ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www. esmarn.tjrn.jus.br/revistas

Revista Direito e Liberdade

AS DECISÕES DAS CORTES INTERNACIONAIS COMO FONTE DO DIREITO INTERNACIONAL: A CONTRIBUIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA CONSTRUÇÃO DA REGRA-GARANTIA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

THE INTERNATIONAL COURTS DECISIONS AS SOURCES OF INTERNATIONAL LAW: THE CONTRIBUTION OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN THE CONSTRUCTION OF THE "GUARANTEE-RULE" OF CONVENTIONALITY CONTROL

Luciano Athayde Chaves*

RESUMO: Neste artigo, discute-se a posição que ocupam decisões dos tribunais internacionais na teoria das fontes do Direito Internacional, partindo do argumento de que é insuficiente atribuir a tais decisões o papel de simples meio auxiliar para a determinação do direito no plano internacional. Inicialmente, procurou-se apresentar a tradicional classificação das fontes do direito internacional, a partir do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que reconhece, como fonte primária, apenas os costumes, os tratados e os princípios gerais de direito. As decisões dos tribunais internacionais e a opinião dos juristas seriam apenas meios auxiliares, posição esta se mostra limitada para explicar o crescente prestígio das decisões dos tribunais internacionais. Em seguida, apresenta-se a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) como exemplo do argumento em favor da jurisprudência como fonte do Direito Internacional, em especial a partir do desenvolvimento da regra-garantia do controle de convencionalidade, como direito assecuratório da supremacia da ordem internacional sobre o direito interno dos Estados. Longe de se constituir apenas um meio auxiliar, a jurisprudência da CorteIDH constitui, de forma primária, uma regra-garantia, cuja pretensão é a de assegurar o *enforcement* da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Tanto é que a jurisprudência dos tribunais brasileiros tem utilizado o controle de convencionalidade para reconhecer a superioridade da CADH sobre o direito interno. Conclui-se,

* Doutorando em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (Unifor). Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor Adjunto da UFRN. Juiz do Trabalho. Fortaleza – Ceará – Brasil.

ao final, que a classificação do Estatuto da Corte Internacional de Justiça se mostra parcialmente superada, ao não reconhecer a jurisprudência dos tribunais como fonte do Direito Internacional.

Palavras-chave: Direito internacional. Fontes. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Regra-garantia. Controle de convencionalidade.

ABSTRACT: This article brings a discussion on the position that the decisions of international courts occupy in the theory of the sources of International Law, based on the argument that it is insufficient to attribute to such decisions the role of mere auxiliary means for determining International Law. Initially, the traditional classification of the sources of International Law is presented, based on the Statute of the International Court of Justice, which recognizes, as a primary source, only the customs, treaties and general principles of Law. Decisions of international tribunals and the lawyers' opinions would only be secondary sources, a position that has proven to be limited in terms of explaining the growing prestige of the decisions of international courts. Next, the Inter-American Court of Human Rights activity is presented as an example of the argument in favor of jurisprudence as a source of International Law, especially after the development of the "guarantee-rule" of conventionality control, as a right that assures the supremacy of the international order over the domestic law of States. Far from constituting only an auxiliary means, the jurisprudence of the International Courts is, in a primary form, a "guarantee-rule", whose intention is to ensure the enforcement of the American Convention on Human Rights (ACHR). So much so that the jurisprudence of the Brazilian courts has used the conventionality control to recognize the superiority of the ACHR on domestic law. The conclusion reached is that the classification of the Statute of the International Court of Justice is partially overcome by not recognizing the jurisprudence of the courts as a source of International Law.

Keywords: International Law. Sources. Inter-American Court of Human Rights. "Guarantee-rule". Conventionality control.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. A JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES INTERNACIONAIS NO PANORAMA DAS FONTES FORMAIS DO DIREITO INTERNACIONAL; 3. A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COMO FONTE DO DIREITO INTERNACIONAL E A CONSTRUÇÃO DO "CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE"; 4. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Conquanto o contato entre sociedades, no plano das relações internacionais, não seja um fenômeno recente, é possível afirmar que múltiplos fatores contemporâneos, geralmente relacionados à ideia síntese da *globalização* ou *mundialização*, introduziram novos desafios aos atores transnacionais.

As revoluções tecnológicas e as novas dimensões sociais e políticas decorrentes dos grandes conflitos mundiais da primeira metade do século XX, alteraram substancialmente os paradigmas atinentes às relações entre os Estados, assim como sucedeu com os próprios paradigmas gerais do Direito (JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p. 21). Desde os tempos seminais do tratado de Westfália e das formulações de Jean Bodin sobre a soberania dos Estados, diversos e significativos eventos de escala global vêm também produzindo efeitos sobre os paradigmas jurídicos, tanto internos como internacionais, resultando num movimento de "globalização jurídica" (ALLARD; GARAPON, 2005; MATIAS, 2014).

Esse contexto tem apresentado, aos diversos atores internacionais, o desafio da efetividade dos textos normativos plurilaterais, na medida em que as relações jurídicas entre nações soberanas se desenvolvem sob perspectivas diferentes daquelas inerentes ao direito interno. Nesse cenário, o cumprimento dos pactos internacionais não é algo alcançado de forma fácil ou mesmo subsumido a mecanismos de simples "coerção", como sucede dentro das fronteiras de uma nação soberana, mesmo porque, embora, em tese e no plano formal, sejam horizontalmente ordenados (MORE, 2002, p. 3), "na política do mundo real, os Estados não são absolutamente iguais" (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2012, p. 146).

Assim, para além do debate entre monistas e dualistas (MAZZUOLI, 2008, p. 64), um problema ainda em aberto diz respeito não apenas às possibilidades de efetivação das denominadas fontes do Direito Internacional, como os tratados, mas qual a natureza e as possibilidades de atuação das decisões das Cortes internacionais nesse contexto.

Pretende-se aqui desenvolver argumentos em favor do reconhecimento da crescente importância das decisões proferidas pelos tribunais

internacionais, em especial pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH)[1], no panorama das fontes formais[2] do Direito Internacional.

Na primeira parte serão examinados aspectos conceituais das fontes do Direito Internacional, buscando identificar as características tradicionalmente atribuídas à jurisprudência internacional. Na segunda parte, tomando-se como referência a "doutrina do controle de convencionalidade", inaugurada pela CorteIDH, objetiva-se delinear um crescente protagonismo da jurisprudência como fonte nas relações internacionais, ilustrando-se seus efeitos sobre o direito interno e a jurisprudência brasileiros.

