

# A doutrina do controle de convencionalidade desenvolvida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos à luz do Direito Internacional geral

Cláudio Cerqueira BASTOS NETTO\*

## RESUMO

Busca-se analisar a doutrina do controle de convencionalidade desenvolvida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, com base na definição constante nas sentenças proferidas por ela, e colocá-la à luz do Direito Internacional geral, a fim de constatar se tal doutrina é uma mera reprodução de conceitos que já estão previstos por ele ou se ela tem diferenças. Esse exame é necessário dado que a própria Corte faz referência a dispositivos como o artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, logo, é necessário precisar o significado desse dispositivo e compará-lo com o entendimento da Corte Interamericana. Não se buscará fazer juízo de valor dessa doutrina.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade, Direito Internacional, Direito Internacional dos Direitos Humanos, Corte Interamericana de Direitos Humanos

## INTRODUÇÃO

A Convenção Americana de Direitos Humanos (doravante CADH), também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, elenca um rol de direitos humanos que devem ser respeitados pelo Estado parte, e também estabelece que o Estado deve adequar seu ordenamento jurídico interno para garantir esses direitos, de acordo com seu artigo 2º<sup>1</sup>. Este artigo e o artigo 1º impõem deveres específicos aos Estados partes. Como aponta Alexandre Santos<sup>2</sup>, “eles podem ser basicamente resumidos em dois: (i) o dever de respeitar os direitos da Convenção e (ii) o dever de garantir tais direitos, sem qualquer discriminação. Com isto, assegura-se efeito útil (*effet utile*) ao Pacto”.

---

\* Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestrando em Direito Internacional no Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ.

<sup>1</sup> O artigo 2º prevê: “Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.”

<sup>2</sup> SANTOS, Alexandre Dantas Coutinho. A harmonização entre os tratados internacionais de direitos humanos e o direito interno brasileiro no sistema interamericano de proteção, pág. 70 / Monografia de conclusão de curso - 2013.

O controle de convencionalidade, com essa nomenclatura, aparece pela primeira vez na jurisprudência da Corte Interamericana de Derechos Humanos (doravante Corte IDH) em votos separados do juiz Sergio García Ramírez nos casos Myrna Mack<sup>3</sup> e Tibi<sup>4</sup>. Nota-se que o termo ‘controle de convencionalidade’ não é usado em nenhum dos dispositivos citados. Trata-se de construção jurisprudencial, que aparece pela primeira vez no plenário da Corte IDH em 2006, na sentença do caso Almonacid Arellano vs. Chile<sup>5</sup>.

Esta decisão conceitua o controle de convencionalidade nacional ou difuso, que “consiste no exame de compatibilidade do ordenamento interno diante das normas internacionais incorporadas, realizado pelos próprios tribunais internos”, como leciona André de Carvalho Ramos<sup>6</sup>. Ainda, como aponta a decisão do caso Almonacid, este controle não leva em conta apenas os dispositivos da CADH, mas também a interpretação dada a ela pela Corte Interamericana, sendo esta a intérprete última da Convenção.

De acordo com a crítica de Castilla Juárez<sup>7</sup>, o controle de convencionalidade é apenas uma denominação específica para um conjunto de obrigações assumidas pelo Estado por ser parte da CADH. Assim, o autor acredita que a doutrina não configura uma novidade substantiva.

Buscaremos avaliar, a partir dos principais aspectos da doutrina do controle de convencionalidade, se ela é mera reprodução do que já está consolidado no Direito Internacional geral ou se tem aspectos diferentes deste, consubstanciando-se nos

---

<sup>3</sup> Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C no. 101. No seu voto apartado, em seu parágrafo 27, García Ramírez diz: “Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “**control de convencionalidad**” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional” (grifo acrescentado) (Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, voto: Juez García Ramírez, disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_101\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf)).

<sup>4</sup> Corte IDH. Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C no. 114. Parágrafo 3 do voto apartado do juiz García Ramírez.

<sup>5</sup> Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, parágrafo 124. Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)

<sup>6</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 3. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo : Saraiva, 2016. , p. 430.

<sup>7</sup> CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional, p. 162. In.: Revista Derecho del Estado, núm. 33, julio-diciembre, pp. 149-172 Universidad Externado de Colombia Bogotá, Colombia, 2014.

instrumentos jurídicos que dão base à ordem internacional, como a Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados de 1969 (doravante CVDT) e o Estatuto da Corte Internacional de Justiça, além de peças doutrinárias e casos julgados por cortes internacionais. Será usada a definição da doutrina fornecida pela própria Corte IDH em suas sentenças.

Não se trata aqui de fazer um juízo de valor da doutrina. Este trabalho não tem como objetivo definir se a doutrina é boa ou ruim. Apenas busca-se avaliar se a doutrina apresenta mudanças em relação às bases do Direito Internacional, e, em caso positivo, explicitá-las.

Nota-se que a Corte IDH não se prende a uma noção clássica do Direito Internacional, e está a par da concepção contemporânea da ordem internacional, como se nota em suas decisões. A Corte entende que o Direito Internacional contemporâneo, em especial os direitos humanos, apresentam elementos diferenciais do Direito Internacional clássico<sup>8</sup>. No entanto, ela também usa instrumentos como a CVDT para fundamentar sua doutrina.

Os pontos fundamentais da doutrina serão analisados separadamente, de acordo com a seguinte ordem: 1. A responsabilidade internacional do Estado; 2. A aplicação do tratado de acordo com o artigo 27 da Convenção de Viena; 3. A definição dos agentes estatais que devem realizar o controle de convencionalidade; e 4. A vinculação de precedentes.

