

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

Guilherme Ziegler Huber

**O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE: análise
do tratado internacional das pessoas com deficiência em relação à
legislação previdenciária brasileira e argentina**

Santa Maria, RS,
2016

Guilherme Ziegler Huber

O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE: análise do tratado internacional das pessoas com deficiência em relação à legislação previdenciária brasileira e argentina

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração em Direitos Emergentes da Sociedade Global, Linha de Pesquisa “Direitos na Sociedade em Rede”, da Universidade Federal de Santa Maria como parte dos requisitos para a conclusão do Curso e obtenção do grau de **Mestre em Direito**.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Valéria Ribas do Nascimento

Santa Maria, RS,
2016

Ficha catalográfica elaborada através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Central da UFSM, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Huber, Guilherme Ziegler
O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE:
análise do tratado internacional das pessoas com
deficiência em relação à legislação previdenciária
brasileira e argentina / Guilherme Ziegler Huber.-2016.
110 p.; 30cm

Orientadora: Valéria Ribas do Nascimento
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Maria, Centro de Ciências Sociais e Humanas, Programa de
Pós-Graduação em Direito, RS, 2016

1. Controle de convencionalidade 2. Direito
Previdenciário I. Nascimento, Valéria Ribas do II. Título.

Guilherme Ziegler Huber

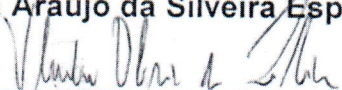
O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE: análise do tratado internacional das pessoas com deficiência em relação à legislação previdenciária brasileira e argentina

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração em Direitos Emergentes da Sociedade Global, Linha de Pesquisa "Direitos na Sociedade em Rede", da Universidade Federal de Santa Maria como parte dos requisitos para a conclusão do Curso e obtenção do grau de **Mestre em Direito**.

Aprovada em 18 de março de 2016.

Valéria Ribas do Nascimento
(Presidente/Orientadora)

Ângela Araújo da Silveira Espíndola, Dra. (UFSM)


Vladimir Oliveira de Souza, Dr. (UNINOVE)

Quão magnífica é a inocência! Por outro lado, é lamentável não se poder conservá-la bem e deixar-se tão facilmente seduzir. Mas, por isso, a própria sabedoria precisa da ciência, não para aprender com ela, mas para assegurar às suas prescrições o acesso às almas e conferir-lhes estabilidade. O homem sente em si mesmo um forte contrapeso contra todos os mandamentos do dever que a razão representa como tão dignos de respeito: são as suas necessidades e inclinações, cuja inteira satisfação compreende-se sob o nome de felicidade (KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2006. p. 32).

AGRADECIMENTOS

Fazendo um olhar em retrospectiva acerca de toda a minha jornada acadêmica e profissional até a data de hoje, percebo a infinitude de pessoas com as quais tive a honra de me relacionar e, como consequência lógica disso, a imensidão de conhecimento retirado a partir das relações, o que torna árdua a tarefa de agradecer, haja vista a possibilidade quase certa de esquecer pessoas que tiveram uma grande parcela de culpa no que tange à obtenção do grau de Mestre em Direito. Por isso, em nome de todas as pessoas citadas abaixo, gostaria de deixar o meu agradecimento especial e fraterno a todos que me auxiliaram durante esta longa e árdua, mas extremamente gratificante, caminhada.

Primeiramente, gostaria de registrar os meus mais sinceros agradecimentos à minha família – Julio, Marlaine, Manoela e Leonardo -, que sempre me apoiaram e sempre foram minha base, nunca me deixando abalar ou esmorecer, principalmente nos momentos mais difíceis em que tinha jornadas duplas de trabalho entre a Pós-Graduação em Direito Previdenciário, o Programa Especial de Formação de Professores, o escritório de advocacia no qual componho o cargo de chefe do setor de Direito Previdenciário e, é claro, este Programa de Mestrado em Direito. Por isso, deixo aqui meu muito obrigado!

Em segundo lugar, gostaria de agradecer imensamente a minha orientadora – Prof.^a Dr.^a Valéria Ribas do Nascimento, que acompanha meus estudos desde datas pretéritas em relação ao início do Curso de Mestrado. E que, mais do que ninguém, sabe das dificuldades que passei ao longo do curso, mas sempre foi contumaz em seus conselhos e, principalmente, nas injeções de ânimo que me foram dadas na construção dessa dissertação de mestrado. Por isso, gostaria de agradecer imensamente à minha orientadora pela sua determinação e esforços incansáveis nessa etapa da minha trajetória acadêmica.

Ainda, não posso deixar de agradecer aos meus colegas de escritório, tanto meus antigos sócios da Bitencourt e Kronbauer Assessoria e Consultoria Jurídica, na figura do Dr. Alan Bitencourt e Edison Kronbauer, quanto meus atuais colegas da Martini, Medeiros e Tonetto advogados associados, nas figuras do Dr. Alexandre Martini, Dr. Daniel Tonetto, Dr. Felipe Medeiros, Dr. Luciano Medeiros, Dr.^a Maria

Luiza de Sá Coelho e ao meu grande amigo e conselheiro, Dr. Wagner A. H. Pompéo.

Por fim, mas não menos importante, gostaria de agradecer imensamente ao meu querido professor de graduação, Dr. Jaci Rene Costa Garcia, que, além de ter sido quem me apresentou ao mundo da pesquisa em Direito, foi um companheiro incansável na busca pelo aprimoramento profissional e a quem, por isso, devo todo o meu respeito e admiração.