2. A JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES INTERNACIONAIS NO PANORAMA DAS FONTES FORMAIS DO DIREITO INTERNACIONAL

Por fontes do Direito Internacional "[...] entendam-se os documentos ou pronunciamentos de que emanam direitos e deveres das pessoas internacionais configurando os modos formais de constatação do direito internacional" (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2012, p. 139). Trata-se, portanto, de um conceito bastante aberto, de modo a absorver as mais variadas possibilidades de meios idôneos o suficiente para gerar situações jurídicas, de direitos e obrigações, para sujeitos[3] do Direito Internacional.

1. Com sede na cidade de San José, na Costa Rica, a CorteIDH foi instituída na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), de 1969, também conhecida como Pacto de San José, com o propósito de salvaguardar os preceitos da Convenção (cf.: CORTE..., 2018). Além da CorteIDH, foi instituída também a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), vinculada a Organização dos Estados Americanos (OEA), com sede em Washington (EUA), também integrando o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos (cf.: OEA, 2018).

2. A literatura internacionalista, seguindo a tendência da Teoria Geral do Direito, costuma dividir o estudo das fontes em materiais e formais, que os primeiros os elementos ou motivos que levam ao aparecimento de normas jurídicas, que podem ser de ordem sociológica, filosófica, política, dentre outras. As formais são fontes expressas, positivadas de alguma forma, como leis, tratados, costume, dentre outras (PORTELA, 2017, p. 69).

3. Adota-se aqui um estrato bastante amplo de consideração quanto aos sujeitos do Direito Internacional, pelo que implica ter presente não apenas os Estados, mas também organizações internacionais e, em determinadas situações, até mesmo o indivíduo, mormente quando se tem a possibilidade de Cortes internacionais, como a Corte Europeia de Direitos Humanos, tutelar direitos fundamentais individualmente considerados (MATTOS, 2002, p. 4-5).

Mais do que isso, a ideia do conteúdo do Direito Internacional tampouco é estanque, isto é, seus elementos sofrem a influência dos fenômenos atuais de acentuação dos processos globais de interrelação dos sujeitos e, portanto, de descentralização e heterogeneidade das fontes dos direitos das gentes (MAZZUOLI, 2008, p. 95).

Escapa aos limites deste trabalho uma discussão aprofundada sobre a origem e o agrupamento dessas fontes[4]. Para os propósitos apresentados é suficiente partir da abordagem mais moderna do tema (MATTOS, 2002, p. 28), com ênfase nas fontes formais, e que costuma considerar a sistematização levada a efeito, ainda que de forma exemplificativa (MORE, 2002, p. 3), pela Corte Internacional de Justiça, órgão das Nações Unidas, consignada no art. 38 de seu Estatuto[5], quais sejam: as *convenções internacionais* (gerais ou particulares), o *costume* internacional e os *princípios gerais de direito*, reconhecidos pelas diferentes nações[6]. Essas são consideradas as fontes primárias, de onde, por suposto, devem partir quaisquer outras, que delas seriam derivadas (MAZZUOLI, 2008, p. 98). Estabelece, ainda, o mesmo Estatuto, que as *decisões judiciais* e as *opiniões dos juristas* constituem meio auxiliar para "determinação das regras de direito".

O *costume*, que é fruto de usos tradicionais, é uma fonte relevante no Direito Internacional, na medida em que reflete a circunstância de que a sociedade internacional é marcadamente *consuetudinária*, o que implica considerar que a construção de paradigmas normativos, a partir das práticas

4. Por essa razão será deixada de lado a discussão entre fontes *materiais* e *formais* do Direito Internacional, que pode ser consultada em: Mazzuoli (2008, p. 96 e ss.), Mattos (2002, p. 25 e ss.) e Accioly, Silva e CASELLA (2012, p. 134 e ss).

5. O art. 38 do Estatuto, na redação em língua inglesa, dispõe: "*1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states; b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law; c. the general principles of law recognized by civilized nations; d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law. 2. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case ex aequo et bono, if the parties agree thereto*" (INTERNATIONAL..., 2018).

6. Originalmente, a redação desse trecho era: "*the general principles of law recognized by civilized nations*" (<https://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/uncharter.pdf>. Acesso em: 27.4.2017), aspecto que mereceu a crítica dos internacionalistas (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2012, p. 141-2).

sedimentadas pelas relações entre os sujeitos internacionais, observa, em geral, uma importante medida de tempo[7] para se consolidar, até mesmo para, eventualmente, constituírem a base de uma norma internacional escrita. E, mesmo quando positivadas, as regras internacionais não asseguram sua aceitação universal, já que a sociedade internacional não se sujeita a meios tradicionais de efetivação de regras jurídicas, como sucede no direito interno (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2012, p. 145).

Os costumes, portanto, constituem fonte importante no Direito Internacional, até mesmo por permitirem, em função de sua consolidação perante os sujeitos internacionais, delinear arquiteturas normativas de caráter geral e escritas, que são os *tratados*, como expressão genérica de quaisquer atos jurídicos por meio do qual se manifesta o acordo de vontade de dois ou mais sujeitos do direito internacional[8], no que se incluem não apenas os tratados propriamente ditos, mas as *convenções, protocolos, convênios, declarações, ajustes, compromissos*, dentre outros atos possíveis (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2012, p. 150).

Dado o grau de estabilidade e de segurança que possibilitam, os tratados têm sido considerados como "a principal e mais concreta fonte do Direito Internacional na atualidade", imprimindo-lhe mais representatividade e autenticidade (MAZZUOLI, 2008, p. 98). Mais do que isso, os tratados apresentam uma pretensão de generalidade, universalidade – relativamente aos sujeitos subscritores –, e de posição *hierárquica superior às leis internas*, ainda que esse propósito monista não constitua uma realidade

7. Observam Accioly, Silva e Casella (2012, p. 147), no entanto, que esse fator "tempo" na construção do direito consuetudinário internacional tem sofrido mudanças desde a segunda metade do séc. XX. Os avanços tecnológicos e outros fatores contemporâneos reclamam, progressivamente, respostas mais céleres da comunidade internacional. Por isso, o fator "tempo", isoladamente, mostra-se frequentemente como critério insatisfatório para estabelecer a existência de um costume internacional passível de se converter em fonte. No mesmo sentido, explica Rodrigo More (2002, p. 10) que o binômio costume-tempo não é totalmente incorreto, mas os avanços nos meios de comunicação entre as diversas sociedades não reclamam mais "longos períodos de tempo" para a consolidação de um costume internacional.