## 1. Responsabilidade internacional do Estado e vinculação dos Três Poderes

Na sua fundamentação da teoria do controle de convencionalidade, a Corte IDH usa premissas básicas do Direito Internacional, como a de que os tratados internacionais vinculam não só o Poder Executivo, que geralmente é o encarregado de conduzir as

---

<sup>8</sup> Na Opinião Consultiva n° 10/89 (serie A, no. 10), assim é de opinião a Corte IDH, no parágrafo 38: “*La evolución del “derecho americano” en la materia, es una expresión regional de la experimentada por el Derecho internacional contemporáneo y en especial por el de los derechos humanos, que presenta hoy algunos elementos diferenciales de alta significación con el Derecho internacional clásico. Es así como, por ejemplo, la obligación de respetar ciertos derechos humanos esenciales es considerada hoy como una obligación erga omnes (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970, pág. 3. En la misma línea de pensamiento ver también Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) supra 37, pág. 16 ad 57; cfr. United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I.C.J. Reports 1980, pág. 3 ad 42).*”

relações internacionais do Estado, mas todo o aparato estatal. Francisco Rezek<sup>9</sup> explica que essa máxima vale não só para os tratados, mas também para troca de notas:

Na cooperação judiciária negociada mediante troca de notas, tal como naquela que resulta de tratado, não há qualquer imposição ou submissão de um Estado a outro, mas um acordo de vontades, discutido, construído e assinado pelas partes, cujo descumprimento caracteriza ilícito internacional. É certo, desse modo, que os efeitos jurídicos de um compromisso de cooperação internacional são idênticos aos efeitos de um tratado em sentido estrito, não se lhe podendo pretender atribuir menor valor pelo fato de o método negocial ter sido o da troca de notas, por contraste com a metodologia do tratado bilateral. (...) A condição acordada pelas partes não vincula unicamente o governo: vincula a República Federativa do Brasil, e, por consequência, seus três poderes. (grifo acrescentado)

Nessa linha, a Corte IDH ressalta que os agentes estatais, na ordem interna, devem obedecer ao Direito Internacional, e, dentro de suas competências, exercer o controle de convencionalidade. Isso se nota em diversos casos, um deles sendo o caso *Gelman vs. Uruguai*<sup>10</sup>:

*Así, en varias sentencias la Corte ha establecido que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.*

Ainda, o descumprimento de uma obrigação internacional por qualquer agente estatal fará com que tal Estado incorra em responsabilidade internacional. É notável que esse princípio básico da responsabilidade internacional já estava presente na jurisprudência da Corte IDH mesmo antes da decisão do caso *Almonacid Arellano*. Nota-se, por exemplo, no caso *Última Tentação de Cristo (Olmedo Bustos y otros vs. Chile)*<sup>11</sup>, no qual se fala da própria origem da responsabilidade internacional do Estado,

---

<sup>9</sup> Rezek, José Francisco. **Direito internacional público : curso elementar** / – 13. ed. rev., aumen. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2011.

<sup>10</sup> Caso *Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013.

<sup>11</sup> Corte IDH. Caso *Olmedo Bustos y otros vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C no. 73.

assim como do alcance das obrigações convencionais de proteção aos direitos humanos, em seu parágrafo 72:

*Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. (grifo acrescentado)*

Na mesma linha, assim lecionam Hildebrando Accioly e Paulo Borba Casella<sup>12</sup>:

Os princípios aplicáveis aos atos do órgão executivo também o são aos do órgão legislativo, ainda que este tenha funcionado como órgão constitucional. Assim, se o poder legislativo do estado adota lei ou disposição interna contrária aos seus deveres internacionais ou incompatível com tais deveres, ou deixa de adotar as disposições legislativas necessárias para a execução de algum dos ditos deveres, o estado responderá por isso. Daí a regra, que se pode dizer universalmente aceita, de que um estado não pode declinar sua responsabilidade com a invocação de seu direito interno. (...)

[P]ara o direito internacional, a decisão ou o ato, emanado de tribunal nacional simplesmente constitui manifestação da atividade do estado; se em tal manifestação existe a violação de obrigações internacionais, o estado deve por esta responder.

O juiz Cançado Trindade aponta que há respaldo na jurisprudência e doutrina clássicas para tal tese<sup>13</sup>:

Entretanto, há toda uma jurisprudência internacional secular que se orienta claramente a contrario sensu, sustentando que a origem da responsabilidade internacional do Estado pode residir em qualquer ato ou omissão de qualquer um dos poderes ou agentes do Estado (seja do Executivo, do Legislativo, ou do Judiciário). Se fosse necessário buscar respaldo para a afirmação da existência de obrigações legislativas na jurisprudência internacional anterior, aí, de todo o modo, o encontraríamos, v.g., a partir do *locus classicus* sobre a matéria, na Sentença no caso relativo a certos Interesses Alemães na Alta Silesia Polonesa (Alemanha versus Polônia, 1926), e no Parecer Consultivo sobre os Colonos Alemães na Polônia (1923), ambas do antigo Tribunal Permanente de Justiça Internacional (CPJI). (...)

18. Sendo assim, - acrescentou o jurista uruguaio, - havia que se admitir que as atuações do Poder Judiciário de um Estado comprometiam efetivamente a responsabilidade estatal toda vez que se mostrassem contrárias às obrigações

---

<sup>12</sup> Casella, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público** / Paulo Borba Casella, Hildebrando Accioly e G. E. do Nascimento e Silva. — 20. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012. 1. Direito internacional público I. Silva, G. E. do Nascimento e. II. Accioly, Hildebrando. III. Título. CDU-341). P. 508-509. Obs.: Nota-se que os autores fazem a seguinte observação, na pág 510: Assim, se um tribunal comete erro com relação a fato ou causa que julga ou à interpretação da lei interna, mas procedeu de boa-fé, nos limites de sua competência, e observou as formalidades legais, não há base, em princípio, para reclamação diplomática ou para que se declare comprometida a responsabilidade do estado.

<sup>13</sup> Corte IDH. Voto concorrente do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, parágrafos 16-18. Sentença de 5 de fevereiro de 2001 (Mérito, Reparação, Custas). Caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile. Supra nota 11, Tradução disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/f30eb7942e6ea89e4d2ec4ca870784d3.pdf>

internacionais deste Estado. Apesar de que, independente do Poder Executivo, o Poder Judiciário não é independente do Estado, mas, ao contrário, é parte do Estado para os propósitos internacionais, tanto quanto o Poder Executivo. Portanto, há setenta anos não havia mais vestígios das tentativas doutrinárias superadas, do século XIX e do início do século XX, que buscavam em vão evitar a extensão ao Poder Judiciário do princípio da responsabilidade internacional do Estado por atos ou omissões de todos os seus poderes e órgãos.

Também pode ser citado o artigo 32 do Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre Responsabilidade Internacional dos Estados, que prevê: “O Estado responsável não pode invocar as disposições de seu direito interno como justificativa pela falha em cumprir com as obrigações que lhe são incumbidas de acordo com esta Parte”.

