

A ARBITRARIEDADE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

THE ARBITRARINESS OF THE CONVENCIONALITY CONTROL

LA ARBITRARIEDAD DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Jennifer Ryane Garcia Barrios¹, Máira de Paula Barreto Miranda²

DOI: 10.54899/dcs.v22i81.3065

Recibido: 08/07/2025 | Aceptado: 05/08/2025 | Publicación en línea: 14/08/2025.

RESUMO

O presente estudo busca demonstrar a abusividade do controle de convencionalidade defendido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para tanto, foram empregadas as tipologias exploratória, em razão do baixo índice de investigações pautadas por este objetivo, e descritiva, com a análise de precedentes que permitem compreender o surgimento e evolução da referida modalidade de controle no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. A abordagem qualiquantitativa adotada na pesquisa viabiliza o entendimento teórico-prático dos desdobramentos resultantes do posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Foram utilizados os métodos bibliográfico, voltado ao estudo teórico do objeto da presente pesquisa, e documental, destinado a analisar os efeitos práticos do controle de convencionalidade. Nota-se que a própria base normativa de existência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos não comporta a existência desta modalidade de controle, dado o zelo pela autonomia, soberania e independência dos Estados-partes da Organização dos Estados Americanos. Concluiu-se pela fragilidade e arbitrariedade do controle de convencionalidade, especialmente quando considerados a ausência de previsão convencional que respalde a referida doutrina, o desrespeito à consensualidade e à soberania dos Estados-partes, e seus impactos negativos na proteção efetiva dos direitos humanos perante as diferentes realidades dos Estados da América Latina.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Carta da Organização dos Estados Americanos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

ABSTRACT

The present study seeks to demonstrate the abusiveness of the conventionality control advocated by the Inter-American Court of Human Rights. To this end, exploratory and descriptive typologies were employed—exploratory due to the low number of investigations focused on this objective, and descriptive through the analysis of precedents that allow for an understanding of the emergence and evolution of this type of control within the Inter-American Human Rights Protection System. The qualitative-quantitative approach adopted in the research enables a

¹ Bacharel em Direito, Universidade Cesumar (UNICESUMAR), Maringá, Paraná, Brasil.
E-mail: jenniferryanebarrios@outlook.com Orcid: <https://orcid.org/0009-0002-1259-6545>

² Doutora em Direitos Humanos, Universidad de Salamanca (USAL), Salamanca, Espanha.
E-mail: maira.barreto@unicesumar.edu.br Orcid: <https://orcid.org/0009-0001-4740-1405>

theoretical and practical understanding of the consequences resulting from the stance taken by the Inter-American Court of Human Rights. The methods used were bibliographic, aimed at the theoretical study of the research object, and documentary, intended to analyze the practical effects of conventionality control. It is noted that the very normative foundation of the Inter-American Human Rights System does not support the existence of this type of control, given the importance of safeguarding the autonomy, sovereignty, and independence of the member states of the Organization of American States. The study concludes that conventionality control is fragile and arbitrary, especially when considering the lack of conventional provisions supporting such doctrine, the disregard for consensuality and the sovereignty of member states, and its negative impacts on the effective protection of human rights across the diverse realities of Latin American countries.

Keywords: Judicial Activism. Organization of American States Letter. American Convention on Human Rights. Principle of Subsidiarity.

RESUMEN

El presente estudio busca demostrar el carácter abusivo del control de convencionalidad defendido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para ello, se emplearon las tipologías exploratoria, debido al bajo índice de investigaciones guiadas por este objetivo, y descriptiva, con el análisis de precedentes que permiten comprender el surgimiento y la evolución de dicha modalidad de control en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. El enfoque cualicuantitativo adoptado en la investigación posibilita la comprensión teórico-práctica de los desdoblamientos resultantes de la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se utilizaron los métodos bibliográfico, enfocado en el estudio teórico del objeto de la presente investigación, y documental, destinado a analizar los efectos prácticos del control de convencionalidad. Se observa que la propia base normativa de existencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos no admite la existencia de esta modalidad de control, dado el cuidado por la autonomía, la soberanía y la independencia de los Estados parte de la Organización de los Estados Americanos. Se concluyó que el control de convencionalidad presenta fragilidad y arbitrariedad, especialmente cuando se consideran la ausencia de previsión convencional que respalde dicha doctrina, el irrespeto a la consensualidad y a la soberanía de los Estados parte, y sus impactos negativos en la protección efectiva de los derechos humanos ante las diferentes realidades de los Estados de América Latina.

Palabras clave: Activismo Judicial. Carta de la Organización de los Estados Americanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución- NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

INTRODUÇÃO

É visível que o ativismo judicial vem consolidando-se no âmbito judicial do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. A sentença proferida pela Corte IDH no caso *Olmedo Bustos e outros vs. Chile*, ao avançar no ordenamento jurídico interno, determinando a alteração da Constituição chilena como parte da condenação, é um sinal alarmante sobre as proporções que a atuação evolutiva dos juízes da Corte IDH ganha gradativamente.

Além de desrespeitar as regras de interpretação de tratados e convenções internacionais, o controle de convencionalidade compromete a eficácia do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, visto que a prolação de decisões amplas, cujas fundamentações excedem o teor da CADH, geram alto risco de descumprimento pelos Estados partes, o que afeta diretamente a reputação da Corte IDH, elemento essencial de funcionalidade e efetividade de suas decisões, colocando em xeque a segurança jurídica e até mesmo a proteção dos direitos humanos.

Assim, o presente estudo justifica-se pela necessária demonstração de que as tentativas de avanço, por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no ordenamento jurídico interno dos Estados-partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos acabam por comprometer a eficácia do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

Para tanto, foram empregados os métodos de pesquisa bibliográfico, com a elaboração de revisão bibliográfica, extraída de revistas acadêmicas *on-line*, e complementarmente, de obras doutrinárias, e documental, mediante análise de precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos que defendam a necessidade e obrigatoriedade na realização do controle de convencionalidade.

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

O controle de convencionalidade, idealizado pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é o processo que busca aferir a compatibilidade vertical entre atos e normas jurídicas internas e a CADH, seus protocolos adicionais, e a jurisprudência da Corte IDH, cujos magistrados são responsáveis pela interpretação do Pacto de San José da Costa Rica (Marques, 2021).

Conforme o Prof. Dr. Diego Moreno Rodríguez Alcalá, em entrevista concedida à Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho de la Universidad Católica Nuestra Señora de la

Asunción, ainda que a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos não seja “uniforme”, a pretensão consistiria na inaplicação, por juízes e demais autoridades, de eventuais disposições legais que sejam contrárias à Convenção Americana ou às interpretações a ela conferidas pela Corte, semelhantemente ao controle de constitucionalidade. Ainda, a própria Constituição poderia ser submetida ao controle de convencionalidade, dada a afirmação doutrinária de que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos se sobrepõe às Constituições nacionais.

