigo 1º estabelece dois deveres específicos para os Estados que aderiram ao Pacto de San José: a) respeitar os direitos da Convenção, e b) garanti-los, sem discriminação. O artigo 2º, por sua vez, obriga os Estados a adotar “disposições legislativas ou de outro caráter” necessárias para conferir efetividade àquela garantia, estando presente neste ponto a ideia de “efeito útil” das normas convencionais interamericanas.<sup>72</sup>

A proclamação de incompatibilidade e de carência de efeitos jurídicos, elementos que completam o núcleo basilar do instituto, por outro lado, induzem a uma análise que se aproxima da dogmática do controle de constitucionalidade. Como refere Alejandro Ramelli, nos casos em que a Corte determina estas consequências, a decisão se assemelha a um controle de anulação.<sup>73</sup> No entanto, a nulidade da disposição interna depende essencialmente das disposições constitucionais do Estado condenado, não sendo a norma automaticamente fulminada do ordenamento interno.

No caso *Hilaire, Constantine e Benjamin e otros versus Trinidad e Tobago*, julgado em 21 de junho de 2002, a Corte Interamericana utilizou boa parte do arcabouço teórico construído sobre o tema da incompatibilidade de leis nacionais com o Pacto de San José.

Na fundamentação da sentença menciona-se a necessidade do *effet utile* dos preceitos convencionais na legislação interna, a obrigação de adotar medidas legislativas para tanto quando não existentes na ordem jurídica nacional sob pena de violação do artigo 2 da Convenção Americana, a incompatibilidade das normas internas e a adequação destas às normas interamericanas dentro de um prazo razoável. Merecem destaque também as referências à Opinião Consultiva nº 14 e aos casos “*A Última Tentação de Cristo*”, *Suárez Rosero* e *Barrios Altos*, na

---

<sup>72</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro. “Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad.” **Revista Estudios Constitucionales**. Ano 8, nº 1, Chile, 2010. p. 118.

<sup>73</sup> RAMELLI, Alejandro. “Relaciones entre los controles de convencionalidad y de constitucionalidad em Colombia”. In: Eduardo Andrés Velandia Canosa. (Org.). **Derecho Procesal Constitucional**. Tomo III. Vol. III. Bogotá: Agencia Imperial, 2012. p. 242.

passagem relacionada à incompatibilidade da legislação interna com a Convenção Americana.<sup>74</sup>

Na linha dos casos acima estudados, a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou que Trinidad e Tobago se abstinhasse de aplicar a Lei de Delitos contra a Pessoa, de 1925, e dentro de um prazo razoável realizasse a adequação da lei às normas internacionais de proteção dos direitos humanos.<sup>75</sup>

No caso *Myrna Mack Chang versus Guatemala*, em voto concorrente do juiz Sergio García Ramírez, utilizou-se pela primeira vez a expressão controle de convencionalidade.<sup>76</sup> O julgado é referente à morte da antropóloga Myrna Mack Chang. Ela fazia pesquisas em comunidades maias na Guatemala, na época em que o país estava em guerra civil (1960-1996), e foi morta com vinte e sete facadas por militares em 1990, por suas pesquisas serem inconvenientes para o governo. Sua família recorreu à Comissão em 1995. Em 25 de novembro de 2003, a Corte Interamericana condenou a Guatemala pela violação do direito à vida e do direito à integridade, bem como das garantias judiciais.

A decisão não contém a declaração da incompatibilidade de dispositivo específico da legislação interna da Guatemala. Consta nos parágrafos 276 e 277, confirmados no *punto resolutivo* nº 6 da sentença, a advertência de que o Estado não deve recorrer a figuras como a anistia, a prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade para não punir os responsáveis pelos fatos do caso, citando o precedente *Barrios Altos*. Ainda, ordenou que o Estado removesse todos os obstáculos e mecanismos de fato e de direito que mantinham a impunidade no caso.<sup>77</sup>

<sup>74</sup> CORTE IDH. **Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e otros versus Trinidad e Tobago**. Mérito, 21 de junho de 2002. pp. 46-47.

<sup>75</sup> Idem. p. 73.

<sup>76</sup> Defendemos este entendimento no artigo “O controle jurisdicional de convencionalidade aplicado à jurisdição trabalhista”, em coautoria com Gustavo Fontoura Vieira. VIEIRA, L. P.; VIEIRA, G. F.. “O controle jurisdicional de convencionalidade aplicado à jurisdição trabalhista”. **Revista Trabalhista**. Rio de Janeiro, v. 39, 2011, p. 175. Doutrinadores especialistas no tema como Eduardo Ferrer MacGregor e Victor Bazán sustentam também esta tese. BAZÁN, Víctor. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de um diálogo interjurisdiccional sustentable.” **VIII Congresso Mundial da Associação Internacional de Direito Constitucional. “Constituciones y Principios”**. México: 6 a 10 de dezembro de 2010. p. 6. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/215.pdf>. Acesso em: 1º de dez. de 2012. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. In: FIX-ZAMUDIO, Héctor e VALADÉS, Diego. **Formación y perspectiva del estado mexicano**. México: UNAM, 2010. p. 174. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>. Acesso em: 1º de dez. de 2012.

<sup>77</sup> CORTE IDH. **Caso Myrna Mack Chang versus Guatemala**. Mérito, reparações e custas. 25 de novembro de 2003. p. 129 e 135.

No entanto, foi neste caso que o juiz Sergio García Ramírez defendeu que a jurisdição da Corte Interamericana traz consigo o “controle de convencionalidade”.<sup>78</sup> No trecho, argumentava que o Estado vem perante a Corte de forma integral, não podendo ser seccionado no que tange à responsabilidade internacional. Assim, não poderia subtrair determinados órgãos internos da submissão à jurisdição contenciosa interamericana, deixando a atuação destes órgãos fora do “controle de convencionalidade”.<sup>79</sup>

No Caso *Tibi versus Ecuador*, de 7 de setembro de 2004, García Ramírez comparou a função da Corte Interamericana com a dos tribunais constitucionais. A primeira deveria conformar as atividades dos Estados com as normas, princípios e valores da ordem internacional, enquanto as cortes constitucionais conformam estas atividades às Constituições. De um lado, a Corte Interamericana resolveria questões relativas à convencionalidade dos atos do poder público e outros agentes sociais; de outro, os tribunais constitucionais controlariam a constitucionalidade desses atos.<sup>80</sup>

Em outro voto concorrente, desta vez no Caso *López Álvarez versus Honduras*, julgado em 1º de fevereiro de 2006, o juiz García Ramírez classificou o controle de convencionalidade como a verificação da compatibilidade entre a conduta do Estado e as disposições da Convenção.<sup>81</sup> Em seguida, no Caso *Vargas Areco versus Paraguai*, também julgado em 2006, o eminente jurista e magistrado mexicano fez uma ressalva a respeito dos limites do exercício do controle de convencionalidade pela Corte Interamericana. Afirmou que a Corte Interamericana

---

<sup>78</sup> CORTE IDH. Caso **Myrna Mack Chang versus Guatemala**. Mérito, reparações e custas. 25 de novembro de 2003. Voto concorrente do juiz Sergio García Ramírez. Parágrafo 27. p. 7.

<sup>79</sup> Idem. Voto concorrente do juiz Sergio García Ramírez. Parágrafo 27. p. 7.

<sup>80</sup> O extrato original: “En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados --disposiciones de alcance general-- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa.

Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público --y, eventualmente, de otros agentes sociales-- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.” CORTE IDH. **Caso Tibi versus Ecuador**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. 07 de setembro de 2004. Voto concorrente do Juiz Sergio García Ramírez. Parágrafo 3.

<sup>81</sup> CORTE IDH. **Caso López Álvarez versus Honduras**. Mérito, reparações e custas, 1 de fevereiro de 2006. Voto concorrente do Juiz Sergio García Ramírez. Parágrafo 30.

não pode nem pretende converter-se em uma nova e última instância para conhecer uma controvérsia suscitada na ordem interna.<sup>82</sup>

Somente no Caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, de 26 de setembro de 2006, a Corte Interamericana se pronunciou a respeito do controle de convencionalidade. Transcreve-se abaixo o histórico parágrafo:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.<sup>83</sup>

A Corte de San José vinculou o conceito de obrigação internacional com a tarefa do Poder Judiciário de exercer uma espécie de controle de convencionalidade, estabelecendo o artigo 27 da Convenção de Viena de 1969 como fundamento maior do extrato. Como parâmetro, os juízes nacionais deveriam adotar a Convenção Americana de Direitos Humanos e a jurisprudência da Corte.

No dispositivo da sentença, a Corte declarou a incompatibilidade do Decreto Lei nº 2.191/78, que perdoava os crimes cometidos durante a ditadura de Pinochet, com a Convenção Americana por pretender anistiar os responsáveis por delitos de lesa humanidade. Ainda, na linha do caso *Barrios Altos*, estabeleceu que o referido decreto carecia de efeitos jurídicos à luz do Pacto de San José.<sup>84</sup>

Pouco tempo depois, no Caso *Trabajadores demitidos do Congreso vs. Peru*, decidido em 24 de novembro de 2006, a Corte aprofundou seu entendimento sobre o controle de convencionalidade. Não se refere mais a “uma espécie” de controle, mas afirma de forma cristalina a existência do instituto.

<sup>82</sup> CORTE IDH. **Caso Vargas Areco versus Paraguai**. Sentença, 26 de setembro de 2006. Voto concorrente do Juiz García Ramírez. Parágrafo 6.

<sup>83</sup> CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano e outros versus Chile**. Sentença sobre exceções preliminares, mérito, reparações e custas. 26 de setembro de 2006. Parágrafo 124.

<sup>84</sup> *Ibidem*. p. 65.



Avança ainda ao declarar que os juízes nacionais deveriam exercê-lo *ex officio*, respeitadas a distribuição interna de competências e os estatutos processuais correspondentes.<sup>85</sup> Ou seja, o controle de convencionalidade seria realizado no plano internacional pela Corte Interamericana e no plano nacional por juízes e tribunais, inclusive *ex officio*.

Relatados os casos *Almonacid Arellano* e *Trabalhadores demitidos do Congresso versus Peru*, completa-se a investigação sobre a gênese e a evolução do controle jurisdicional de convencionalidade no âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, especificamente no seio da Corte de San José. Partiu-se da jurisprudência consultiva, passando por *leading cases* como *Loayza Tamayo* e *Barrios Altos*, até chegar aos casos em que a expressão foi utilizada pela primeira vez, em *Myrna Mack Chang* pelo juiz Sergio García Ramírez e em *Almonacid Arellano* pela Corte na fundamentação da sentença.

O rico acervo jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a temática do controle de convencionalidade, antes e depois do uso desta nomenclatura, não se esgota nos últimos casos estudados. Em pelo menos 17 casos contenciosos a Corte citou o controle de convencionalidade entre 2006 e 2011, jurisprudência que servirá como orientação constante na busca por respostas aos problemas suscitados pela necessidade de elaboração da estrutura procedimental do controle aplicado pela Corte e pelos Estados nacionais.

### **1.3 Modelos de controle de convencionalidade sob uma perspectiva otimizadora**

O controle jurisdicional de convencionalidade é realizado em dois planos: o internacional e o interno. Em nível internacional, é efetuado pelas Cortes internacionais; enquanto no âmbito estatal, por analogia, deve ser feito pelos órgãos judiciais autorizados a fiscalizar a constitucionalidade das normas e atos do poder público.

No presente trabalho, o foco repousa sobre o controle de convencionalidade exercido pela Corte Interamericana e pelos tribunais e juízes dos Estados Partes da Convenção Americana de Direitos Humanos.

---

<sup>85</sup> CORTE IDH. **Caso Trabalhadores demitidos do Congresso versus Peru**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. 24 de novembro de 2006. Parágrafo 128.

Destarte, as questões estruturais da prática do instituto carecem de uma análise nos dois planos em que a ferramenta é aplicada. Temas como o órgão encarregado de realizar o controle, a legitimidade ativa, o parâmetro material, as técnicas de decisão e sua eficácia serão examinados.

### 1.3.1 O controle jurisdicional de convencionalidade realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos

No âmbito interamericano, o órgão encarregado de exercer o controle jurisdicional de convencionalidade é a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Trata-se de uma função inerente à sua jurisdição, haja vista que as condenações aos Estados por violações ao Pacto de San José contém em seu âmago uma declaração de inconveniência de atos do poder público nacional.

Os legitimados para movimentar a jurisdição convencional são aqueles que detêm o direito de petição à Corte, ou seja, os Estados Partes na Convenção Americana de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana. Resta limitado o acesso das vítimas, pois o direito de petição individual é vedado.

Com efeito, as possibilidades de verificação da compatibilidade de normas internas com a Convenção Americana ficam restringidas aos casos que a Comissão decide submeter à Corte. Vale aqui a crítica de Antônio Augusto Cançado Trindade, que escreve ser o direito de petição individual a estrela mais luminosa no firmamento dos direitos humanos, sem o qual tais direitos seriam reduzidos a pouco mais que letra morta, pois ficam impedidos os injustiçados e excluídos de ter seus sofrimentos sequer ouvidos por um órgão judicial.<sup>86</sup>

Ademais, a vedação ao direito de petição individual não se coaduna com a natureza antropocêntrica do direito internacional dos direitos humanos. É o ser humano, e não o Estado, que se encontra no centro deste ramo do direito internacional. As vítimas das violações, e não os seus perpetradores, devem ser privilegiadas no que tange ao acesso ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

Tal deficiência prejudica diretamente o exercício do controle jurisdicional de convencionalidade. A legitimação dos indivíduos a movimentar a jurisdição

---

<sup>86</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. V. III. Porto Alegre: Safe, 2003. pp. 100-101.

convencional poderia ser fonte de uma jurisprudência protetiva de grande alcance, possibilitando a criação de entendimentos sobre matérias ainda não abordadas nas decisões da Corte Interamericana.

Resta, portanto, pugnar pelo reconhecimento do direito dos indivíduos de peticionar ante a Corte de San José, afinal, a universalização do acesso aos tribunais regionais de direitos humanos é implicação direta do espírito humanista e democrático da matéria, constituindo fator importante na prática do controle de convencionalidade.

No que tange ao parâmetro material de fiscalização da convencionalidade das normas nacionais, pode-se inferir que a Convenção Americana de Direitos Humanos e a jurisprudência da Corte Interamericana são as principais referências.