Sobre as características da responsabilidade internacional, Malcolm N. Shaw<sup>14</sup> leciona:

*The essential characteristics of responsibility hinge upon certain basic factors: first, the existence of an international legal obligation in force as between two particular states; secondly, that there has occurred an act or omission which violates that obligation and which is imputable to the state responsible, and finally, that loss or damage has resulted from the unlawful act or omission.* (grifos acrescentados)

Em relação à necessidade de haver um dano, a Corte IDH vai além ao adotar a teoria da responsabilidade internacional objetiva do Estado<sup>15</sup>. Reconhece-se que uma norma de direito interno contrária à CADH pode gerar responsabilidade internacional, por sua aplicabilidade e pela sua própria existência, dentro das circunstâncias do caso, mesmo que não aplicada<sup>16</sup>.

No referido caso *Almonacid Arellano vs. Chile*<sup>17</sup>, cuja sentença de mérito menciona o controle de convencionalidade pela primeira vez, nota-se que características da responsabilidade internacional fazem parte da fundamentação usada pela Corte para introduzir a nova doutrina:

---

<sup>14</sup> SHAW, Malcolm. **International Law – 6<sup>th</sup> Edition**. Cambridge: Cambridge University Press; 2008. Pág. 781

<sup>15</sup> Corte IDH. Voto Concorrente do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade no caso *Olmedo Bustos y otros vs. Chile*, supra nota 11, Parágrafo 13.

<sup>16</sup> Essa tese foi adotada pela primeira vez no caso *Suárez Rosero vs. Equador - Corte IDH. Caso Suárez Rosero vs. Equador*. Sentença de 12 de novembro de 1997 (Mérito), parágrafo 98. Versão traduzida disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/36b15a58a41a220027b36a1b165182f6.pdf>

<sup>17</sup> Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)

123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.

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.

125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. (grifos acrescentados)

Pela exposição supra, podemos concluir que a doutrina do controle de convencionalidade não apresenta inovação no que tange ao conceito de responsabilidade internacional. Nota-se que essa doutrina não trata apenas da responsabilidade internacional, mas também na própria aplicação dos tratados, que será tratada a seguir.

## 2. Aplicação do tratado e artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969)

### 2.1 O significado do disposto no artigo 27

Devem ser tomadas precauções para diferenciar responsabilidade internacional da aplicação do tratado. O artigo 27, que é citado na sentença supra transcrita, consta na parte da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 (Doravante CVDT) que trata da observância, aplicação e interpretação de tratados. Esse artigo dispõe que

“uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Por mais que possa ser suscitado para avaliar se deve haver responsabilização internacional de um Estado, seu verdadeiro escopo não é regular este instituto do Direito Internacional.

Em 1957, Sir Gerald Fitzmaurice<sup>18</sup> já apontava que o princípio de que um Estado não pode alegar suas provisões de direito interno ou sua Constituição para se escusar do cumprimento de obrigações internacionais é um princípio fundamental do DI. Recentemente, em 2008, a Corte Internacional de Justiça entendeu que é “uma regra de direito costumeiro refletida no artigo 27 da CVDT”<sup>19</sup>.

Esse princípio foi aplicado por tribunais internacionais em vários casos<sup>20</sup>. Um exemplo é o caso *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory*<sup>21</sup>, opinião consultiva expedida pela Corte Permanente de Justiça Internacional em 1932, na qual se entendeu que:

*[62] It should however be observed that, while on the one hand, according to generally accepted principles, a State cannot rely, as against another State, on the provisions of the latter's Constitution, but only on international law and international obligations duly accepted, on the other hand and conversely, a State cannot adduce as against another State its own Constitution with a view to evading obligations incumbent upon it under international law or treaties in force. Applying these principles to the present case, it results that the question of the treatment of Polish nationals or other persons of Polish origin or speech must be settled exclusively on the bases of the rules of international law and the treaty provisions in force between Poland and Danzig. (grifo acrescentado)*

Deve ser ressaltado que, como destaca Paulo Emílio Borges de Macedo, para o artigo 27, “não interessa qual a hierarquia que um tratado, depois de internalizado, recebe num país; interessa apenas cumpri-lo. O referido dispositivo estabelece tão somente uma **obrigação de resultado**”<sup>22</sup>. Assim, é irrelevante a forma de incorporação do tratado no direito interno, o que importa é o resultado buscado: o cumprimento da obrigação internacional.

---

<sup>18</sup> FITZMAURICE, Gerald, “The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law (Volume 092)”, in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law*. Consulted online on 22 March 2017 10.1163/1875-8096\_pplrdc\_ej.9789028612921.001\_227> First published online: 1957

<sup>19</sup> CIJ. *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti vs. França)*, 4 de junho de 2008, para. 124. Tradução livre.

<sup>20</sup> Sir Gerald Fitzmaurice também cita o caso *Anglo-Norwegian Fisheries*, julgado pela CIJ (*I.C.J. Reports*, 1951, p. 181).

<sup>21</sup> CPJI. Opinião Consultiva n° 23. 4 de fevereiro de 1932, Series A/B, no. 44, p 24. Disponível em: [http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1932.02.04\\_danzig.htm](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1932.02.04_danzig.htm)

<sup>22</sup> BORGES DE MACEDO, Paulo Emílio. Artigo 27 / In: Saliba, Aziz Tuffi (autor e organizador). **Direito dos Tratados: comentários à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969)**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011. Pág. 195 (grifo acrescentado)



Diante disso, surgem dois questionamentos: a) a doutrina do controle de convencionalidade busca estabelecer uma hierarquia específica ao tratado no direito interno? E b) ao afirmar que os juízes nacionais deverão, dentro de suas competências, realizar um duplo controle das leis internas – de constitucionalidade e de convencionalidade –, há imposição de um método de incorporação específico?

## 2.1a Hierarquia do tratado no direito interno

O referido artigo não dá preferência hierárquica ao direito internacional ou ao direito interno. O controle de convencionalidade agirá pela mesma lógica. A interação entre os ordenamentos privilegiará a defesa da pessoa humana, como diz o artigo 29.b da CADH:

### Artigo 29. Normas de interpretação

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;  
a CADH impõe ao Estado obrigação.