8. Sobre o tema, dispõe o art. 2º, item 1, alínea "a" da Convenção de Viena (1969): "[...] tratado significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica".

igualmente universal[9]. Essa é uma das aparentes contradições no estudo dos fundamentos e das fontes do Direito Internacional e um dos grandes desafios dessa dimensão jurídica[10,11], em especial tendo em conta o contido no art. 27 da Convenção de Viena (1969)[12]: "Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado".

A terceira e última fonte primária do Direito Internacional são os princípios gerais de direito[13], traduzidos como convicções jurídicas ge-

9. Como acentua Valério Mazzuoli (2008, p. 66 e 68), a concepção dualista, assentada na consideração de que o direito internacional e o interno constituem ordens jurídicas diferentes, emana do entendimento de que os tratados internacionais representam apenas compromissos externos do Estado, sem que isso possa produzir efeitos imediatos e concretos no âmbito interno. Nessa ótica, as normas dispostas em tratados não teriam aplicabilidade interna imediata, senão por meio do instituto da "recepção", mercê, pois, de um processo de introdução formal das disposições dos tratados no ordenamento jurídico interno, aí sim subsumindo as regras anteriores aos processos de antinomia normativa, isso na versão moderada da técnica, pois na versão mais radical haveria, ainda, a necessidade de revogação das leis internas dispostas em sentido contrário ao tratado recepcionado, assim como admitiria a revogação da norma internacional por outra norma interna posterior.

10. É o que sucede no Brasil, cuja Constituição não reconhece o império automático das normas internacionais sobre o Direito interno, como se vê dos arts. 4º (Princípios da República nas relações internacionais), 5º, §§ 2º, 3º e 4º (Direitos fundamentais); 49 (competências exclusivas do Congresso Nacional), 84, inciso VIII (atribuições do Presidente da República).

11. No mesmo sentido, a posição histórica do Supremo Tribunal Federal: "[...] SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. – No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em conseqüência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do *treaty-making power*, pelo Estado brasileiro – não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) –, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional [...]" (ADI 1480 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/1997, DJ 18-05-2001).

12. O texto da Convenção de Viena sobre tratados internacionais foi ratificado pelo Brasil, por meio do Decreto n. 7.030/2009 (BRASIL, 2009).

13. De acordo com More (2002, p. 11-12), as fontes principais do Direito Internacional são apenas os tratados e os costumes, não constituindo consenso se os princípios gerais de direito seriam fontes primárias ou subsidiárias, decorrentes, nesta última concepção, dos próprios costumes internacionais, conquanto sustente esse autor que "os princípios gerais de direito internacional são a quintessência do direito internacional, representativos de toda uma evolução histórica, política, econômica, jurídica e social da comunidade internacional em torno de princípios universalmente reconhecidos por todos os "povos".

neralizadas e reconhecidas, em seu conjunto, como formas legítimas de expressão do Direito Internacional, exercendo papel fundamental na sua evolução, de que são exemplos a *boa-fé*, *respeito a coisa julgada* e *pacta sunt servanda* (MAZZUOLI, 2008, p. 111).

Ao lado dessas fontes primárias, seguindo a classificação do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, estão os denominados *meios auxiliares para a determinação do direito no plano internacional*, posição reservada à doutrina e à jurisprudência das cortes internacionais. A opinião exarada pelos juristas e publicistas não carece de maiores notas, já que o papel hermenêutico é elemento presente em qualquer dimensão da ciência jurídica[14].

Já as decisões das cortes suscitam o debate relativamente a sua posição de fonte ou mero meio auxiliar para a "determinação da regra" aplicável a um caso concreto submetido à jurisdição internacional. Para Mazzuoli (2008, p. 117), a qualificação da jurisprudência como meio auxiliar é acertada, porquanto a "jurisprudência, verdade, não é fonte do direito, porque ela não cria o direito, mas sim o interpreta mediante a reiteração de decisões no mesmo sentido"[15]. Nesse sentido, por exemplo, seria papel da jurisprudência aclarar um costume internacional, dele retirando eventual ambiguidade ou obscuridade[16].

14. De acordo com Accioly, Silva e Casella (2012, p. 180-81), houve grande protagonismo da opinião dos juristas na formação do Direito Internacional. Embora tenha seu papel arrefecido, "não se pode ignorar a importância de interpretação doutrinária judiciosa em que o autor desenvolve normas consuetudinárias ou mesmo textos convencionais que podem carecer de clareza".

15. Essa mesma opinião é compartilhada por Rodrigo More (2002, p. 14), que enxerga na jurisprudência "a simples análise do direito existente, seja convencional, consuetudinário ou inspirado em princípios gerais de direito".

16. Sublinha, ainda, Mazzuoli (2008, p. 118-119) que as decisões da Corte Internacional de Justiça se encontram numa espécie de vértice hierárquico no cenário das cortes internacionais, qualificadas com a mais alta autoridade, ainda que o Estatuto (art. 59) ressalve que a vinculatividade só teria lugar para as partes litigantes em um determinado caso. Daí, conclui-se que aquela "hierarquia" seria muito mais uma consideração de respeito às decisões da Corte, do que o resultado de um sistema piramidal e vinculativo de precedentes, até porque esse modelo seria potencialmente inviável no plano das diversas jurisdições internacionais.

Será mesmo esse papel auxiliar o único papel a ser exercido pela jurisprudência das Cortes? A de mero meio auxiliar? Ou é possível considerar a possibilidade de também constituir fonte do Direito Internacional?

É preciso considerar que a afirmação da jurisprudência como mero meio auxiliar – e não fonte do Direito Internacional, não constitui, nem de longe, uma posição indene de contestação. Isso decorre, inclusive, da consideração feita, ao longo do tempo, pela própria Corte Internacional de Justiça, que aplica suas próprias decisões como autênticas fontes do direito (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2012, p. 175).