Não obstante, outros instrumentos de direitos humanos também devem servir como parâmetro para o controle de convencionalidade. Vale no ponto a extensão para a competência contenciosa da orientação pretoriana expedida na Opinião Consultiva nº 1, de 1982, segundo a qual a Corte pode decidir com base em toda disposição concernente a proteção de direitos humanos, de qualquer tratados internacional aplicável nos Estados americanos, independentemente de ser bilateral ou multilateral.<sup>87</sup>

A jurisprudência sobre controle de convencionalidade caminha neste sentido. No caso *Cabrera García e Montiel Flores versus México*, decidido em 26 de novembro de 2010, a Corte declarou que o México violou o Pacto de San José e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.<sup>88</sup> Na sentença do caso *Gelman versus Uruguai*, julgado em 24 de fevereiro de 2011, a Corte considerou que o Estado do Uruguai violou não apenas a Convenção Americana de Direitos Humanos, mas também a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas.<sup>89</sup>

Quanto às técnicas de decisão e sua eficácia, deve-se observar inicialmente que a Corte Interamericana é o intérprete máximo da Convenção Americana. Situa-se, deste modo, acima dos órgãos jurisdicionais nacionais no que se refere à determinação do sentido e do alcance das normas convencionais.

---

<sup>87</sup> CORTE IDH. **Opinião Consultiva nº 1**. 24 de setembro de 1982. p. 14.

<sup>88</sup> CORTE IDH. **Caso Cabrera García e Montiel Flores versus México**. Mérito e reparações. 26 de novembro de 2010. pp. 98-99.

<sup>89</sup> CORTE IDH. **Caso Gelman versus Uruguai**. Mérito e reparações. 24 de fevereiro de 2011. p. 84.

A superioridade da Corte nestes temas não é mera construção doutrinária, porquanto decorre da autoridade dela de prolatar decisões obrigatórias, conforme o artigo 68, 1, da Convenção, com a finalidade de fazer os Estados cumprirem os deveres de respeitar os direitos humanos inscritos no *corpus iuris* convencional e de adotar disposições de direito interno por meio de medidas legislativas ou de outra natureza, conforme os artigos 1º e 2º do Pacto de San José.

A prática jurisprudencial do controle de convencionalidade, cuja própria criação é de matriz pretoriana, corrobora a tese da superioridade hierárquica voluntariamente aceita pelos Estados nacionais quando do reconhecimento da jurisdição da Corte, realizado nos termos do artigo 62 da Convenção Americana.

As decisões da Corte em matéria de controle de convencionalidade não apresentam tipologia única. Conforme se depreende das sentenças analisadas anteriormente, as decisões em que foi realizado o controle de convencionalidade podem (a) condenar o Estado a suprimir determinada lei ou dispositivo constitucional (caso *A Última Tentação de Cristo*), (b) modificar certa norma interna (caso *Hilaire, Constantine e Benjamin e otros versus Trinidad e Tobago*) ou (c) declarar que ela carece de efeitos jurídicos (caso das leis de anistia – *Barrios Altos, Almonacid Arellano, Gomes Lund*, entre outros).

Nas sentenças que determinam a modificação ou supressão de preceitos constitucionais ou dispositivos legais, percebe-se uma técnica análoga à declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Vale dizer, é reconhecida a incompatibilidade, mas permanecerá vigente até que o órgão competente do Estado leve a cabo a eliminação da norma.

Nas anulações de leis de anistia, caracterizadas pela expressão “carece de efeitos jurídicos”, a técnica adotada é próxima da clássica declaração de nulidade do controle de constitucionalidade. A Corte considera a lei praticamente inexistente desde o começo de sua vigência – dependendo a execução da sentença, entretanto, da ação do Estado condenado.

As técnicas de decisão empregadas condicionam diretamente a eficácia de suas sentenças.

No caso das decisões que ordenam a modificação ou supressão de um dispositivo interno, a eficácia parece ser *inter partes* porquanto a inaplicação dar-se-á exclusivamente no caso concreto. Uma solução interessante é a que propõe Néstor Sagües, de que o órgão responsável pelo controle de constitucionalidade no

país declare nula tal norma, de modo a conferir na prática eficácia *erga omnes* à decisão do tribunal interamericano.<sup>90</sup>

Em relação às anulações de leis de anistia, nas quais a técnica se assemelha à declaração de nulidade tradicional no modelo americano de controle de constitucionalidade, gozando, portanto, de efeitos *ex tunc*, revela-se mais condizente a eficácia *erga omnes*. O motivo é a necessária expansão da decisão a fim de que cumpra seu desígnio de reparar todas as vítimas e punir os agentes dos crimes.

Ainda, com base nas técnicas de decisão desenvolvidas na esfera do controle jurisdicional de convencionalidade, é possível conceber que a Corte Interamericana proclame sentenças utilizando as técnicas da interpretação conforme a convenção e da nulidade parcial sem redução de texto.

Em ambos os casos, a decisão expedida pela Corte é positiva. Privilegia-se o aspecto da harmonia com os poderes nacionais, evitando-se, assim, o confronto com tribunais e parlamentos. Por meio da interpretação conforme a convenção e da nulidade parcial sem redução de texto, suprime-se determinados sentidos do preceito interno, legal ou constitucional, de modo a compatibilizar a ordem jurídica nacional aos *standards* de direitos humanos sem eliminar o texto normativo.

### 1.3.2 O controle jurisdicional de convencionalidade exercido pelo Poder Judiciário dos Estados Nacionais

Os órgãos encarregados de realizar o controle jurisdicional de convencionalidade nos Estados Nacionais são os juízes e tribunais. A efetividade do *corpus iuris* interamericano de direitos humanos depende fundamentalmente dos Judiciários nacionais se comprometerem em todos os níveis com esta tarefa.

Em virtude da competência da Corte Interamericana ser subsidiária ou complementar, o volume do contencioso dela em comparação com o número de violações julgadas pelos juízes nacionais é mínimo. Desta forma, o verdadeiro *front* da batalha pela implementação dos direitos humanos é a jurisdição nacional. A efetivação das normas protetivas do ser humano depende de os juízes nacionais se tornarem juízes interamericanos.

---

<sup>90</sup> SANGÜES, Néstor. “El “control de convencionalidad”, en particular sobre las constituciones nacionales.” **La Ley**. Buenos Aires, nº 35. Año LXXIII, 19 de fevereiro de 2009. p. 1.

Considerando esta situação, a Corte Interamericana decidiu em vários casos, como *Almonacid Arellano*, *Trabalhadores demitidos do Congresso* e *Cabrera García*, que os juízes e tribunais de todos os níveis dos Estados estão obrigados a exercer, inclusive *ex officio*, o controle de convencionalidade entre as normas internas e o *corpus iuris* interamericano de direitos humanos.

O que se deve ponderar é que há sistemas jurídicos domésticos que não autorizam os juízes a realizar o *judicial review* da legislação ou que não permitem fazê-lo *ex officio*. Teria a Corte Interamericana reformado a ordem jurídica dos Estados para conceder aos juízes de todos os níveis o poder de examinar a convencionalidade das leis internas?

Na linha de Ernesto Jinesta Lobo, sustenta-se que sim.<sup>91</sup> Devido à obrigatoriedade da jurisprudência da Corte de San José, os ordenamentos jurídicos internos foram alterados tacitamente, de modo que os juízes nacionais, independentemente das disposições internas existentes sobre controle de constitucionalidade, podem, e devem, realizar a harmonização da legislação interna com a Convenção Americana de Direitos Humanos, decidindo pela inaplicação, nulidade ou conformação de sentido da regra doméstica contrária ao Pacto.<sup>92</sup>

Na Argentina, onde o modelo de controle de constitucionalidade adotado é o americano, ou seja, difuso e incidental, a adaptação dos juízes à prática do controle de convencionalidade parece ser plenamente viável. O maior obstáculo talvez seja a familiaridade dos magistrados portenhos com o direito internacional dos direitos humanos e a jurisprudência da Corte Interamericana, porquanto o texto constitucional é receptivo à matéria.

Na reforma constitucional de 1994, garantiu-se *status* constitucional aos tratados de direitos humanos no artigo 75, inciso 22. De suma importância, igualmente, é a atuação exemplar da Corte Suprema de Justiça da Argentina, que vem aplicando o controle de convencionalidade com fulcro na Convenção Americana

---

<sup>91</sup> JINESTA LOBO, Ernesto. "Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales. In VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. **Derecho Procesal Constitucional**. Tomo III. Vol. III. Colômbia: Agencia Imperial, 2012. p. 213.

<sup>92</sup> Defendemos esta posição igualmente no trabalho "Algumas reflexões sobre o controle jurisdicional de convencionalidade realizado pelo Poder Judiciário dos Estados Nacionais: uma perspectiva otimizador", apresentado na Universidade do Rio dos Sinos (UNISINOS) em 28 de novembro de 2012. VIEIRA, L. P. "Algumas reflexões sobre o controle jurisdicional de convencionalidade." **III Congresso Internacional Jurisdição, Constituição e Democracia - Homenagem ao Professor Ovídio Araújo Baptista da Silva**. São Leopoldo: UNISINOS, 2012.

e na jurisprudência da Corte em casos como *Ekmedjian*, de 1992, *Badaro e Mazzeo*, *Lilo e outros*, julgado em 2007.<sup>93</sup>

No Brasil, o cenário não é tão tranquilo para o cumprimento da orientação da Corte Interamericana de que todos os órgãos do Poder Judiciário devem exercer o controle de convencionalidade na esfera nacional.

Tendo em vista a existência de um modelo misto de controle de constitucionalidade, no qual convivem o controle concentrado/abstrato e o controle difuso/concreto, a aplicação da orientação da Corte Interamericana do exercício do controle de convencionalidade por todos os juízes não deveria ser de difícil implementação em termos processuais. A analogia com o controle de constitucionalidade parece exequível.

O maior empecilho à concretização do controle de convencionalidade é o direito material constitucional, que acaba repercutindo na seara processual. Apesar da abertura do texto constitucional para a cooperação internacional, a Constituição Federal de 1988 não é explícita em relação ao patamar hierárquico ocupado pelos tratados internacionais no ordenamento jurídico, vital para a realização do controle de convencionalidade.

A determinação do *status* dos tratados internacionais na pirâmide normativa brasileira depende da interpretação conjunta de vários dispositivos constitucionais, especialmente do artigo 5º, §§ 2º e 3º. Em síntese, os tratados de direitos humanos aprovados pelo procedimento das Emendas Constitucionais terão nível constitucional, enquanto que os demais tratados de direitos humanos e os tratados internacionais gerais permanecem com *status* indefinido na ordem constitucional brasileira.

Na doutrina, Celso de Albuquerque Mello fala em uma grande ausência nesta temática.<sup>94</sup> Hildebrando Accioly, G. E. do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella consideram omissas ou incipientes as normas brasileiras.<sup>95</sup> Já Francisco Rezek afirma que o primado do direito internacional é ainda apenas uma posição doutrinária, prevalecendo, no Brasil, a Constituição sobre os tratados, garantindo-se

---

<sup>93</sup> LÉRTORA, Martha H. A.. "El control de convencionalidad y la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho argentino" *In* VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. **Derecho Procesal Constitucional**. Tomo III. Vol. III. Colômbia: Agencia Imperial, 2012. pp. 246-249.

<sup>94</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito constitucional internacional: uma introdução: Constituição de 1988 revista em 1994**. 2ª Ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 365.

<sup>95</sup> CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; DO NASCIMENTO E SILVA, G. E. **Manual de direito internacional público**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 234.

tratamento paritário da normativa internacional com relação às leis infraconstitucionais.<sup>96</sup>

O fato é que a responsabilidade pela determinação do patamar hierárquico dos tratados internacionais na ordem jurídica brasileira ficou a cargo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ('STF'). Numa exposição sucinta, verifica-se que o STF posicionou-se pela paridade entre tratados internacionais e leis federais a partir do Recurso Extraordinário 80.004, julgado em 1977. O critério para a solução de conflitos entre estas normas foi o cronológico.

A orientação no sentido da paridade hierárquica entre tratados internacionais e leis internas predominou até o Recurso Extraordinário 466.343, de 2008.<sup>97</sup> Profundamente influenciado pela introdução do § 3º ao artigo 5º da Carta Magna, o Supremo Tribunal Federal finalmente revisou seu entendimento, atualizando uma jurisprudência anacrônica.<sup>98</sup>

Apesar do avanço propiciado pelo RE 466.343, o novo entendimento sustentado pelo STF mantém os tratados internacionais em geral no patamar das leis ordinárias. A evolução se deu apenas em relação aos tratados de direitos humanos não aprovados por meio do procedimento de Emenda Constitucional. Estes gozam, desde 2008, de *status* supralegal, à semelhança das previsões do artigo 55 da Carta Magna Francesa e do artigo 25 da Constituição Alemã.

Destarte, vislumbra-se a possibilidade concreta de realização do controle jurisdicional de convencionalidade em matéria de direitos humanos no Brasil devido à nova orientação do Supremo Tribunal Federal. A timidez da Corte e a ausência de uma definição positiva clara sobre o tema, no entanto, não encorajam os juízes de primeiro grau a aplicá-lo da mesma maneira que na Argentina.

No que se refere à legitimidade ativa para suscitar o controle de convencionalidade em face das jurisdições internas, não se encontram diretrizes na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A razão talvez seja a

---

<sup>96</sup> REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 96-97.

<sup>97</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466.343**. Ministro Relator Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 jul. 2010.

<sup>98</sup> Fizemos uma análise detalhada dos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal sobre o tema do *status* dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro no artigo "O controle difuso de convencionalidade das leis na justiça do trabalho com base nas convenções da organização internacional do trabalho: caminhos para a internacionalização do direito". SALDANHA, J. M. L.; VIEIRA, L. P. "O controle difuso de convencionalidade das leis na justiça do trabalho com base nas convenções da organização internacional do trabalho: caminhos para a internacionalização do direito". **Revista Pensar**. Fortaleza, v. 15, n. 2, jul./dez. 2010. pp. 457-485.



grave deficiência da Corte quanto ao acesso à sua jurisdição, conforme demonstrado anteriormente quando se abordou a vedação ao direito de petição individual neste contexto.