Esse artigo consagra o princípio *pro persona*, que prevê a aplicação da regra mais benéfica à pessoa no caso da existência de diferentes normas que ofereçam níveis de proteção diferentes. Portanto, a CADH pode deixar de ser aplicada, na ordem interna, caso uma norma de direito interno ofereça maior proteção ao indivíduo. A Convenção estipula os standards mínimos de proteção, mas não é o teto da garantia de direitos.

A CVDT não tem objetivo de impor hierarquia específica aos tratados, mas apenas de garantir seu cumprimento, como lecionou Paulo Emílio Borges de Macedo<sup>23</sup>. Pode-se dizer que o artigo 29 da CADH demonstra que esta também não tem como foco estabelecer status hierárquico, mas garantir um resultado, característico de um tratado de direitos humanos, que é a proteção da pessoa humana. O mesmo pode ser dito pela redação do artigo 25, que trata do direito a recurso simples e rápido “contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção”, sem fazer distinção hierárquica.

Portanto, em relação ao status hierárquico do tratado no direito interno, não há diferença entre o disposto no artigo 27 da CVDT e os dispositivos da CADH. O artigo

---

<sup>23</sup> Ibid.

27 da CVDT fundamenta essa doutrina, já que o controle de convencionalidade também não exige que a norma convencional tenha status hierárquico específico no direito interno, mas apenas tem o escopo de garantir que as obrigações internacionais sejam cumpridas, e que o Estado não possa se evadir de fazê-lo em razão de suas leis internas.

## 2.1b Incorporação ao direito interno por meio de modelo específico

Segundo a própria jurisprudência da Corte IDH, a Convenção Americana não impõe um modelo específico para a realização do controle de convencionalidade, como é afirmado no parágrafo 124 do caso Liakat Ali Alibux<sup>24</sup>:

*Finalmente, en relación con los argumentos del representante y de la Comisión [...] sobre la vulneración del derecho a la protección judicial con motivo de la ausencia de un Tribunal Constitucional, si bien la Corte reconoce la importancia de éstos órganos como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, la **Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad**. En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana le compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles. (grifo acrescentado)*

Contudo, devemos refletir se a obrigação de realizar o controle de convencionalidade *per se* é apoiada pelo artigo 27 da CVDT, mesmo que não haja modelo específico de sua aplicação. Alguns doutrinadores questionam se o controle de convencionalidade não caracteriza modelo específico de incorporação ao direito interno. Ariel Dulitzky<sup>25</sup> faz a seguinte colocação:

*La Convención tan solo y tan importantemente viene a complementar el derecho interno. Pero desde esta perspectiva no se deriva ninguna consecuencia sobre cómo la Convención debe ser incorporada internamente ni cuál es el rango jerárquico que la misma debe ocupar. Ello queda (o quedaba librado) a la decisión de los Estados.*

*El control de convencionalidad viene a integrar esta visión al exigir que la Convención no opere ya de manera complementaria, sino de manera paralela, concurrente, integral y especialmente en un grado jerárquico superior al sistema jurídico nacional. Requerir que los jueces en cada uno de los casos que tienen que decidir analicen la compatibilidad del accionar estatal y del marco normativo nacional con la Convención significa que el instrumento*

---

<sup>24</sup> Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C no. 276. Sentencia de 30 de enero de 2014.

<sup>25</sup> DULITZKY, Ariel. EL IMPACTO DEL CONTROL OE CONVENCIONALIDAD. ¿UN CAMBIO DE PARADIGMA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS? P. 537-538 / In: Tratado de los derechos constitucionales. Julio César Rivera, José Sebastian Elias, Lucas Sebastian Grosman y Santiago Legarre (Directores), 2014

*interamericano viene a transformarse en parte integrante del sistema jurídico doméstico y de la actuación judicial.*

Sir Gerald Fitzmaurice afirma em seu Curso na Haia que existe uma obrigação geral do Estado de harmonizar sua lei doméstica com suas obrigações internacionais. Trata-se de obrigação geral, que não é tão específica como a obrigação de exercer o controle de convencionalidade da forma como é prescrita pela Corte IDH. Fitzmaurice não afirma que os juízes estão obrigados a fazer um duplo controle das leis internas, por exemplo. Assim leciona o doutrinador<sup>26</sup>:

*Just as a State cannot avail itself of defects in its domestic law or constitution in order to avoid its international obligations, so also is it under a general duty to cause its law and constitution to conform, or to be such as to enable the State to conform to its obligations, treaty or general—and if not, to take the necessary steps to bring about such conformity, or the means of it. But a State does not commit a direct breach of international law merely by not doing this. The immediate breach strictly arises only if and when the State, by reason of the failure or deficiency, is actually unable to carry out a specific international obligation on a definite occasion. Nevertheless, the State is in a posture of non-compliance with its international obligations so long as this position persists.*

Uma leitura da redação do artigo 2º pode levar a entender que esta obrigação geral descrita por Fitzmaurice é a obrigação estabelecida no referido dispositivo. Assim diz sua redação:

Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

No entanto, a interpretação dada a esse artigo pela Corte IDH e pela doutrina não é condizente com essa obrigação geral descrita por Fitzmaurice. Entende-se que seu significado é mais amplo. Parte da doutrina entende que o artigo 2º da CADH abre a possibilidade de estabelecer a doutrina do controle de convencionalidade<sup>27</sup>. Assim também entende Cançado Trindade em voto dissidente<sup>28</sup>:

---

<sup>26</sup> Supra nota 20, p. 89

<sup>27</sup> Assim entende Manuel Fernando Quinche Ramírez - *El control de convencionalidad y el sistema colombiano*. 12 REV. IBEROAMERICANA DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL 163, 178 (2009)

<sup>28</sup> Voto dissidente do juiz Antonio A. Cançado Trindade. Sentencia de Interpretación de la Sentencia de fondo, Caso Trabajadores cesados del Congreso contra Perú. Sentencia de noviembre 30 de 2007. Serie C No. 174, parágrafo 6 e parágrafo 12.