A experiência, a possibilidade de que algo nos aconteça ou nos toque, requer um gesto de interrupção, um gesto que é quase impossível nos tempos que correm: requer parar para pensar, parar para olhar, parar para escutar, pensar mais devagar, olhar mais devagar, e escutar mais devagar; parar para sentir, sentir mais devagar, demorar-se nos detalhes, suspender a opinião, suspender o juízo, suspender a vontade, suspender o automatismo da ação, cultivar a atenção e a delicadeza, abrir os olhos e os ouvidos, falar sobre o que nos acontece, aprender a lentidão, escutar aos outros, cultivar a arte do encontro, calar muito, ter paciência e dar-se tempo e espaço (BONDÍA, Jorge Larrosa. **Notas sobre a experiência e o saber de experiência**. Tradução de João Wanderley Geraldi. Leituras SME; Textos-subsídios ao trabalho pedagógico das unidades da Rede Municipal de Educação de Campinas/FUMEC. Jan/Fev/Mar/Abr 2002. nº 19, p. 24).

RESUMO

Autor: Guilherme Ziegler Huber
Orientadora: Valéria Ribas do Nascimento

A presente dissertação tem como escopo a análise acerca do tratamento dado ao controle de convencionalidade das leis no cenário jurídico brasileiro e argentino. O problema se pesquisa reside em analisar qual a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos inseridos em ambos os ordenamentos jurídicos e, em virtude disso, analisar a existência, ou não, de compatibilidade vertical e material entre as leis que regulamentam a aposentadoria das pessoas com deficiência em cada um desses países em relação à Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. No que tange à metodologia empregada, optou-se pela utilização do método de abordagem dedutivo, partindo do estudo dos conceitos trazidos pela Convenção Internacional, pela legislação brasileira e pela legislação argentina com o fito de lograr a possibilidade de analisá-la em casos do cotidiano, a partir da aplicação das teorias do controle de convencionalidade. Ainda, em relação ao método de procedimento, em virtude da necessidade, justamente, de apontar quais as semelhanças e dessemelhanças existentes entre as legislações domésticas de cada país em relação à norma internacional. Nesse propósito, percebeu-se que reside uma discrepância no que tange à significação de pessoa com deficiência em cada uma dessas normas, uma vez que o tratado internacional apresenta um conceito extremamente amplo de pessoa com deficiência, a fim de cancelar o direito de uma grande parcela da sociedade que, em virtude de barreiras de ordem médica, social, educacional, profissional, psicológica ou cultural, se encontram à margem do convívio social e do mercado de trabalho. Em contraponto a isso, a legislação brasileira restringe a constatação da deficiência para casos de ordem médica e social, conquanto a legislação argentina restringe a mesma somente aos casos de deficiência médica. Tal discrepância conceitual existente entre as normas prejudica em demasia uma grande parcela da sociedade, uma vez que, agindo de tal forma, está-se, inegavelmente, excluindo da proteção legal uma grande parcela da sociedade que não consegue se incluir social e profissionalmente em virtude de questões que ultrapassam o mero olhar clínico ou social. Portanto, mostra-se de fundamental importância o estudo, no intuito de, deflagrando a incompatibilidade de leis existentes, possa-se agir no sentido de modificar o atual estado de coisas e, por consequência disso, incluir um maior número de indivíduos na chancela legislativa, em estrita observância aos auspícios dos direitos humanos das pessoas com deficiência.

Palavras-chave: Aposentadoria das pessoas com deficiência. Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Controle de convencionalidade das leis.

ABSTRACT

Author: Guilherme Ziegler Huber
Advisor: Valéria Ribas do Nascimento

This work has the objective analysis about the treatment of the conventionality control laws in the Brazilian and Argentine legal scenario. As we search problem is to analyze what the hierarchy of international human rights treaties entered into both legal systems and, in result, analyze the existence or not of vertical compatibility and material between the laws governing the retirement of people with disabilities in each of these countries on the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Regarding methodology, we chose to use the deductive method of approach, based on the study of the concepts brought by the International Convention, the Brazilian legislation and the Argentine legislation with the aim of achieving the ability to analyze it in everyday cases from the application of conventionality control theories. Still, regarding the method of procedure, because of the need precisely to point out that the similarities and dissimilarities between the domestic laws of each country in relation to international rule. In this way, it was noticed that lies a discrepancy regarding the person of significance with disabilities in each of these standards, since the international treaty brings an extremely broad definition of disabled person in order to seal the right to a large section of society that because of medical, social, educational, vocational, psychological or cultural barriers are outside the social life and the labor market. In contrast to this, Brazilian law restricts the finding of disability to cases of medical and social order, although the Argentine law restricts only to medical disability cases. Such existing conceptual discrepancy between the rules affect too much a large part of society, since, acting in such a way, one is undeniably excluding the legal protection a large portion of society that fails to include socially and professionally because of issues beyond the mere medical or social look. Therefore, it shows extremely important study with the aim of triggering the incompatibility of existing laws can be act to modify the current state of affairs and, by consequence, to include a greater number of individuals in the legislative seal in strict observance of the auspices of the human rights of persons with disabilities

