



OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS RATIFICADOS PELO BRASIL E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: A NECESSIDADE DE INSTITUIÇÃO DE UM DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL

Carla Dalenogare Castilho¹
Luiza Ferreira Odorissi²

RESUMO

A contemporaneidade apresenta forte influência da mundialização, possibilitando a internacionalização do direito e permitindo a inserção do direito externo no direito interno e vice versa. É mister considerar que a estruturação do ordenamento jurídico vai muito além da pirâmide de Kelsen, na medida em que o direito externo quando internacionalizado e tratando de direitos humanos, vincula as decisões internas à Declaração Universal de Direitos Humanos, bem como circula no ordenamento jurídico internacional com força de Constituição. Desta forma, objetiva-se analisar o controle de convencionalidade realizado por juízes e Tribunais na aferição de compatibilidade da legislação interna com os Tratados Internacionais. Para tanto, desenvolve-se a pesquisa por meio do método dedutivo, de procedimento monográfico e como técnica de pesquisa, a documentação indireta. Como resultado, tem-se que os Tribunais nacionais e internacionais devem inter-relacionar-se em matéria de direitos humanos, como uma espécie de diálogo de jurisdições, a fim de construir em conjunto um instrumento jurisdicional de observância e concretude de tais direitos, balizados por uma força constitucional que se irradia para todos os planos.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade; Direitos Humanos; Tratados internacionais.

ABSTRACT:

¹Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Campus Santiago/RS; bacharel em direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – RS, Campus Santiago; Advogada. E-mail: Carladalenogare@gmail.com.

²Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Professora do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – RS, Campus Santiago; Integrante do grupo de pesquisa “Direito, Justiça e Cidadania”, vinculado ao CNPq e desenvolvido junto a Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI - Campus Santiago - RS; Advogada. E-mail: Luiza.Odorissi@urisantiago.br.



The contemporary has strong influence of globalization, enabling the internationalization of law and allowing the insertion of foreign law in national law. It is important to consider that the structure of the legal system goes beyond Kelsen pyramid because, the external right when internationalized and dealing with human rights, links the internal decisions of the Universal Declaration of Human Rights and circulates in the international legal order with force Constitution. Thus, the objective is to analyze the conventionality control performed by judges and courts in the national legislation compatibility benchmarking with international treaties. It develops to search through the deductive method, monographic procedure and as a research technique, indirect documentation. As a result, it has been that national and international courts should interrelate in human rights, as a kind of jurisdictions dialogue in order to build together a jurisdictional instrument of compliance and concreteness of such rights, marked by a constitutional power that radiates to all plans.

Keywords: The control of conventionality; Human Rights; International treaties.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Considerando o caráter universal dos direitos humanos e em razão de suas normas serem de conteúdo *ius cogens*, a aplicação de tais direitos irradia-se para todos os Estados, sendo sua aplicação generalizada e obrigatória. Assim, as decisões de plano internacional devem ser executadas no plano nacional, bem como os instrumentos internacionais devem adaptar-se as soluções jurisdicionais de cenários jurídicos locais.

Faz-se necessário ter em mente que justamente pelo fato de estarmos diante de normas de conteúdo *ius cogens* sua aplicação deve se dar de forma hermenêutica. A própria Corte Internacional de Direitos Humanos deve ser analisada hermenêuticamente, de modo a se vincular questões práticas que impõem o Estado Constitucional de forma tutelatória, garantindo os mencionados direitos.

Por meio hermenêutico deve se considerar a importância e relevância do direito internacional frente ao direito nacional, a validade de suas decisões e opiniões consultivas e tais decisões e opiniões devem ser adaptadas aos cenários locais como forma de assegurar um processo civilizatório pautado no cumprimento dos direitos humanos.



O termo “controle de convencionalidade” ganha força, reconhecendo-se a modalidade fiscalizatória da Corte Interamericana, que analisa os atos que chegam ao seu conhecimento e observa as normas e valores dos tratados nos quais se funda sua competência, resolvendo a cerca da convencionalidade das leis.

A partir do entendimento de que o controle de convencionalidade deve se instituir inclusive, na Constituição interna de cada país, instaura-se a elaboração do “sentir direitos humanos”, na medida em que se reconhece que o sentimento de pertencimento a tais direitos deve se fazer presente na lei suprema de organização de um Estado para governar e conduzir todas as relações (Estado-sujeito, sujeito-sujeito) de uma nação.

1. A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS RATIFICADOS PELO BRASIL

Após o terror ocasionado pela Segunda Guerra Mundial, momento marcado pela total desconsideração da condição humana em que pessoas não representavam valor social e eram consideradas descartáveis, surge a necessidade de se (re)construir os direitos humanos.

Assim, a partir do segundo pós guerra, tendo como fundamento especial a dignidade humana, os direitos humanos e fundamentais passaram a ser compreendidos como verdadeiros elementos integrantes do ordenamento normativo, norteados de obrigatoriedade e com força vinculativa quando de sua realização (LEAL; ALVES, 2016).

Foi através da Declaração Universal de Direitos Humanos que se instaurou o entendimento de que a proteção aos direitos humanos é um dever nacional e internacional. A Declaração de 1948 introduziu o conceito de universalidade e indivisibilidade de tais direitos, consagrando um consenso de cunho universal dos valores humanitário (PIOVESAN, 2008).