*El artículo 2 de la Convención Americana, en virtud del cual los Estados Partes están obligados a armonizar su ordenamiento jurídico interno con la normativa de protección de la Convención Americana, abre efectivamente la posibilidad de un "control de convencionalidad", con miras a determinar si los Estados Partes han efectivamente cumplido o no la obligación general del artículo 2 de la Convención Americana, así como la del artículo 1(1). (...) Me permito agregar, en la misma línea de pensamiento, dos breves puntos adicionales atinentes a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Primero, el ejercicio del control de convencionalidad cabe, a mi juicio, como ya señalado, tanto a los jueces nacionales como a los internacionales (i.e., los de la Corte Interamericana). Es por eso que siempre he tenido una cierta dificultad con el puro renvoi de alguna cuestión pendiente ante la Corte a los órganos nacionales para la solución del diferendo, por entender que la Corte debería, siempre que posible, presentar ella misma dicha solución. Segundo, la obligación general del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos abre camino para su "constitucionalización", o sea, la "constitucionalización" de una convención internacional (enteramente distinta de la pretendida internacionalización del derecho constitucional, y mucho más avanzada que esta última). (grifos acrescentados)*

Entendemos que há uma mudança de paradigma em relação ao DI clássico. O artigo 27 impõe uma obrigação de resultado, e, como já foi dito, para este dispositivo não interessa a maneira de incorporação à ordem interna, basta que se cumpra a obrigação. A CADH, de acordo com a interpretação atual, impõe obrigações adicionais aos Estados quanto a incorporação do tratado ao direito interno, já que exige que agentes estatais realizem o duplo controle – de constitucionalidade e convencionalidade – na ordem interna.

Podemos concluir que a doutrina criada pela Corte IDH impõe obrigações que vão além do estabelecido pelo artigo 27 da CVDT, apesar de este ser citado pela Corte na fundamentação da doutrina; e da obrigação geral dos Estados de harmonizar o direito interno com as obrigações internacionais descrita por Fitzmaurice, mesmo que não haja método específico de controle de convencionalidade. Há uma mudança de paradigma em relação ao direito internacional clássico. No entanto, essa mudança se insere no contexto de mudança do próprio DI e de sua constitucionalização.

### 3. Quem exerce o controle de convencionalidade?

Outro ponto fundamental sobre esta doutrina é definir quem deve exercer o controle de convencionalidade. Não estão corretos os que assumem que a doutrina atual visa a transformar todos os juízes do continente em juízes interamericanos, e, por conseguinte, determinar que todos eles devem exercer o controle de

convencionalidade<sup>29</sup>. Esta é apenas uma interpretação feita de um voto dissidente do juiz Ferrer Mac-Gregor<sup>30</sup>, e tal tese não foi adotada no plenário da Corte IDH. É correta a observação de Castilla Juárez (2014, p. 162), que classifica apenas os juízes da Corte IDH como juízes interamericanos, e ressalta a influência do princípio da complementaridade da jurisdição internacional:

*El juez nacional en realidad no es juez interamericano, pues cada uno de estos cumple funciones específicas similares por sustantivamente distintas respecto a la CADH, por el simple hecho de que el juez interamericano real (Corte) es subsidiario del nacional, con todo lo que ello significa e implica.*

De acordo com o entendimento da Corte IDH, não são todos os juízes internos que devem realizar o controle de convencionalidade. No caso *Aguado Alfaro vs. Peru*<sup>31</sup>, julgado em novembro de 2016, entendeu-se que os juízes só realizarão o controle quando dentro de suas competências:

128. *Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, **evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes**. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.* (grifo acrescentado)

Essa disposição leva em consideração que os países do continente adotam modelos de controle de constitucionalidade diferentes, podendo ser concentrado, difuso ou misto. Dessa maneira, o juiz, na ordem interna, só poderá realizar um duplo controle das leis internas quando, por óbvio, tiver competência para realizar o controle de constitucionalidade, de acordo com ordenamento jurídico interno.

Castilla Juárez, ao fazer pesquisa sobre quais agentes estatais devem realizar o duplo controle, analisou sentenças da Corte IDH que citam a doutrina entre setembro de

---

<sup>29</sup> Contesse, Jorge. **The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights**. *International Journal of Constitutional Law* (forthcoming 2016) Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2795312>

<sup>30</sup> Em seu voto razonado no caso *Cabrera García y Montiel Flores* (parágrafo 57), Ferrer Mac-Gregor afirma: “*Si bien el citado precepto se refiere a las atribuciones de la Corte IDH, mutatis mutandi, debe aplicarse por los jueces nacionales debido a que también son jueces interamericanos cuando realizan el “control difuso de convencionalidad”.*”

<sup>31</sup> Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158. Parágrafo 128

2006 a setembro de 2016, e destaca o agente estatal apontado pela Corte IDH em cada um desses casos. A partir da pesquisa do autor, podemos dividir os casos julgados da seguinte forma<sup>32</sup>:

Agente estatal apontado pela Corte IDH	Nº de casos
<i>Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles.</i>	<b>11 casos</b> - <i>Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220; Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233; Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238; Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239; Caso Furlan y familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246; Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250; Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Mi li tar ") vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253; Caso J. vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275; Caso López Lone y otros vs. Honduras. Excepción preliminar a r, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de octubre de 2015. Serie C No. 302; Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015. Serie C No. 304.</i>
<i>Poder Judicial</i>	<b>10 casos</b> - <i>Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154; Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162; Caso Boyce y otros vs. Barbados. Excepción Preliminar a r, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169; Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209; Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213; Caso Comunidad Indígena Xákmok Ká s e k v s . Par a g u ay. Fo n d o, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214; Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215; Caso Rosendo Cantú y ot ra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217; Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.</i>
<i>Todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia</i>	<b>2 casos</b> - <i>Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276; Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C No. 306.</i>
<i>Todos los poderes y órganos estatales en su conjunto</i>	<b>2 casos</b> - <i>Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252; Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285</i>

<sup>32</sup> As informações que compõem essa tabela foram retiradas do trabalho de Karlos Castilla Juárez, intitulado 'Control de convencionalidad interamericano: Una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre' In.: Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Nº64 (Julio/diciembre 2016) San José, Costa Rica, 2016.