Logo, deve-se buscar nos modelos de controle de constitucionalidade as melhores formas de legitimação para movimentar a jurisdição convencional interna. No controle difuso, concreto ou incidental, também chamado modelo americano, é garantido a todos os cidadãos a legitimidade para questionar a constitucionalidade dentro de uma lide. Não há proposição de uma ação direta de inconstitucionalidade, mas o pedido de declaração incidental da ilegitimidade da norma em face da Constituição.

A legitimação do controle americano, portanto, cumpre as exigências do espírito antropocêntrico e democrático do direito internacional dos direitos humanos. É alternativa recomendável na implementação interna do controle jurisdicional de convencionalidade. Países como o Brasil e a Argentina adotam este sistema, de modo que este aspecto do controle de constitucionalidade deve ser acolhido por analogia pelo controle de convencionalidade.

No controle por via de ação ou abstrato, por outro lado, os sujeitos ativos costumam ser apenas órgãos do Estado.<sup>99</sup> Corre-se o risco, assim, de uma degeneração para a pura e simples politização da justiça, resultando numa luta entre facções partidárias no interior do poder estatal, ou num *third round* do processo legislativo, ou ainda, na linha da crítica à democracia contemporânea feita por Hayek, numa expressão da nociva *playball of group interests* típica da decadência do ideal democrático.<sup>100</sup>

---

<sup>99</sup> Nas origens do controle por via de ação, na Áustria, somente o Governo Federal era legitimado para provocar os pronunciamentos da antiga Corte de Justiça Constitucional da Áustria. Posteriormente, reformou-se a constituição para ampliar também aos órgãos judiciários ordinários a possibilidade de movimentar a jurisdição constitucional. Na Alemanha, polo mais destacado da atualidade do modelo abstrato, todos os juizes ordinários podem submeter matéria de constitucionalidade ao Tribunal Constitucional, fazendo-o em face de casos concretos, numa aproximação ao modelo americano, ou incidental, de controle. Não obstante, o caráter antidemocrático permanece, dado que continua recusada aos cidadãos a faculdade de suscitar a inconstitucionalidade das leis. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 309-311.

<sup>100</sup> Hayek critica a decadência do ideal democrático, que se tornou modernamente sinônimo de uma democracia de barganha ou no juguete dos interesses de grupos (*playball of group interests*). Segundo o pensador austríaco, os grandes princípios do governo limitado, estabelecidos para prevenir arbitrariedades do Estado, a separação de poderes, a *rule of law*, o governo sob as leis, a distinção entre o direito privado e direito público e as regras de procedimentos judiciais tem sido deixados em segundo plano. HAYEK, Friedrich A. **Law, legislation and liberty: the political order of a free people**. Chicago: University of Chicago Press, 1979. pp. 99-100. Esta constatação se aplica também ao controle por ação ou abstrato, afinal, é evidente que as liberdades e garantias individuais

Paulo Bonavides observa que o controle por via de ação, também conhecido como sistema austríaco, é voltado sobretudo para resolver conflitos entre os poderes públicos. Relega-se a segundo plano a defesa do conteúdo da ordem constitucional, provavelmente pelo “preconceito antidemocrático de não consentir ao cidadão a possibilidade de desfazer por sua iniciativa mesma aquilo que foi obra do legislador.”<sup>101</sup>

O sistema austríaco, portanto, não é dos instrumentos mais adequados na defesa das liberdades e direitos individuais em virtude de interditar aos cidadãos a iniciativa da ação de inconstitucionalidade.<sup>102</sup>

Fica demonstrado que o controle por ação ou abstrato deve ter sua legitimação *ad causam* adequada à defesa do *corpus iuris* do direito internacional dos direitos humanos. A melhor opção seria permitir o acesso universal dos indivíduos para movimentar a jurisdição convencional na via de ação. Apesar de o Brasil não adotar esta fórmula, a Colômbia dispõe em seu ordenamento jurídico da ação popular de inconstitucionalidade, instrumento cuja legitimação se amolda perfeitamente ao que se preconiza nesta questão.<sup>103</sup>

Na temática do parâmetro material de controle de convencionalidade a ser utilizado pelos juízes e tribunais nacionais, a indicação que se extrai da jurisprudência da Corte Interamericana é o emprego de todo o *corpus iuris* interamericano de direitos humanos, ou seja, a Convenção Americana e as outras convenções aplicadas pela Corte, além da jurisprudência desta.

Esta orientação vem sendo firmemente adotada pelas Cortes Supremas da Colômbia e da Argentina. Na Colômbia, Alejandro Ramelli colaciona várias decisões da Corte Constitucional em que foi declarado que os direitos e deveres constitucionais devem ser interpretados em conformidade com os tratados internacionais sobre direitos humanos, constituindo-se a jurisprudência das instâncias internacionais como critério hermenêutico relevante.<sup>104</sup> Predomina, em

---

não estão no centro das preocupações dos órgãos de cúpula dos Estados. Pelo contrário, a tendência é a proliferação de uma luta entre facções partidárias no seio do poder judiciário.

<sup>101</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 308.

<sup>102</sup> Ibidem. p. 309.

<sup>103</sup> Sobre a ação popular de inconstitucionalidade colombiana, ver o artigo esclarecedor de Ernesto Rey Cantor: REY CANTOR, Ernesto. “Acción popular de inconstitucionalidad”. **Estudios constitucionales**. Santiago, 2003. pp. 343-355. Disponível em: <[http://www.cecococh.cl/docs/pdf/revista\\_ano1/revista\\_ano1\\_15.pdf](http://www.cecococh.cl/docs/pdf/revista_ano1/revista_ano1_15.pdf)> Acesso em: 1º de dez. de 2012.

<sup>104</sup> As sentenças invocadas por Alejandro Ramelli são C- 010 (2000), C -228 (2002), C -063 (2003), C -370 (2006) e C- 442 (2011). RAMELLI, Alejandro. “Relaciones entre los controles de

regra, uma atmosfera de colaboração e harmonia entre Constituição e Convenções de Direitos Humanos.<sup>105</sup>

Na Argentina, Martha Helia Altabe de Lértora reúne diversas sentenças da Corte Suprema de Justiça nas quais foram utilizados dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos e a jurisprudência da Corte de San José. Destaque para os casos *Badaro*, em que foi citado o caso *Cinco Pensionistas versus Peru*, e *Mazzeo, Lilio*, em que foram mencionados os casos *Almonacid Arellano* e *Trabalhadores demitidos do Congresso*.<sup>106</sup>

No Brasil, o parâmetro material de controle de convencionalidade empregado pelo Supremo Tribunal Federal é a Convenção Americana de Direitos Humanos, conforme se depreende do paradigmático Recurso Extraordinário 466.343, de 2008, quando foi decidido que alguns dispositivos do Código Civil brasileiro não eram compatíveis com o Pacto de San José, decretando-se a paralisação dos efeitos de tais normas. Não se encontra no Brasil a variedade e densidade de decisões fundamentadas em normas de direitos humanos percebidas na jurisprudência dos tribunais de cúpula da Colômbia e da Argentina.

No que tange às técnicas de decisão no controle de convencionalidade realizado pelos Estados nacionais, deve-se buscar respostas nos desenvolvimentos atingidos pelas Cortes Supremas e Tribunais Constitucionais em matéria de controle de constitucionalidade.

Assim, afigura-se possível, e profícuo, tanto o uso da técnica clássica da declaração de nulidade da norma legislativa, quanto das modernas técnicas de proclamação da inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, de interpretação conforme à constituição e de nulidade parcial sem redução de texto. Em todos os casos, o controle jurisdicional de convencionalidade crescerá em termos de sofisticação e repercussão nos panoramas doutrinário e jurisprudencial.

Quanto à eficácia das decisões em sede de controle de convencionalidade pelo Poder Judiciário nacional, constata-se que onde a atuação das Cortes Supremas for incisiva e as decisões gozarem de eficácia *erga omnes* a

---

convencionalidad y de constitucionalidad em Colombia". In: Eduardo Andrés Velandia Canosa. (Org.). *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo III. Vol. III. Bogotá: Agencia Imperial, 2012. pp. 238-239.

<sup>105</sup> RAMELLI, Alejandro. "Relaciones entre los controles de convencionalidad y de constitucionalidad em Colombia". In: Eduardo Andrés Velandia Canosa. (Org.). **Derecho Procesal Constitucional**. Tomo III. Vol. III. Bogotá: Agencia Imperial, 2012. p. 242.

<sup>106</sup> LÉRTORA, Martha H. A.. "El control de convencionalidad y la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho argentino" *In* VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. **Derecho Procesal Constitucional**. Tomo III. Vol. III. Colômbia: Agencia Imperial, 2012. p. 249.

compatibilização será mais bem sucedida. Nos países em que as decisões de inconvenção, especialmente dos tribunais de cúpula, possuem apenas efeitos *inter partes*, resta prejudicada a conformação da ordem jurídica aos *standards* de direitos humanos erigidos pela Corte Interamericana e aos textos convencionais sobre a matéria.

Neste aspecto, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro propicia um ambiente bastante favorável. Com a crescente objetivização, ou dessubjetivização, do *judicial review* brasileiro, as decisões tendem a possuir eficácia *erga omnes*. A razão é que num processo objetivo o aspecto central é a defesa da ordem constitucional, e não os interesses individuais das partes, de modo a preservar os princípios segurança jurídica e a igualdade perante a lei.

É de se ressaltar que no Recurso Extraordinário 466.343, o Supremo Tribunal Federal decidiu em sede de controle difuso, o que confere à decisão eficácia *inter partes*, pois a concessão de efeitos contra todos depende da ação do Senado Federal (art. 52, X). Para evitar que a morosidade da Casa Alta do Parlamento brasileiro impedisse a efetividade da decisão, o STF editou a Súmula Vinculante nº 25, cujo efeito é semelhante ao do *stare decisis* norte-americano ou da força de lei germânica.

A expansão do controle de convencionalidade no Brasil, portanto, pode ser beneficiada pela sistemática do controle de constitucionalidade, repousando a tarefa de conferir a eficácia condizente com a proteção da ordem convencional dos direitos humanos – *erga omnes* – sobretudo nas mãos do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, conclui-se que o controle jurisdicional de convencionalidade, seja no plano internacional ou no plano interno, é uma ferramenta valiosa para a implementação do direito internacional dos direitos humanos. As decisões da Corte Interamericana tem provocado forte impacto nas jurisdições nacionais. O impulso para uma abertura e diálogo do Poder Judiciário dos Estados com a Corte de San José, principalmente no que tange aos cânones jurisprudenciais protetivos, é extraordinário.

Ainda, as reflexões sobre as questões estruturais do controle de convencionalidade possibilitam uma virtuosa comparação entre os sistemas de controle de constitucionalidade, propiciando um interessante debate sobre a otimização da fiscalização de convencionalidade também sob o aspecto de suas características internas.

A concretização do *corpus iuris* interamericano, no entanto, necessita de maior uniformidade em sua interpretação e aplicação. O controle de convencionalidade demanda um instituto complementar para obter verdadeira efetividade. Articulados, ambos poderão transformar a distribuição da justiça dos direitos humanos nas Américas. O mecanismo idealizado neste trabalho é o reenvio prejudicial interamericano, que será estudado a partir de agora.

## 2 O REENVIO PREJUDICIAL INTERAMERICANO

O reenvio prejudicial interamericano foi idealizado pelo autor da presente monografia e desenvolvido teoricamente em conjunto com a Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha. A inspiração foi a proposta de adaptação do reenvio prejudicial europeu para o contexto do Mercosul feita pela Dra. Jânia Saldanha na obra *Cooperação jurisdicional: reenvio prejudicial: um mecanismo de direito processual a serviço do direito comunitário: perspectivas para sua adoção no Mercosul*, de 2001.<sup>107</sup>

O reenvio prejudicial interamericano foi proposto pela primeira vez no capítulo “Reenvio Prejudicial Interamericano: um novo mecanismo processual para o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos”, escrito pelo autor, a Dra. Jânia Saldanha e o Dr. José Luis Bolzan de Moraes, que foi publicado no livro *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional*, organizado por Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi.<sup>108</sup>

O objetivo da propositura da ferramenta era promover o avanço na prestação jurisdicional interamericana de direitos humanos, tanto em nível nacional como no âmbito da Corte Interamericana, por meio da uniformização da interpretação e aplicação do *corpus iuris* de direitos humanos.

A bem sucedida experiência europeia na consolidação dos grandes princípios do sistema comunitário, posteriormente seguida nos panoramas andino e centroamericano, é o exemplo teórico e prático do reenvio prejudicial interamericano. Busca-se não apenas a positivação do mecanismo, mas o surgimento de uma jurisprudência emancipadora do direito supranacional nos moldes daquela sedimentada pelo Tribunal de Luxemburgo nos anos 1960 e 1970.

A análise do reenvio prejudicial, denominado consulta prejudicial nos contextos comunitários latinos, será feita primeiramente em relação ao mecanismo europeu. Após, serão examinadas brevemente as consultas prejudiciais na

<sup>107</sup> SALDANHA, J. M. L. **Cooperação jurisdicional: reenvio prejudicial: um mecanismo de direito processual a serviço do direito comunitário: perspectivas para sua adoção no Mercosul**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

<sup>108</sup> SALDANHA, J. M. L.; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; VIEIRA, L. P.. Reenvio Prejudicial Interamericano: um novo mecanismo processual para o desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos. In: Armin von Bogdandy; Flávia Piovesan. Mariela Morales Antoniazzi.. (Org.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 601-623.

Comunidade Andina e no Sistema de Integração Centroamericana. Por fim, apresentar-se-á o reenvio prejudicial interamericano.

## **2.1 O reenvio prejudicial na União Europeia**

### **2.1.1 Considerações preliminares**

O reenvio prejudicial é um mecanismo processual do direito comunitário europeu. Por meio dele foram erigidos os pilares da integração jurídica europeia. Os princípios da primazia do direito comunitário e da sua aplicabilidade direta, já devidamente abordados no capítulo 1, são criações pretorianas decorrentes de questões prejudiciais.