Desta forma, inicia-se uma superação de paradigma³, de forma que os seres humanos passam a ter o resguardo de seus direitos, assegurados pela própria

³Paradigma é um conjunto de fenômenos e características históricas e atuais que se operam na contemporaneidade determinando uma ciência de fatores que podem ser descobertos e aplicados através de instrumentos intelectuais encontrados em uma unidade histórica pedagogicamente anterior, formando uma estrutura de descobertas do compromisso do agir social e comunitário (KUHN, 1998).



condição humana. Daí a razão de ser do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana⁴, princípio proeminente no que tange ao resguardo da dignidade existencial de cada indivíduo, empregado como um cânone para a efetivação dos direitos humanos, bem como os direitos fundamentais elencados pela Constituição brasileira. Como afirma José Afonso da Silva (2016):

Visando assegurar direitos fundamentais firma-se pactos e convenções internacionais sob o patrocínio da ONU, reconhecendo: (a) que tais direitos derivam da dignidade inerente à pessoa humana; (b) que, com relação à Declaração Universal de Direitos Humanos, não pode realizar-se o ideal de homem livre, no desfrute das liberdades civis e políticas se não se criarem condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos civis, como econômicos, sociais e culturais; (c) que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos fundamentais do homem [...] (SILVA, 2016, p. 167).

A Constituição Federal de 1988 consagra entre os direitos constitucionais protegidos os direitos previstos em tratados internacionais⁵ de que o Brasil seja signatário, atribuindo aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada de norma constitucional, tratando-se de direitos humanos sua incorporação é automática, ou seja, com o ato de ratificação a regra internacional passa a vigorar de imediato no plano nacional (PIOVESAN, 2016).

Desta forma, instituem-se no país princípios jurídicos que conferem valor axiológico na mais ampla forma a todo o sistema normativo brasileiro, devendo ser observados na aplicação de toda e qualquer norma pátria (MAZZUOLI, 2011).

O que se pretende é a aplicação do direito externo no direito interno, sua observância é destinada a todas as normas internas e quando da aplicação nacional, os tratados internacionais ratificados devem ser observados, efetivando a constitucionalidade dos mesmos. Assim, “o direito internacional passa então a ser parâmetro de validade das constituições nacionais e, as normas violadoras do *jus*

⁴Qualifica-se a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental que traduz a certeza de que o artigo 1º, inciso III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas (embora também e acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de *status* constitucional formal e material e, como tal, inequivocadamente carregado de eficácia, alcançando portanto, - tal como assinalou Benda - a condição de valor jurídico fundamental da comunidade. [...] Assim, antes de assumir a forma (jurídico-normativa) de princípio e/ou regra, a dignidade da pessoa humana assume a condição de valor superior (e fundamental) da ordem jurídica brasileira (SARLET, 2015, p. 82-83).

⁵Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. §2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (BRASIL, 1998).



cogens internacional passam a ser consideradas nulas” (SALDANHA; MELLO, 2014, p. 377).

O direito internacional e o direito interno são ordens jurídicas distintas, sendo que aquele somente irá vigorar na ordem interna de um país se cada norma externa for interiorizada pela legislação nacional e efetivamente aplicada, sendo incorporada e representada pelo texto constitucional (PIOVESAN, 2016).

É a presença onipotente e onipresente dos direitos humanos que qualifica um Estado de Direito. Uma norma constitucional, social e democrática deve ser compreendida e interpretada à luz dos direitos humanos, implementável e vinculativa para ambas as esferas, sejam nacionais ou internacionais, regidas de forma social. Sendo justificadas na medida em que sejam respeitados e efetivamente protegidos os direitos humanos. Neste sentido, o intérprete do Estado de direito deve iniciar a sua atividade a partir de direitos humanos, independentemente da sua fonte e de acordo com os valores que encarnam esses direitos (CAVALLO, 2007).

A forma que o Brasil encontrou de assegurar as previsões da Declaração Universal dos Direitos Humanos através da Constituição Federal foi instituindo os direitos fundamentais do cidadão e sua essencialidade assecuratória da condição humana. Neste sentido afirma José Afonso da Silva (2016):

A questão técnica que se apresenta na evolução das declarações de direitos foi a de assegurar sua efetividade através de um conjunto de meios e recursos jurídicos, que genericamente passaram a chamar-se de *garantias* constitucionais dos direitos fundamentais (SILVA, 2016, p. 168).

Em razão de tal perspectiva percebe-se que a pirâmide Kelsiniana tornou-se obsoleta, visto que como no caso do Brasil, a Constituição Federativa não ocupa sozinha o lugar de lei maior, já que ao seu lado em igualdade de relevância soberana estão os tratados internacional de direitos humanos.

A lógica do típico modelo Kelsiniano não serve mais para pensar o direito, haja vista que tal estrutura não mais sustenta o sistema jurídico, em razão do dinamismo provocado pelo processo de mundialização, como no caso da Declaração Universal de Direitos Humanos que circula no ordenamento jurídico com força constitucional (SALDANHA; MELLO, 2014).

No entanto, não basta tão somente reconhecer a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos ou os preceitos da Declaração Universal de



Direitos Humanos, surge também a evidente necessidade de os nossos juízes quando da administração da justiça não só ter em conta as disposições contidas na Constituição, como também realizar com efetividade o controle chamado de “convencionalismo”, o que significa fazer uma comparação entre a legislação local e internacional, para garantir a eficácia dos instrumentos internacionais decorrentes de tratados, já que dizem respeito a normas de *ius cogens*, como no caso das jurisprudências do Tribunal Internacional (VILLANUEVA, 2012).