<i>Autoridades judiciales</i>	<b>1 caso</b> - Caso Norín Catimán y otros ( <i>Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche</i> ) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.
<i>Jueces nacionales</i>	<b>1 caso</b> - Casos Masacres de Río Negro y Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de agosto de 2014.
<i>Órganos del Poder Judicial</i>	<b>1 caso</b> - Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.
<i>Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia</i>	<b>1 caso</b> - Caso Chocrón vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227
<i>Órganos de cualquiera de los poderes cuyas autoridades ejerzan funciones jurisdiccionales</i>	<b>1 caso</b> - Caso Vélez Loo vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.
<i>Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia Cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial</i>	<b>1 caso</b> - Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221
<i>Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles Todas las autoridades y órganos de un Estado</i>	<b>1 caso</b> - Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282
<i>Todas las autoridades estatales</i>	<b>1 caso</b> - Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013
<i>Todas las autoridades estatales y órganos de un Estado</i>	<b>1 caso</b> - Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259
<i>Los diversos órganos del Estado</i>	<b>1 caso</b> - Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21.

A conclusão de Castilla Juárez é de que os juízes e os órgãos vinculados à administração da justiça são os responsáveis por realizar o duplo controle:

*[E]n catorce casos el “mandato” de convencionalidad se dirige de manera exclusiva al Poder Judicial, en diecisiete a jueces y órganos vinculados con la administración de justicia (en cuatro de ellos al mismo tiempo a todo órgano del Estado), en cinco de manera exclusiva a todos los órganos, poderes o autoridades del Estado. (...)*

*Lo que hace que en 31 de 38 sentencias emitidas en la primera década de uso del término control de convencionalidad (81.5 %), éste se dirija a jueces y tribunales de todo tipo como integrantes del Poder Judicial y como órganos vinculados con la administración de justicia. Siendo sin duda alguna, su principal objetivo o destinatarios. Mientras que sólo en nueve de 38 se dirige a cualquier otro órgano, poder o autoridad del Estado (23.6 %) en el que por lógica también se incluyen tribunales, pero que busca incluir a toda otra autoridad distinta de éstos.* (grifo acrescentado)

Como vimos anteriormente no item 1, é certo que todos os poderes estatais devem respeitar o direito internacional, e não só o Poder Executivo. Caso seja adotada a tese de Castilla Juárez, de que se trata de um duplo controle a ser exercido apenas pelo Poder Judiciário e órgãos vinculados à administração de justiça, pode-se debater se essa

doutrina configura nova construção no direito internacional, visto que constitui uma obrigação que vincula especificamente o Poder Judiciário; ou se é a criação de uma nova nomenclatura para definir a obrigação de respeitar o DI apenas em relação ao Poder Judiciário.

Entendemos que, apesar do foco principal ser os juízes internos, a multiplicidade de expressões utilizadas pela Corte gera uma incerteza em relação a quem deve exercer o controle de convencionalidade na ordem interna. A Corte não define com precisão quais são os agentes estatais, além dos juízes, que devem exercer o controle. Este pode ser apontado como um aspecto da doutrina de difícil compreensão e definição.

Ademais, como foi explorado no tópico 2.1b, exigir que os agentes estatais realizem a compatibilização do direito internacional com o direito interno é uma obrigação que vai além do que dispõe o artigo 27 da CVDT. Este prevê uma obrigação de resultado.

Por fim, destaca-se que o Brasil é signatário dos instrumentos internacionais usados pela Corte IDH para fundamentar a doutrina do controle de convencionalidade, sendo esses a CVDT e a CADH, além de ter reconhecido sua competência. Portanto, agentes estatais brasileiros estão internacionalmente obrigados, de acordo com o entendimento da Corte IDH, a exercer o controle de convencionalidade na ordem interna, dentro de suas competências.

#### 4. Parâmetro do controle de convencionalidade e vinculação de precedentes

Um ponto controvertido da doutrina do controle de convencionalidade é a possibilidade da jurisprudência da Corte IDH fazer parte do parâmetro para o controle, também chamado de bloco de convencionalidade. Esse aspecto da doutrina foi criticado, e questionou-se até mesmo se viria a desrespeitar o princípio da subsidiariedade da jurisdição internacional<sup>33</sup>.

Desde a decisão do caso *Almonacid Arellano* entende-se que a jurisprudência integra o bloco de convencionalidade. Esse entendimento persiste durante toda a aplicação da doutrina, até os dias de hoje.

Devemos diferenciar a vinculação às sentenças proferidas pela Corte IDH em casos em que o Estado faz parte do litígio e em casos em que o Estado não faz parte do

---

<sup>33</sup> Contesse, supra nota 29.



litígio. A Corte IDH entendeu que o controle de convencionalidade se manifesta em ambos os casos, como se nota em supervisão de cumprimento do caso Gelman<sup>34</sup>:

*67. De tal manera, es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional.*

*68. En relación con la primera manifestación, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. En esta situación se encuentra el Estado de Uruguay respecto de la Sentencia dictada en el caso Gelman. Por ello, precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, en el presente caso que existe cosa juzgada se trata simplemente de emplearlo para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en la Sentencia dictada por la Corte en el caso concreto, por lo que sería incongruente utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir con la misma, de conformidad con lo señalado anteriormente [...]*

*102. Una vez que este Tribunal ha dictado Sentencia en el presente caso, la cual produce los efectos de la autoridad de cosa juzgada, de conformidad con los principios generales del Derecho Internacional y con lo dispuesto en los artículos 67 y 68 de la Convención Americana, el Estado y todos sus órganos se encuentran obligados a darle pleno cumplimiento.*

Acreditamos que, quando o Estado faz parte do litígio, não há que se falar em controle de convencionalidade. O cumprimento de sentença proferida por um tribunal internacional é o mínimo que se espera de um Estado que tenha reconhecido sua competência e integre o polo passivo de um processo. A sentença é de cumprimento obrigatório pelo Estado parte no litígio, como consta nos artigos 67<sup>35</sup> e 68<sup>36</sup> da CADH,

---

<sup>34</sup> Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013.

<sup>35</sup> CADH. Artigo 67. A sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença.

<sup>36</sup> CADH. Artigo 68: 1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes; 2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

que são citados no trecho supra transcrito e são usados para afirmar que há formação de coisa julgada internacional<sup>37</sup>.

Incluir o cumprimento da sentença como manifestação do controle de convencionalidade é incongruente com a definição do instituto fornecida pela própria Corte IDH. Afinal, quando o Estado cumpre uma disposição da sentença como, por exemplo, pagar indenização a vítimas de uma violação de direitos humanos, não está fazendo controle de convencionalidade do direito interno, mas apenas cumprindo uma sentença que é obrigatória.