Keywords: Retirement of disabled people. International Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Control of conventionality of the laws.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	17
1	O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO E ARGENTINO: ENFRENTAMENTOS DAS TEORIAS EXISTENTES	21
1.1	A INSERÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E ARGENTINO	21
1.2	UMA TENTATIVA DE UNIVERSALIZAÇÃO DO STATUS CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS	36
1.3	EMERGÊNCIA DE UM NOVO PARADIGMA JURÍDICO NO BRASIL E NA ARGENTINA: DA HERMÉTICA PIRÂMIDE CENTRADA NO STATE APPROACH À PERMEABILIDADE DO TRAPÉZIO CENTRADO NO HUMAN RIGHTS APPROACH	40
2	A (IN) CONVENCIONALIDADE DA LEI QUE REGULA A APOSENTADORIA ESPECIAL DOS DEFICIENTES	67
2.1	A HIERARQUIA DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	67
2.2	AMPLIAÇÃO DO CONCEITO “PESSOA COM DEFICIÊNCIA” TRAZIDO PELA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A (IN) COMPATIBILIDADE VERTICAL E MATERIAL COM AS LEGISLAÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DE CADA PAÍS	71
2.3	A POSIÇÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS DOMÉSTICAS DE CADA PAÍS A RESPEITO DO TEMA	88
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	93
	REFERÊNCIAS	97

INTRODUÇÃO

Considerando o atual posicionamento da doutrina e jurisprudência brasileira e argentina acerca do controle de convencionalidade e a consequente hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelos respectivos países, pretende-se descobrir se as leis de ambos os países que regulam a aposentadoria especial da pessoa com deficiência são compatíveis, vertical e materialmente, com o tratado internacional das pessoas com de deficiência.

O tema assim se justifica, pois está umbilicalmente ligado à área de Concentração do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria, uma vez que, considerando a interdependência existente entre todos os países do globo decorrente do fenômeno da globalização, a internacionalização do Direito e, em especial, do Direito Constitucional, a análise acerca da (in) compatibilidade vertical e material das leis em relação aos tratados internacionais de direitos humanos se apresenta como uma consequência lógica dessa interdependência entre os diversos países do globo, transformando o controle de convencionalidade num verdadeiro mecanismo jurídico emergente na e da sociedade global. Ainda, em relação à congruência do tema com a linha de pesquisa “Direitos na Sociedade em Rede”, tem-se que esse novo conceito de sociedade surge com uma forte valoração normativa de novas fontes do Direito, chamadas assim por não terem surgido através de ato do Poder Legislativo e respeitado o processo legislativo previsto na Constituição. A partir de tal constatação, o Direito Internacional dos Direitos Humanos surge como uma forte tendência dessa nova sociedade em rede, uma vez que, no momento em que os ordenamentos jurídicos internos conferem aos tratados internacionais de direitos humanos status supralegal ou constitucional, o mesmo está aceitando essa tendência de valoração dos novos direitos decorrentes da Sociedade em Rede.

Em um segundo momento, pois, justifica-se o estudo acerca do tema, uma vez que não se pode olvidar, também, do caráter democrático que ostenta o estudo acerca das (in) compatibilidades das referidas leis que regulam a aposentadoria especial das pessoas com deficiência em relação à Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, com especial ênfase à discrepância, existente ou não, no que tange ao conceito de pessoa com deficiência das legislações internas em relação à internacional. Ao demonstrar-se que aqueles

restringem o conceito trazido pelo tratado internacional, poder-se-á, em um segundo momento, agir em face de dada legislação interna, a fim de que, conferindo-lhe equivalência conceitual com a legislação internacional, poder abarcar um contingente de pessoas muito maior e, por consequência, democratizar os efeitos decorrentes dos benefícios legais trazidos às pessoas com deficiência.

Para tanto, no Capítulo (1) serão apontadas as diversas vertentes doutrinárias e jurisprudenciais de cada um dos países acerca da hierarquia de tais tratados. Nesse sentido, no Subtítulo (1.1) será apresentada uma teoria mais expansionista no que tange à equivalência desses tratados internacionais de direitos humanos com as normas de direito constitucional, conquanto que, no Subtítulo (1.2) será apresentada uma teoria brasileira mais reducionista acerca da natureza constitucional de tais tratados, além da posição argentina dominante acerca da hierarquia de tais tratados, para, ao final do capítulo, poder-se apontar, com certa profundidade teórica, qual, dentre a teoria mais expansiva e mais reducionista seria a mais adequada, levando muito em consideração a posição dominante no país vizinho.

Logo em seguida, no Capítulo (2), será apontada, mais precisamente no Subtítulo (2.1), com base nas conclusões parciais elaboradas no capítulo anterior, qual a hierarquia da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e quais as consequências disso para a legislação brasileira e argentina. No Subtítulo (2.2), por sua vez, será posto em pauta uma possível mudança no que tange ao conceito jurídico de pessoa com deficiência e quais as consequências práticas que essa mudança conceitual poderá causar na legislação interna do Brasil e da Argentina, com ênfase, pois, para uma eventual expansão conceitual a respeito da pessoa com deficiência e uma conseqüente democratização dos benefícios legais estatuídos a estes indivíduos por cada um desses países.

Por fim, no Subtítulo (2.3) será analisada, considerando uma possível expansão dos direitos assegurados pelas legislações de cada país às pessoas com deficiência, a partir de todo esse contexto de internacionalização do Direito, a possibilidade de extensão dos benefícios trazidos pelas leis que regulam a aposentadoria especial de cada um desses países a uma gama maior de beneficiários, de modo a compatibilizar tais leis com os auspícios da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

Caso, pois, seja, a partir desse estudo, respondida a pergunta norteadora exposta alhures, será alcançado o objetivo maior da presente pesquisa, qual seja, a expansão dos direitos e do rol de beneficiários desses direitos a partir da ressignificação do conceito jurídico de pessoa com deficiência em virtude da necessidade de compatibilização do direito interno com as normas de Direito Internacional, demonstrando, assim, uma maior justiça no trato das pessoas com deficiência, uma vez que, com a sobredita expansão de direitos e do rol de assegurados, estar-se-á eliminando possíveis injustiças e discrepâncias encontradas na própria legislação, uma vez que, discriminando o que seriam as pessoas com deficiências, as mesmas acabam recriminando indivíduos que, em razão de sua condição de vida e saúde, deveria ser incluídos no rol de beneficiários dos direitos assegurados a essa parcela da população.