Acerca disso, Mazzuoli (2011) defende que a obrigação de análise da convencionalidade de normas internas deu-se com a vigência da Convenção Americana, em 18 de julho de 1978, sustentando que somente após mais de duas décadas o termo “controle de convencionalidade” surgiu nas sentenças da Corte IDH, a qual, desde 2006, tem defendido a realização de exame de compatibilidade entre o ordenamento jurídico interno de cada Estado-parte e a CADH, bem como a interpretação a ela conferida.

Tal processo, apesar de guardar alguma semelhança com o controle de constitucionalidade, à medida em que ambos ocupam-se da análise de compatibilidade enquanto critério para a validade de leis, não confunde-se com este. O controle de constitucionalidade, decorrente do caso *Marbury v. Madison*³, é exercido por órgãos jurisdicionais locais (Latorre, 2018), e destina-se a aferir a compatibilidade vertical necessária entre a Constituição, a qual ocupa a mais alta hierarquia no ordenamento jurídico brasileiro, e as leis vigentes, sendo imperativa a subsunção destas àquelas.

Vale destacar que o controle de convencionalidade não utiliza apenas a Convenção Americana como paradigma. No caso *Gómez Palomino vs. Peru*⁴, a Corte IDH recorreu à Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado, aprovada em 10 de junho de 1994, em Belém do Pará, Brasil, a fim de condenar o país a reformar o artigo 320 de seu Código Penal, responsável pela definição do delito de desaparecimento forçado (Mazzuoli, 2011).

Sergio García Ramírez, magistrado da Corte IDH no período de 1998 a 2009, valendo-se do emblemático discurso proferido por Charles Evans Hughes⁵, afirma com convicção que a

³ O caso *Marbury vs. Madison*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América em 1803, consagrou o Estado de Direito mediante aplicação da ampla revisão judicial, em razão da proclamação da superioridade das normas constitucionais sobre o ordenamento jurídico em sua totalidade (Moraes, 2023).

⁴ Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Gómez Palomino vs. Peru*, 22 de novembro de 2005.

⁵ Em 1907, o então *chief justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em discurso proferido perante a Câmara de Comércio, na cidade de Elmira, Nova York, afirmou que “a Constituição significa o que a Suprema Corte diz que ela significa”. A esse respeito, Amaral Júnior (como citado em Vicente&Dezan, 2023, p. 9) afirma que tal declaração é incoerente, visto que, em se tratando de uma democracia, em que todo o poder emana do povo, “a

CADH é o que a Corte IDH diz ser (Dulitzky, 2015). Para o magistrado, este modo de interpretação jurisprudencial representa um meio adequado de legitimar um método de atualização vinculante do texto convencionado, afirmando que “ciertamente no es un ejercicio caprichoso de puro arbitrio, sino un trabajo reflexivo y cuidadoso, como lo acredita la jurisprudencia elaborada en un cuarto de siglo” (S. Ramírez, 2005).

Sobre o assunto, Malarino (2012) expõe que tal forma de perceber o direito e a função dos magistrados permeia a jurisprudência da Corte IDH, ainda que tal fato não seja abertamente reconhecido pelos juízes, e prossegue, esclarecendo que o exercício interpretativo realizado pelos magistrados acabou por transformar a CADH em um texto distinto daquele convencionado pelos Estados participantes da Conferência de San José, seja no tocante aos direitos individuais, seja em relação à jurisdição e às funções da Corte IDH.

Ressalta-se que tal acontecimento torna-se um problema a ser abordado, pois, ao se tratar de Sistemas Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos, o consenso é elemento essencial à construção e ao desempenho de tais organizações (Ferreira *et al.*, 2019). Mesmo que a CADH reúna princípios abstratos, sendo necessário que a interpretação a ser realizada pela Corte IDH, quando do julgamento de casos que discutam a violação dos direitos convencionados no Pacto de San José da Costa Rica, possua um caráter dinâmico, é essencial que tal dinamismo concentre-se na interpretação em conformidade com o momento de sua elaboração, tornando-a legítima, dado que a CADH fundamenta esta interpretação, bem como representa uma limitação à atuação dos juízes.

Todavia, o reconhecimento da CADH enquanto um instrumento vivo que demandaria uma interpretação evolutiva não a torna autêntica, especialmente quando seu texto é distorcido em prol de modificações aparentemente necessárias para adequá-la às necessidades e realidades atuais, uma vez que as fundamentações de suas decisões são provenientes de fontes diversas do texto convencionado (Malarino, 2012).

BREVE HISTÓRICO SOBRE O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Apesar de seu destaque no âmbito interamericano, o controle de convencionalidade não é fruto de um ineditismo por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos. De origem

Constituição é obra do povo ou de seus representantes eleitos, instituindo o exercício do poder pelo povo, inclusive no que se refere ao seu significado”.

francesa, referido instrumento remonta ao início da década de 1970, ocasião em que o Conselho Constitucional francês, ao prolatar a Decisão n. 74-57 DC, de 15 de janeiro de 1975, em observância ao artigo 55 da Constituição Francesa, concluiu pela sua incompetência para a análise de convencionalidade preventiva entre a lei de interrupção voluntária da gravidez e a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950 (Mazzuoli, 2011).

No âmbito do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, M. Ramírez (2009) argumenta que o controle de convencionalidade advém especialmente do Parecer Consultivo n. 14/94, de 9 de dezembro de 1994, sobre a Responsabilidade Internacional por Expedição e Aplicação de Leis de Violação da Convenção (arts. 1.º e 2.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), solicitada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, dada a conclusão de que a promulgação de uma lei que contrarie as obrigações assumidas pelo Estado quando da ratificação ou aderência à Convenção representa uma violação desta, a qual, caso acometa direitos e liberdades resguardados, em relação a indivíduos determinados, ocasiona responsabilidade internacional para o Estado.

Contudo, extrai-se da sentença proferida no caso *Barrios Altos vs. Peru*⁶ que as leis de autoanistia carecem de efeitos jurídicos em virtude de sua incompatibilidade com a CADH e, por essa razão, “não podem representar um obstáculo para a investigação dos fatos deste caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto em outros casos ocorridos no Peru relativos à violação dos direitos consagrados na Convenção Americana” (p. 16).

Já a primeira menção à expressão “controle de convencionalidade” encontrada na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos ocorreu no julgamento do caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*⁷. Em seu voto, o juiz Sergio Garcia Ramírez assevera que o modelo unitário impede a divisão da máquina estatal perante a esfera internacional, implicando na responsabilização da Guatemala em sua totalidade, sem a possibilidade de que alguns de seus órgãos sejam subtraídos do regime convencional de responsabilidade e excluam suas ações do “controle de convencionalidade” inerente à jurisdição da Corte (Corte IDH, 2003).