A discussão, no âmbito da Teoria do Direito – e de suas fontes – parece ultrapassar as fronteiras do Direito das gentes, constituindo uma das grandes controvérsias contemporâneas, nomeadamente a partir da aproximação progressiva das grandes famílias jurídicas (DAVID, 1998, p. 20), este também um fenômeno decorrente da reconfiguração da sociedade global (FRIEDMAN, 2005).

Comparatistas, como Mauro Cappelletti (1999, p. 73), esforçam-se em demonstrar que não antagoniza com a teoria jurídica a consideração da jurisprudência como fonte, na medida em que "a criatividade constitui um fator inevitável da função jurisdicional", ainda que, como pontuou René David (1998, p. 120), esse papel criador, por vezes, apresente-se de forma dissimulada, por trás da aparência de uma interpretação da lei, ou, no caso do Direito Internacional, de tratados, costumes ou outras fontes.

Essa linha de pensamento sobre as fontes do Direito não ignoram que a jurisprudência, mesma qualificada como fonte, ostenta peculiaridades que a distingue das demais fontes, como aquelas escritas (leis, tratados etc.). Mas, a distinta procedimentalidade na formação dessa fonte jurisprudencial não lhe retira a mesma natureza das demais, enquanto elemento de "trabalho" do Direito.

Daí porque internacionalistas, como Antônio Augusto Cançado Trindade (1981, p. 116), afirmam: "não há como negar à grande massa de decisões arbitrais e judiciais o caráter de 'fonte' do Direito Internacional, ainda que operando de modo intermitente e sendo as decisões não raro de peso desigual".

3. A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COMO FONTE DO DIREITO INTERNACIONAL E A CONSTRUÇÃO DO "CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE"

As decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) constituem emblemática referência do crescimento da importância da jurisprudência das Cortes internacionais como fonte do Direito Internacional, em especial no que diz respeito ao instituto do *controle de convencionalidade*, tendo como especial preocupação a sensível questão da efetividade das normas contidas na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), nomeadamente quando em conflito com normas internas.

Levando em conta o preceito internacional, contido na Convenção de Viena (art. 27), quanto à pretensão de prevalência das normas contidas em tratados e documentos internacionais, a CorteIDH passou a apontar, em suas decisões, mecanismos de enfrentamento das antinomias resultantes do eventual choque do direito interno com regras internacionais.

Assim, a denominada "doutrina de controle de convencionalidade" aparece, por primeira vez, na jurisprudência da CorteIDH no caso *Almonacid Arellano y otos Vs. Chile*, em sentença de 26 de setembro de 2006[17], ainda que a própria Corte reconheça que um primeiro esboço desse controle já havia sido mencionado em voto do Juiz Sergio García Ramírez, no caso *Myrna Mack Vs. Guatemala* (CORTE..., 2015, p. 4; CARBONELL, 2013, p. 71; MARÍN, 2013, p. 6).

17. Nesse caso, assentou a Corte o seguinte, a despeito do controle de convencionalidade: "[...] *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 (sic) 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*".

Do referido *leading* case, colhe-se que a CorteIDH admite que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado ratifica um tratado internacional, como a CADH, ele se obriga a assegurar que as disposições da Convenção não sejam bloqueadas pela aplicação de leis internas contrárias ao seu objeto e fim, já que estas últimas careceriam de efeitos jurídicos. É dizer, o Poder Judiciário deve exercer sobre as regras internas um "controle de convencionalidade", desempenhando, assim, semelhante papel exercido pela própria CorteIDH, no sentido da efetividade das disposições da Convenção.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (2016, p. 6) firmou sua jurisprudência, em torno do controle de convencionalidade, em outros julgamentos posteriores[18], o que lhe possibilitou apresentar, em seus documentos oficiais, uma delimitação conceitual do instituto do controle de convencionalidade, a partir das seguintes linhas:

a) ao controle de convencionalidade consiste em verificar a *compatibilidade das normas e demais práticas internas* do Estado com a CADH, com a jurisprudência da CorteIDH e com os demais tratados interamericanos dos quais o Estado seja parte;
b) *é uma obrigação* que corresponde a toda autoridade pública no âmbito de suas competências;
c) é um controle que *deve ser realizado 'ex officio'*;[19]

18. Cf.: *Boyce y otros Vs. Barbados* (20 de novembro de 2007); *Aguado Alfaro y otros Vs. Peru* (24 de novembro de 2006); *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México* (25 de novembro de 2010); *Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones* (24 de fevereiro de 2011); dentre outros.

19. É de se destacar que a CADH, em seu art. 2º, explicita o compromisso dos Estados signatários em adotar "as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades".

d) sua execução pode implicar a *supressão de normas contrárias*[20] à CADH ou à sua interpretação.[21]

Nesse sentido, o controle de convencionalidade deve ser entendido como uma ferramenta que permite aos juízes contrastar as normas gerais internas diante das normas do sistema convencional internacional (tratados internacionais). Isso significa que os juízes nacionais devem desenvolver, inclusive de ofício, uma série de argumentos que permita a aplicação mais ampla possível das obrigações estabelecidas em tratados internacionais (CARBONELL, 2013, p. 71).

Essa hipótese em debate diz respeito ao *controle difuso de convencionalidade*, que seria realizado pelos Estados, por meio de suas autoridades,

20. Como veremos mais adiante, a introdução do instituto do controle de convencionalidade no Brasil, como forma de concretizar não só a CADH, mas também a jurisprudência da CorteIDH, implicou a utilização de uma técnica hermenêutica que não resultou na supressão de normas contrárias à Convenção, mas sim na declaração do "efeito paralisante" sobre tais normas, como se colhe não só da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mas também do Superior Tribunal de Justiça. Quanto a este, no julgamento do RESp 1.640.084 (STJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª. Turma, DJe 1.2.2017), assentou-se precisamente que o art. 2º da CADH estabelece ser obrigação dos Estados adotar não só medidas legislativas, mas também de "qualquer outra natureza" para a efetivação das normas ali estatuídas, o que implica considerar que a adoção da técnica de *declaração de efeito paralisante* de textos legais em antinomia com a Convenção, como método do controle de convencionalidade, tem sua fonte remota nela própria, em que pese constituir, como defendemos, uma norma-garantia desenvolvida pela jurisprudência internacional. Reforça esse diagnóstico a possibilidade de observância do contido no art. 29 do mesmo Tratado, que indica a seguinte norma de interpretação e aplicação da CADH: "Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista".