Acontece que no Brasil, essa interação entre normas internas e normas externas ainda não é aplicada com efetividade, ocasionando-se lacunas práticas na aplicação dos Tratados, em razão da alienação de regras de convivência entre denominadas normas. De acordo com Ramos (2012, p. 498), “não há regras claras entre o direito internacional e o direito interno, possuímos ainda um cenário no qual não há claramente um *primus inter pares* e o desejo de supremacia de todas as ordens jurídicas não são abandonados”.

O dever geral de um Estado Parte implica em garantir que as medidas de direito interno devem ser eficazes, de forma que o Estado deve adaptar suas ações com as regras de proteção aos direitos humanos expressas nas Convenções ou Tratados dos quais faça parte (HITTERS, 2008).

Testemunha-se a necessidade de criar um novo paradigma a guiar a cultura latino-americana, aderindo a um trapézio em que Constituição e Tratados Internacionais de Direitos Humanos encontrem-se no ápice da ordem jurídica, o espaço para o nascimento de um direito dialogado entre as jurisdições e o abarcamento de conceitos estruturais tendo como fundamento a soberania popular e a segurança social e jurídica do cidadão (PIOVESAN, 2016).

Assim, faz-se necessário uma (re)construção do diálogo do direito, tornando possível a harmonia e interação entre as jurisdições, de modo que se concretize um instrumento de jurisdição efetivamente apto a concretizar os direitos da condição humana (humanos e fundamentais). Através do controle de convencionalidade se constitui a possibilidade de concretização de tal instrumento, tutelando a dignidade humana de forma interna e universal.

2. OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: A NECESSIDADE DE DIÁLOGO ENTRE AS JURISDIÇÕES



Na contemporaneidade não cabe mais o pensamento fechado, aplicando-se a lei de forma tão somente dogmática. Exige-se a sua aplicação hermenêutica⁶, o que por sua vez, não se limita a lei nacional, mas também aos tratados de direitos humanos no qual o país seja signatário.

Por se tratar de matéria referente ao *ius cogens* o fenômeno que trata dos tratados de direitos humanos deve ter como ponto de partida um processo hermenêutico, em razão de sua normatividade imperativa do plano internacional.

Ao jurista não mais cabe estudar apenas os códigos, a constituição ou a legislação interna no geral, mas sim a compreensão de que elementos internacionais também fazem parte da agência nacional e sua interpretação são igualmente importantes e necessárias para concretizar o direito e efetivar a justiça (SALDANHA; MELLO, 2014).

O §3º acrescido ao artigo 5º da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45⁷, trouxe para o direito nacional a possibilidade de realizar-se o controle de convencionalidade das leis, como o autor Valerio de Oliveira Mazzuoli (2013) explica:

Tal acréscimo constitucional trouxe ao direito brasileiro um novo tipo de controle à produção normativa doméstica, até hoje desconhecido entre nós: o controle de convencionalidade das leis. À medida que os tratados de direitos humanos ou são materialmente constitucionais (art. 5.º, § 2.º, CF) ou material e formalmente constitucionais (art. 5.º, § 3.º, CF), é lícito entender que, para além do clássico controle de constitucionalidade das leis, deve ainda existir (doravante) um controle de convencionalidade das leis, que é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país (MAZZUOLI, 2013, p. 5).

Controle de convencionalidade é uma recepção nacional, bem como uma sistemática de ordem jurídica internacional convencional e organizada. É um instrumento importante para a construção e consolidação dos direitos humanos,

⁶A hermenêutica além de seu caráter interpretativo, teórico-descritivo comporta também, uma dimensão prescritiva em razão de que através desse processo descritivo procura-se estabelecer a forma mais ou menos coerente de métodos e regras para compreender corretamente os textos que povoam o cenário humano (cultural, social, religioso, jurídico entre outros). Visando atingir o resultado de construção de um método que torne possível e eficaz o processo de interpretação e compreensão dos textos, a fim de reduzir os erros e mal-entendidos que possivelmente surjam com as leituras dos textos (STRECK, 2014).

⁷Ibidem. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.



promovendo uma observância dos mencionados direitos e harmonização do sistema regional com o sistema Inter- Americano, com vista à concretizar a consagração da tutela jurisdicional destinada aos direitos humanitários (RAMÍREZ, 2011).

Implica também, em considerar as fontes do direito internacional, entendê-las, invocando-as e aplicando-as corretamente. Envolvendo os tribunais nacionais no seguimento de um conjunto de critérios e diretrizes para a reflexão argumentativa (hermenêutica) das disposições ratificadas. Realizando um estudo sobre a influência e a estrutura das fontes internacionais, em particular a lei dos direitos humanos, reconhecendo a presença cada vez mais intensa direito internacional (CAVALLO, 2007).

Isto porque ao incorporar a legislação internacional, a Carta Política de nosso país, atribui aos direitos externos a hierarquia de norma constitucional. Assim, os direitos humanos que o Brasil seja signatário integram o quadro de direitos constitucionalmente assegurados (SCHMIDT; LAPA, 2011).

Para tanto, é necessária uma consonância entre o direito internacional e o direito interno, ambas as jurisdições devem convergir seus valores, já que ambas objetivam a tutela de um bem comum, qual seja: a dignidade humana.

Logo, o controle de convencionalidade é exercido em razão de uma harmonia existente entre a lei interna de determinado país, tendo como margem o tratado internacional aderido (RUSSOWSKY, 2012).