Ainda, no que tange à metodologia empregada, tem-se que a mesma, conforme dispõe a doutrina pertinente, divide-se em métodos de abordagem, os quais demonstram como será realizada a busca pelo conhecimento novo e métodos de procedimento, os quais indicam quais serão as técnicas utilizadas ao longo da pesquisa. Analisando, pois, a presente proposta de estudo, verifica-se que se está a discutir a respeito da (in) compatibilidade material e vertical da lei que regulou a aposentadoria especial para deficientes no Brasil e na Argentina em relação à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, sendo, por isso, crucial a utilização do método de abordagem, o método de abordagem a ser utilizado será o dedutivo, partindo de teorias e leis para se chegar a resolução de casos concreto, mais precisamente, serão estudados os conceitos trazidos pela Convenção Internacional, pela legislação brasileira e pela legislação argentina com o fito de lograr a possibilidade de analisá-la em casos do cotidiano, a partir da aplicação das teorias do controle de convencionalidade.

Em relação ao método de procedimento, por sua vez, agindo no intuito de fomentar o método de abordagem escolhido, será utilizado o comparativo¹, em virtude da necessidade de se verificar, entre os diversos parâmetros que o estudo se propôs, quais são os pontos de convergência e divergência existentes entre as legislações internas e a referida convenção internacional. Além disso, como se trata

¹ Por método de procedimento comparativo entende-se “o estudo das semelhanças e diferenças entre objetos pode ser utilizado em todas as fases e níveis de investigação: num estudo descritivo, pode analisar os elementos de uma estrutura; nas classificações, permite a construção de tipologias; como explicação, pode apontar vínculos

de uma questão de cunho trans-fronteiriço, a análise internacional da doutrina e jurisprudência receberá lugar de destaque, até por que não se aplica, via de regra, à pesquisa jurídica, o método de pesquisa de campo ou de pesquisa estatística. Desse modo, partindo de uma premissa acerca de quais os pontos divergentes e convergentes entre ambas as legislações (interna e internacional) e utilizando como lente de estudo a construção jurisprudencial das cortes constitucionais de cada um desses países, somada à teoria do controle de convencionalidade, poder-se-á fazer um estudo crítico acerca do tema e poder, ao cabo, exprimir a própria ideia do autor a respeito do assunto.

1 O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO E ARGENTINO: ENFRENTAMENTOS DAS TEORIAS EXISTENTES

1.1 A INSERÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E ARGENTINO

Os direitos humanos, assim entendidos como “aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização” (BOBBIO. 2004, p. 37), servem, em suma, para conferir uma fundamentação valorativa às constituições internas de cada Estado. Em razão dessa fundamentação valorativa às constituições de cada Estado e, na carona disso, de todo o ordenamento jurídico de um país, autores como Silveira e Rocasolano defendem que existe um fundamento imediato e outro mediato dos direitos humanos, percebendo aquele como a necessidade de garantir segurança para poder respeitar a dignidade da pessoa humana e os valores que dela derivam, conquanto este (mediato) significa a garantia legal e jurídica desses direitos, seja por ocasião de instrumentos internacionais ou pela positivação em legislações internas².

Verifica-se essa constatação no momento em que se percebe que os mesmos possuem uma dimensão fundamentadora, orientadora e crítica acerca dos direitos fundamentais consagrados no ordenamento jurídico de cada país. Fundamentadora quando se analisa o plano estático do conjunto de disposições e instituições constitucionais, invocando-os como verdadeiras cláusulas pétreas dos ordenamentos democráticos. Orientadora, pois, no sentido dinâmico, uma vez que torna ilegítima quaisquer disposições, normativas ou não, que vão de encontro aos direitos humanos ou que dificultem à promoção dos mesmos. E, crítica, pois os direitos humanos servem como parâmetro de valoração de fatos e condutas³.

² Para maiores informações sobre o fundamento imediato e mediato dos direitos humanos vide SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos humanos**: conceitos, significações e funções. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 224-226.

³ Nesse sentido, recomenda-se a leitura de Perez-Luño, segundo o qual os valores constitucionais possuem tripla dimensão: (a) fundamentadora, no plano estático do conjunto de disposições e instituições constitucionais, assim como do ordenamento jurídico em seu todo. Por isso, a doutrina germânica os concebe como “valores fundamentais” (Grundwete) e a Constituição brasileira como “valores superiores”, para acentuar seu significado de núcleo básico e informador de todo o sistema jurídico-político; (b) orientadora, no sentido dinâmico da ordem jurídico-política, que torna ilegítima qualquer disposição normativa que persiga fins distintos ou obstaculize a consecução daqueles enunciados no sistema axiológico constitucional; e (c) crítica, enquanto sua função, como a de

A partir desse estudo acerca das dimensões ou funções dos direitos humanos, faz-se imperiosa a distinção entre estes e o que se concebe por direitos fundamentais. Sem a pretensão de exaurir o tema, tendo em vista sua complexidade, pode-se sinalizar que ambos devem ser entendidos como garantias essenciais ao ser humano, distinguindo-se, no entanto, no que tange ao âmbito de cada um, ou seja, enquanto aqueles são entendidos como direitos universais e, por isso, são aplicados no plano internacional, estes são entendidos como aqueles positivados nos ordenamentos jurídicos internos de cada Estado (PEREZ-LUÑO, 2010, p. 33).