A situação muda quando falamos em vinculação da sentença a Estados que não foram parte do litígio. Ariel Dulitzky<sup>38</sup> aponta que a CADH não estabelece que suas decisões são vinculantes a esses Estados. É de grande importância a observação do ex-juiz da Corte Interamericana Pedro Nikken<sup>39</sup>, ao apontar que o Estatuto da Corte Interamericana a define como uma “instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos”<sup>40</sup>. Em consequência, ao exercer a função de aplicar ou interpretar o Pacto de San José, seja de forma consultiva ou em caso contencioso, a Corte atua como um órgão jurisdicional e suas decisões têm natureza jurisdicional. Portanto, suas sentenças, opiniões consultivas e supervisões de cumprimento de sentença constituem fonte auxiliar do Direito Internacional, como estabelecem os artigos 38 e 59 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ).

Os referidos artigos do Estatuto da CIJ exprimem noção consolidada no DI clássico: não há vinculação de precedentes e sentenças não são diretamente obrigatórias a Estados que não fazem parte do litígio. Assim estabelecem suas redações:

#### Artigo 38

5. As decisões judiciais e as doutrinas dos publicitários de maior competência das diversas nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito, sem prejuízo do disposto no Artigo 59.

#### Artigo 59

---

<sup>37</sup> Nesse caso, os artigos 67 e 68 da CADH dão base à formação da coisa julgada internacional. Para estudo mais aprofundado sobre a autoridade da coisa julgada no Direito Internacional Público, ver: A autoridade da coisa julgada no direito internacional público / Leonardo Nemer Caldeira Brant. -- Rio de Janeiro, Forense, 2002.

<sup>38</sup> Supra nota 25.

<sup>39</sup> NIKKEN, Pedro. **La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. P. 171-172 - Disponível em : <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/5/2454/10.pdf>

<sup>40</sup> ESTATUTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, artigo 1º. (Aprovado pela resolução AG/RES. 448 (IX-O/79), adotada pela Assembleia Geral da OEA, em seu Nono Período Ordinário de Sessões, realizado em La Paz, Bolívia, outubro de 1979)

A decisão da Corte não é obrigatória senão para as partes em litígio e respeito ao caso alvo de decisão.

Essas disposições não são incongruentes com a conclusão de Pedro Nikken. O jurista venezuelano destaca que as opiniões consultivas têm um valor análogo ao das sentenças dos tribunais internacionais para os Estados que não foram parte no caso julgado: não são diretamente obrigatórias, mas representam interpretação autêntica do Direito Internacional. Logo, os Estados americanos devem considerá-las como normas para o cumprimento de suas obrigações, como fonte auxiliar que são<sup>41</sup>.

A ideia de precedentes vinculantes, e mesmo da existência de um *stare decisis* interamericano, representaria uma grande mudança em relação à concepção clássica do DI. Essa postura ainda não foi adotada pela Corte IDH, apesar de haver apoio doutrinário para tal<sup>42</sup>.

É importante ressaltar que, como apontou Pedro Nikken, a impossibilidade de vinculação de precedentes não torna as decisões da Corte irrelevantes para os Estados no seu dever de cumprir a CADH. Por mais que não sejam diretamente obrigatórias aos Estados que não fazem parte do litígio, não há impedimento no DI para que essas sentenças e opiniões consultivas sejam usadas como parâmetro para o controle de convencionalidade.

## CONCLUSÃO

O foco do trabalho era analisar a doutrina do controle de convencionalidade, com base na definição fornecida pela própria Corte IDH, e tecer reflexões sobre sua fundamentação no Direito Internacional geral. Como foi dito anteriormente, não se trata de avaliar se a doutrina desenvolvida pela Corte IDH está certa ou errada, mas apenas de compará-la com postulados tradicionais do Direito Internacional. Ademais, entendemos que o Direito Internacional mudou ao longo das últimas décadas, e não

---

<sup>41</sup> NIKKEN, Pedro, op. cit., pág. 176

<sup>42</sup> Segundo Alexandre Dantas Coutinho Santos: “Em relação ao fato de que a jurisprudência firmada pela Corte IDH passa a fazer parte do denominado “bloco de convencionalidade” (i.e., do parâmetro para a realização do controle), afirma-se que este órgão internacional, em sua doutrina do controle de convencionalidade, adotou postura semelhante à Suprema Corte americana no que tange à obrigatoriedade de observância dos seus precedentes, dentro da noção de *stare decisis*.” SANTOS, Alexandre Dantas Coutinho. **A harmonização entre os tratados internacionais de direitos humanos e o direito interno brasileiro no sistema interamericano de proteção** / Monografia de conclusão de curso – 2013

queremos, com esse trabalho, mostrar qualquer tipo de hostilidade a essas mudanças. O escopo é unicamente de entender o que exatamente é diferente.

Foi apontado um aspecto problemático da doutrina que merece maior reflexão: a indefinição dos agentes estatais que devem exercer o controle de convencionalidade na ordem interna. É difícil analisar esse aspecto à luz do direito internacional geral, dada sua imprecisão. Ademais, a classificação do mero cumprimento da sentença como exercício do controle de convencionalidade é outra questão que deve ser reconsiderada pela Corte IDH.

Constatou-se que ela reproduz o Direito Internacional geral no que toca a responsabilidade internacional, e quando trata da vinculação de precedentes, ao tratar os casos julgados como fonte auxiliar do Direito. Concluiu-se que a doutrina impõe uma obrigação que vai além da obrigação estabelecida no artigo 27 da CVDT, ao prever um meio de incorporação específica do tratado ao direito interno. Essa é uma diferença notável da doutrina com o que foi estabelecido pela CVDT. Nota-se que o referido artigo é usado para fundamentar a doutrina, e que ela obedece ao seu postulado apenas no que tange a irrelevância do status hierárquico do tratado na esfera interna.