Tal controle desenvolve-se em dois planos: nacional (1º plano) exercido pelo magistrado que efetivará o cumprimento as previsões dos instrumentos de direitos humanos nos quais o Brasil seja membro⁸ e no plano internacional (2º plano) realiza-se o controle pela Corte Internacional de Direitos Humanos que verifica se as normas internacionais estão sendo aplicadas de acordo com direitos externos assegurados (BAZÁN, 2011).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos determina aos juízes e tribunais dos Estados-partes o exame de compatibilidade entre a norma internacional e a norma interna, bem como suas interpretações jurisprudenciais a fim de efetivar a harmonização das leis (BARROSO, 2013).

⁸O ato de verificação de compatibilidade da lei com os tratados internacionais poderá ser realizado mediante ação direta, perante o Supremo Tribunal Federal no caso de o tratado ter sido aprovado de acordo com o §3º do artigo 5º, bem como a Suprema Corte poderá realizar controle difuso em face de direito supralegal, através de recurso extraordinário (MARINONI, 2013).



Assim, faz-se uma análise de compatibilidade de normas, sempre se levando em consideração a força constitucional que tais normas possuem, bem como sua potência ramificadora que se distribui com observância obrigatória para todas as relações civis e processuais (internas e externas). Nesta linha, Víctor Bazán (2007):

Es preciso reiterar que el Estado contemporáneo es Estado Constitucional, en cuyo contexto la Constitución ocupa un lugar central en el sistema jurídico (junto a los instrumentos internacionales universales y regionales básicos en materia de derechos humanos con valencia homóloga a la de la Carta Fundamental) y ostenta fuerza normativa (BAZÁN, 2007, p. 144).

É adotado pelo direito internacional um unilateralismo internacionalista, ou seja, não se admite que normas internacionais sejam descumpridas sob a escusa de limitações ou entendimentos internos, é o que se extrai do artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados⁹, de forma que nosso país não poderá descumprir aos Tratados que ratificou, justificando tal ato na soberania Estatal (constitucional) (RAMOS, 2012).

Ocorre que o Brasil necessita da compreensão de que os Tratados de Direitos Humanos que ratifica incorporam-se a nossa legislação interna, de modo que seu descumprimento acarreta em desvalorização histórico-social. Nesta linha, cita-se André de Carvalho Ramos (2012):

Se a interpretação judicial brasileira for contrária à interpretação desses órgãos internacionais, o Brasil responderá por isso e, pior, para o jurisdicionado existirá a sensação de que o tratado em tela foi distorcido e só foi usado como retórica judicial para fins de propaganda externa (RAMOS, 2012, p. 511).

Denota-se que o desrespeito aos tratados acarreta ainda mais insegurança jurídica e social, na medida em que direitos indissociáveis da condição humana acabam negligenciados por um Estado que ludibria sua nação, camuflando sua incapacidade interna de exercer direitos humanos. Por tal razão, o diálogo entre jurisdições internacionalizando o direito externo é algo indispensável, de forma que as fronteiras nacionais não representem um limite à legislação humanitária, mas um impulso na valorização e tutela do ser humano.

⁹Tal convenção, em seu artigo de número 27, estatui que: “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado” (SCHMIDT; LAPA, 2011, p. 257).



É através do diálogo que se induz uma contradição, como também um acordo e uma harmonia podem desenvolver-se entre uma pluralidade de julgadores e pode ser bi ou multidimensional. O diálogo pode se alimentar de várias interações entre os diferentes juízes ou tribunais e conduz ao melhor entendimento jurisdicional (ALCALÁ, 2012).

Neste contexto, controle de convencionalidade e controle de constitucionalidade devem desempenhar juntos suas tarefas, tendo em vista o fato de que ambos destinam-se a proteção de certos princípios, como a dignidade humana, bem como em ambos os casos são os juízes e tribunais os responsáveis por cumprir com tais parâmetros (ZÚÑIGA, 2013).

Independentemente do nível de instância judicial, juízes e tribunais devem estar abertos ao diálogo entre jurisdições, pois deve se levar em consideração que a tutela jurisdicional, neste caso, destina-se a salvaguarda de um direito universalmente reconhecido e indispensável ao bem nacional.

O diálogo é inserido dentro de um sistema jurídico em que o Estado é parte de um sistema internacional ou supranacional ao qual está ligado. Os juízes nacionais devem necessariamente manter uma relação dialogada com os juízes internacionais, coordenando e harmonizando a legislação nacional de acordo com o padrão de proteção que fornece a jurisprudência do Tribunal Internacional (ALCALÁ, 2012).

No Brasil, esse diálogo não se verifica como deveria, uma vez que basta analisar as condenações que o país possui por violação aos direitos humanos, justamente por desconsiderar os preceitos indispensáveis para o respaldo a tais direitos. Tem-se que ter em mente que enquanto direitos humanos forem feridos não haverá progresso, pois o desrespeito aos seres humanos viola a cidadania, e por consequência, viola o Estado Democrático de Direito, liquificando os sólidos que deveriam sustentar nossa nação.

Assim, torna-se irracional imaginar salvaguardar um sistema de direitos, sem compreender que convencionalidade deve caminhar de mãos dadas com a constitucionalidade, o que levaria em conta não só os direitos fundamentais consagrados na nossa fonte interna, mas também aqueles que estão consagrados pela fonte externa, de forma que a margem de apreciação por cada sistema jurídico



nacional deve ser realizada para fins de tutela jurisdicional humanitária e não para violar preceitos internacionalmente reconhecidos (VILLANUEVA, 2012).