Porém, Sagüés (2010) considera que o caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*⁸ é responsável por dar início à doutrina do controle de convencionalidade na América. Quando de seu julgamento, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, embora tenha reconhecido a

⁶ Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Barrios Altos vs. Peru*, 14 de março de 2001.

⁷ Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, 23 de novembro de 2003.

⁸ Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, 26 de setembro de 2006.

submissão de juízes e tribunais internos aos seus respectivos ordenamentos jurídicos, asseverou que a ratificação de um tratado internacional, tal como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, submete não somente o Estado ao cumprimento de suas disposições, mas todo o aparato estatal, o que implicaria na carência de efeitos jurídicos de leis que contrariem as previsões convencionais e na imperatividade do exercício do controle de convencionalidade.

Ainda, quando do julgamento do caso *Trabalhadores Demitidos do Congresso vs. Peru*⁹, a Corte Interamericana considerou que a ratificação de um tratado internacional pelo Estado submeteria também os juízes aos seus efeitos, os quais são obrigados a velar pelo efeito útil da Convenção Americana, devendo exercer não apenas o controle de constitucionalidade, mas também o de convencionalidade, de ofício, entre as normas internas e as disposições convencionais, na esfera de sua competência e conforme os regulamentos processuais vigentes.

Acerca disso, o juiz Sergio García Ramírez defende, em seu voto fundamentado, a existência de um controle de convencionalidade situado em tribunais supranacionais regionais criados por instrumentos internacionais, os quais depositam a estes órgãos a função de interpretar e aplicar tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos, bem como decidir acerca de acontecimentos que aparentemente violem as obrigações fixadas nestes instrumentos, responsáveis por ocasionar a responsabilidade internacional dos Estados que as tenham ratificado ou a elas aderido.

Já no julgamento do caso *Boyce e outros vs. Barbados*¹⁰, observa-se que a Corte IDH enuncia a obrigatoriedade de se realizar não somente o exame de constitucionalidade, mas também o de convencionalidade, não devendo a Corte de Justiça do Caribe, instância jurisdicional máxima dentro da região do Caribe, limitar-se à análise puramente constitucional dos assuntos a ela apresentados, mas ater-se também às obrigações internacionais contraídas por Barbados quando da subscrição do Pacto de San José da Costa Rica.

Posteriormente, quando do julgamento do caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*¹¹, verifica-se um suposto dever imposto aos juízes, pelos magistrados da Corte IDH, de utilizar-se do controle de convencionalidade, com a finalidade de preservar o efeito útil tanto da CADH quanto de outras convenções, o que dependeria da adequação do direito interno às exigências contidas nos instrumentos internacionais:

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Trabajadores Demitidos del Congreso vs. Perú*, 24 de noviembre de 2006.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Boyce y otros vs. Barbados*, 20 de noviembre de 2007.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, 12 de agosto de 2008.

Por sua vez, ao julgar o caso *Cabrera García e Montiel Flores vs. México*¹², a Corte IDH reafirma ser imperativa a realização do controle de convencionalidade pelos juízes, pouco importando as características próprias de suas atribuições, ou as suas respectivas hierarquias. Tal precedente é o responsável por estender aos órgãos jurisdicionais de hierarquia máxima o dever de realizar o controle de convencionalidade de suas próprias normas internas.

Similarmente, extrai-se da sentença proferida no caso *Gelman vs. Uruguai*¹³ a extensão do controle de convencionalidade, antes atribuído somente ao Poder Judiciários, a todos os órgãos públicos internos do Uruguai, os quais devem exercê-lo de ofício no desempenho de suas atribuições, considerando não somente a CADH, mas também a interpretação realizada pela Corte IDH.

É possível verificar mais um avanço da jurisprudência da Corte IDH em relação ao controle de convencionalidade no Parecer Consultivo 21/14, de 19 de agosto de 2014, solicitado pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai a respeito dos Direitos e Garantias de Meninas e Meninos no Contexto da Migração e/ou em Necessidade de Proteção Internacional. Mediante ele, a Corte IDH determina a realização do controle de convencionalidade tendo como paradigma não somente a CADH, demais convenções e a sua jurisprudência, mas também com base naquilo que é mencionado no exercício de sua competência consultiva.

A partir da evolução jurisprudencial da Corte IDH, Latorre (2018) elucida importantes características acerca do controle de convencionalidade, quais sejam, seu exercício, de ofício, por toda autoridade pública, em sua respectiva esfera de competência. Para tanto, as normas de direito interno devem ser adequadas aos deveres impostos pela Corte IDH, tanto em decisões provenientes da competência contenciosa quanto consultiva, sendo o referido dever um resultado das obrigações internacionais do país.

Assim, percebe-se que, mesmo a Corte IDH tendo iniciado suas atividades apenas na década de 1980, o que pode ser considerado tardio quando comparada com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, cujo funcionamento iniciou-se na década de 1960, sua jurisprudência não custou a se tornar inovadora e ativista, ultrapassando os limites normativos contidos na CADH. Os métodos e instrumentos utilizados em prol de uma suposta abordagem universalista dos direitos humanos mostram-se problemáticos, à medida em que a obtenção de resultados diversos dos pretendidos torna-se possível (Ferreira *et al.*, 2019).

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cabrera García e Montiel Flores vs. México*, 26 de novembro de 2010.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Gelman vs. Uruguai*, 24 de fevereiro de 2011.

A COMPLEMENTARIEDADE E SUBSIDIARIEDADE DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Dentre os meios de proteção advindos da CADH, está a criação de dois órgãos competentes, cuja finalidade reside no conhecimento de assuntos relacionados ao cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-partes do Pacto de San José da Costa Rica. Nos moldes do art. 33 da CADH, são eles: a Comissão IDH e a Corte IDH. A Comissão IDH, representante de todos os membros da OEA, possui como principal ocupação a promoção e a defesa dos direitos humanos, o que permite que qualquer pessoa, grupo de pessoas, ou entidade não governamental apresente à Comissão IDH petições de denúncia ou queixa de violação do conteúdo da CADH por um Estado-parte (OEA, 1969).

Por sua vez, a Corte IDH possui competência para o conhecimento de casos a ela submetidos referentes à interpretação e aplicação das disposições convencionadas, contanto que os Estados-partes reconheçam sua competência, mediante declaração ou convenção especial, nos moldes do art. 63.3 da CADH. Tal disposição decorre da necessidade de permitir ao Estado “a oportunidade de reparar um suposto dano no âmbito de seu próprio ordenamento jurídico interno, antes que se possa invocar sua responsabilidade internacional” (Piovesan, 2023), pois, nas palavras de Cançado Trindade (1998), a existência de recursos internos comprova a relação existente entre o direito internacional e o direito interno para a salvaguarda internacional dos direitos humanos, permitindo também a reparação dos danos ocasionados, característica que o distingue de um mero processo mecânico de esgotamento¹⁴.