21. No caso *Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina*, com sentença de 29 de novembro de 2011, a CorteIDH aplicou esse arsenal conceitual do controle de convencionalidade da seguinte forma: "*Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente 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 de un tratado internacional como la Convención Americana, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos sus jueces, quienes deben velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana*".

já que deve ser resguardado às cortes internacionais, na perspectiva do instituto, o exercício do *controle concentrado* (MARÍN, 2013, p. 7).

Nota-se, assim, que o objetivo do instituto é o de se constituir como garantia de efetivação (direito-garantia) das normas internacionais, situando-se no espaço de incidência alusivo a sistemas dualistas, que prestigiam as normas internas e que recepcionam as normas internacionais na forma constitucional. Nesse modelo de ordenamento, o problema das antinomias, traduzidas na tensão entre normas internas e as constantes em tratados internacionais, tem servido como bloqueio para a eficácia dessas últimas.

É nesse contexto que é possível afirmar que as decisões da CorteIDH, ao estabelecerem a arquitetura normativa do controle de convencionalidade, acabaram por introduzir, no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos (SIDH), uma regra de garantia para a efetivação das normas da CADH e das próprias decisões da CorteIDH, traduzindo-a, nessa perspectiva, como fonte do Direito Internacional, e não apenas um meio auxiliar de interpretação de normas ou tratados internacionais.

A *experiência brasileira bem revela o prestígio que vem adquirindo o controle de convencionalidade* no processo de incorporação de normas internacionais no âmbito jurídico interno.

Com efeito, o instituto do controle de convencionalidade aparece na jurisprudência dos tribunais brasileiros, pelo menos com maior visibilidade, nos julgamentos envolvendo a possibilidade de prisão civil de depositário infiel, tendo em vista o texto normativo da CADH, que a veda a prisão por dívidas (art. 7º, item 7). [22]

Antes mesmo das paradigmáticas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já vinha considerando as disposições da CADH para considerar como descabida a prisão civil de

22. Segue a redação ao art. 7º, item 7 da CADH, extraída do sítio eletrônico da Corte Interamericana de Direitos Humanos: "Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios" (Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>. Acesso em 2.5.2017).

devedor relativamente a contratos de alienação fiduciária, mesmo quando essa não era a posição da Suprema Corte quanto ao tema[23]. Subsistia, contudo, o entendimento de que o depositário infiel judicial, ou seja, aquele que desatende à obrigação de restituir bem colocado na sua guarda pelo Poder Judiciário, poderia ser objeto de prisão civil, já que a CADH não contemplava essa hipótese.[24]

O cenário se altera por completo com a mudança de orientação do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, tendo como decisão representativa a adotada nos autos do Recurso Extraordinário n. 466.343 (Rel. Min. Cezar Peluso, 3.12.2008)[25], e por meio da qual ficou estabelecida a impos-

23. "AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PRISÃO CIVIL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 168/STJ. 1. Embora a jurisprudência do Pretório Excelso tenha se firmado no sentido da legitimidade da prisão do devedor fiduciante que não entregou o bem objeto da alienação fiduciária em garantia ou o equivalente em dinheiro, equiparando-o, para tal fim, à figura do depositário infiel prevista no artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal, mesmo na vigência do Pacto de São José da Costa Rica (cf. HC nº 72.131/RJ, Relator Ministro Moreira Alves, in DJ 1º/8/2003; HC nº 80.710/RS, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, in DJ 24/8/2001), a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça pacificou já o entendimento no sentido de que "[...] não cabe a prisão civil do devedor que descumpre contrato garantido por alienação fiduciária" (cf. EREsp nº 149.518/GO, Relator Ministro Ruy Rosado), ratificando tal posicionamento quando do julgamento do HC nº 11.918/CE, Relator p/ acórdão Ministro Nilson Naves, in DJ 10/6/2002. [...] (STJ, AgRg nos EREsp n.º 489.278/DF, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Corte Especial, DJU de 22.03.2004).

24. É representativo dessa posição, hoje já superada, do Superior Tribunal de Justiça, o seguinte julgado: "HABEAS CORPUS – PRISÃO CIVIL – DEPOSITÁRIO INFIEL – ALIENAÇÃO DE BENS PENHORADOS. 1. A vedação à prisão civil como estabelecido no Pacto Internacional de San José da Costa Rica não se aplica às hipóteses de descumprimento de ordem judicial. 2. Decreta-se a prisão civil do depositário, que no cumprimento de *munus* público, como auxiliar da justiça, tem de responsabilizar-se pelos bens que lhe são entregues em garantia. 3. Descumprida injustificadamente a ordem judicial de apresentação dos bens dados em garantia, torna-se pertinente a prisão civil do depositário nos próprios autos da ação (Súmula n. 619/STF). 4. Ordem denegada" (HC 116.480/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 14/10/2008, DJe 23/10/2008).

25. A decisão foi resumida na forma da seguinte ementa: "PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. E ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito". Merece, de outro lado, registro que o julgamento foi conjunto, relativamente a outros dois processos, a saber: RE 349.703 e HC 87.585.

sibilidade de prisão civil, de qualquer natureza, o que implicou, inclusive a edição da Súmula Vinculante n. 25 ("É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito").

Não se trata de uma posição imune a acentuadas críticas[26], tampouco é objetivo aqui explorar todos os matizes dessa complexa questão. O que merece realce é perceber o influxo do Direito Internacional na construção desse importante precedente da Suprema Corte brasileira, como resta evidenciado nos diversas opiniões dos juízes do Tribunal, ao invocarem tratados internacionais, em especial a CADH.

Mais do que isso, trata-se de um dos primeiros exemplos da aplicação e densificação do *controle de convencionalidade*, no cenário da resignificação da hierarquia das normas internacionais no âmbito interno.