O que se visa através do controle de convencionalidade é a garantia de uma essência constitucional, de forma que seja assegurado o cumprimento aos dispositivos normativos e principiológicos que balizam a Carta Magna de um país, bem como se atenda as exigências que os tratados e convenções ratificados comportam. Permitindo-se assim, que a legislação interna incorpore os mecanismos de proteção externos, de forma que não se admitam “atos isolados”, visto que o sistema é uno e violações aos direitos humanos influem no sistema como um todo¹⁰.

De todo modo, constata-se a necessidade de o Brasil realizar uma (re)construção em sua forma de “legislar direitos humanos”, impulsionado pelo desafio de concretizar o diálogo hermenêutico indispensável para a concretização dos dispositivos previstos nos tratados e convenções de direitos humanos dos quais é signatário.

3. A CONDENAÇÃO BRASILEIRA NO CASO “ARAGUAIA”: O DESRESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS E A NECESSIDADE DE UM RESGATE À JUSTIÇA HUMANITÁRIA

O Brasil ainda encontra-se em processo de construção/consolidação democrática, de modo que a desigualdade social ainda é muito presente em nosso cenário, provocando uma dificuldade na concretização/respeito aos direitos humanos, em razão de até agora estarmos em processo de corporificação de uma cultura humanizada.

É sob esse cenário, quando as instituições internas se mostram omissas/falhas que a organização interamericana se instala como um importante instrumento de proteção aos direitos humanos, estimulando e determinando a tutela necessária a tais direitos (PIOVESAN, 2012).

Os dispositivos das Constituições latino-americanas, no geral, tonificam a força normativa dos direitos garantidos por tratados internacionais de direitos

¹⁰Segundo o autor Nestor Sagües, a própria Constituição poderia exercer um poder de convencionalidade da norma, é o que ele denomina de “Constituição Convencionalizada”, tal mecanismo refere-se ao fato de os juristas internos quando da verificação de alguma incompatibilidade com as previsões de direitos humanos, colidindo com previsões dos tratados ou convenções, determinar sua inaplicabilidade para bem do equilíbrio entre as jurisdições (SAGÜES, 2013).



humanos. Toda via, permanece a legitimidade e autoridade dos tribunais internacionais para assegurar e garantir a conformidade em nível regional com os preceitos de direitos humanos que os Estados Partes, livre e voluntariamente assumiram ao comprometerem-se na responsabilidade de promover-las através da ratificação dos respectivos instrumentos internacionais (ALCALÁ, 2012).

Foi em razão dessa legitimidade que a Corte Interamericana de Direitos Humanos sustentou-se ao condenar o Brasil por violação de direitos humanos no caso que ficou conhecido como caso “Guerrilha do Araguaia¹¹” entre os crimes cometidos, estaria à tortura, violação a integridade física e à vida, ofensa à liberdade de pensamento e expressão. Nesta linha, Jânia Maria Lopes Saldanha (2012):

A decisão proferida declara não só que o Estado Brasileiro é responsável pelo desaparecimento forçado de sessenta e dois guerrilheiros no estado Pará, entre 1970 e 1972, como também que a Lei de Anistia¹² de 1979 está em desacordo com as obrigações do direito internacional e que não pode ser usada para impedir a abertura de processos por graves violações aos direitos humanos (SALDANHA et al., 2012, p. 121).

A mencionada sentença internacional destina-se a sancionar um ato de desumanidade praticado durante a ditadura militar. Tal medida relaciona-se com a justiça de transição¹³, buscando uma reconstrução à memória dos desaparecidos, almejando, da forma que se faz possível, trazer conforto para os familiares que durante anos buscam por explicações.

Restou comprovado que o Estado brasileiro descumpriu com sua obrigação de adequar o direito de âmbito interno a mencionada Convenção, tendo em vista a

¹¹A Guerrilha do Araguaia foi instrumentada por cerca de 70 integrantes do partido PCdoB que se deslocaram para a região chamada “Bico do Papagaio”, na divisa dos estados do Pará, Maranhão e Tocantins, pelo período de 1972 a 1974. O objetivo era reprimir as forças do governo. Acontece que a força militar utilizou-se de meios desumanos para obter informações do movimento guerrilheiro, aniquilando com seus inimigos políticos, consumindo com os corpos das vítimas, desvanecendo com seus rastros e com toda documentação a respeito dos fatos ocorridos a época. O motivo pelo qual as famílias intercederam junto a Corte Interamericana de Direitos Humanos, buscando a satisfação de seus direitos, foi em razão da omissão do Estado brasileiro para sanar tais violações humanas. O caso iniciou-se em agosto de 1995, quando o CEJIL e a Human Rights Watch/Americas recorreram à CIDH objetivando responsabilizar o Brasil pelo desaparecimento forçado dos opositores políticos durante as operações militares de repressão à Guerrilha do Araguaia, sendo que a sentença condenatória fora prolatada no ano de 2010 (BRAGATO; COUTINHO, 2012).

¹²A Lei de Anistia não é objeto do presente trabalho. No entanto, esclarece-se: Muito embora essa não tenha sido a única condenação do Brasil pela Suprema Corte, tal sentença traz consigo uma peculiaridade, pois ao declarar a Lei de Anistia Invalida e afastar sua aplicabilidade no ordenamento interno a decisão contrariou o posicionamento do próprio STF (CARDOSO; RODRIGUES, 2012).