A corroborar o exposto, no que se refere ao impacto legal dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se que o direito reconhecido pelo texto convencional poderá “integrar, complementar e ampliar o universo de direitos constitucionalmente previstos” (Piovesan, 2023).

No mesmo sentido, a própria Corte IDH exprime seu entendimento acerca do disposto no art. 2.º da CADH¹⁵, estabelecendo que, apesar do dispositivo determinar que os Estados-partes adotem as medidas necessárias à efetivação dos direitos e liberdades reconhecidos pelo Pacto de

¹⁴ Nos termos do artigo 46 da CADH, a interposição e o esgotamento dos recursos da jurisdição configuram um dos requisitos de admissibilidade de petição ou comunicação de violação aos direitos humanos previstos pelo texto convencional, sendo dispensada sua demonstração apenas quando demonstrada a inexistência de devido processo legal destinado à proteção do(s) direito(s) alegadamente violados, o impedimento ao acesso ou esgotamento dos recursos de jurisdição interna, ou a demora injustificada na decisão a respeito destes recursos.

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Parecer Consultivo OC-7/86, de 29 de agosto de 1986.

San José da Costa Rica, a essência destes direitos não depende da existência de normas correspondentes nos respectivos ordenamentos jurídicos internos. No entanto, esses Estados têm a obrigação de tomar medidas legislativas ou de outra natureza, se necessário, para efetivar esses direitos e liberdades, pois o dever de adotar disposições no âmbito interno não substitui, e sim complementa o obrigatório respeito pelos direitos reconhecidos pela CADH.

À vista disso, vale mencionar que a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (OEA, 1948)¹⁶ dispõe, em seu quarto *considerando*, que a consagração dos direitos essenciais do homem na América, em conjunto com as garantias proporcionadas pelos ordenamentos jurídicos internos dos Estados, estabelecem um sistema inicial de proteção que os Estados americanos consideram adequado às condições sociais e legais atuais, sendo reconhecida a necessidade de fortalecê-lo progressivamente no âmbito internacional, à medida que as circunstâncias tornem-se mais favoráveis.

Ainda, merece destaque a previsão preambular da CADH que, em seu terceiro *considerando*, dispõe que os direitos humanos são dotados de universalidade, isto é, não dependem de sua nacionalidade, mas decorrem de sua qualidade de pessoa humana, o que demanda a existência de uma “proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos” (OEA, 1969).

Tal previsão coaduna-se com o disposto no segundo *considerando* da Carta da OEA, o qual enuncia que a missão histórica da América de oferecer ao homem uma terra de liberdade, favorável ao desenvolvimento de sua personalidade, realiza-se mediante o respeito pela soberania de cada um dos Estados-partes, bem como o progresso de todos na independência, na igualdade e no direito. E, quando interpretada conjuntamente com o conteúdo do art. 19 da Carta da OEA, responsável por consagrar o princípio da não intervenção, as referidas disposições evidenciam o compromisso com a autonomia dos Estados integrantes da OEA.

Mesmo que a Corte IDH, em sua jurisprudência, defenda a necessidade de controlar a convencionalidade das leis e atos normativos internos dos Estados-partes da CADH, o próprio Pacto de San José da Costa Rica elenca um rol de requisitos a serem observados quando da apresentação de petições que denunciem ou apresentem queixas de violações dos direitos convencionados, priorizando que possíveis reparações ou indenizações sejam primeiramente

¹⁶ Conforme elucidado por Piovesan, Fachin e Mazzuoli (2019), a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem é um dos antecedentes da CADH, nos moldes do disposto em seu terceiro *considerando*, sendo digna de ênfase, dado que constitui o referencial normativo de direitos humanos aplicável aos Estados que ainda não aderiram à CADH.

discutidas em âmbito interno, e, somente quando o aparato estatal não for suficiente para a salvaguarda e promoção de tais direitos, ter-se-á a proteção no âmbito interamericano.

FRAGILIDADES DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Prestigiado por grande parte dos doutrinadores¹⁷, o controle de convencionalidade apresenta fragilidades que comprometem diretamente sua legitimidade. Extrai-se da jurisprudência da Corte IDH decisões que, a pretexto de garantirem a universalidade dos direitos humanos, acabam por promover seu universalismo, desconsiderando as peculiaridades dos Estados-partes em prol de uma abordagem padronizada dos direitos humanos.

A esse respeito, Bobbio (1992/2004) destaca que os direitos humanos encontram-se em constante alteração, seja por questões históricas, instrumentais ou técnicas, tornando dificultosa eventual previsão acerca dos direitos humanos que serão futuramente salvaguardados, razão pela qual defende a inexistência de direitos fundamentais por natureza, pois “o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e culturas”¹⁸.

VIOLAÇÃO DAS NORMAS DE INTERPRETAÇÃO PERTINENTES A TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

A intervenção imoderada da Corte IDH no ordenamento jurídico interno dos Estados-partes demonstra sua pouca deferência para com o papel destes na defesa e salvaguarda dos direitos humanos, conduta que contraria a própria essência do art. 46 da CADH, o qual prioriza que a discussão de eventual violação aos direitos convencionados no Pacto de San José da Costa Rica ocorra primeiro em âmbito interno, e, somente quando omissa ou insuficiente, será levada ao conhecimento da Comissão IDH.

Laurentiis e Ferreira (2021) elencam três argumentos construídos doutrinariamente em defesa do controle de convencionalidade, quais sejam: a alegação de que o mencionado instituto jurídico estaria fundamentado no princípio do *pacta sunt servanda* e nas disposições da CVDI; a sustentação de que o controle de convencionalidade derivaria da Decisão n. 74-54 DC, de 15

¹⁷ Para um aprofundamento, vide Cançado Trindade, 2006; Mazzuoli, 2023, p. 358; Piovesan, 2012, pp. 83-84.

¹⁸ *Data venia*, cumpre relembrar a importância do *jus cogens*, consistente em um núcleo imutável, que transcende as culturas e os tempos, e responsável por evitar a abertura ao relativismo exacerbado.

de janeiro de 1975, prolatada pelo Conselho Constitucional Francês; e a afirmação que a referida modalidade de controle derivaria do disposto pelos arts. 1.º e 2.º da CADH.