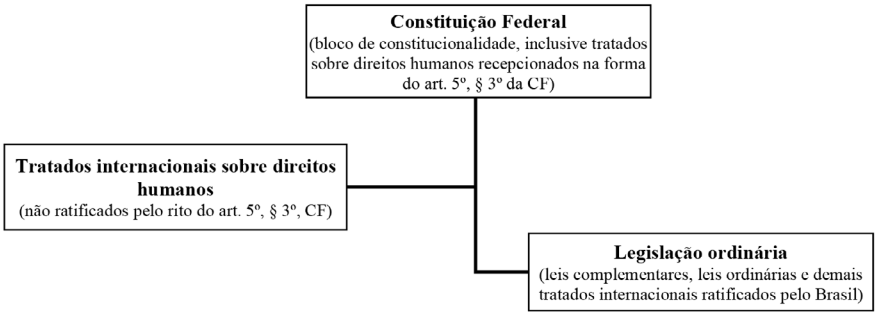
Nesse sentido, o STF, tendo em vista que a CADH não poderia integrar o *bloco de constitucionalidade*[27] – eis que não recepcionada na forma do §3º do art. 5º da Constituição Federal –, acabou, inicialmente, por entender que o *Pacto de San Jose* deve ocupar um *status* jurídico de *supralegalidade*, ou seja, num estrato intermediário entre a *legislação ordinária* e o bloco de constitucionalidade, por entender como insuficiente o desenho normativo até então vigente diante do prestígio que devem gozar as normas internacionais, em especial no que se refere à proteção dos direitos humanos.[28]

26. Para uma síntese dessas críticas, cf., por todos: ACIOLI, 2011. Boa parte delas decorre do fato de que o Supremo Tribunal Federal tratou, em mesma perspectiva, o devedor fiduciário, e o depositário contratual em geral, e o depositário judicial infiel, mesmo diante de distintas naturezas jurídicas de que são impregnadas aquelas situações.

27. O conceito de *bloco de constitucionalidade* é assim delineado por Ana Maria D'Ávila Lopes (2009, p. 45 e 53): "conjunto de normas que, junto com a Constituição codificada de um Estado, formam um bloco normativo de nível constitucional", de modo a servir, inclusive, de parâmetro para controle de constitucionalidade no tecido normativo infraconstitucional.

28. Quanto ao tema, merece destaque o seguinte trecho, do voto do Min. Gilmar Mendes: "Não se pode perder de vista que, hoje, vivemos em um 'Estado Constitucional Cooperativo', identificado pelo Professor Peter Haberle como aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais. Para Haberle, ainda que, numa perspectiva internacional, muitas vezes a cooperação entre os Estados ocupe o lugar de mera coordenação e de simples ordenamento para a coexistência pacífica (ou seja, de mera delimitação dos âmbitos das soberanias nacionais), no campo do direito constitucional nacional, tal fenômeno, por si só, pode

Figura 1 – Hierarquias das normas positivas de acordo com a jurisprudência do STFHierarquias das normas positivas de acordo com a jurisprudência do STF



Fonte: Elaboração do autor (2018).

Para os efeitos dessa discussão, considera-se "legislação ordinária" o conjunto de leis complementares e leis ordinárias propriamente ditas e, conquanto essa questão da hierarquia entre leis complementares e ordinárias escape aos limites deste trabalho, dada a sua complexidade, merece registro que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem apontado a inexistência de hierarquia entre esses dois estratos de textos normativos, por considerar que a distinção somente se mostra presente em razão das matérias reservadas à dimensão de lei complementar pela própria Constituição. Contudo, essa posição não se mostra pacífica. A literatura especializada permite identificar três correntes de pensamento sobre o tema: a *subordinativa*, a *coordenativa* e a teoria *mista*.

Pela corrente *subordinativa*, elementos presentes na Constituição, como o *quorum* qualificado para aprovação de leis complementares, induziriam a considerar uma hierarquização valorativa emprestada à lei complementar, razão pela qual atribuiu a essa modalidade de texto normativo a complementação de certos preceitos constitucionais, como aquele que dispõe sobre o Estatuto da Magistratura (art. 93, CF). A corrente ou teoria *coordenativa* afirma não haver qualquer hierarquia, porquanto todas

induzir ao menos a tendências que apontem para um enfraquecimento dos limites entre o interno e o externo, **gerando uma concepção que faz prevalecer o direito comunitário sobre o direito interno**" (grifo nosso).

as leis infraconstitucionais extraem seu fundamento de validade da própria Constituição, pelo que a distinção estaria apenas nas matérias dispostas em cada modalidade normativa, não havendo que se falar em hierarquia. Por fim, para a teoria *mista*, a hierarquia seria possível a depender da matéria disposta, em especial quando a lei complementar se mostra como fonte de validade de normas ordinárias, hipótese em que haveria hierarquia (FARIAS, 2007).

Diante desses aportes, é de se considerar que a posição do STF a respeito merece ser aprofundada, porquanto a teoria *coordenativa* parece desconsiderar que todos os diplomas normativos, inclusive as emendas constitucionais, retiram seu fundamento de validade da própria Constituição, o que não implica considerar que as emendas sejam hierarquicamente equivalentes a leis complementares e ordinárias. Afora isso, o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), ao estabelecer que "Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis", atribuiu a essa modalidade de texto normativo a função de paradigma de formulação de leis. Esses aspectos sugerem considerar que as leis complementares ocupam posição hierárquica superior às ordinárias, mesmo que em algumas matérias, o que fragilizaria a teoria coordenativa.

Fixada, pelo STF, o novo posicionamento hierárquico das regras da CADH, o Tribunal entendeu possível, a partir da sugestão do Min. Celso de Mello, a aplicação do controle de convencionalidade, "em ordem a impedir que a legislação nacional transgrida as cláusulas inscritas em tratados internacionais de direitos humanos", o que implicou, inclusive, a insubsistência da tese contida na súmula n. 619 ("A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito").[29]

E como o STF concretizou o controle difuso de convencionalidade, diante da previsão expressa da Constituição Federal brasileira quanto à possibilidade de prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVIII)?

29. A decisão formal da revogação da súmula n. 619 foi adotada pelo STF nos autos do *Habeas Corpus* n. 95.566, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado no mesmo dia 3.12.2008.

A solução encontrada, e que aponta para a construção, no âmbito do direito interno, de uma metodologia para o controle de convencionalidade, foi a seguinte:

a) Reconhecer, diante da supremacia do texto constitucional, que a adesão do Brasil ao texto dos tratados internacionais sobre o tema, em especial a CADH, não implicou revogação do art. 5º, inciso LXVIII da Constituição Federal;

b) Nada obstante, dessa adesão – e diante do conteúdo de elevado significado do tratado internacional quanto à proteção à dignidade da pessoa do devedor –, resulta *efeito paralisante* da legislação infraconstitucional que disciplina a matéria alusiva à prisão do depositário infiel[30].