Nessa perspectiva, a teoria acerca das três dimensões de direito foi criada em 1979 por Karel Vasak, Diretor do Departamento Jurídico da UNESCO, por ocasião da palestra dada na Décima Sessão do Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo, o qual considera que as gerações de direito possuem íntima relação com a evolução histórica do Estado moderno. Essa relação entre dimensões de direito e evolução histórica do Estado Moderno encontra amparo na doutrina de Pérez-Luño, que confere aos direitos humanos perfis ideológicos definidos. Os direitos humanos nascem, como é notório, com marcada estampa individualista, como liberdades individuais que configuram a primeira fase de geração dos direitos humanos. Dita matriz ideológica sofrerá um amplo processo de erosão e impugnação nas lutas sociais do século XIX. Estes movimentos reivindicatórios evidenciarão a necessidade de se completar o catálogo dos direitos e liberdades da primeira geração com uma segunda geração de direitos: os direitos econômicos, sociais e culturais. Estes direitos alcançaram sua paulatina consagração jurídica e política na substituição do Estado liberal de Direito pelo Estado social de Direito (PEREZ-LUÑO, 2012, p. 16).

Com efeito, não se mostra demasiada a constatação de que, na atual conjuntura histórica do Estado Democrático de Direito, a humanidade passa por uma constante evolução de identidades. Isso se deve, mesmo que em parte, ao crescimento substancial, após o término da Segunda Guerra Mundial, das relações internacionais e da multiplicação de atores presentes nessas relações, como é o caso das organizações internacionais e das empresas transnacionais, o que acaba reverberando numa modificação na forma de idealizar o ordenamento jurídico de

cada país, principalmente no que tange a uma mudança drástica nos critérios de hierarquização das leis.

Tantas são as mudanças suportadas pela humanidade a partir dessa internacionalização dos direitos internos que levaram pensadores, como o sociólogo Manuel Castells, a caracterizar a sociedade a partir da globalização das atividades econômicas decisivas do ponto de vista estratégico; por sua forma de organização em redes; pela flexibilidade e instabilidade do emprego e a individualização da mão de obra e por uma cultura de virtualidade real construída a partir de um sistema de mídia onipresente, interligado e altamente diversificado; e pela transformação das bases materiais da vida – o tempo e o espaço – mediante a criação de um espaço de fluxos e de um tempo intemporal como expressões das atividades e elites dominantes (CASTELLS. 2010, p. 17).

Entremeio a essa mudança de paradigmas, ocorrida com o surgimento da intitulada sociedade em rede, juristas de todo o mundo começaram a rever seus conceitos acerca da teoria dos direitos humanos. A consequência disso foi a inclusão às duas dimensões de direito já conhecidas (direitos civis e políticos e direitos sociais, econômicos e culturais) de uma terceira dimensão de direito, que, complementar das anteriores, consiste, na concepção de seu precursor Antonio Enrique Pérez-Luño, como sendo o “direito a paz, os direitos dos consumidores, os direitos nas esferas das biotecnologias e afetos à manipulação genética, o direito à qualidade de vida e à liberdade informática” (PÉREZ-LUÑO. 2012, p. 17)⁴.

O enredo acerca da discussão global acerca da chancela de direitos humanos teve seu grande estopim após o término da Segunda Guerra Mundial, em que a Alemanha de Hitler possuía uma lógica de descartabilidade da pessoa Humana e demonstrou o Estado como grande violador dos direitos humanos. A partir dessa preocupante constatação (o Estado como grande violador de direitos humanos), desencadeou-se numa necessidade de maior produção normativa com alcance global no que tange à proteção eficaz dos direitos humanos, os quais deveriam dispor de mecanismos preventivos (direitos e garantias) e repressivos (punições)

⁴ Frisa-se, porém, que o rol de direitos humanos de terceira dimensão não é taxativo, uma vez que, por serem afetos a todos os tipos de direitos emergentes na sociedade informacional ou, como o próprio Perez-Luño (2013, p. 175-176) afirma, é evidente que o catálogo dos direitos de terceira geração está longe de constituir um molde fechado de contornos, precisos e bem definidos. É, sim, um marco de referência, ainda *in fiere*, das demandas atuais mais prementes que afetam direitos e liberdades. Disponível em: <http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/REDESG/article/view/10183/pdf_1#.VpaaGfkrK1t>. Acesso em: 13 jan.2016.

que vinculassem os indivíduos e os Estados (PIOVESAN, 2013, p. 191). Isso levou, por conseguinte, à criação, em 24/10/1945, da Organização Nacional das Nações Unidas, a qual consagra no artigo 1º, número 3, de sua Carta o seguinte objetivo:

Artigo 1

Os propósitos das Nações unidas são:

1. Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz;
2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal;
3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião⁵;

Com o propósito de proteção dos direitos humanos, pois, foram criados inúmeros tratados com esse viés que buscavam, principalmente, a responsabilização de Estados, Organizações, instituições e até mesmo indivíduos que violassem direitos dessa natureza, a propósito:

A proteção internacional dos direitos humanos é fruto de um processo gradual de amadurecimento da sociedade internacional. Esse amadurecimento teve o seu maior desenvolvimento a partir do final da Segunda Guerra Mundial, quando a sociedade internacional percebe a necessidade de se arquitetar um novo modelo de Direito Internacional Público, voltando à criação de mecanismos de proteção dos direitos da pessoa humana contra as arbitrariedades dos Estados e dos indivíduos que agem em seu nome”(GOMES; MAZZUOLI. 2010, p. 17)⁶.