Trata-se do instituto processual por meio do qual é veiculada grande parte das matérias julgadas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, haja vista que é a ferramenta mais utilizada arcabouço processual comunitário. Entre 2007 e 2011 foram submetidas 1663 questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça da União Europeia. A média é de 332 questões por ano neste período.<sup>109</sup>

Fica provada, assim, a aceitação da ferramenta pelas jurisdições nacionais. Não poderia ser diferente, porquanto os princípios da primazia da norma comunitária e da aplicabilidade direta foram propugnados pelo Tribunal de Luxemburgo nos anos 1960 e 1970 e quase imediatamente incorporados pelos tribunais nacionais.

Não obstante, a finalidade essencial do reenvio prejudicial não é a sedimentação dos referidos princípios, mas conferir efetividade ao princípio da uniformidade da interpretação e da aplicação do direito comunitário. Tal diretriz é fundamental no sistema europeu. A preservação da autonomia e da integridade do sistema jurídico comunitário depende diretamente de as decisões judiciais internas obedecerem ao princípio da igualdade de todos os cidadãos europeus perante a lei, ou seja, não variarem conforme os critérios de cada jurisdição nacional, o que levaria a um tratamento diferente a indivíduos na mesma situação de fato.

A busca pela uniformização da interpretação e da aplicação do direito europeu por meio do reenvio prejudicial gerou um diálogo interjurisdicional entre o

---

<sup>109</sup> Disponível no sítio do Tribunal de Justiça da União Europeia: <[http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-06/ra2011\\_statistiques\\_cour\\_pt.pdf](http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-06/ra2011_statistiques_cour_pt.pdf)> Acesso em: 3 de dez. de 2012.

Tribunal de Luxemburgo e os juízes e tribunais nacionais. A aproximação baseada no contato via questões prejudiciais fortaleceu o papel do Tribunal de Justiça da União Europeia como intérprete máximo do direito comunitário.

O respeito à autoridade das decisões do Tribunal de Luxemburgo se deve em boa medida ao reenvio prejudicial. A cultura de cooperação no plano judicial favoreceu a transformação dos juízes nacionais em verdadeiros juízes comunitários, afinal, pertence a eles a tarefa de aplicar primeiramente, e na maior parte dos litígios, o direito europeu.

### 2.1.2 A previsão legal: o artigo 267 do Tratado de Lisboa

Em matéria de direito positivo, o reenvio prejudicial está previsto no artigo 267 do Tratado de Lisboa, de 2007. Sucedeu o artigo 234 do Tratado de Roma, de 1957.

Artigo 267.

O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial:

- a) Sobre a interpretação dos Tratados;
- b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal.

Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível.<sup>110</sup>

---

<sup>110</sup> UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Lisboa**. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:306:FULL:PT:PDF>> Acesso em: 2 de dez. de 2012.



A situação que provoca o reenvio prejudicial, por conseguinte, se verifica quando o juiz nacional se vê confrontado com uma dificuldade de interpretação em um caso que envolve a interpretação dos tratados comunitários ou a validade e a interpretação dos atos das instituições, órgãos ou organismos da União.

A dificuldade interpretativa decorre da complexidade e novidade deste ramo do direito. Muitos juízes carecem de formação adequada para a aplicação do direito comunitário, além da possibilidade de as normas europeias eventualmente necessitarem de esclarecimento por má elaboração do texto legal.

O reenvio prejudicial pode ser facultativo ou obrigatório para a jurisdição nacional. O objetivo é de aliar a função uniformizadora e, simultaneamente, não sobrecarregar o Tribunal de Justiça.

É facultativo para os órgãos jurisdicionais cujas decisões são suscetíveis de recurso previsto nos estatutos processuais internos. O juízo pode deliberar com ampla margem de apreciação sobre a necessidade ou não da submissão da questão prejudicial ao Tribunal de Luxemburgo para a resolução da lide, estando autorizado a conferir interpretação baseada na sua ciência e consciência do direito da União.

A modalidade facultativa não causa riscos sérios para a unidade de interpretação ou de apreciação de validade dos atos comunitários. Se um juiz ou tribunal inferior interpreta erradamente, os tribunais superiores poderão corrigir o erro cometido. O que poria em risco a unidade de interpretação ou apreciação de validade seriam as posições divergentes dos tribunais supremos. O remédio previsto é a obrigatoriedade do reenvio prejudicial imposta aos órgãos jurisdicionais supremos.

Conforme a dicção do artigo 267, os órgãos jurisdicionais nacionais cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial no plano interno são obrigados a submeter a questão prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia. O fundamento da regra é que caso a resolução fosse confiada às autoridades nacionais máximas, sejam elas as instâncias mais altas ou o próprio juiz, seriam geradas interpretações ou apreciações de validade divergentes de país para país. O direito comunitário, que pretende ser um direito comum, flutuaria ao sabor dos critérios jurisdicionais ou governamentais variáveis de cada Estado-membro.<sup>111</sup>

---

<sup>111</sup> CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz de. **Contencioso Comunitário**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002. pp. 106-107.

Sem embargo, existem três exceções à submissão obrigatória de questão prejudicial. Trata-se da questão sem pertinência, dos casos em que há decisão interpretativa anterior do Tribunal de Luxemburgo e da situação na qual se aplica a teoria do ato claro.

A falta de pertinência ocorre quando o tribunal nacional considera que o litígio *sub judice* não deve ser decidido com fulcro nas normas comunitárias eventualmente invocadas pelas parte, mas tão somente por disposições de direitos interno.<sup>112</sup>

No caso de existir decisão interpretativa anterior emitida pelo Tribunal de Justiça, não é obrigatório o envio a título prejudicial de questão interpretativa ou aplicativa do direito comunitário. O Acórdão DA COSTA corrobora esta tese.<sup>113</sup>

João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos explicam que apesar de o reenvio não ser obrigatório nesta situação, é sempre possível. O tribunal nacional pode se dar por insatisfeito com a interpretação anteriormente fornecida pelo Tribunal de Luxemburgo, ou considerar que o Acórdão prévio sobre o tema não é suficientemente explícito.<sup>114</sup>

A última exceção é a teoria do ato claro. Trata-se do caso em que a norma comunitária aplicável é perfeitamente clara, não havendo dificuldade interpretativa. Na espécie, seria desarrazoada a solicitação de decisão prejudicial para a Corte Comunitária.<sup>115</sup>

A análise do preceito inscrito no artigo 267 do Tratado de Lisboa se completa com a autoexplicativa parte final. Determina-se que se a questão for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível.

Encerrado o exame do artigo 267 do Tratado de Lisboa, parte-se para a descrição de alguns aspectos práticos do instituto.

### 2.1.3 A previsão legal: o artigo 267 do Tratado de Lisboa

---

<sup>112</sup> CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz de. **Contencioso Comunitário**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002. p. 151.

<sup>113</sup> Ibidem. p. 152.

<sup>114</sup> Ibidem. p. 153.

<sup>115</sup> Ibidem. p. 154.

O processo inicia-se por um despacho de suspensão do processo nacional e pela submissão da questão prejudicial ao TJCE; e terminará por uma decisão definitiva, proferida por este Tribunal sob a forma de acórdão, que permitirá o prosseguimento da lide no âmbito nacional. A resolução do litígio deverá estar em consonância com a interpretação fornecida pelos Juízes do Tribunal Comunitário.<sup>116</sup>

A escolha do momento ou da fase do processo que a questão prejudicial será enviada ao TJCE é de responsabilidade do juiz nacional, obedecendo a considerações de economia e utilidade processual.<sup>117</sup>

A decisão de enviar a questão controversa a título prejudicial ao TJCE compete exclusivamente ao tribunal nacional. Incumbe a ele a formulação dos termos da questão que pretende obter resposta do Tribunal de Luxemburgo. Às partes é autorizada somente a emissão de observações sobre a questão, não sendo possível nem mesmo o pedido de esclarecimento da decisão comunitária. Ainda, o magistrado tem as faculdades de submeter a questão de ofício e de recusar-se a enviá-la quando solicitada pelas partes.<sup>118</sup>

Quanto à forma que o pedido de decisão da questão prejudicial, o TJCE não definiu nem explícita nem implicitamente os requisitos necessários. A base deste entendimento é o caso BOSCH (Ac. De 6.4.1962, proc.º 13/61, Col. 11). Destarte, o despacho de reenvio prejudicial do juiz nacional não obedece a qualquer fórmula sacramental. O juiz pode formular secamente as questões ou expor o contexto e as particularidades do caso.<sup>119</sup>

Após a fase escrita da submissão da questão prejudicial, segue-se a fase oral. Nela, os representantes das partes, dos Estados e das Instituições envolvidas no processo têm a oportunidade de debater, em audiência pública, as questões suscitadas pelo juiz nacional. O Tribunal pode, entretanto, dispensar a fase oral.<sup>120</sup>

O processo terminará com um acórdão do Tribunal de Justiça.

Os acórdãos podem ser interpretativos ou sobre a questão da validade dos atos emanados das instituições comunitárias.

Em suas decisões, o Tribunal de Luxemburgo não tem se restringido apenas a precisar o sentido e o alcance da norma em causa. Vem igualmente decidindo se

---

<sup>116</sup> CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. **Manual de direito comunitário**. 4ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004. p. 433.

<sup>117</sup> Idem. p. 436.

<sup>118</sup> Ibidem p. 435.

<sup>119</sup> Ibidem pp. 434-435.

<sup>120</sup> Ibidem. p. 439.

uma dada norma é diretamente aplicável e definido em inúmeros acórdãos as condições da aplicabilidade direta. Ainda, tem afirmado o princípio da primazia do direito comunitário sobre qualquer norma nacional que se lhe oponha e as implicações desse princípio. Ademais, tem determinado os critérios de interpretação das normas comunitárias e invocado o princípio da autonomia do Direito Comunitário, além da proclamação dos efeitos dos atos comunitários e a quem são oponíveis.<sup>121</sup>

Por fim, é mister destacar que as decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia, sejam sobre interpretação de norma ou validade de ato comunitário, vincula o juiz nacional.

## 2.2 A consulta prejudicial na Comunidade Andina

A Comunidade Andina é um bloco econômico de integração regional instituído pelo Acordo de Cartagena em 1969. Os cinco países que fundaram o bloco são a Bolívia, a Colômbia, o Chile, o Equador e o Peru. Os objetivos do então chamado Grupo Andino eram promover o desenvolvimento equilibrado e harmônico dos países membros em condições de equidade mediante a integração e a cooperação econômica e social, acelerar o crescimento econômico e a geração de empregos, além de promover a formação gradual de um mercado comum latinoamericano.<sup>122</sup>

A Venezuela entrou no bloco em 1973 e se retirou em 2006. O Chile, membro fundador, se retirou em 1976, sendo membro associado desde 2006.

Em 1996, os presidentes dos países membros firmaram o Protocolo de Trujillo, que reformou o Acordo de Cartagena. O Grupo Andino então passou a se chamar Comunidade Andina.

No plano judicial, o Acordo de Cartagena previa a instituição de um Tribunal de Justiça como órgão jurisdicional do bloco nos arts. 40 e 41. A sede do Tribunal é na cidade de Quito.

A norma do Acordo de Cartagena sobre a criação do Tribunal Andino foi materializada apenas em 1979, iniciando suas atividades em 02 de janeiro de

<sup>121</sup> CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz de. **Contencioso Comunitário**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002. p. 118.

<sup>122</sup> É o que prescreve o artigo 1º do Acordo de Cartagena. COMUNIDADE ANDINA. **Acordo de Cartagena**. Disponível em: [http://intranet.comunidadandina.org/IDocumentos/c\\_Newdocs.asp?GruDoc=14](http://intranet.comunidadandina.org/IDocumentos/c_Newdocs.asp?GruDoc=14). Acesso em: 2 de março de 2012.

1984<sup>123</sup>. O Protocolo de Cochabamba, assinado em 1996, reformou o Tratado de Criação do Tribunal, alterando o nome da Corte para Tribunal de Justiça da Comunidade Andina ('TJCA').

Cinco magistrados integram o Tribunal Andino, os quais devem ser nacionais de origem dos países-membros, gozarem de alta consideração moral e reunir as condições requeridas em seu país para o exercício das mais altas funções judiciais ou ser jurisconsultos de notória competência (art. 6 do Tratado de Criação do TJCA, 'TCTJCA'). Os magistrados são nomeados para um período de seis anos, podendo ser reeleitos apenas uma vez (art. 8/TCTJCA).

As decisões do Tribunal Andino obrigam aos Estados-membros, sendo diretamente aplicáveis a partir da data de sua publicação (arts. 2 e 3/TCTJCA). As sentenças não requerem homologação em nenhum dos membros da Comunidade Andina (art. 41/TCTJCA).

O Tribunal tem competência para decidir ações de nulidade (art. 17-22/TCTJCA), ações de descumprimento (art. 23-31/TCTJCA), interpretações prejudiciais (art. 32-36/TCTJCA), recurso por omissão ou inatividade (art. 37/TCTJCA) e lides laborais (art. 40/TCTJCA), além de poder exercer função arbitral (art. 38 e 39/TCTJCA).

Tomando como referência o marco normativo comunitário do Velho Continente, a Comunidade Andina instituiu a interpretação prejudicial como ferramenta para articular a cooperação entre jurisdições nacionais e a jurisdição supranacional com o objetivo de atingir a uniformidade na aplicação do direito comunitário. A redação do art. 32 do Tratado de Criação do TJCA confirma esta descrição:

**Artículo 32.-** Corresponderá al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros.

A relação entre os magistrados nacionais e os do Tribunal Andino é regida pela cooperação e lealdade, não se configurando qualquer hierarquia entre os órgãos jurisdicionais.<sup>124125</sup>

---

<sup>123</sup> VIGIL TOLEDO, Ricardo. "La consulta prejudicial en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina", em *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2004. p. 939.

A consulta prejudicial pelo juiz nacional divide-se em obrigatória e facultativa, segundo o art. 33 do TCTJCA. A primeira abrange todos os casos em que a decisão do tribunal nacional ao aplicar o direito comunitário andino não seja suscetível de recursos no sistema jurídico interno. Por outro lado, será facultativa sempre que contra a sentença existam vias recursais que permitam sua revisão. Neste caso haverá discricionariedade na consulta.

Ponto de alta relevância nesta seara é o posicionamento da corte comunitária a respeito das teorias do ato aclarado e do ato claro, desenvolvidas pela jurisprudência do Tribunal de Luxemburgo. A teoria do ato aclarado é aquela que permite ao juiz nacional decidir uma lide que envolve direito comunitário com base na jurisprudência da corte comunitária. Já a teoria do ato claro designa as situações em que a obrigação de consulta prejudicial desaparece em virtude de não haver dúvida razoável a respeito do sentido e alcance da norma comunitária em questão.