¹³Conceitua-se justiça de transição como uma união de esforços políticos e jurídicos para estabelecer ou reestabelecer um sistema de governo democrático que se funda em um Estado de Direito, em uma perspectiva de análise social passada e futura (SQUEFF et al, 2016).



interpretação e aplicação atribuída a Lei de Anistia. Assim, a Corte responsabilizou o Brasil por violações de direitos humanos (LEAL; ALVES, 2016).

Acontece que a eficácia jurídica das sentenças internacionais no plano nacional, depende do funcionamento de mecanismos internos aptos a efetivá-las, bem como o comprometimento e empenho Estatal em concretizar a tutela humanitária. Em tese a sentença internacional, por estar revestida de conteúdo de direitos humanos, possui eficácia plena, sendo, portanto, de execução imediata, cabendo à União que é o representante internacional do Estado, providenciar a sua execução nos termos estipulados pela Corte Interamericana (ADAM, et al, 2013).

No entanto, em verdade, a violação humanitária cometida durante o período de ditadura militar prevalece na atualidade, tendo em vista o fato de que os corpos dos guerrilheiros desaparecidos nunca foram encontrados/revelados, de modo que o Brasil permanece inerte a desumanidade causada.

Isto acontece porque o processo de democratização no Estado brasileiro foi e está sendo, incapaz de cessar em absoluto com os atos autoritários e repressivos ocasionados pelo regime militar, tonificando a recordação de práticas de violência que não podem ser controladas pelo aparelho estatal (PIOVESAN, 2016).

A sentença prolatada pela Corte Interamericana não causou surpresa, em razão de que seguiu sua jurisprudência consolidada com relação aos crimes de desaparecimento forçado e às medidas internas que impedem o julgamento dos ofensores. Dentre suas medidas determinou ao Estado brasileiro que procedesse à investigação dos fatos esclarecendo-os, determinando a responsabilidade penal por eles e sancionando seus responsáveis; a busca dos desaparecidos forçosamente, identificando os restos mortais, entregando-os a seus familiares; fornecendo tratamento médico, psicológico e psiquiátrico para os familiares que assim desejassem (BRAGATO; COUTINHO, 2012).

O Brasil reconheceu sua responsabilidade pelos crimes ocorridos na repressão à Guerrilha do Araguaia promulgando a Lei n. 9.140/95¹⁴, dispondo que ao reconhecer as mortes, tratou acerca das indenizações que seriam destinadas aos familiares das vítimas. Contudo, apesar dessa iniciativa, não empenhou-se em desconstituir a impunidade jurídica no que diz respeito à imputação de

¹⁴Reconhece como mortas as pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências (PLANALTO, 1995).



responsabilidade aos agentes envolvidos nas operações militares (COSTA RICA, 2010).

Desta forma, pode-se afirmar que o Estado brasileiro agiu com deslealdade frente a sua nação. Sim, pois, o ato de covardia Estatal não fere tão somente as vítimas do caso Araguaia e suas famílias, fere a nação brasileira que formalmente está tutelada pelo manto do Pacto de São José da Costa Rica, mas materialmente sofre as consequências oriundas da inercia e desrespeito provocados pelo próprio Estado, incapacitado de concretizar os Tratados humanitários que ratifica.

O diálogo almejado não se dá apenas de forma vertical (entre tribunais nacionais e internacionais), mas também horizontalmente. O diálogo horizontal é livre de vínculo jurídico, acontece abertamente porque ele não é específico para um sistema, surge com base em uma abertura espontânea para o mundo da justiça nacional e internacional. Não se trata de uma comunicação entre Comissões ou tribunais constitucionais e tribunais supremos dos países da América Latina, mas de um diálogo livre com os nacionais (ALCALÁ, 2012).

É justamente esse diálogo “livre entre os nacionais” que o Brasil não consegue concretizar. O país brasileiro não consegue perfectibilizar os tratados que ratifica não só porque não está estruturado para tal, mas também porque não consegue ouvir seus nacionais. Logo, não consegue atendê-los, visto que não consegue exercer democracia materialmente.

O processo de justiça de transição não foi pleno no Brasil, especialmente para os casos de sanções jurídico-penais, pois a experiência nacional tem rumado no caminho inverso, acreditando que o esquecimento e perdão teriam sido a saída, à época, para o início da democracia (SQUEFF et al, 2016).

Indaga-se: como seria possível construir uma democracia sufocando direitos humanos? Em um país que se pretenda democrático a salvaguarda humanitária é indispensável, esmagar direitos pondo um “freio” a cidadania representa desumanidade, por sua vez, inumanidade não pode ser incorporada a um sistema que almeje ser instrumentalizado pela justiça.

No caso em comento, apenas o pagamento de indenizações aos familiares das vítimas não representa efetiva resposta do Estado aos males praticados, é necessário investigar e punir os ofensores, sob a ótica de prevenção, evitando reincidência (BRAGATO; COUTINHO, 2012).



É preciso repensar o papel das jurisdições, pois ainda que o Brasil tenha sido condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, não há poder de repressão por parte daquela, de forma que o monopólio da punição permanece com a soberania estatal, conduzindo à impunidade diante dos conflitos axiológicos (SALDANHA; SUBTIL, 2010).

A recusa em procurar/revelar onde estão os corpos das pessoas que compunham o movimento guerrilheiro, representa um ato de crueldade com as famílias que não poderão sepultar seus entes amados. Viola o direito à memória, condenando esses familiares a viverem fadados a carregar o peso da omissão, do autoritarismo, da desumanidade e do antidemocratismo, ocasionando impactos que nenhum ressarcimento pecuniário poderia restituir.