Mundialmente, a expressão controle de convencionalidade surgiu no julgamento da Decisão nº 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975, em que o Conselho Constitucional da França, instado a analisar a questão acerca da (in) compatibilidade vertical e material da lei sobre a interrupção voluntária da gravidez em relação ao

⁵ Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/cap1/>>. Acesso em: 23 dez. 2015.

⁶ Ainda sobre o tema: cria-se um direito voltado para a preservação dos valores fundamentais da dignidade humana, tais como a vida, a segurança, a liberdade, a igualdade, a propriedade, a saúde, a educação, o trabalho, entre outros (BONIFÁCIO. 2008, p. 38-39).

artigo 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁷ e em relação ao artigo 1º da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁸, posicionou-se no sentido de que o órgão não era competente para analisar questões advindas de tratados internacionais de direitos humanos, sendo imponente a transcrição⁹:

1. Considerando que o artigo 61 da Constituição não dá ao Conselho Constitucional um critério geral e decisão idêntica à do Parlamento, mas apenas lhe dá competência para se pronunciar sobre a conformidade com a Constituição das leis referidas a sua revisão;

2. Considerando, em primeiro lugar, que nos termos do artigo 55 da Constituição: "Os tratados ou acordos devidamente ratificados ou aprovados, terão, mediante publicação, uma autoridade superior à das leis, sob reserva, para cada contrato ou tratado, à sua aplicação pela outra parte";

3. Considerando que, se essas disposições são processadas sob condições que eles próprios definem, uma autoridade maior do que as leis, eles não podem prescrever ou sugerir que respeitem este princípio, devendo ser assegurado sob controle a conformidade das leis com a Constituição nos termos do artigo 61º;

4. Considerando-se, aliás, que as decisões tomadas nos termos do artigo 61 da Constituição são de finalidade absoluta, como resulta do artigo 62, que impede a aprovação e aplicação de qualquer disposição declarada inconstitucional; pelo contrário, a superioridade dos tratados sobre as leis, o princípio está previsto no artigo 55 já referido, apresentando um caráter tanto relativo e contingente, segurando, em primeiro lugar, que é limitada a Tratado alcance e, por outro, que está sujeita a uma condição de reciprocidade, cuja implementação pode variar de comportamento ou de tratados signatários e o tempo deve ser avaliada a conformidade esta condição;

5. Considerando que uma lei contrária a um Tratado não seria, porém, contrária à Constituição;

6. Considerando que o controle do cumprimento com o princípio consagrado no artigo 55.º da Constituição não pode ser exercido no âmbito da revisão prevista no artigo 61, devido à natureza diferente desses dois controles;

7. Considerando que, nestas circunstâncias, não é para o Conselho Constitucional, quando é apreendida sob a seção 61 da Constituição, para examinar a conformidade de uma lei com as disposições de um tratado ou um acordo internacional;

⁷ Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 04 jan.2016.

⁸ 1. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei (Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>).

⁹ Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/1975/74-54-dc/decision-n-74-54-dc-du-15-janvier-1975.7423.html>>. Acesso em: 04 jan. 2016 – tradução livre.

8. Considerando, por outro lado, que a lei sobre a interrupção voluntária da gravidez respeita a liberdade das pessoas de usar ou participar de um aborto, ou angústia por motivos terapêuticos; o que, por conseguinte, não prejudica o princípio da liberdade previsto no artigo 2 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão;

9. Considerando que a lei que se refere ao Conselho Constitucional admite ter violado o princípio do respeito por cada ser humano, desde o início da vida, lembrou no artigo 1 somente quando necessário e nas condições e limitações nela definida;

10. Considerando que nenhuma das derrogações previstas no referido ato é, enquanto tal, contrário a um princípio fundamental reconhecido pelas leis da República, nem viola o princípio referido no preâmbulo da Constituição de 27 de outubro 1946, segundo o qual a nação garante à criança a proteção da saúde, nem quaisquer outras disposições constitucionais promulgadas pelo mesmo texto;

11. Considerando-se, portanto, que a lei sobre a interrupção voluntária da gravidez não contradiz os textos em que a Constituição de 04 de outubro de 1958 se refere, no seu preâmbulo, nem a quaisquer artigos da Constituição;

Resolve:

Artigo primeiro:

As disposições da lei sobre a interrupção voluntária da gravidez, a que se refere o Conselho Constitucional não são inconstitucionais.

O cenário jurídico latino-americano, por sua vez, muito em virtude dos regimes autoritários e ditatoriais enfrentados na segunda metade do Século XX, somente conseguiu se concatenar com o espírito mundial de proteção dos direitos humanos em meados das Décadas de 1980 e 1990, a partir da promulgação de Constituições democráticas que propiciaram, além de uma maior abertura com a comunidade internacional, a positivação de direitos humanos como direitos fundamentais de cada um desses países, vindo estes, nos dias de hoje, a incorporarem o rol de países que subscreveram os principais tratados de direitos humanos adotados pela ONU e pela OEA¹⁰.