126

Alejandro Perotti afirma que ambas as teorias não foram recepcionadas pelo Tribunal Andino. O posicionamento do Tribunal em relação à doutrina do ato aclarado foi expresso no precedente *Aktiebolaget Volvo*, no qual pronunciou que suas sentenças regem tão somente o caso objeto da consulta, não eximindo o juiz nacional da obrigação de realizar a consulta mesmo em casos similares ou análogos. A doutrina do ato claro foi igualmente rechaçada no caso *Kadoch* pelo Tribunal e pela Secretaria Geral da Comunidade Andina em sua Resolução nº 210.<sup>127</sup>

Os filtros admitidos pelo Tribunal Andino são a exigência de uma dúvida razoável e de a consulta ter importância prática, não sendo fruto de meras especulações ou curiosidades teóricas.<sup>128</sup>

Assim como ocorre no direito comunitário europeu, o Tribunal Andino não está autorizado a interpretar o conteúdo e o alcance do direito nacional nem qualificar os fatos do processo, apesar de poder referir-se aos fatos quando for estritamente necessário. A Corte Comunitária deverá pronunciar-se apenas sobre a

---

<sup>124</sup> DUEÑAS MUÑOZ, Juan Carlos. “La interpretación prejudicial, ¿piedra angular de la integración andina?”, **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2011**, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2011. p. 42.

<sup>125</sup> PEROTTI, Alejandro. **Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el derecho andino**. Lima: Secretaría General de la CAN, Biblioteca Digital Andina, 2005. p. 3.

<sup>126</sup> Ibidem. p. 3.

<sup>127</sup> Ibidem. pp. 3-5.

<sup>128</sup> Ibidem. pp. 5 e 9.

inteligência das normas que conformam o ordenamento jurídico da Comunidade Andina, consoante prevê o art. 34 do TCTJCA.

A sentença proferida pelo Tribunal Andino deverá ser adotada pelo juiz nacional em sua decisão. Nas palavras de Ricardo Vigil Toledo, ex-presidente do TJCA, “la sentencia que dicte el Tribunal es vinculante.”<sup>129</sup>

Pode-se observar que mesmo havendo divergências na aplicação do direito comunitário, o Tribunal Andino demonstra ser influenciado em grande escala pela jurisprudência comunitária europeia. Assim como na prática da União Europeia, o mecanismo da consulta prejudicial proporciona a colaboração entre os juizes nacionais e os magistrados do tribunal comunitário em favor da uniformização e integridade do direito comunitário.

### 2.3 A consulta prejudicial no Sistema Centroamericano

O Sistema da Integração Centroamericana (SICA) é o marco institucional da Integração Regional Centroamericana<sup>130</sup>. Foi constituído pelo Protocolo de Tegucigalpa em 1991, o qual reformou a Carta da Organização dos Estados Centroamericanos (ODECA), tendo entrado em vigor em 1º de fevereiro de 1993.

Os países que fundaram o Sistema da Integração Centroamericana são a Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua e Panamá.<sup>131</sup> Posteriormente, Belize foi aceita como Estado membro. A República Dominicana é Estado Associado, enquanto México, Argentina, Chile e Brasil figuram como Observadores Regionais. A Espanha, a China, a Alemanha, a Itália e o Japão são observadores extra-regionais.

O SICA tem como objetivo fundamental a realização da integração da América Central a fim de constituir uma região de Paz, Liberdade, Democracia e

---

<sup>129</sup> VIGIL TOLEDO, Ricardo. “La consulta prejudicial en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, em *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2004. p. 944.

<sup>130</sup> Art. 2 do Protocolo de Tegucigalpa. SISTEMA DE INTEGRAÇÃO CENTROAMERICANO, **Protocolo de Tegucigalpa**. Disponível em: <<http://www.sice.oas.org/trade/sica/SG121391.asp>> Acesso em: 2 de dez. de 2012.

<sup>131</sup> Art. 1 do Protocolo de Tegucigalpa. SISTEMA DE INTEGRAÇÃO CENTROAMERICANO, **Protocolo de Tegucigalpa**. Disponível em: <<http://www.sice.oas.org/trade/sica/SG121391.asp>> Acesso em: 2 de dez. de 2012.

Desenvolvimento.<sup>132</sup> A pedra fundamental para a concretização desses propósitos são a tutela, o respeito e a promoção dos Direitos Humanos.<sup>133</sup>

O Protocolo de Tegucigalpa estabelece em seu art. 12 a criação da Corte Centroamericana de Justiça para garantir o respeito do direito na interpretação e execução deste protocolo e seus instrumentos complementares ou atos derivados do mesmo. A integração, funcionamento e atribuições da Corte seriam regulados pelo Estatuto da Corte, que seria negociado e subscrito pelos Estados Membros. Todas as controvérsias sobre a aplicação ou interpretação das disposições contidas no protocolo devem ser submetidas à Corte, conforme dispõe o art. 35 do diploma centroamericano.

O Estatuto da Corte Centroamericana de Justiça foi firmado em 1992, constituindo a Corte como Órgão Judicial principal e permanente do Sistema da Integração Centroamericana, cuja jurisdição e competência regionais são de caráter obrigatório para os Estados.<sup>134</sup> É composta por dois magistrados titulares e dois suplentes de cada país membro do SICA e tem sede na cidade de Manágua.

A Corte Centroamericana de Justiça iniciou suas atividades em 12 de outubro de 1994, tendo julgado 110 casos, 69 contenciosos e 41 consultivos, até março de 2011.<sup>135</sup> As decisões da Corte de Manágua tem autoridade de coisa julgada e sua doutrina tem efeitos vinculantes para todos os Estados, órgãos e organizações que formem ou participem do SICA, e para sujeitos de direito privado.<sup>136</sup>

O direito comunitário centroamericano está ancorado em cinco princípios estabelecidos pela Corte de Manágua no Caso Dr. José Vicente Coto Ugarte. São eles: autonomia, aplicabilidade imediata, efeito ou aplicabilidade direta, primazia e responsabilidade do Estado.

---

<sup>132</sup> Art. 3 do Protocolo de Tegucigalpa. SISTEMA DE INTEGRAÇÃO CENTROAMERICANO, **Protocolo de Tegucigalpa**. Disponível em: <<http://www.sice.oas.org/trade/sica/SG121391.asp>> Acesso em: 2 de dez. de 2012.

<sup>133</sup> Art. 4, a) do Protocolo de Tegucigalpa. SISTEMA DE INTEGRAÇÃO CENTROAMERICANO, **Protocolo de Tegucigalpa**. Disponível em: <<http://www.sice.oas.org/trade/sica/SG121391.asp>> Acesso em: 2 de dez. de 2012.

<sup>134</sup> Art. 1 do Estatuto da Corte Centroamericana de Justiça. SISTEMA DE INTEGRAÇÃO CENTROAMERICANO, **Estatuto da Corte Centroamericana de Justiça**. <<http://www.oj.gob.gt/es/QueEsOJ/EstructuraOJ/UnidadesAdministrativas/CentroAnalisisDocumentacionJudicial/cds/CDs%20leyes/2009/pdfs/instrumentos/INSINT029.pdf>> Acesso em: 2 de dez. de 2012.

<sup>135</sup> As informações constam no site da Corte Centroamericana de Justiça. Disponível em: <<http://portal.ccj.org.ni/ccj2/Historia/tabid/57/Default.aspx>> Acesso em: 2 de dez. de 2012.

<sup>136</sup> Art. 3 do Estatuto da Corte Centroamericana de Justiça. SISTEMA DE INTEGRAÇÃO CENTROAMERICANO, **Estatuto da Corte Centroamericana de Justiça**. <<http://www.oj.gob.gt/es/QueEsOJ/EstructuraOJ/UnidadesAdministrativas/CentroAnalisisDocumentacionJudicial/cds/CDs%20leyes/2009/pdfs/instrumentos/INSINT029.pdf>> Acesso em: 2 de dez. de 2012.



O princípio da autonomia significa que o direito comunitário centroamericano possui como referência seu próprio ordenamento normativo. A aplicabilidade imediata expressa a automática incorporação do direito comunitário às ordens jurídicas nacionais sem que seja necessário qualquer ato de internalização, além da obrigação das autoridades de dar efetividade à legislação comunitária. O princípio do efeito ou aplicabilidade direta materializa a possibilidade das normas comunitárias criarem por si próprias direitos e obrigações para os particulares ou impor aos Estados membros sua concretização para que sejam plenamente eficazes.

A primazia do direito comunitário centroamericano significa que as normas comunitárias ocupam lugar prioritário em relação às normas nacionais, dado que sua aplicação é preferencial ou prioritária em relação aos ordenamentos jurídicos internos dos Estados membros. Esta primazia alcança inclusive normas constitucionais, já que não teria sentido que seus efeitos pudessem ser anulados pelos Estados. Por fim, o princípio da responsabilidade afirma que os Estados estão obrigados a reparar os danos causados aos particulares como consequência da violação de normas comunitárias.<sup>137</sup>

No que tange à consulta prejudicial centroamericana, sua previsão legal encontra-se na alínea k), do art. 22, que estabelece como competente a Corte para:

k) Resolver toda consulta prejudicial requerida por todo Juez o Tribunal Judicial que estuviere conociendo de un caso pendiente de fallo encaminada a obtener la aplicación o interpretación uniforme de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del «Sistema de la Integración Centroamericana» creado por el «Protocolo de Tegucigalpa» sus instrumentos complementarios o actos derivados del mismo.<sup>138</sup>

Em primeiro lugar, observa-se que existem dois atores nacionais responsáveis pela realização da justiça comunitária: o Juiz e o Tribunal de Justiça de cada Estado membro.<sup>139</sup> O motivo fundamental para a solicitação de consultas

<sup>137</sup> Corte Centroamericana de Justicia. Caso Dr. José Vicente Coto Ugarte contra la Universidad de El Salvador por Desconocimiento del Convenio sobre el Ejercicio de Profesiones Universitarias y Reconocimiento de Estudios Universitarios. Manágua: 5 de marzo de 1998. In: GALLARDO, Carlos Guerra. "La Corte de Justicia de la Comunidad Centroamericana y la Consulta Prejudicial. **Seminario sobre "La Consulta Prejudicial"**. Nicaragua: 9 e 10 de outubro de 2006. p. 16-17. Disponível em: [http://cendoc.ccej.org.ni/Documentos/Biblioteca/1792/15288/La\\_CCJ%20Yla\\_Consulta\\_Prejudicial-%20CARLOS%20GUERRA.pdf](http://cendoc.ccej.org.ni/Documentos/Biblioteca/1792/15288/La_CCJ%20Yla_Consulta_Prejudicial-%20CARLOS%20GUERRA.pdf) Acesso em: 22 de março de 2012.

<sup>138</sup> SISTEMA DE INTEGRAÇÃO CENTROAMERICANO, **Protocolo de Tegucigalpa**. Disponível em: <http://www.sice.oas.org/trade/sica/SG121391.asp> Acesso em: 2 de dez. de 2012.

<sup>139</sup> GALLARDO, Carlos Guerra. "La Corte de Justicia de la Comunidad Centroamericana y la Consulta Prejudicial. **Seminario sobre "La Consulta Prejudicial"**. Nicaragua: 9 e 10 de outubro de 2006. p. 2. Disponível em:

prejudiciais provém do fato de que os Juízes e Tribunais nacionais podem se deparar com dúvidas ou incertezas em casos envolvendo a aplicação do direito comunitário centroamericano.<sup>140</sup>

As decisões prejudiciais emanadas pela Corte de Manágua garantem a aplicação e interpretação uniforme das normas que compõe o Sistema da Integração Centroamericana. Em virtude do princípio da primazia do direito comunitário, esses julgados vinculam o Juiz e o Tribunal que submeteram a questão prejudicial.

A primeira consulta prejudicial foi solicitada pelo Secretário Geral da SICA, Róger Haroldo Rodas Melgar, e julgada em 2003. A Corte decidiu pela inadequação da via processual escolhida. Nem a opinião consultiva nem a consulta prejudicial se prestavam para resolver a questão, relacionada à contradição de um julgamento da Corte Suprema de Justiça de El Salvador com uma decisão da Corte de Manágua. Digna de nota é a passagem em que se sublinha que a faculdade consultiva com caráter obrigatório outorgada ao Tribunal tem por finalidade um *controle preventivo de legalidade*, a qual está corroborada, entre outras, na letra k) do artigo 22 do Estatuto da Corte, quando trata da consulta prejudicial, e faz alusão ao propósito da mesma, o qual é “obter a aplicação ou interpretação uniforme das normas que conformam o ordenamento jurídico do “Sistema da Integração Centroamericana”, criado pelo Protocolo de Tegucigalpa, seus instrumentos complementares ou atos derivados do mesmo.

Percebe-se que a Corte de Manágua já em sua primeira decisão prejudicial indica que está a realizar uma espécie de controle da aplicação e interpretação do direito comunitário por meio da consulta prejudicial.

De 2003 até o presente momento foram muitas as consultas prejudiciais julgadas, revelando-se como principal mecanismo de cooperação entre a jurisdição comunitária e a nacional. Ressalte-se que o direito comunitário é aplicado tanto pela Corte como por todos os juízes nacionais dos Estados membros, conforme observa Carlos Gallardo, ex-presidente da Corte Centroamericana de Justiça.<sup>141</sup>

---

<[http://cendoc.ccj.org.ni/Documentos/Biblioteca/1792/15288/La\\_CCJ%20Yla\\_Consulta\\_Prejudicial-%20CARLOS%20GUERRA.pdf](http://cendoc.ccj.org.ni/Documentos/Biblioteca/1792/15288/La_CCJ%20Yla_Consulta_Prejudicial-%20CARLOS%20GUERRA.pdf)> Acesso em: 22 de março de 2012.

<sup>140</sup> Ibidem. p. 5.