A solução, portanto, foi a de se esvaziar a base legal infraconstitucional de concretização da prisão civil do depositário, retirando-lhe, na prática, a eficácia jurídica, sob o manto eufemístico do "efeito paralisante" dos textos legais que emprestavam aplicação concreta ao preceito constitucional[31].

Essa precedente produziu rápidos efeitos, sendo seguido, a partir de então, e na mesma extensão, pelo STJ[32], e não apenas sobre o mesmo tema. Com efeito, o STJ adotou o mesmo controle em outro tema muito

30. Destacou-se, na oportunidade, que essa consideração produzia efeitos sobre os dispositivos contidos no art. 652 do Código Civil e em todo o Decreto-Lei n. 911/69.

31. O acórdão em exame também ressalvou a possibilidade do Congresso Nacional submeter o texto da CADH e de outros pactos internacionais ao regime do art. 5º, § 3º, da Constitucional, emprestando-lhes status de emenda constitucional, o que não só incluiria esses tratados no bloco de constitucionalidade, como, principalmente, tornaria essas normas passíveis de atuar como normas-parâmetro para controle de constitucionalidade, inclusive concentrado, e não apenas de controle difuso de convencionalidade.

32. Cf., por todos: REsp 914.253/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 2/12/2009, DJe 04.2.2010, onde restou sublinhado o caráter supralegal dos tratados que cuidam da proteção aos direitos humanos, enfatizaram que, "no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, *são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade*" (REsp 1.640.084 (STJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª. Turma, DJe 1.2.2017).

interessante, qual seja a supremacia da CADH sobre o Código Penal (CP), no que se refere ao *crime de desacato* (art. 331, CP: "Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela: Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa"), no julgamento do Recurso Especial n. 1.640.084 (STJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª. Turma, DJe 1.2.2017), quando se considerou que a ausência de lei veiculadora do *abolitio criminis* não inibe a atuação do Poder Judiciário na análise da conformidade do art. 331 do CP com o art. 13 da CADH, que assegura a liberdade de expressão, mesmo em face de autoridades públicas, na linha de reiteradas posições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)[33], que implicam a pertinência da observância do princípio hermenêutico *pro homine* no confronto entre normas internacionais e internas, máxime quando a Constituição Federal ressalta a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1º, III, CF)[34].

Merece registro aqui trechos dessa decisão do Superior Tribunal de Justiça, considerando sua relevância para a discussão aqui proposta:

> [...] DESACATO. INCOMPATIBILIDADE DO TIPO PENAL COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. [...] 4. O art. 2º, c/c o art. 29, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê a adoção, pelos Estados Partes, de "medidas legislativas ou de outra natureza" visando à solução de antinomias normativas que possam suprimir ou limitar o efetivo exercício de direitos

33. Esse precedente destacou, em particular, o contido no Princípio n. 11 da Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, de 27.10.2000 (CIDH, 2017), assim redigido: "Os funcionários públicos estão sujeitos a maior escrutínio da sociedade. As leis que punem a expressão ofensiva contra funcionários públicos, geralmente conhecidas como "leis de desacato", atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação".

34. É de se registrar que essa tese, constante da referida decisão da 5ª. Turma do STJ, acabou não referendada pelo órgão fracionário superior daquele Tribunal. Com efeito, em decisão de 24 de maio de 2017, a Terceira Seção do STJ deliberou, por maioria, pela subsistência da eficácia do tipo penal de desacato na ordem jurídica brasileira, inclusive assentando que "as recomendações expedidas pela CIDH não possuem força vinculante, mas tão somente 'poder de embaraço' ou 'mobilização da vergonha'" (HC nº 379.269-MS, Redator Min. Antonio Saldanha Palheiro). Isso não desmerece, para os propósitos deste estudo, o fato de que as decisões da CorteIDH constituíram fonte para a decisão da Turma, revelando, portanto, sua força como fonte do Direito Internacional.

e liberdades fundamentais. 5. Na sessão de 4/2/2009, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, pelo rito do art. 543-C do CPC/1973, o Recurso Especial 914.253/SP, de relatoria do Ministro Luiz Fux, adotou o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343/SP, no sentido de que os tratados de direitos humanos, ratificados pelo país, têm força supralegal, "o que significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade." 6. Decidiu-se, no precedente repetitivo, que, "no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade." 7. A adequação das normas legais aos tratados e convenções internacionais adotados pelo Direito Pátrio configura controle de constitucionalidade, o qual, no caso concreto, por não se cuidar de convenção votada sob regime de emenda constitucional, não invade a seara do controle de constitucionalidade e pode ser feito de forma difusa, até mesmo em sede de recurso especial. 8. Nesse particular, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando do julgamento do caso Almonacid Arellano y otros v. Chile, passou a exigir que o Poder Judiciário de cada Estado Parte do Pacto de São José da Costa Rica exerça o controle de convencionalidade das normas jurídicas internas que aplica aos casos concretos. 9. Por conseguinte, a ausência de lei veiculadora de abolitio criminis não inibe a atuação do Poder Judiciário na verificação da inconformidade do art. 331 do Código Penal, que prevê a figura típica do desacato, com o art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, que estipula mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e de expressão. 10. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH já se manifestou no sentido de que as leis de desacato se prestam ao abuso, como meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo establishment, bem assim proporcionam maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares, em contravenção aos princípios democrático e igualitário. 11. A adesão ao Pacto de São José significa a transposição, para a ordem jurídica interna, de critérios recíprocos de interpretação, sob pena de negação da universalidade dos valores insertos nos

> direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos. Assim, o método hermenêutico mais adequado à concretização da liberdade de expressão reside no postulado pro homine, composto de dois princípios de proteção de direitos: a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos. 12. A criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado - personificado em seus agentes - sobre o indivíduo. 13. A existência de tal normativo em nosso ordenamento jurídico é anacrônica, pois traduz desigualdade entre funcionários e particulares, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito. 14. Punir o uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes estatais é medida capaz de fazer com que as pessoas se abstenham de usufruir do direito à liberdade de expressão, por temor de sanções penais, sendo esta uma das razões pelas quais a CIDH estabeleceu a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São Paulo abolissem suas respectivas leis de desacato. 15. O afastamento da tipificação criminal do desacato não impede a responsabilidade ulterior, civil ou até mesmo de outra figura típica penal (calúnia, injúria, difamação etc.), pela ocorrência de abuso na expressão verbal ou gestual utilizada perante o funcionário público. 16. Recurso especial conhecido em parte, e nessa extensão, parcialmente provido para afastar a condenação do recorrente pelo crime de desacato (art. 331 do CP) (REsp 1640084/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017).