Esta realidade é perceptível, tanto que, conforme será tratado ao longo dessa dissertação, em geral, as constituições latino-americanas não só ratificam tratados de direitos humanos em suas respectivas legislações domésticas, mas conferem a

¹⁰ No caso latino-americano, o processo de democratização na região, deflagrado na década de 80, é que propiciou a incorporação de importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos pelos Estados. A título de exemplo, note-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada em 1969, foi ratificada pela Argentina em 1984, pelo Uruguai em 1985, pelo Paraguai em 1989 e pelo Brasil em 1992. Já o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, deu-se na Argentina em 1984, no Uruguai em 1985, no Paraguai em 1993 e no Brasil em 1998. Atualmente, constata-se que os países latino-americanos subscreveram os principais tratados de direitos humanos adotados pela ONU e pela OEA (MARINONI; MAZZUOLI, 2013, p. 133-134).

eles uma hierarquia especial em relação às leis internas, o que as distingue dos tratados de direitos comuns. Merecem destaque: o artigo 75, 22 da Constituição Argentina, que expressamente atribui hierarquia constitucional aos mais relevantes tratados de proteção de direitos humanos; e o artigo 5º, parágrafos 2º e 3º da Carta Brasileira, que incorpora estes tratados no universo de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos (MARINONI; MAZZUOLI, 2013, p. 134).

Ocorre que, analisando as constituições de cada um dos países integrantes do MERCOSUL (Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Paraguai, Uruguai e Venezuela), percebeu-se que nem todos os países do bloco econômico fazem menção constitucional à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados por seus respectivos governos, o que veio a diminuir o leque de países a serem estudados. Com efeito, debruçando-se sobre a Constituição da República Bolivariana da Venezuela de 1999, verifica-se que a mesma, em seu artigo 23, afirma que convenções sobre direitos humanos assinados e ratificados pela Venezuela, têm estatuto constitucional e prevalecem no direito interno, na medida em que contém disposições relativas ao gozo e exercício mais favoráveis do que as estabelecidas pelo presente Constituição e da lei da República, e são imediata e diretamente pelos tribunais e outras aplicações organismos públicos¹¹. Porém, em pesquisa ao site da Organização das Nações Unidas, constatou-se que esse mesmo país não assinou a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa Com Deficiência¹², o que torna inviável o estudo da matéria no referido Estado.

Acerca da Constituição da República Oriental do Uruguai de 1967, verificou-se que a mesma não trata do assunto, limitando-se a, em seu artigo 6º, referir que, nos tratados que a República uruguaia celebrar, prevalecerá a cláusula que todas as disputas que possam surgir entre as partes contratantes deverão ser resolvidas por

¹¹ Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-const.html>. Acesso em 02 mai. 2016.

¹² Em pesquisa ao site da Organização Nacional das Nações Unidas, percebeu-se que a Venezuela se negou a assinar a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, limitando-se a declarar que a República Bolivariana da Venezuela reitera a sua determinação absoluta para garantir os direitos e proteger a dignidade das pessoas com deficiência. Assim sendo, declara que interpreta o parágrafo 2 do artigo 12 da Convenção no sentido de que, no caso de conflito entre esse parágrafo e quaisquer disposições na legislação venezuelana, as disposições que garantem a maior proteção legal para pessoas com deficiência serão as aplicáveis (Disponível em: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&lang=en#EndDec>. Acesso em 02 mai. 2016).

arbitragem ou outros meios pacíficos¹³. O mesmo ocorre com o Chile que, por ocasião da promulgação da Constituição Política da República do Chile de 1980, silenciou quanto à discussão acerca do tema¹⁴.

O Paraguai, por sua vez, apresenta, no artigo 137 da Constituição da República do Paraguai de 1992, que os tratados internacionais aprovados e ratificados somente serão inferiores hierarquicamente à própria Constituição¹⁵, o que demonstra que o mesmo se preocupa com a questão atinente ao controle de convencionalidade das leis. No mesmo propósito, este mesmo país, através da Ley 3540, de 14 de agosto de 2008¹⁶, aprovou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o que, em tese, conferiria o dever de a presente dissertação se debruçar sobre o caso paraguaio. Porém, investigando a Ley nº 98, de 22 de dezembro de 1992¹⁷, responsável por estabelecer o regime unificado de aposentadorias e pensões dos trabalhadores paraguaios da iniciativa privada, verifica-se que o país ainda não criou a lei de aposentadoria especial das pessoas com deficiência, o que, automaticamente, exclui o mesmo do objeto de estudo da presente dissertação, uma vez que o propósito consiste, justamente, em fazer um controle das leis que regulam esse tipo de aposentadoria, em comparação com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

No tocante ao caso boliviano, verifica-se que esse país vai ainda mais além, uma vez que positivou, no artigo 255 da Constituição Política do Estado, que tratados e outros instrumentos internacionais sobre direitos humanos que tenham sido assinados, ratificados ou aderidos pelo Estado, que contêm regras mais favoráveis à Constituição, devem ser aplicados preferencialmente ao dispositivo

¹³ Artículo 6º - En los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes serán decididas por el arbitraje o otros medios pacíficos. La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos (Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/ury/sp_ury-int-text-const.html>. Acesso em: 06 jan.2016).

¹⁴ Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/chile.htm>>. Acesso em: 06 jan.2016.

¹⁵ La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado. (Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp_pry-int-text-const.pdf>. Acesso em: 06 jan.2016).

¹⁶ Disponível em: <<http://www.bacn.gov.py/ampliar-leyes-paraguayas.php?id=1763>>. Acesso em: 06 jan. 2016.