A memória é um direito humano porque a ausência perpetua os atos de violência do passado e através da violência se dão os maiores atos de violação aos direitos humanos. Seus causadores do passado ficaram(ão) impunes e as vítimas injustiçadas, pois não foram lembradas (BRAGATO; DE PAULA, 2013).

A crise das controvérsias internacionais na contemporaneidade é justificada pela fluidez do próprio sistema, em que instabilidade e incertezas são constantes nos estatutos jurídicos. Tornando-se imperioso que se trabalhe na perspectiva de constitucionalizar o direito internacional, bem como internacionalizar o direito constitucional, promovendo uma reciprocidade no intercâmbio normativo que permita redesenhar as relações jurídicas (SALDANHA; SUBTIL, 2010).

É nesta linha que a importância do controle de convencionalidade das leis e o diálogo entre jurisdições se faz tão indispensável, pois possui o efeito de aproximação entre os sistemas, proporcionando uma paridade nas relações e possibilitando a consubstancialização da justiça através do reconhecimento e efetuação de direitos relativos à condição humana.

A vinculação ao Tribunal Regional decorrente ao Pacto de São José da Costa Rica expressa que seus pronunciamentos são vinculantes para os seus litigantes, através do controle de convencionalidade as decisões em plano doméstico correlacionam-se com o plano internacional, não bastando apenas a implementação de certas Convenções/Tratados, mas também a aplicação no plano local (HITTERS, 2012).



É preciso compreender que ao deixar de esclarecer a verdade sobre os fatos e de punir os responsáveis pelas violações de direitos humanos ao longo da ditadura, o Brasil opta pelo esquecimento, perpetuando a prática de tais crimes, privando as famílias do direito à memória e à verdade (BRAGATO; COUTINHO, 2012).

Os direitos humanos são uma construção histórica que funcionam, em especial, com o intuito de inibir todas as práticas de barbáries. A violência se fundamenta na desconsideração do outro, ocasionando a injustiça. A melhor saída é promover justiça, reestabelecendo a igualdade, pois a justiça possui natureza retributiva que está na própria essência da atividade reestabelecadora da igualdade rompida (BRAGATO; DE PAULA, 2013).

Assim, verifica-se no plano nacional a necessidade de resgate ao diálogo entre as jurisdições a fim não só de efetivamente estabelecer o Estado Democrático de Direito, como também concretamente efetivar a tutela humanitária, consubstanciando direitos humanos em todas as relações. Através do controle de convencionalidade, tem-se um meio para uma relação dialogada entre Estados e nações, primando por excelência nas relações que se instauram sob o manto dos direitos historicamente constituídos e inerentes a condição humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos humanos comportam nossos valores sociais historicamente constituídos, elaborados por um longo processo de evolução secular. Diversas ofensas sociais e físicas foram necessárias, centenas de milhares de pessoas sofreram para que a contemporaneidade pudesse gozar de tais direitos. Dizem respeito a nossa condição de seres humanos e são indispensáveis para o bem-estar civilizatório.

A partir do momento em que o Brasil ratifica um tratado humanitário obriga-se por um valor legal e moral de cumpri-lo. Se tais tratados e convenções forem descumpridos perdem sua razão de existir, o que representaria uma desvalorização humana.

O controle de convencionalidade das leis é um instrumento de jurisdição indispensável e responsável por assegurar em plano nacional e internacional que



direitos humanos não serão negligenciados ou desconstituídos. Funciona como um mecanismo de harmonização social objetivando, em especial, a salvaguarda dos valores humanísticos. O Brasil, enquanto Estado-nação deve aderir aos mencionados valores, sob pena de ser desleal com aqueles que o constituem, os cidadãos que compõem esse Estado que se determina como democrático.

O diálogo entre jurisdições é imprescindível para a perfectibilização dos direitos humanos. Assim, o posicionamento do Estado brasileiro diante da condenação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação ao caso Araguaia não nos representa como um Estado Democrático de Direito, de forma que tal ato não deve servir de parâmetro para conduta alguma.

É imperioso que se resgate a hermenêutica como forma de concretização das normas internacionais, constitucionalizando o direito internacional, promovendo segurança jurídico-social, pois democratização ou transição democrática não podem ser balizadas pelo esquecimento, sendo necessária uma reflexão a própria memória humana, permitindo que o controle de convencionalidade instrumentalize e execute a segurança humanitária.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

ADAM, Ana Paula et al. **Direitos Humanos no Brasil: limites e possibilidades para a eficácia das sentenças prolatadas pela CIDH**. Revista Direitos Humanos e Democracia. ISSN 2317-5389. Editora Unijuí, nº. 2, jul./dez., 2013.

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. **Diálogo Interjurisdiccional, Control de Convencionalidad y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en Período 2006-2011**. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Estudios Constitucionales, Año 10, Nº 2, 2012, pp. 57 - 140. ISSN 0718-0195.

_____, Humberto Nogueira. **El Uso Del Derecho Convencional Internacional De Los Derechos Humanos En La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional Chileno En El Periodo 2006-2010**. Revista Chilena de Derecho, vol. 39, nº. 1, pp. 149 – 187, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição e Tratados Internacionais: Alguns Aspectos da Relação entre Direito Internacional e Direito Interno. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). **Controle de Convencionalidade:**



um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

BAZÁN, Victor. **O Controle de Convencionalidade e a Necessidade de Intensificar um Adequado Diálogo Jurisprudencial.** Revista de Direito Público. Brasília. v. 8, n. 4. set. 2011.