Segundo Castilla Juárez<sup>43</sup>, a doutrina desenvolvida pela Corte IDH não apresenta nada de novo. Ele entende que é apenas uma reiteração de uma obrigação já existente dos Estados parte da CADH:

*[E]l falso control de convencionalidad que ha difundido no es en realidad ningún sistema, modelo o criterio de control o evaluación normativa, sino tan solo, una reiteración de la sí existente obligación que tienen los Estados de aplicar la CADH. Lo que también significa, como lo he señalado desde hace más de tres años, que el falso control de convencionalidad tan difundido por la Co[rte] IDH no era ninguna novedad, no era ni podía ser un verdadero control de convencionalidad, y que tan solo era una forma que buscó la Corte Interamericana para exigir un mayor cumplimiento de la Convención Americana, principalmente por los jueces nacionales; pero que, por su erróneo y desaseado uso del término control de convencionalidad ha generado problemas donde no los había.*

Por todo o exposto, acreditamos que o controle de convencionalidade apresenta algumas diferenças quanto ao Direito Internacional geral. Entretanto, mesmo que adotada a tese de Castilla Juárez, devemos levar em consideração que os juízes brasileiros muitas vezes mostram total desconhecimento do direito internacional, inclusive o tratando quase como direito estrangeiro<sup>44</sup>. Se a doutrina do controle de

---

<sup>43</sup> Supra nota 7, pág. 162

<sup>44</sup> BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. 'DIREITO MILITAR E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: JULGAMENTO DE CIVIS EM FORO MILITAR E PRISÃO

convencionalidade, mesmo que seja apenas uma nova nomenclatura, fizer com que os juízes apliquem corretamente o direito internacional e passem a cumprir com seu dever de tentar adequar o direito interno ao direito internacional, dentro das suas competências, ela pode vir a representar um grande avanço.

O professor Cançado Trindade alerta que, para o bom funcionamento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, é necessário que a interação entre as ordens interna e internacional privilegie a proteção da pessoa humana. Ele ressalta que se deve buscar aplicar a norma que mais protege a pessoa, como estabelece o artigo 29 da CADH<sup>45</sup>, independente dessa norma ser do direito interno ou do direito internacional. Conseqüentemente, a doutrina do controle de convencionalidade deve ser aplicada dentro desse contexto ideal, no qual seja praticado um diálogo de cortes, com o escopo de garantir a prevalência da norma mais benéfica ao indivíduo, e não de apenas observar o status hierárquico das normas.

## BIBLIOGRAFIA

BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. 'DIREITO MILITAR E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: JULGAMENTO DE CIVIS EM FORO MILITAR E PRISÃO DISCIPLINAR À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL'. / In.: Revista de Direito Cosmopolita, vol. 2, n.2 - vol. 4, n.2 (Dezembro 2014-Dezembro 2016).

BORGES DE MACEDO, Paulo Emílio. Artigo 27 / In.: SALIBA, Aziz Tuffi (autor e organizador). **Direito dos Tratados: comentários à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969)**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011

CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público** / Paulo Borba Casella, Hildebrando Accioly e G. E. do Nascimento e Silva. — 20. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012. 1. Direito internacional público I. Silva, G. E. do Nascimento e. II. Accioly, Hildebrando. III. Título. CDU-341

CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional, p. 162. In.: Revista Derecho del Estado, núm. 33, julio-diciembre, pp. 149-172 Universidad Externado de Colombia Bogotá, Colombia, 2014.

\_\_\_\_\_ 'Control de convencionalidad interamericano: Una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre' / In.: Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos.-Nº64 (Julio/diciembre 2016) -San José, Costa Rica, 2016.

CONTESSÉ, Jorge. **The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights**. *International Journal of Constitutional Law* (forthcoming 2016) Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2795312>

Corte IDH. Opinião Consultiva nº 10/89 (serie A, no. 10).

Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, parágrafo 124. Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013.

Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C no. 276. Sentencia de 30 de enero de 2014.

Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, voto: Juez Sergio García Ramírez, disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_101\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf)

Corte IDH. Caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C no. 73.

Corte IDH. Caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile. Sentença de 5 de fevereiro de 2001 (Mérito, Reparação, Custas). Tradução disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/f30eb7942e6ea89e4d2ec4ca870784d3.pdf>

Corte IDH. Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Sentença de 12 de novembro de 1997 (Mérito), Versão traduzida disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/36b15a58a41a220027b36a1b165182f6.pdf>

Corte IDH. Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C no. 114. Parágrafo 3 do voto apartado do juiz García Ramirez.

Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.

Corte IDH. Sentencia de Interpretación de la Sentencia de fondo, Caso Trabajadores cesados del Congreso contra Perú. Sentencia de noviembre 30 de 2007. Serie C No. 174

Corte Internacional de Justiça. *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti vs. França)*, 4 de junho de 2008

Corte Permanente de Justiça Internacional. Opinião Consultiva nº 23. 4 de fevereiro de 1932, Series A/B, no. 44, p 24. Disponível em: [http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1932.02.04\\_danzig.htm](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1932.02.04_danzig.htm)

DULITZKY, Ariel. EL IMPACTO DEL CONTROL OE CONVENCIONALIDAD. ¿UN CAMBIO DE PARADIGMA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS? / In: Tratado de los derechos constitucionales. Julio César Rivera, José Sebastian Elias, Lucas Sebastian Grosman y Santiago Legarre (Directores), 2014. Disponível em: <https://law.utexas.edu/faculty/adulitzky/67-Impacto-del-Control-de-Convencionalidad.pdf>

FITZMAURICE, Gerald, “The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law (Volume 092)”, in: Collected Courses of the Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law. Consulted online on 22 March 2017 10.1163/1875-8096\_pplrdc\_ej.9789028612921.001\_227> First published online: 1957

NIKKEN, Pedro. **La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.** - Disponível em : <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/5/2454/10.pdf>

RAMÍREZ. Manuel Fernando Quinche. - *El control de convencionalidad y el sistema colombiano.* 12 REV. IBEROAMERICANA DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL 163, 178 (2009)

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos.** 3. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo : Saraiva, 2016. , p. 430.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público : curso elementar** / – 13. edição revisada, aumentada e atualizada – São Paulo : Saraiva, 2011

SANTOS, Alexandre Dantas Coutinho. **A harmonização entre os tratados internacionais de direitos humanos e o direito interno brasileiro no sistema interamericano de proteção** / Monografia de conclusão de curso – 2013

SHAW, Malcolm. **International Law – 6<sup>th</sup> Edition**. Cambridge: Cambridge University Press; 2008.