Em que pesem as críticas que possam ser lançadas à solução adotada pelo STF, e por outros tribunais, oriundas, em grande medida, da parte da literatura internacionalista que advoga a hierarquia constitucional dos tratados sobre direitos humanos, com base no que estatui o § 2º do art. 5º da Constituição Federal (PIOVESAN, 2008), certo é que o STF e o STJ, nos casos concretos trazidos à discussão, inegavelmente incorporaram *à sua jurisprudência a regra-garantia do controle de convencionalidade extraída do exercício jurisdicional da CorteIDH*. Esses exemplos demonstram não apenas o crescimento do prestígio do Direito Internacional, mas também o *reconhecimento da importância da CorteIDH e de suas decisões*.

De outro lado, esse esforço analítico também reflete as possibilidades dessas decisões, oriundas de cortes internacionais, constituírem mais do que mero meio auxiliar para determinação de regras contidas em tratados, convertendo-se, assim, em autênticas fontes do Direito Internacional.

4. CONCLUSÃO

Embora ainda subsista muita controvérsia entre os internacionalistas quanto às fontes primárias ou principais do Direito Internacional, parece ser majoritária a corrente que adota a vetusta classificação contida no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que posiciona a jurisprudência das cortes internacionais ao lado da opinião dos juristas, ou seja, apenas como meio auxiliar de interpretação e delimitação das regras contidas nos tratados, costumes e princípios gerais de direito.

O crescente prestígio da jurisdição internacional e o sempre presente desafio da prevalência dos tratados sobre o direito interno, como apregoa a Convenção de Viena (1969), tem produzido consequências perceptíveis, mesmo em sistemas dualistas.

Nesse contexto, o *controle de convencionalidade*, assentado na jurisprudência da CorteIDH, constitui-se em fonte do Direito Internacional, na medida em que se converte em regra jurídica de cariz garantístico, porquanto objetiva assegurar o *enforcement* das normas internacionais, em especial da CADH, ainda que não se desconheça que os limites do Direito das Gentes nesse terreno da efetivação dos tratados no âmbito interno dos Estados signatários, dimensão das relações internacionais que sempre se constituiu em enorme desafio.

O exame da incorporação do *controle de convencionalidade* na jurisprudência do Supremo Tribunal brasileiro bem estampa a força desse mecanismo como autêntica fonte do Direito Internacional, indicando, assim, ao menos o desconforto da posição que as decisões judiciais têm ocupado, na interpretação tradicional, no panorama do estudo das fontes.

REFERÊNCIAS

ACIOLI, José Adelmy da Silva. **A possibilidade de prisão do depositário judicial infiel**. São Paulo: LTr, 2011.

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização:** a nova revolução do direito. Lisboa: Piaget, 2005.

BAUMAN, Zigmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BRASIL. **Decreto n. 7.030**, de 14 de dezembro de 2009: Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. STF, RE-509.300-MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, 13 de março de 2016

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1999.

CARBONELL, Miguel. **Introducción general al control de convencionalidad**. 2013. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3271/11.pdf>. Acesso em: 2 maio 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão**. 2000. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/principiosLE.pdf>. Acesso em: 20 maio 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Cuadernillo de Jurisprudência da Corte IDH** - Controle de Convencionalidad, n. 7. San José, Costa Rica: Corte IDH, 2015. [Claudio Nash (ed.)]. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>. Acesso em: 2 maio 2017.

_____. **História de la Corte IDH**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh>. Acesso em: 21 ago. 2018.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

FARIAS, Rodrigo Rodrigues de. Hierarquia entre lei complementar e lei ordinária na Constituição Federal do Brasil. **Revista online FADIVALE**, ano 3, n. 3, 2007.

FRIEDMAN, Thomas L. **O mundo é plano**. Trad. Cristina Serra S. Duarte. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Statute of the International Court of Justice**. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/statute>. Acesso em: 27 abr. 2017.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Tradução de José Luis Bolzan de Morais e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais: desafios do poder judiciário. **Seqüência**, Florianópolis, v. 29, n. 59, p.43-60, 2009.

MARÍN, Roselia Bustillo. **El control de convencionalidad:** la idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral. 2013. Disponível em: <http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/el_control_ de_convencio-nalidad_PJF_1.pdf>. Acesso em: 16 maio 2016.

MATIAS, Eduardo Felipe P. **A humanidade e suas fronteiras:** do Estado soberano à sociedade global. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

MATTOS, Adherbal Meira. **Direito internacional público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MORE, Rodrigo Fernandes. **Fontes do direito internacional**. 2002. Disponível em: <http://www.more.com.br/artigos/fontes%20do%20direito%20internacional.pdf.> Acesso em: 1 maio 2018.

OEA. Comisión Internacional de Derechos Humanos (CIDH). Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/>. Acesso em: 21 ago. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF**. 2008. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16470-16471-1-PB.pdf>. Acesso em: 12 maio 2016.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves Costa. **Direito Internacional e Privado**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). RE-509.300-MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, 13 mar. 2016

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Súmula 619 (revogada)**: a prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1523>. Acesso em: 4 maio 2017.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Reavaliação das fontes do direito internacional ao início da década de oitenta. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 18, n. 69, p. 91-134, jan./mar., 1981.

Correspondência | *Correspondence:*

Luciano Athayde Chaves
Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas,
Av. Sen. Salgado Filho, 3000, Lagoa Nova, CEP 59.078-970. Natal, RN, Brasil.
Fone: (84) 3215–3542.
Email: lucianoathaydechaves@gmail.com

Recebido: 05/11/2017.
Aprovado: 26/02/2018.

Nota referencial:

CHAVES, Luciano Athayde. As decisões das cortes internacionais como fonte do direito internacional: a contribuição da Corte Interamericana de Direitos Humanos na construção da regra-garantia do controle de convencionalidade. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 20, n. 2, p. 201-225, maio/ago. 2018. Quadrimestral.