O primeiro deles mostra-se falho, dado que o princípio internacional do *pacta sunt servanda*, aliado ao art. 27 da CVDT, traduzem um preceito essencial de Direito Internacional Público, voltado à obrigatoriedade de cumprimento, pelos Estados-partes, das disposições convencionadas em instrumentos internacionais, sendo vedada a invocação de normas internas para justificar eventuais transgressões. Nesse sentido, o dispositivo estabelece o dever de cumprimento das obrigações assumidas, não possuindo consequências capazes de atingir a validade do ordenamento jurídico interno, mas somente sujeitando o descumprimento do Estado-parte à responsabilização internacional (Ferreira *et al.*, 2019).

Do mesmo modo, Dulitzky (2015) enuncia que o mencionado cotejo de normas se ocupa da responsabilidade internacional do Estado, e não da maneira que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos são incorporados pelos países aos seus respectivos ordenamentos jurídicos, ou da hierarquia que estes instrumentos ocupam no direito interno. Contudo, isso não denota que a CADH tenha aplicabilidade direta e prioridade sobre o direito interno ou a Constituição do Estado¹⁹.

A análise do segundo argumento defendido doutrinariamente demanda uma breve consideração acerca da dinâmica adotada pelo direito francês. O art. 55 da Constituição francesa de 1958 outorgou aos tratados e acordos internacionais nível supralegal, previsão esta dotada de caráter relativo, pois encontra-se condicionada ao cumprimento das disposições convencionadas pelas demais partes. Por sua vez, os arts. 61 e 62 da Constituição francesa preveem que as leis devem ser submetidas ao Conselho Constitucional, para análise de sua conformidade com a Constituição, e, caso sejam declaradas inconstitucionais, estarão impedidas, em caráter absoluto e definitivo, de serem promulgadas ou executadas, sem a possibilidade de recurso.

Nesse contexto, a Corte Constitucional, ao analisar a compatibilidade entre lei francesa que dizia respeito à interrupção voluntária da gravidez e o direito à vida consagrado no art. 2.º da Convenção Europeia de Direitos do Homem²⁰, asseverou a impossibilidade de se manifestar sobre a existência ou não de tal simetria, dado que a Constituição francesa autorizava tão somente sua manifestação, em caráter definitivo e irrecorrível, sobre a compatibilidade entre a Constituição e leis orgânicas, não prevendo competência para análise com fundamento em

¹⁹ Nesse diapasão: Corte Interamericana de Direitos Humanos, Liakat Ali Alibux vs. Suriname, de 20 de janeiro de 2014, p. 40.

²⁰ Conselho Constitucional francês, Decisão n.º 74/54 DC, de 15 de janeiro de 1975.

instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos (Chaves&Sousa, 2016).

A esse respeito, Laurentiis e Ferreira (2021) esclarecem que a utilização da noção francesa de convencionalidade no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos não encontra fundamentos razoáveis, pois tal concepção “foi talhada para ser aplicada em um sistema de controle preventivo”, o que diverge do controle de convencionalidade repressivo exercido pela Corte IDH.

Por sua vez, o terceiro argumento defendido pela doutrina é igualmente deficitário. A afirmação de que o controle de convencionalidade encontraria guarida nos arts. 1.º e 2.º da CADH é incongruente, visto que o comprometimento com o respeito aos direitos e liberdades previstos não somente no Pacto de San José da Costa Rica, mas em diversos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos²¹, é condição necessária ao cumprimento do que foi acordado entre os Estados-partes.

Ainda que o art. 63 da CADH disponha que a Corte IDH, ao concluir que um direito ou liberdade resguardada pelo Pacto de San José da Costa Rica foi violado pelo Estado, ordenará que se reestabeleça o gozo do direito ou liberdade prejudicados, podendo exigir também a reparação das consequências decorrentes do contexto fático-jurídico responsável pela violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização adequada ao caso concreto, isto não se traduz como uma permissão à anulação de leis e atos normativos internos, até porque tal possibilidade tornaria desnecessária a atuação de um órgão jurisdicional internacional na proteção dos direitos convencioneados pelos Estados-partes (Laurentiis&Ferreira, 2021).

A corroborar o exposto, o Parecer Consultivo OC-07/86, já citado anteriormente, elucida que o art. 2.º da CADH, ao prever que os Estados-partes se comprometem a empregar as medidas necessárias para assegurar a efetivação de tais direitos e liberdade, traduzindo uma obrigação adicional, complementar à prevista no art. 1.º do Pacto de San José da Costa Rica. Tal complementariedade estende-se também às previsões já existentes no ordenamento jurídico interno dos respectivos Estados-membros, tendo em vista a disposição de que a proteção internacional oferecida pela CADH possui “natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos” (OEA, 1969).

Por fim, a sustentação de que o controle de convencionalidade encontraria fundamento na busca de maior proteção aos direitos humanos e fundamentais é tida por Laurentiis e Ferreira

²¹ A título de exemplo, vide art. 1.º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (OEA, 1985), art. 7.º da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (OEA, 1994) e art. 2.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966).

(2021) como problemática e obscura, dado que não conhecidas as implicações práticas referentes à satisfação de direitos humanos ou fundamentais com a concepção de um novo instrumento de controle, bem como o fato de que “a existência de instrumentos jurisdicionais de controle não garante que o resultado do julgamento será necessariamente a favor da proteção do direito humano ou fundamental”.

Semelhantemente, Martins e Moreira (2011, p. 482) tecem dura crítica a tal argumento, pois a escolha do parâmetro a ser aplicado, seja ele constitucional, legal ou convencional, tendo como critério a avaliação de resultados, ainda que mais favorável ao seu titular, acaba por corromper a ordem constitucional vigente, especialmente quando sua seleção é orientada pela pretensão conveniente ao operador do direito.

Do mesmo modo, a auto intitulação da Corte IDH enquanto última intérprete da CADH restringe a existência de interpretações legítimas acerca do significado e da abrangência das normas de direitos humanos, pois, “ao defender um único sentido político como modelo correto para questões socialmente complexas, seja no nível nacional ou internacional, excluem a possibilidade de dissidência legítima e criam o terreno para o surgimento de formas violentas de antagonismos” (Ferreira *et al.*, 2019).

Independentemente dos fundamentos utilizados pelos magistrados da Corte IDH na tentativa de legitimar o controle de convencionalidade, observa-se que todos eles encontram-se em dissonância com o disposto no art. 29 da CADH, o qual prevê as normas de interpretação aplicáveis ao Pacto de San José da Costa Rica, especialmente quando tais argumentos são empregados de modo a mitigar a proteção já existente aos direitos e liberdades em leis dos Estados-partes, o que corrobora a complementariedade da atuação do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

A TRADIÇÃO DA CIVIL LAW E AS DIFICULDADES ENFRENTADAS PELOS JUÍZES BRASILEIROS NA REALIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

A pretensão, por parte da Corte IDH, de que sua jurisprudência desenvolvida tanto em caráter contencioso quanto consultivo seja de observância obrigatória pelos Estados-partes, acaba por colocar os juízes brasileiros em uma posição delicada. O Brasil, país adotante da tradição romanística, popularmente conhecida por *civil law*, prioriza o predomínio das leis, atribuindo valor secundário às demais fontes do direito (Reale, 2002).