<sup>141</sup> GALLARDO, Carlos Guerra. “La Corte de Justicia de la Comunidad Centroamericana y la Consulta Prejudicial. **Seminario sobre “La Consulta Prejudicial”**. Nicaragua: 9 e 10 de outubro de 2006. p. 4. Disponível em:

<[http://cendoc.ccj.org.ni/Documentos/Biblioteca/1792/15288/La\\_CCJ%20Yla\\_Consulta\\_Prejudicial-%20CARLOS%20GUERRA.pdf](http://cendoc.ccj.org.ni/Documentos/Biblioteca/1792/15288/La_CCJ%20Yla_Consulta_Prejudicial-%20CARLOS%20GUERRA.pdf)> Acesso em: 22 de março de 2012.

A competência da Corte Centroamericana está prevista no art. 22 de seu Estatuto, porém é importante mencionar o disposto no art. 25. Este prescreve que a competência da Corte não se estende à matéria de direitos humanos, a qual corresponde exclusivamente à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Este dispositivo é vital para a articulação entre controle jurisdicional de convencionalidade e reenvio prejudicial interamericano no domínio das Cortes regionais americanas.

## 2.4 O reenvio prejudicial interamericano

O reenvio prejudicial interamericano é o instrumento processual pelo qual os juízes e tribunais nacionais submetem uma questão prejudicial à Corte Interamericana de Direitos Humanos, fundada na dificuldade interpretativa de uma norma de direitos humanos relacionada com o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

O objetivo que orienta o novo instituto processual de diálogo jurisdicional é harmonizar a interpretação do *corpus iuris* interamericano dos direitos humanos feita pelos judiciários nacionais com a jurisprudência da Corte de San José.

Não é mais suficiente a adoção das declarações e convenções de direitos humanos. É imprescindível que os Estados consolidem também uma jurisprudência emancipatória em consonância com os pronunciamentos da Corte Interamericana. O direito internacional dos direitos humanos é formado atualmente tanto pelo rol dos direitos materiais como pelos mecanismos de interpretação e defesa destes preceitos.

O “truque de ilusionista”, conforme a expressão cunhada por André de Carvalho Ramos<sup>142</sup>, de ratificar o tratado e descumpri-lo abertamente através de uma interpretação estatalista pelo judiciário não se coaduna com a atual quadra de desenvolvimento do direito internacional, menos ainda com o direito internacional dos direitos humanos, formado em sua maior parte por normas imperativas com eficácia *erga omnes*.

Materializado o reenvio prejudicial interamericano, os *standards* de direitos humanos seriam definidos pela própria Corte de San José em decisões obrigatórias para a jurisdição nacional. Não haveria margem, pelo menos no caso submetido à

---

<sup>142</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 31.

Corte, para a interpretação e a aplicação nacionais do texto convencional. Prevaleceria uma interpretação internacionalista autêntica.

O diálogo entre as Cortes Constitucionais e a Corte Interamericana que poderia surgir no seio do reenvio prejudicial é alvissareiro. Tendo em vista que as primeiras geralmente detêm poderes para conformar o ordenamento jurídico em virtude do instituto do *stare decisis* ou da eficácia *erga omnes* de suas decisões, entreve-se a possibilidade de atualização da jurisprudência dos tribunais constitucionais a partir do contato direto com a jurisprudência marcada pelo caráter evolutivo da Corte Interamericana.

A criação de vínculos entre a jurisdição nacional e a Corte de San José também beneficiaria os juízes de instâncias inferiores. Nos períodos em que as Cortes Supremas pacificassem entendimentos contrários aos cânones interamericanos de proteção dos direitos humanos, os juízes de primeiro grau poderiam recorrer à Corte Interamericana a fim de modernizar a legislação nacional com fulcro na interpretação evolutiva dos direitos humanos.

Este clima favorável para a cooperação entre a magistratura das instâncias iniciais e a Corte Interamericana provocado pelo reenvio prejudicial é de suma importância para a concretização do princípio da uniformização interpretativa, pois um número expressivo de lides nas jurisdições nacionais transita em julgado confirmando o entendimento firmado na sentença de primeiro grau, ou mesmo sem o reexame pelos tribunais.

Além do princípio da uniformização da interpretação e da aplicação do *corpus iuris* de direitos humanos, o reenvio prejudicial interamericano contribuiria igualmente para a efetivação dos princípios da primazia das normas convencionais e da aplicabilidade direta dos preceitos da Convenção Americana. Esta projeção se baseia nos resultados produzidos no seio do reenvio prejudicial na União Europeia, assim retratados por Jânia Saldanha:

A mais importante contribuição da farta jurisprudência do Tribunal de Justiça, no âmbito do reenvio prejudicial, foi a construção, lapidação e afirmação dos princípios da aplicabilidade direta ou imediata, e da primazia da ordem jurídica comunitárias os quais surgiram, segundo Renaud Dehousse, justamente numa época em que, passados os primeiros anos de entusiasmo, a integração europeia começava a dar sinais de esvaziamento,

especialmente porque os Estados-Membros buscavam o controle da máquina administrativa e da política comunitária.<sup>143</sup>

Destarte, o diálogo entre a jurisdição nacional e a regional conduziria seguramente à atitude de cooperação, fomentando o surgimento de uma fertilização cruzada sobre os direitos humanos. Conseqüentemente, o reenvio prejudicial operaria como uma engrenagem de conexão entre a ordem jurídica nacional e a ordem regional com a finalidade de elevar o patamar de proteção dos direitos da pessoa humana no continente americano.

#### 2.4.1 A moldura jurídica do mecanismo

O reenvio prejudicial interamericano deve ser pensado dogmaticamente, da mesma forma que seus semelhantes comunitários. Questões como a situação na qual se aplica o reenvio, os órgãos nacionais responsáveis, a facultatividade ou obrigatoriedade do reenvio pelas instâncias nacionais e o objeto do reenvio serão avaliadas.

A situação que gera a possibilidade do reenvio prejudicial interamericano é quando um juiz ou tribunal nacional depara-se com dificuldade na interpretação ou na aplicação de uma norma interamericana de direitos humanos. Esta dificuldade decorre de o direito internacional dos direitos humanos ser uma disciplina que apenas recentemente alcançou autonomia, de modo que as convenções e a jurisprudência da Corte de San José ainda são desconhecidos de muitos juristas.

Os órgãos nacionais encarregados de enviar a questão prejudicial à Corte Interamericana são os juízes e tribunais dos países que reconhecem a jurisdição desta. No ponto, é válida a analogia com o reenvio prejudicial comunitário quanto à facultatividade ou obrigatoriedade de certas instâncias submeterem questões prejudiciais.

O reenvio prejudicial interamericano seria facultativo para os órgãos nacionais cujas decisões são passíveis de recurso no âmbito interno. Assim, os juízes teriam ampla margem de apreciação sobre a necessidade da submissão da questão prejudicial à Corte Interamericana para a resolução da lide.

---

<sup>143</sup> SALDANHA, J. M. L. **Cooperação jurisdicional: reenvio prejudicial: um mecanismo de direito processual a serviço do direito comunitário: perspectivas para sua adoção no Mercosul.** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001. p. 37.

Na linha do instituto comunitário, a modalidade facultativa não traz riscos sérios para a integridade da interpretação ou da apreciação do *corpus iuris* interamericano de direitos humanos. Se um juiz ou tribunal inferior sentenciar de forma equivocada com fulcro nestas normas, os tribunais superiores poderão corrigir a falha.

Por outro lado, os órgãos jurisdicionais estatais obrigados ao reenvio seriam aqueles cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial no plano interno. O motivo é que caso a última palavra seja confiada às autoridades nacionais máximas, seriam produzidas interpretações divergentes de país para país.

No entanto, caberiam exceções à submissão obrigatória de questão prejudicial, tal como ocorre no plano comunitário. Seriam os casos de questão sem pertinência, de norma sobre a qual existe decisão anterior da Corte Interamericana sobre o tema e quando for exequível a teoria do ato claro.

A falta de pertinência incidiria no caso de o tribunal nacional considerar que o litígio *sub judice* não deve ser decidido com fundamento nas normas convencionais de direitos humanos, mas exclusivamente através de preceitos de direito interno.

A segunda exceção é a da existência de decisão anterior da Corte Interamericana sobre o tema. Evidentemente, se o tribunal nacional considerar que a decisão anterior daquela Corte não é suficientemente clara, poderá efetuar o reenvio.

A terceira exceção é a teoria do ato claro. Da mesma forma que no reenvio comunitário, caso a norma de direitos humanos seja absolutamente clara, não havendo dificuldade interpretativa, não se pode considerar obrigado o tribunal nacional ao reenvio.

Por fim, resta meditar sobre o objeto do reenvio prejudicial interamericano.

As normas sobre direitos humanos que poderiam suscitar dificuldades interpretativas passíveis de consulta prejudicial à Corte Interamericana são aquelas que compõem o *corpus iuris* de direitos humanos estabelecido nas decisões da própria Corte.

Assim, podem-se considerar como objeto de reenvio prejudicial interamericano as normas da Convenção Americana de Direitos Humanos e, com fulcro na Opinião Consultiva nº 1, de 1982, aquelas previstas em qualquer tratado internacional sobre direitos humanos aplicável nos Estados americanos, bilateral ou multilateral.

#### 2.4.2 Aspectos práticos

O reenvio prejudicial interamericano teria duas fases: a) a decisão do órgão jurisdicional nacional de suspender o processo e suscitar a questão perante a Corte Interamericana; e b) o recebimento e a decisão da CIDH sobre a questão submetida. Percorrido este iter, o processo teria prosseguimento na instância nacional, sendo resolvido em conformidade com a interpretação fornecida pela CIDH.<sup>144</sup>

A decisão de efetuar o reenvio prejudicial caberia exclusivamente ao juiz, *ex officio* ou a requerimento das partes. Como nas questões prejudiciais de direito interno, o despacho de envio de questão prejudicial para a CIDH suspende o curso do processo.<sup>145</sup>

O julgador nacional deverá elaborar a questão ou as questões com precisão, indicando as disposições cuja interpretação é solicitada. Da experiência europeia extrai-se a exigência de que o juiz nacional apresente claramente o quadro fático e legal em que se inscrevem as questões, uma vez que disso depende a clareza da fundamentação da resposta a ser dada.<sup>146</sup>

O despacho de reenvio seria remetido à Secretaria da Corte Interamericana. Recebido o reenvio, o Secretário enviaria cópia deste a todos os Estados membros, à Comissão, ao Conselho Permanente por intermédio da sua Presidência, ao Secretário Geral e aos órgãos da OEA a cuja esfera de competência se refira o tema da consulta, se for pertinente, conforme o artigo 73, 1, do Regulamento da Corte de San José.<sup>147</sup>

Então, a Corte faria um exame preliminar da questão para verificar se algum requisito não foi cumprido, podendo solicitar que seja sanado no prazo de 20 dias, nos termos do que prevê o artigo 38 do Regulamento da Corte. Nesta fase a Corte poderá, conforme a prática do reenvio no contexto comunitário europeu, rejeitar o reenvio se considerar que a questão (a) não tem qualquer relação com a realidade

---

<sup>144</sup> SALDANHA, J. M. L.; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; VIEIRA, L. P.. "Reenvio Prejudicial Interamericano: um novo mecanismo processual para o desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos." In: Armin von Bogdandy; Flávia Piovesan. Mariela Morales Antoniazzi.. (Org.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 608.

<sup>145</sup> Ibidem. p. 608.

<sup>146</sup> Ibidem. p. 608.

<sup>147</sup> Ibidem. p. 608.

ou com o objeto do litígio no processo principal<sup>148</sup>; (b) contém invocação manifestamente errônea das disposições de documento internacional de direitos humanos<sup>149</sup>; (c) refere-se a uma dúvida hipotética.<sup>150151</sup>

Em seguida, a Presidência da Corte fixaria prazo para que os interessados enviassem suas observações por escrito, consoante é previsto no artigo 73, 2, do Regulamento para o exercício das outras competências. O prazo para envio das referidas observações seria de dois meses, contado do recebimento da questão prejudicial, como prevê o artigo 40 do Regulamento em relação aos casos contenciosos.<sup>152</sup>

Concluído o procedimento escrito, a Corte deliberaria quanto à conveniência ou não de realizar procedimento oral e fixaria data para audiência (art. 73, 4 do Regulamento).<sup>153</sup>

Chega-se, então, ao momento do julgamento da questão prejudicial. A Corte prolataria a decisão esclarecendo a controvérsia interpretativa submetida pelo órgão jurisdicional nacional. Esta decisão teria caráter obrigatório, fundado no artigo 68, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, estando o juiz nacional vinculado a ela. Portanto, a lide deverá ser resolvida em plena conformidade com a interpretação emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Um exemplo concreto em que poderia ter sido aplicado o reenvio prejudicial interamericano, se sua previsão existisse neste contexto, é o Recurso Extraordinário 511.961, julgado em 17 de junho de 2009 pelo Supremo Tribunal Federal. Na

---

<sup>148</sup> Essa foi a justificativa de rejeição de reenvio pelo Tribunal de Luxemburgo no Caso ANGONESE (Acórdão de 6 de Junho de 2000). A referência é de João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos em: CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz de. **Contencioso Comunitário**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002. p. 173.

<sup>149</sup> Buscamos este fundamento de rejeição de reenvio prejudicial por meio de analogia ao que decidiu o Tribunal de Luxemburgo no Caso SALGOIL (Acórdão de 19 de dezembro de 1968), como bem resumem João Mota de Campos e João Luiz de Mota Campos: “o TJCE não se considera obrigado a julgar a questão prejudicial que lhe é submetida se a evocação das disposições comunitárias, feita pelo juiz nacional, é manifestamente errônea.” CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz de. **Contencioso Comunitário**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002. p. 174.

<sup>150</sup> Foi este o fundamento que alicerçou a rejeição de reenvio no Caso BOSMAN (Acórdão de 15 de dezembro de 1995), conforme atestam João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos. CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz de. **Contencioso Comunitário**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002. p. 174.

<sup>151</sup> SALDANHA, J. M. L.; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; VIEIRA, L. P.. “Reenvio Prejudicial Interamericano: um novo mecanismo processual para o desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos.” In: Armin von Bogdandy; Flávia Piovesan. Mariela Morales Antoniazzi.. (Org.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. pp. 608-609.

<sup>152</sup> Ibidem. p. 609.

<sup>153</sup> Ibidem. p. 609.



espécie, declarou-se a inconstitucionalidade da exigência de diploma universitário para o exercício da profissão de jornalista no Brasil.