_____, Victor. **La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina.** Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. n. 2. ISSN 0718-0195. Chile, 2007.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; COUTINHO, Isabella Maraschin. **A Efetivação do Direito à Memória e à Verdade no Contexto Brasileiro: o julgamento do caso Julia Gomes Lund pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Revista de Direito Internacional. v. 9, n. 1, p. 125-142. Brasília, jan./jun. 2012.

_____, **Fernanda Frizzo; DE PAULA, Luciana Araujo.** A Memória como Direito Humano. Relatório Azul 2011, 2011, pp.129-141. halshs-00920611, 2013.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 jul. 2016.

_____. Lei 9.140, de 04 de dezembro de 1995. Dispõe sobre o reconhecimento da morte dos desaparecidos no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9140.htm. Acesso em 24 de agosto de 2016.

CARDOSO, Evorah Lusci Costa; RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. Lei de Anistia e Seletividade do Uso do Direito Internacional no Supremo Tribunal Federal: Amicus Curiae elaborado por alunos da faculdade de direito da universidade de São Paulo na ADPF 153. In: DA SILVA FILHO, José Carlos Moreira (Org.). **Justiça de Transição no Brasil: violência, justiça e segurança.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

CAVALLO, Gonzalo Aguilar. **La Internacionalización Del Derecho Constitucional.** Estudios Constitucionales. Año 5, nº 1, ISSN 0718-0195. Universidad de Talca, 2007.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil.** Juiz ad hoc: Roberto Figueiredo de Caldas. San José, 24 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2016.

HITTERS, Juan Carlos. **¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidade y convencionalidad).** Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. nº. 10, julio-diciembre, pp. 131-156, 2008.



_____, Juan Carlos. **El Control de Convencionalidad y el Cumplimiento de las Sentencias de la Corte Interamericana.** Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. ISSN 0718-0195. Año 10, n. 2. pp. 535 – 574, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos.** EOS - Revista Jurídica da Faculdade de Direito/ Faculdade Dom Bosco, Curitiba, v. 2, n. 1. jan. 2008.

_____, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____, Flávia. **Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições.** Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, nº. 19, jan./jun., 2012.

KUHN, Thomas Samuel. **A Estrutura das Revoluções Científicas.** São Paulo: Perspectivas S.A, 1998.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig e ALVES, Fernando Roberto Schnorr. A Utilização da Noção de “Dever de Proteção” pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma análise a partir das condenações do Brasil. In: ALCALÁ, Humberto Nogueira; ZELADA, Liliana Galdámez e LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Org.). **Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana: desafios e perspectivas do controle de convencionalidade pelos Tribunais Constitucionais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____, Valerio de Oliveira. Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro. In. _____ (Org.). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Convencionalidade na Perspectiva do Direito Brasileiro. In. _____ (Org.). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

RAMÍREZ, Sergio García. **El control judicial interno de convencionalidad.** IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. México, v. 28. pp. 123-159, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. **Pluralidade das Ordens Jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional.** Revista Faculdade de Direito Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 106/107. jan. 2012.

RUSSOWSKY, Iris Saraiva. **O Controle de Convencionalidade das Leis: uma análise na esfera internacional e interna.** Revista do CAAP. Belo Horizonte, v. XVIII, n. 2, 2012.



SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MELLO, Rafaela da Cruz. **Internacionalização dos Direitos humanos e Diálogos Transjurisdicionais: uma análise da postura do Supremo Tribunal Federal brasileiro**. Direito Internacional dos Direitos Humanos I – XXIII Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis, abr/mai, 2014.

_____, Jânia Maria Lopes et al. A Justiça de Transição Brasileira, seus Limites e Possibilidades: uma análise sob a perspectiva da assincronia temporal do direito e do imperativo de radicalização dos direitos humanos. In _____ (Org.). **Justiça de Transição no Brasil: violência, justiça e segurança**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

_____, Jânia Maria Lopes; SUBTIL, Leonardo de Camargo. **Os Desafios DO Processo e da Jurisdição Frente à Internacionalização do Direito e aos Processos de Integração: rumo à efetivação dos direitos humanos**. Revista NEJ – Eletrônica. vol. 15, n. 3. pp. 346-361. set-dez 2010.

SAGÜES, Nestor. **Desafíos del derecho procesal constitucional con relación al control de convencionalidad**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). 5(1): 14-20 janeiro-junho, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHMIDT, Albano Francisco; LAPA, Fernanda Brandão. **O Controle de Convencionalidade no Brasil: da Convenção de Viena ao Bloco de Constitucionalidade**. Revista Latinoamericana de Derechos Humanos. vol. 22 (2): 256, julio-diciembre, 2011 (ISSN: 1659-4304).

SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso et al. **A (in) Adequação Brasileira ao Conceito de Justiça de Transição: da ADPF n. 153 ao Caso Gomes Lund**. Revista Eletrônica Direito e Sociedade. Canoas: UnilaSalle. vl. 4, n. 1, maio, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

VILLANUEVA, Marcos Agustín. **El control de convencionalidad y el correcto uso del margen de apreciación: medios necesarios para la protección de los derechos humanos fundamentales**. Congreso de Derecho Público para estudiantes y jovens graduados. “Democracia y Derechos”. Faculdade de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Buenos Aires, 2012.

ZÚÑIGA, Natalia Torres. **Control de convencionalidad y protección multinivel de los derechos humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Derecho Pucp. Revista de La Facultad de Derecho. nº. 70, pp. 347-369, 2013.