Por conseguinte, ainda que os juízes brasileiros detenham certa margem de apreciação jurídica, de modo a determinar, com base no ordenamento jurídico brasileiro, qual a melhor solução em cada caso submetido à análise do Poder Judiciário, sua atividade deve ocorrer de modo a evitar a configuração do ativismo judicial, caracterizado quando a atuação jurisdicional ocorre “para além do que seria juridicamente consistente extrair da regra ou princípio que serve de paradigma de controle”, usurpando a função típica de outros órgãos, sobretudo daqueles dotados de caráter politicamente representativo (Uliano, 2021).

Em entrevista concedida à Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, o Prof. Dr. Diego Moreno Rodríguez Alcala explica que defender a obrigatoriedade de realização do controle de convencionalidade implica na observância, por juízes nacionais, da jurisprudência da Corte IDH, o que torna-se especialmente dificultoso, pois os países da América Latina encontram-se permeados pela tradição civilista, sujeitos ao cumprimento das respectivas Constituições e das leis, sendo que exigir destes juízes o controle de convencionalidade das leis representaria uma tentativa de conversão dos magistrados ao sistema de direito consuetudinário.

Isso, nas palavras do entrevistado, colocaria os juízes nacionais em uma situação delicada, pois não seria possível determinar se estariam vinculados à Constituição e às leis ou à jurisprudência da Corte IDH. Ainda, tal situação complicaria o exercício da atividade jurisdicional, dado que os juízes nacionais não possuem formação voltada à tradição do direito consuetudinário, o que dificulta a própria aplicação de técnicas próprias deste sistema, as quais demandam anos de prática para sua correta execução.

Nesse sentido, Laurentiis e Ferreira (2021) apresentam um importante questionamento: “se juízes estão sujeitos à lei e também à convenção, o que leva à conclusão de que se deve afastar a aplicação daquelas normas e não destas?” A ausência de uma resposta a esta pergunta demonstraria as lacunas e contradições da doutrina imposta, sendo imperativo destacar que a responsabilização dos Estados-partes violadores das normas convencionadas perante os respectivos organismos internacionais não representa uma possibilidade de controle normativo.

E, mesmo sendo o direito interno mero fato perante tribunais internacionais, isso não os tornaria válidos ou inválidos, ao contrário das normas; assim, inexistindo juízo de invalidade das normas internas, dada sua condição de mero fato perante a comunidade internacional, inexistiria possibilidade de controlar a compatibilidade entre tratados e convenções internacionais e as leis e atos normativos internos, em razão da inexistência de sua essência normativa

(Laurentiis&Ferreira, 2021).

DECISÕES ATIVISTAS DA CORTE IDH QUE CONTRARIAM NORMAS INTERNAS DOS PAÍSES SIGNATÁRIOS

O ativismo judicial, visivelmente estabelecido no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, vem motivando a inserção, em decisões judiciais, de elementos de inovação, os quais ampliam a interpretação e o alcance das disposições da CADH e de outros instrumentos convencionais (A. Silva&Echeverria, 2015). Dentre os julgados da Corte IDH, dois deles requerem especial destaque, em razão de demonstrarem claramente os efeitos concretos decorrentes da posição ativista do referido órgão jurisdicional.

O caso Olmedo Bustos e outros vs. Chile, popularmente conhecido como “A Última Tentação de Cristo”, foi apresentado pela Comissão IDH à Corte IDH em 15 de janeiro de 1999, em razão de alegada violação, por parte do Chile, dos direitos previstos nos artigos 12 e 13, e, de maneira reflexa, dos artigos 1.1 e 2.º, da CADH. À época, o então art. 19, inciso 12, da Constituição chilena de 1980 implementou um sistema de censura voltado à exibição de produções cinematográficas. Em razão disso, o filme “A Última Tentação de Cristo”, de 1988, foi inicialmente censurado pelo Conselho de Qualificação Cinematográfica, integrante do Ministério da Educação, sendo permitida a sua exibição a maiores de 18 anos apenas em 1996.

Contrariados pela decisão do Conselho, fiéis, em nome próprio e de Jesus Cristo, apresentaram recurso de proteção perante a Corte de Apelações de Santiago. O recurso foi acolhido, de modo que a decisão administrativa do Conselho teve seus efeitos esvaziados. O caso avançou para a Corte Suprema do Chile, que manteve a decisão do Tribunal, manifestando-se pela prevalência do direito à honra dos cristãos em detrimento do direito à liberdade de expressão.

A análise realizada pela Corte IDH considerou, nos termos do parágrafo 67, que “ambas as dimensões possuem igual importância e devem ser garantidas de forma simultânea para dar efetividade total ao direito à liberdade de pensamento e de expressão nos termos previstos no artigo 13 da Convenção” (Corte IDH, 2001), destacando que hipóteses de censura que não se voltem à proteção moral da infância e da adolescência são vedadas pela CADH.

Nesse sentido, o reconhecimento da violação ao direito de liberdade de expressão comporta reparação, o que foi devidamente imposto ao Estado chileno. Todavia, a determinação

de que o Chile modificasse sua Constituição²², pois nela se encontrava a regra acerca da censura prévia, é indevida e digna de preocupação. Mesmo que o ordenamento chileno, semelhantemente ao disposto no art. 5.º, § 2.º da CRFB/88, preveja que os direitos essenciais do homem são garantidos não somente pela Constituição, mas também pelos tratados internacionais vigentes²³, não subsiste motivo algum para que a Corte IDH interfira na Constituição chilena.

A esse respeito, Malarino (2012) demonstra a subestimação, por parte da Corte IDH, da importância dos princípios democráticos para certa sociedade, sustentando a falta de legitimidade para que o mencionado órgão jurisdicional se manifeste sobre questões relevantes, visto que suas manifestações carecem de legitimidade democrática, tida somente pelo Parlamento. Destaca-se também que, à época da análise do caso, tramitava no Congresso Nacional chileno projeto de reforma constitucional destinado a suprimir a censura prévia, mediante alteração do art. 19, inciso 12 da Constituição chilena, fator que demonstra os efeitos decorrentes da atuação ativista da Corte IDH, reforçando sua ilegitimidade para o trato de questões desta natureza.

Ferreira, Cabral e Laurentiis (2019) doutrinam que tal caso representa um avanço jurisprudencial relevante na postura ativista da Corte IDH, tendo em vista a sujeição de normas constitucionais originárias e restrição à liberdade do próprio estado chileno em atuar na esfera dos direitos humanos, restando-lhe apenas a conformidade integral ao sentido e extensão conferidos pelo referido órgão.