O fundamento constitucional central foi a interpretação conferida ao artigo 5º, XIII, da Constituição Federal, que prevê a reserva legal qualificada para o exercício profissional. O Supremo Tribunal Federal proclamou que as leis que disciplinam as qualificações que condicionam o exercício das profissões devem estar de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Assim, o legislador não estaria autorizado a restringir o exercício da liberdade profissional de modo a atingir o seu próprio núcleo essencial, como fazia o artigo 4º, V, do Decreto-lei nº 972/1969 em relação aos jornalistas.<sup>154</sup>

A ênfase neste julgamento se deve à inclusão da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos como fundamento jurídico da decisão. Vale reproduzir o trecho correspondente do acórdão:

8. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo (caso “*La colegiación obligatoria de periodistas*” – Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985).<sup>155</sup>

No caso, o Supremo Tribunal Federal poderia ter submetido uma questão prejudicial requisitando esclarecimentos sobre o alcance do artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos. A decisão da Corte levaria em consideração o contexto do julgamento e haveria maior certeza sobre a interpretação autêntica da norma convencional por ser uma resolução contemporânea à sentença brasileira.

---

<sup>154</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 511.961**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de junho de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 3 de dez. 2012. p. 2.

<sup>155</sup> Ibidem. p. 4.

### **3 A ARTICULAÇÃO ENTRE CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE E REENVIO PREJUDICIAL INTERAMERICANO**

O controle de convencionalidade e o reenvio prejudicial interamericano possuem muitas semelhanças teóricas e funcionais. A maior delas, é imperativo ressaltar, é a unidade essencial de propósito que conduz os dois mecanismos: a proteção do ser humano contra abusos e violações.

O direito processual, seja no plano nacional ou no plano internacional, deve servir como instrumento da realização do direito material. Em se tratando de direitos humanos, esta tendência se acentua, porquanto se está a buscar a realização de valores e metas comuns superiores.

O motivo de se pensar formas de articular o controle de convencionalidade e o reenvio prejudicial interamericano na teoria e na prática é completar as reflexões apresentadas nos capítulos anteriores, projetando novos caminhos processuais para a implementação do direito internacional dos direitos humanos no continente americano.

#### **3.1 A convergência teórica entre o controle de convencionalidade e o reenvio prejudicial interamericano**

A investigação simultânea do controle jurisdicional de convencionalidade e do reenvio prejudicial interamericano revela que ambos compartilham muitas afinidades teóricas. Existe convergência no plano teórico em aspectos fundamentais como a tendência regionalista, o caráter universalizável do judiciário e a aposta na jurisdição como melhor garante da efetivação do direito internacional.

A tendência regionalista dos dois institutos é notável. O controle de convencionalidade se originou e evoluiu tanto na Europa como nas Américas, cada qual a seu tempo, no interior de experiências regionais - comunitária no Velho Continente e de direitos humanos no Novo Mundo.

O reenvio prejudicial interamericano é mecanismo inspirado na ferramenta análoga do direito comunitário europeu, consistindo numa adaptação ao panorama interamericano de proteção dos direitos humanos.

As duas ferramentas estão em consonância com o fato central do direito internacional contemporâneo. O regionalismo tanto na perspectiva comunitária como de direitos humanos está inserido no DNA dos dois mecanismos e da articulação entre eles. Em relação ao fenômeno regionalista, pontificam Hildebrando Accioly, Paulo Borba Casella e G. E. do Nascimento e Silva:

O **regionalismo, enquanto expressão jurídica, é fato central no movimento de evolução do direito internacional**, em contexto pós-moderno. Razões de ordem geográfica, condições históricas e culturais particulares, enfim, interesses comuns, conjugados com acontecimentos das últimas décadas, levaram à formação, em todos os continentes, de alianças e de acordos regionais, instituidores de dezenas de organizações internacionais regionais ou sub-regionais, entidades embora restritas a região geograficamente determinada, que têm concepção e aplicam conceitos do direito internacional geral.<sup>156</sup>

Nesta linha, pode-se afirmar que o direito internacional caminha no sentido da universalização de suas normas por meio da regionalização das instituições. É exatamente o que ocorre com o direito internacional dos direitos humanos, cujas instituições e mecanismos de implementação localizam-se primordialmente no plano regional. A lição de Flávia Piovesan confirma esta perspectiva:

Diversamente do sistema global, os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, cada qual ao seu modo, têm revelado extraordinárias experiências no campo da justicialização dos direitos humanos, por meio da criação de Cortes de Direitos Humanos, como demonstram os casos europeu, interamericano e, mais recentemente, africano.<sup>157</sup>

O desafio passa a ser, então, o fortalecimento da interação entre as Cortes regionais de direitos humanos e os juízes e tribunais nacionais com a finalidade de promover a efetivação dos compromissos internacionais de direitos humanos. A articulação entre controle de convencionalidade e reenvio prejudicial interamericano pode se constituir numa alternativa fecunda na esfera do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

Os juízes, neste contexto de intercâmbio entre jurisdições regionais e nacionais, tornar-se-iam o elo de ligação entre as ordens jurídicas dos dois planos. Assim, os juízes uniriam os seus esforços em nome de uma tarefa comum: a construção de um modelo complexo de engrenagens processuais.

<sup>156</sup> CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; DO NASCIMENTO E SILVA, G. E. **Manual de direito internacional público**. 19 Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 947. Grifado no original.

<sup>157</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 206.

Depreende-se desta interação a natureza universalizável da função judicial, já compreendida por Julie Allard e Antoine Garapon.<sup>158</sup> Elementos comuns da atividade judicante como o dever de fundamentação racional das decisões, a exigência de independência, a proibição do decisionismo e a tarefa de julgar virtuosamente são fatores que demonstram a dimensão universalizável própria da função dos juízes.

Todos estes elementos contribuem significativamente para a criação, via diálogo interjurisdicional regional, de uma gramática comum na área do direito internacional dos direitos humanos.

As decisões em matéria de controle de convencionalidade emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e as virtuais resoluções, vinculativas, em sede de reenvio prejudicial propiciariam um ambiente adequado para o intercâmbio de *standards* interpretativos.

Ocorreria uma aproximação jurisprudencial das ordens jurídicas internacionais e nacionais capaz de produzir formulações teóricas e alternativas práticas para viabilizar a proteção dos direitos da pessoa humana.

Depreende-se deste cenário que a conjugação das duas ferramentas abordadas no presente trabalho configura-se numa aposta na jurisdição como melhor garante da efetivação do direito internacional, especificamente do ramo humanista.

Na medida em que não existe um legislador mundial ou um executivo mundial capaz de acompanhar os progressos realizados pela prática judicial combinada de juízes regionais e nacionais, a competência jurisdicional ganha musculatura em face dos outros poderes do Estado.

A proeminência da função judicial, induzida por mecanismos como o controle de convencionalidade e, no futuro, o reenvio prejudicial interamericano, decorre, portanto, neste contexto de aproximação entre ordens jurídicas nacionais e regional, da vocação protetiva de direitos inerente ao poder judiciário.

Restam demonstrados, assim, os aspectos teóricos convergentes entre os dois mecanismos estudados. Em suma, possuem cariz regionalista, realçam a natureza universalizável do judiciário e avalizam a aposta na jurisdição como melhor garante da efetivação do direito internacional.

---

<sup>158</sup> ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização. A nova revolução do direito.** Lisboa: Instituto Piaget, 2008.

### 3.2 A articulação prática entre os mecanismos e seus efeitos

A articulação prática entre o controle jurisdicional de convencionalidade e o reenvio prejudicial interamericano se daria por meio da progressiva vinculação das decisões judiciais nacionais às orientações fornecidas em sentenças e consultas pela Corte Interamericana.

Nos casos em que os tribunais e juízes nacionais tivessem dificuldade na interpretação de uma regra internacional de direitos humanos, a utilização do reenvio seria capaz de fornecer subsídios para um eventual exercício do controle jurisdicional de convencionalidade pelos juízes nacionais. É o que teria ocorrido se o reenvio prejudicial interamericano existisse à época da decisão do Recurso Extraordinário 466.343 pelo Supremo Tribunal Federal.

O órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro poderia ter enviado questão prejudicial para a Corte Interamericana se pronunciar a respeito do sentido e do alcance do artigo 7 (7) da Convenção Americana de Direitos Humanos. A vedação interamericana à prisão por dívidas, em especial no caso do depositário infiel, poderia ser amplamente esclarecida e desenvolvida pela Corte de San José.

Numa virtual resolução prejudicial sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal contaria com fundamentos bastantes para realizar o controle jurisdicional de convencionalidade sobre as regras do Código Civil que autorizavam a prisão do depositário infiel.

Outro caso que viabilizaria uma articulação entre os dois mecanismos é o Recurso Extraordinário 511.961, julgado em 17 de junho de 2009 pelo Supremo Tribunal Federal, no qual foi declarada inconstitucional a exigência de diploma universitário para o exercício da profissão de jornalista. Na espécie, a Corte brasileira poderia submeter questão prejudicial sobre a correta interpretação do artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que positiva o direito à liberdade de pensamento e de expressão.

Munido da decisão interamericana sobre o sentido e o alcance do artigo 13 do Pacto de San José, o Supremo Tribunal Federal poderia declarar a inconvenção do artigo 4º, V, do Decreto-lei nº 972/1969.

Ainda, poderiam ter sido salvas as vidas das vítimas do caso *Hilaire, Constantine e Benjamin* se houvesse previsão do reenvio prejudicial no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Os órgãos judiciais de Trinidad e

Tobago que condenaram à morte as vítimas se veriam confrontados com o dever de enviar uma questão prejudicial à Corte Interamericana a respeito da proibição da pena da morte na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Conforme se pode verificar na sentença *Hilaire, Constantine e Benjamin*, a Corte Interamericana iria expor a extensão e a profundidade da vedação à pena de morte no Pacto de San José. Não restaria alternativa aos tribunais de Trinidad e Tobago que não a declaração de inconveniência da Lei de Delitos contra a Pessoa, de 1925, no tocante à pena de morte.

Mais uma vez, aplicar-se-iam em conjunto o reenvio prejudicial e o controle de convencionalidade. Na hipótese, seriam salvas muitas vidas, afora a manutenção da integridade e coerência do *corpus iuris* interamericano de direitos humanos também pela jurisdição nacional.

Existe também a possibilidade de uso do reenvio prejudicial para esclarecer a interpretação de norma de direitos humanos ainda não empregada nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Trata-se de situação que evidencia um grande benefício que o reenvio prejudicial pode proporcionar.

Além de fornecer a interpretação autêntica da norma para o juiz ou tribunal nacional, o reenvio criaria a possibilidade de a Corte Interamericana firmar orientação sobre temas que talvez careçam de uma abordagem protetiva devido à ausência de denúncias de violações daquela regra. Neste ponto é importante lembrar a crítica de Flávia Piovesan:

Não se vislumbra no universo jurisprudencial da Corte um repertório temático diversificado, tal como ocorre no sistema europeu. Ainda que, no processo de democratização, não se verifiquem mais violações maciças de direitos humanos, esse padrão de conflituosidade aponta à persistência endêmica da violência na região.<sup>159</sup>

Novamente, o pronunciamento da Corte de San José em sede prejudicial serviria como fundamento de uma eventual decisão de compatibilização da legislação nacional à normativa internacional de direitos humanos. Em muitos casos, a decisão da Corte Interamericana poderia se mostrar indispensável nos julgamentos por tribunais nacionais sobre a conformidade de determinados preceitos aos tratados internacionais de direitos humanos.

---

<sup>159</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 212.

Quando se consolidasse a jurisprudência da Corte Interamericana sobre determinado dispositivo da Convenção Americana, o magistrado nacional poderia dispensar o uso do reenvio prejudicial em face da clareza da interpretação da cláusula. Estaria autorizado, então, a verificar a convencionalidade das normas nacionais sem ter que recorrer ao pronunciamento imediato da Corte de San José, mas atento às decisões anteriores no âmbito prejudicial e contencioso.

Assim, percebe-se que as decisões da Corte em sede de reenvio prejudicial induziriam os juízes nacionais a aplicarem as regras de direitos humanos com maior frequência. O diálogo interjurisdicional promoveria uma aproximação na gramática de direitos e na jurisprudência protetiva.

Por consequência, os magistrados passariam a compatibilizar o ordenamento de seus países de maneira constante, o que provocaria um aumento na realização do controle jurisdicional de convencionalidade.

Como ficou demonstrado, o controle de convencionalidade e o reenvio prejudicial interamericano se complementam. Induzem ao fortalecimento da cooperação judicial internacional, criam condições para a harmonização da interpretação do direito internacional dos direitos humanos e apontam para a dinamização e concretização do *corpus iuris* interamericano de direitos humanos.

A criação do reenvio prejudicial no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e sua aplicação interativa com o controle jurisdicional de convencionalidade são, portanto, possíveis e desejáveis. A articulação por complementaridade entre os dois mecanismos processuais promoveria avanços extraordinários na proteção dos direitos humanos no continente americano.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho caracterizou-se pelo alinhamento com a tendência transformadora do direito internacional a partir de meados do século XX. As mutações nesse campo têm sido uma constante. No intervalo de poucas décadas foram construídos sistemas de proteção dos direitos humanos de abrangência global e regional. O principal desafio atualmente é projetar um arcabouço institucional mais eficiente para concretizar os direitos declarados nas convenções internacionais de direitos humanos.

Os instrumentos e instituições regionais de efetivação do direito internacional dos direitos humanos têm sido mais bem sucedidos que seus pares globais. Os sistemas regionais europeu e americano em particular são responsáveis pela criação de cânones de direitos humanos e julgamentos protetivos de extraordinária importância.

O protagonismo das Cortes regionais de proteção dos direitos humanos, no entanto, não é suficiente para que se garanta o cumprimento dos deveres dos Estados neste campo. É imprescindível a atuação dos agentes dos Estados orientada pelo respeito aos direitos humanos.

Como o Judiciário é o poder que possui maior afinidade com o trabalho das Cortes de direitos humanos, além ser a instância estatal responsável pela salvaguarda dos direitos da pessoa humana, a interação entre ordem jurídica internacional e ordem nacional deve ser realizada pelos juízes, nacionais e internacionais.

Os juízes, pela natureza de sua função, baseada na racionalidade e vinculada à aplicação das leis e da Constituição de forma fundamentada, tornam-se o principal elo entre os sistemas de direitos internacional e nacional. O desafio, portanto, é criar e aprimorar mecanismos que fomentem o diálogo virtuoso entre os magistrados dos dois planos.