Por sua vez, o caso *Artavia Murillo e outros*, apresentado pela Comissão IDH à Corte IDH em 29 de julho de 2011, sustentava a ocorrência de supostas violações a direitos humanos em decorrência da proibição, pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica, da realização de fecundação *in vitro*, em virtude do disposto no art. 21 da Constituição Política da República da Costa Rica, responsável por assegurar o direito à vida. A justificativa consistia na alegação de que a proibição representaria uma “ingerência arbitrária nos direitos à vida privada e familiar e a formar uma família”, dada a “violação do direito à igualdade das vítimas, já que o Estado lhes impediu o acesso a um tratamento que lhes teria permitido superar sua situação de desvantagem em relação à possibilidade de ter filhas ou filhos biológicos” (Corte IDH, 2011).

Apesar da previsão de que o direito à vida estende-se a todos, sendo imperativa a sua

²² Conforme consta do parágrafo 97 da sentença em apreço, “a respeito do artigo 13 da Convenção, a Corte considera que o Estado deve modificar seu ordenamento jurídico com o fim de suprimir a censura prévia, para permitir a exibição cinematográfica e a publicidade do filme ‘A Última Tentação de Cristo’, já que está obrigado a respeitar o direito à liberdade de expressão e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa sujeita à sua jurisdição” (Corte IDH, 2001).

²³ Vide Constitución Política de la República de Chile, Art. 5.º.

proteção por lei, devendo ser respeitado desde a concepção, e do reconhecimento, pelos magistrados da Corte IDH, de que inexistia consenso da comunidade internacional acerca do início da vida humana, verifica-se, nos termos do parágrafo 189 da sentença em análise, que “o Tribunal entende o termo ‘concepção’ desde o momento em que ocorre a implantação, razão pela qual considera que antes deste evento não procede aplicar o artigo 4 da Convenção Americana [...]” (Corte IDH, 2011). Em razão disso, restou estabelecido o direito à realização da fecundação *in vitro*, sendo alterado arbitrariamente o entendimento acerca do art. 4.º da CADH²⁴.

Sobre tal posicionamento, A. Silva e Echeverria (2015) observam que, estando a Corte IDH vinculada ao texto da CADH, foge de sua competência a alteração do significado literal das palavras previstas pelo Pacto de San José da Costa Rica, pois “não se trata somente de fazer uma interpretação evolutiva dos termos da convenção, mas sim de afastá-la peremptoriamente, optando por emitir decisão desvinculada do texto aprovado pelos Estados membros”.

A pretexto de uma interpretação sistemática e histórica, percebe-se que a Corte IDH se vale da análise de critérios pertencentes aos Sistemas Europeu e Africano de Proteção aos Direitos Humanos, o que evidencia a inobservância do art. 31.2 da CVDT, o qual dispõe que o contexto necessário à interpretação de um tratado compreenderá acordos relativos ao tratado, desde que realizados pelas partes envolvidas na conclusão do tratado, e quaisquer instrumentos acordados por uma ou várias partes e aceito pelas demais enquanto instrumento relacionado ao tratado²⁵ (Morán, 2020).

Desse modo, é visível que o avanço da Corte IDH no ordenamento jurídico interno dos Estados que compõem a OEA torna-se ilegítimo, pois ainda que os países latino-americanos possuam semelhanças em seus aspectos políticos, econômicos e culturais, é certo que cada um deles possuem sua própria história, seu grau de desenvolvimento e suas particularidades, o que os tornam dissidentes e, por conseguinte, merecedores de uma abordagem internacional que pondere tais peculiaridades e respeite a proteção já conferida aos direitos humanos pelos

²⁴ Nos moldes do parágrafo 222 da referida sentença: “A expressão ‘toda pessoa’ é utilizada em vários artigos da Convenção Americana e da Declaração Americana. Ao analisar todos estes artigos não é factível argumentar que um embrião seja titular e exerça os direitos consagrados em cada um destes artigos. Além disso, tendo em consideração o já argumentado no sentido que a concepção somente ocorre dentro do corpo da mulher (pars. 186 e 187 supra), pode-se concluir em relação ao artigo 4.1 da Convenção que o objeto direto de proteção é, fundamentalmente, a mulher grávida, [...]. Portanto, a Corte conclui que a interpretação histórica e sistemática dos antecedentes existentes no Sistema Interamericano confirma que não é procedente conceder o status de pessoa ao embrião” (Corte IDH, 2011).

²⁵ Novak (como citado em Morán, 2020, p. 67) esclarece que o pluralismo de métodos e regras de interpretação inerentes aos instrumentos internacionais, mesmo estabelecendo uma primazia pela interpretação textual, não se confunde com a prevalência de um método sobre outro.

respectivos ordenamentos jurídicos internos.

METODOLOGIA DE PESQUISA

A presente pesquisa possui tipologia exploratória, dada sua ocupação com a análise da postura adotada pela Corte IDH quando ao controle de convencionalidade, assunto pouco debatido pela comunidade acadêmica brasileira, e descritiva, em virtude da análise de precedentes da Corte IDH com o propósito de compreender os argumentos e posicionamentos ao longo dos anos. Para tanto, o estudo se utilizou de uma abordagem mista, com o emprego dos métodos qualitativo, dada a análise de origem, justificativa e mudanças gradativas da doutrina em apreço, e quantitativo, para proporcionar base empírica aos argumentos desenvolvidos.

A fim de alcançar o objetivo de pesquisa proposto, o presente estudo foi embasado em metodologia com enfoques bibliográfico, elaborando-se revisão bibliográfica de legislação internacional, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (OEA, 1948), a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA, 1948) e a Convenção Americana de Direitos Humanos, de recortes de legislação alienígena, como a Constituição francesa (1958) e a Constituição Política da República do Chile (1980), artigos acadêmicos e obras doutrinárias, e documental, mediante análise de precedentes da Corte IDH, do Conselho Constitucional francês, da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica e da Corte de Apelações de Santiago, demonstrando empiricamente os desdobramentos resultantes da imposição do controle de convencionalidade.

CONCLUSÃO

A CADH define, em seu artigo 46.1.a, que petições ou comunicações de violações ao que foi acordado pelos Estados partes somente serão aceitas quando comprovado que a vítima esgotou os recursos da jurisdição interna de cada país, sendo dever primário do Estado a prevenção de violação aos direitos salvaguardados pela CADH, ou a reparação dos danos decorrentes de eventuais violações, revelando o caráter subsidiário da jurisdição internacional de direitos humanos, que somente atuará quando comprovada a ineficiência da atuação estatal.

Contudo, observa-se que as ocasionais transgressões à CADH, quando apresentadas à Corte IDH, recebem soluções pautadas em interpretações arrojadas, justificadas pela universalidade dos direitos humanos, conduta que, além de demonstrar pouco respeito para com

o papel primário dos Estados em prevenir e reparar violações, afeta a eficácia do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos em decorrência do pequeno espaço de atuação estatal atribuído aos países-membros.

Ainda que seja necessária uma universalização dos direitos humanos, de modo que um Estado não seja o único responsável pela tutela da pessoa humana, é essencial que a proteção aos direitos humanos conferida pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos respeite a consensualidade, já que, quando de sua criação, os Estados comprometeram-se a atuar conjuntamente em prol da criação de uma terra de liberdade e favorável ao desenvolvimento da personalidade humana, não outorgando permissão à Corte IDH para que substituísse o Poder Legislativo estatal, mas para que exercesse uma jurisdição regional e subsidiária àquela desempenhada pelos Estados-partes.

O controle de convencionalidade, idealizado pela Corte IDH enquanto um instrumento de controle de compatibilidade vertical entre as normas internas e os tratados e convenções internacionais, bem como a interpretação atribuída a eles pelos magistrados da Corte IDH, guarda, em sua essência, um alto grau de arbitrariedade, tendo em vista que os direitos humanos, mesmo sendo regidos pelo princípio da universalidade, são positivados em textos convencionais cuja redação distinta das leis que compõem o ordenamento jurídico interno de cada país integrante da CADH permite que cada um deles discipline a salvaguarda de tais direitos considerando a sua própria realidade social, sem que isso afete sua carga axiológica.

Sustentar que o controle de convencionalidade é necessário e adequado em razão da necessária universalidade dos direitos humanos, sendo as ingerências praticadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos mero reflexo da busca pela proteção integral aos direitos essenciais do homem é um argumento, no mínimo, raso. A evolução dos Sistemas de Proteção aos Direitos Humanos, em especial, o Universal e o Interamericano, demonstram que o protagonismo na defesa dos direitos humanos sempre pertenceu aos Estados, os quais, em decorrência de uma vontade comum, convencionaram a criação de órgãos destinados a fornecer uma proteção complementar e subsidiária a tais direitos.

Isso não se traduz em uma autorização para que um órgão de jurisdição regional, criado a partir de um acordo de vontades de Estados em busca de uma finalidade comum, torne-se a única instância responsável pela análise da adequação das leis e atos normativos internos aos tratados e convenções internacionais. Restando exemplificada a posição ativista da Corte Interamericana de Direitos Humanos mediante exposição de dois casos emblemáticos, são visíveis os efeitos

negativos decorrentes da criação de uma jurisprudência criativa e inovadora, a qual foge dos limites originalmente conferidos pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

- Alcalá, D. M. R. (2016). Una Mirada Escéptica al Control de Convencionalidad. *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción*, 25 (25), p. 1.071-1.078.
- Bobbio, N. (2004). *A Era dos Direitos*. Elsevier. (Trabalho original publicado em 1992).
- Cançado Trindade, A. A. (1998). A Regra do Esgotamento dos Recursos Internos Revisitada: Desenvolvimentos Jurisprudenciais Recentes no Âmbito da Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Em Corte Interamericana de Direitos Humanos (Ed.), *Liber Amicorum: Héctor Fix-Zamudio*. (pp. 15-43), Corte Interamericana de Derechos Humanos & Unión Europea.
- Cançado Trindade, A. A. (2007). O Direito Internacional dos Direitos Humanos frente a Desafios Sucessivos neste Início do Século XXI. Em A. P. C. Medeiros, *Desafios do Direito Internacional Contemporâneo*. (pp. 207-321), Fundação Alexandre de Gusmão.
- Chaves, D. G. & Sousa, M. T. C. (2016). O Controle de Convencionalidade e a Autoanálise do Poder Judiciário Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, 61 (1). pp. 87-113.
- Dulitzky, A. (2015). An Inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of human rights. *Texas International Law Journal*, 50 (1), pp. 45-93.
- Ferreira, F. G., Cabral, G. P. & Laurentiis, L. C. (2019). O exercício da jurisdição interamericana de direitos humanos: legitimidade, problemas e possíveis soluções. *Revista de Direito Internacional*, 16 (2), pp. 243-268.
- Latorre, A. M. El control de convencionalidad: ¿Un acto racional o irracional? *Estudios Constitucionales*, 16 (1), pp. 129-166.
- Laurentiis, L. C. & Ferreira, F. G. (2021). Anti-convencionalidade: erros, incoerências e paradoxos de um instrumento de controle sem controle. *Revista de Investigações Constitucionais*, 8 (1), pp. 237-274.
- Malarino, E. Judicial activism, punitivism and supranationalisation: illiberal and antidemocratic tendencies of the Inter-American Court of Human Rights. *International Criminal Law Review*, 12 (4), pp. 665-695.
- Marques, M. A. (2021). Controle interno de convencionalidade: uma análise crítica sobre os avanços, limites e desafios à aplicação do instituto no Brasil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*.

- Martins, L. & Moreira, T. O. (2011). Constitucionalidade e Convencionalidade de atos do poder público: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 17, pp. 463-483.
- Mazzuoli, V. O. (2011). *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. Revista dos Tribunais.
- Moraes, A. (2023). *Direito Constitucional*. Atlas.
- Morán, J. A. M. (2020). Crítica al control de convencionalidad secundario realizado por la Corte IDH en el caso Artavia Murillo vs. Costa Rica en la interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Revista Saber y Justicia*, 2 (18), pp. 63-83.
- Piovesan, F., Fachin, M. G. & Mazzuoli, V. O. (2019). *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Forense.
- Ramírez, M. F. Q. (2009). El control de convencionalidad y el sistema colombiano. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesual Constitucional*, (12), pp. 163-190.
- Ramírez, S. G. (2005). La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de Reparaciones. Em Corte Interamericana de Direitos Humanos (Ed.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004* (pp. 1-85). Corte Interamericana de Direitos Humanos.
- Reale, M. (2002). *Lições Preliminares de Direito*. Saraiva.
- Sagüés, N. P. (2010). Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad. *Estudios Constitucionales*, 8 (1), pp. 117-136.
- Silva, A. R. & Echeverria, A. Q. D. (2015). Tentativas de contenção do ativismo judicial da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 5 (2), pp. 391-408.
- Uliano, A. B. (2021). *Ativismo Judicial, Estado de Direito e Democracia: Problemas e Mecanismos de Controle da “Onipotência” Judicial* (Dissertação de Mestrado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos.
- Vicente, L. R. & Dezan, S. L.. A força democrática das Supremas Cortes. *Revista de Informação Legislativa*, 60 (239), pp. 115-136.