É neste panorama que se inserem o controle jurisdicional de convencionalidade e o reenvio prejudicial interamericano. Como o presente estudo cuida do aperfeiçoamento da interação entre as ordens jurídicas no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, a reflexão sobre a articulação entre as duas ferramentas foi desenvolvida no seio do continente americano.



Em relação ao controle jurisdicional de convencionalidade, verificou-se que as origens do mecanismo podem ser rastreadas na experiência comunitária europeia, particularmente no diálogo, ora pacífico ora conflituoso, entre o Tribunal de Luxemburgo e os tribunais nacionais. Seu surgimento resulta da consolidação, para a qual foi essencial a atuação das instâncias judiciais, dos princípios da primazia da norma comunitária, da aplicação direta do direito comunitário e da uniformização na interpretação e aplicação do direito europeu.

Nas Américas, o controle jurisdicional de convencionalidade possui DNA vinculado ao direito internacional dos direitos humanos. Suas raízes estão na jurisprudência expansiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Casos como *Loayza Tamayo* e *Barrios Altos* encontram-se entre as sentenças pioneiras no que tange ao controle de convencionalidade no Novo Mundo.

Apesar de ter exercido o controle de convencionalidade desde meados dos anos 90, a Corte Interamericana utilizou esta terminologia somente no caso *Almonacid Arellano*, em 2006. Seguiram-se inúmeros julgados confirmando e alargando a aplicação do mecanismo de compatibilização das ordens nacionais com o *corpus iuris* interamericano de proteção dos direitos humanos.

A vocação para induzir ao diálogo entre as jurisdições no campo dos direitos humanos acentuou-se quando foi determinado pela Corte que também os juízes nacionais realizassem o controle de convencionalidade. Ampliava-se extraordinariamente a capacidade de concretizar direitos do controle de convencionalidade.

Seguiu-se a reflexão sobre os modelos de controle de convencionalidade mais afinados com a índole garantista do direito internacional dos direitos humanos. Temas como a legitimação para movimentar a jurisdição convencional, os órgãos encarregados desta tarefa, o parâmetro material de controle, as técnicas de decisão e sua eficácia foram examinados sob uma perspectiva otimizadora de direitos.

Verificou-se que a realização do controle de convencionalidade produz uma interação interpretativa entre os juízes da Corte Interamericana e os magistrados nacionais. Tal efeito, no entanto, será reduzido caso não haja formas de harmonizar a interpretação da normativa internacional de direitos humanos.

Para enfrentar o problema da uniformização da interpretação das normas internacionais de direitos humanos no contexto americano, concebeu-se o reenvio

prejudicial interamericano. Novamente, trata-se de um mecanismo originário do direito comunitário europeu.

Idealizado sob o signo do intercâmbio entre sistemas regionais, europeu e americano, comunitário e de direitos humanos, respectivamente, o reenvio prejudicial interamericano é um mecanismo de uniformização da interpretação e da aplicação do direito internacional dos direitos humanos protegidos pelo sistema fundado no Pacto de San José.

O reenvio prejudicial interamericano proporcionaria um diálogo construtivo entre os juízes nacionais e os juízes da Corte Interamericana. Será utilizado quando o magistrado nacional se deparar com uma situação de dificuldade na determinação do sentido e do alcance de uma norma do *corpus iuris* interamericano de direitos humanos que seja fundamental para a resolução da lide.

O juiz nacional, então, deverá suspender o processo e enviar uma questão à título prejudicial para a Corte Interamericana definir a interpretação correta da regra convencional. O pronunciamento da Corte de San José será obrigatório para o juiz do caso concreto e vinculativo para todos os magistrados dos Estados que reconhecem a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Fica claro, com isso, que o reenvio prejudicial interamericano, se levado a sério, é capaz de uniformizar a interpretação e a aplicação do direito internacional dos direitos humanos no continente americano, possibilitando, ainda, uma fecunda interação entre juízes nacionais e a Corte de San José.

À luz do exposto sobre o controle jurisdicional de convencionalidade e o reenvio prejudicial interamericano, percebe-se que a articulação entre as ferramentas é indispensável. Um complementa o outro. Enquanto o primeiro se presta à conformação dos ordenamentos nacionais, o segundo fornece a interpretação correta para o exercício da compatibilização.

A concertação prática de ambos fomentará a evolução dos padrões de proteção dos direitos humanos nas Américas. Além de fortalecerem os princípios da primazia das normas interamericanas, da aplicabilidade direta destas e da uniformização da interpretação e aplicação do *standards* de direitos humanos, incluirão definitivamente o Poder Judiciário dos Estados nacionais nos esforços de efetivação das convenções internacionais de direitos humanos.

Por ser o poder mais universalizável, o judiciário contém os elementos necessários para um diálogo institucional internacional sob uma gramática comum.

O principal deles é a linguagem dos direitos humanos. A tarefa de salvaguardar os direitos da pessoa humana não se restringe mais somente àqueles reconhecidos no plano interno, mas também aos direitos declarados internacionalmente.

A gramática dos direitos, entretanto, não é por si só suficiente. Mecanismos de implementação do diálogo são necessários, e *a fortiori* a possibilidade concreta de articulação entre eles. Foi exatamente o que se demonstrou neste trabalho. Uma linguagem comum de direitos possibilitada pelo diálogo de mecanismos processuais.

Enfim, a aplicação concertada do reenvio prejudicial interamericano e do controle jurisdicional de convencionalidade fomentará a criação de um *corpus iuris* de direitos humanos uniforme e conformador. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos estará, desta forma, munido de instrumentos capazes de promover a implementação dos direitos da pessoa humana através do entrecruzamento prático das duas ferramentas.

## REFERÊNCIAS

- ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização. A nova revolução do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2008.
- BAZÁN, Víctor. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de um diálogo interjurisdiccional sustentable.” **VIII Congresso Mundial da Associação Internacional de Direito Constitucional. “Constituciones y Principios”**. México: 6 a 10 de dezembro de 2010.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 511.961**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de junho de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 3 de dez. 2012.
- \_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário 466.343**. Ministro Relator Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 2 de dez. 2012.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. **Contencioso Comunitário**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Manual de direito comunitário**. 4ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. V. III. Porto Alegre: Safe, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. V. I. Porto Alegre: Safe, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.
- CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; DO NASCIMENTO E SILVA, G. E. **Manual de direito internacional público**. 19 Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CEIA, Eleonora Mesquita. A decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão sobre a constitucionalidade do Tratado de Lisboa. **Revista da Faculdade de Direito**. N. 39. Curitiba: UFPR, 2009. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/17034/11241>> Acesso em: 19 de nov. de 2012.
- CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano e outros versus Chile**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, 26 de setembro de 2006.
- \_\_\_\_\_. **Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) versus Chile**. Mérito, 5 de fevereiro de 2001.
- \_\_\_\_\_. **Caso Barrios Altos versus Peru**. Mérito, 14 de março de 2001.
- \_\_\_\_\_. **Caso Cabrera García e Montiel Flores versus México**. Mérito e reparações, 26 de novembro de 2010.
- \_\_\_\_\_. **Caso Gelman versus Uruguai**. Mérito e reparações. 24 de fevereiro de 2011.
- \_\_\_\_\_. **Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e otros versus Trinidad e Tobago**. Mérito, 21 de junho de 2002.
- \_\_\_\_\_. **Caso Loayza Tamayo versus Peru**. Mérito, 17 de setembro de 1997.

- \_\_\_\_\_. **Caso López Álvarez versus Honduras.** Mérito, reparações e custas, 1 de fevereiro de 2006. Voto concorrente do Juiz Sergio García Ramírez.
- \_\_\_\_\_. **Caso López Mendoza versus Venezuela.** Mérito, reparações e custas, 1º de setembro de 2011.
- \_\_\_\_\_. **Caso Myrna Mack Chang versus Guatemala.** Mérito, reparações e custas. 25 de novembro de 2003.
- \_\_\_\_\_. **Caso Suárez Rosero versus Equador.** Mérito, 12 de novembro de 1997.
- \_\_\_\_\_. **Caso Trabajadores demitidos do Congresso versus Peru.** Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. 24 de novembro de 2006.
- \_\_\_\_\_. **Caso Tibi versus Equador.** Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. 07 de setembro de 2004. Voto concorrente do Juiz Sergio García Ramírez.
- \_\_\_\_\_. **Caso Vargas Areco versus Paraguai.** Mérito, 26 de setembro de 2006. Voto concorrente do Juiz García Ramírez.
- \_\_\_\_\_. **Opinião Consultiva nº 1.** 24 de setembro de 1982.
- \_\_\_\_\_. **Opinião Consultiva nº 7.** 29 de agosto de 1986.
- DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum.** Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- DOLINGER, Jacob. **Conflicto entre fontes no Direito Internacional Privado.** Disponível em: < <http://dereitosp.freevar.com/curso/dolinger7.htm> > Acesso em: 2 de dez. de 2012.
- DUEÑAS MUÑOZ, Juan Carlos. “La interpretación prejudicial, ¿piedra angular de la integración andina?”, **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2011**, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2011.
- GALLARDO, Carlos Guerra. “La Corte de Justicia de la Comunidad Centroamericana y la Consulta Prejudicial. **Seminario sobre “La Consulta Prejudicial”.** Nicaragua: 9 e 10 de outubro de 2006. p. 16-17. Disponível em: [http://cendoc.cj.org.ni/Documentos/Biblioteca/1792/15288/La\\_CCJ%20Yla\\_Consulta\\_Prejudicial-%20CARLOS%20GUERRA.pdf](http://cendoc.cj.org.ni/Documentos/Biblioteca/1792/15288/La_CCJ%20Yla_Consulta_Prejudicial-%20CARLOS%20GUERRA.pdf) Acesso em: 22 de março de 2012.
- HAYEK, Friedrich A.. **Law, legislation and liberty: the political order of a free people.** Chicago: University of Chicago Press, 1979.
- HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Safe, 1998.
- JIMENA QUESADA, Luis. “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿un desafío para los Tribunales Constitucionales en la Unión Europea?” **VIII Congreso de la ACE. “Derecho constitucional europeo”.** San Sebastián/Donosti: 4-5 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.acoes.es/congresoVIII/documentos/Jimena.Ponencia.pdf>> Acesso em: 6 de nov. 2012.
- JINESTA LOBO, Ernesto. “Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales. *In* VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. **Derecho Procesal Constitucional.** Tomo III. Vol. III. Colômbia: Agencia Imperial, 2012.
- KONRAD ADENAUER STIFTUNG. **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán: extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe.** Trad. Marcela Anzola Gil e Emilio Maus Ratz. Uruguay: Fundación Konrad Adenauer, 2009.
- LÉRTORA, Martha H. A.. “El control de convencionalidad y la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho argentino” *In* VELANDIA

- CANOSA, Eduardo Andrés. **Derecho Procesal Constitucional**. Tomo III. Vol. III. Colômbia: Agencia Imperial, 2012.
- MAC-GREGOR, Eduardo. **El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional**. México: UNAM, 2010. p. 185. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>> Acesso em: 30 de nov. de 2012.
- MARTINS, Leonardo. **Direito processual constitucional alemão**. São Paulo: Atlas, 2011.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Direito constitucional internacional: uma introdução: Constituição de 1988 revista em 1994**. 2ª Ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- PEROTTI, Alejandro. **Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el derecho andino**. Lima: Secretaría General de la CAN, Biblioteca Digital Andina, 2005.
- PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PITTA E CUNHA, Paulo de. **A lógica integracionista e a supremacia do ordenamento comunitário**. Conferência proferida na Ordem dos Advogados em 01/06/1983 no âmbito do ciclo consagrado ao tema geral “A recente evolução e perspectivas do Direito em Portugal.” Disponível em: [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/Pitta84.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Pitta84.pdf). Acesso em: 19 de nov. de 2012.
- RAMELLI, Alejandro. “Relaciones entre los controles de convencionalidad y de constitucionalidad em Colombia”. In: Eduardo Andrés Velandia Canosa. (Org.). **Derecho Procesal Constitucional**. Tomo III. Vol. III. Bogotá: Agencia Imperial, 2012.
- RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- REY CANTOR, Ernesto. “Acción popular de inconstitucionalidad”. **Estudios constitucionales**. Santiago, 2003. pp. 343-355. Disponível em: <[http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista\\_ano1/revista\\_ano1\\_15.pdf](http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano1/revista_ano1_15.pdf)> Acesso em: 1º de dez. de 2012.
- REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- SALDANHA, J. M. L.. **Cooperação jurisdicional: reenvio prejudicial: um mecanismo de direito processual a serviço do direito comunitário: perspectivas para sua adoção no Mercosul**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.
- \_\_\_\_\_; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; VIEIRA, L. P.. Reenvio Prejudicial Interamericano: um novo mecanismo processual para o desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos. In: Armin von Bogdandy; Flávia Piovesan. Mariela Morales Antoniazzi.. (Org.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- \_\_\_\_\_; VIEIRA, L. P. “O controle difuso de convencionalidade das leis na justiça do trabalho com base nas convenções da organização internacional do trabalho: caminhos para a internacionalização do direito”. **Revista Pensar**. Fortaleza, v. 15, n. 2, jul./dez. 2010.

SANGÜES, Néstor Pedro. “El “control de convencionalidad”, en particular sobre las constituciones nacionales.” **La Ley** Buenos Aires, nº 35, ano LXXIII. 19 de fevereiro de 2009.

\_\_\_\_\_. “Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad.” **Revista Estudios Constitucionales**. Ano 8, nº 1, Chile, 2010.

VARGAS LLOSA, Mário. **Sabres e utopias: visões da América Latina**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

VIEIRA, L. P.. “Algumas reflexões sobre o controle jurisdicional de convencionalidade.” **III Congresso Internacional Jurisdição, Constituição e Democracia - Homenagem ao Professor Ovídio Araújo Baptista da Silva**. São Leopoldo: UNISINOS, 2012.

\_\_\_\_\_ e VIEIRA, G. F.. “O controle jurisdicional de convencionalidade aplicado à jurisdição trabalhista”. **Revista Trabalhista**. Rio de Janeiro, v. 39, 2011.

VIGIL TOLEDO, Ricardo. “La consulta prejudicial en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004**, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2004.