¹⁷ Disponível em: <<http://www.bacn.gov.py/ampliar-leyes-paraguayas.php?id=4394>>. Acesso em: 06 jan. 2016.

constitucional correspondente¹⁸. Isso demonstra que o governo boliviano se encontra extremamente preocupado com a questão acerca da hierarquia e consequente força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo mesmo. Diante disso, em 15 de abril de 2009, o governo boliviano criou a Ley nº 4024, responsável por aprovar a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência¹⁹ e, posteriormente, em 02 de março de 2012, publicou a Ley nº 223²⁰, a qual é responsável estabelecer uma regra geral acerca dos direitos e deveres das pessoas com deficiência.

Porém, analisando a referida lei geral das pessoas com deficiência, observou-se que o governo boliviano não trouxe em seu bojo o direito a critérios diferenciados de aposentadoria; tampouco foi encontrada, através de consulta realizada junto ao site da Gazeta Oficial do Estado Plurinacional da Bolívia (<http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/app/webroot/>), qualquer legislação que conferisse critérios diferenciados para a pessoa com deficiência se aposentar por tempo de serviço ou por idade, conforme determina a Convenção Internacional. Nesse caso, o caso boliviano também deixa de ser parte do objeto de estudo da presente dissertação, uma vez que a mesma, do mesmo modo como ocorre com o governo paraguaio, não possui uma legislação específica que confira critérios diferenciados para a aposentadoria da pessoa com deficiência.

Nesse particular, pois, optou-se por estudar a legislação e doutrina internas do Brasil e da Argentina a respeito da hierarquia dos tratados de direitos humanos ratificados por esses países em virtude de três critérios bastante definidos, quais sejam: (1) ambos ratificaram a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência em suas legislações internas; (2) ambos criaram leis com critérios diferenciados para fins de aposentadoria das pessoas com deficiência e; (3) o contexto histórico de cada um desses países acerca da internacionalização de seus ordenamentos jurídicos internos é bastante parecido, conforme define Piovesan no seguinte trecho de sua obra:

¹⁸ Disponível em: <<http://www.transparencialegislativa.org/wpcontent/uploads/2013/04/Constitucion%CC%81n-Bolivia.pdf>>. Acesso em: 06 jan. 2016.

¹⁹ Disponível em: <<http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/index.php/normas/buscar>>. Acesso em: 06 jan. 2016.

²⁰ Disponível em: <<http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/index.php/normas/buscar>>. Acesso: em 06 jan. 2016.

Para justificar este Capítulo, todavia, a análise do controle de convencionalidade exercido pelas cortes latino-americanas será concentrada no estudo de casos envolvendo a jurisprudência da Corte Suprema de Justiça Argentina e do Supremo Tribunal Federal do Brasil. Três são os fatores a justificar este critério seletivo: a) ambos países transitaram de regimes autoritários ditatoriais para regimes democráticos; b) adotaram um novo marco jurídico (no caso, a Constituição Brasileira de 1988 e a Constituição Argentina com a reforma de 1994); e c) conferem aos tratados de direitos humanos um status privilegiado na ordem jurídica (MARINONI; MAZZUOLI, 2013, p. 135-136)

Após fechar esse parêntese acerca da justificativa dos países escolhidos, tem-se que o controle de convencionalidade, seja por intermédio da intervenção do Poder Legislativo, do Poder Judiciário ou, ainda, das Cortes Internacionais, é entendido como a compatibilidade vertical e material das normas do direito interno em relação às convenções internacionais de direitos humanos em vigor no país. Essa compatibilidade de leis alienígenas em relação às leis domésticas se subdivide, por sua vez, em controle de convencionalidade internacional (realizado pelas Cortes Internacionais, de modo coadjuvante) e interno (manejado pelos juízes e tribunais nacionais em primeiro plano).

No cenário jurídico brasileiro, esse controle jurisdicional surgiu com a Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, a qual, a fim de cancelar os direitos intrínsecos à pessoa humana e o pleno desenvolvimento de suas potencialidades (física, moral, psíquica, social, econômica...) ²¹, elevou o princípio da dignidade da pessoa humana a um dos fundamentos da República Federativa do Brasil ²², além de resguardar, por ocasião de suas relações internacionais, à prevalência aos direitos humanos ²³, resultando, por conseguinte, na redação dada ao artigo 5º, parágrafo 2º, da Carta Política, o qual, conforme será discutido ao longo do texto, teria admitido o status constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 244.

²² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...); III - a dignidade da pessoa humana;

²³ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...);

II - prevalência dos direitos humanos;

tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte²⁴.

A partir dessa nova concepção, advinda com a promulgação da Constituição de 1988, seria possível a aplicação do controle de convencionalidade pela via difusa, realizado por qualquer juiz em relação a tratados de direitos humanos em vigor no País, uma vez que, como o citado artigo constitucional consagra a aceitação, pelo ordenamento jurídico brasileiro, da força normativa dos tratados internacionais aos quais o Brasil faz parte, tais tratados ganham força de fonte de direitos, conforme muito bem pontua Ramos (2009, p. 243):

De fato, forte corrente doutrinária prega, desde 1988, que a Constituição atual incorporou automaticamente as normas de tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, dotando tais normas de uma dignidade constitucional, por força do art. 5º, §§ 1º e 2º da própria CF/88.

E, no mesmo sentido, tem-se a doutrina de Mazzuoli (2009, p. 130):

Assim, é bom deixar claro que o controle de convencionalidade difuso existe entre nós desde a promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988, e desde a entrada em vigor dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil após esse período, não obstante jamais qualquer doutrina no Brasil ter feito referência a esta terminologia²⁵.

Posteriormente, com a edição da Emenda Constitucional nº 45, de 30/12/2004, ficou possível a utilização desse instituto pela via concentrada,

²⁴ São exemplos de tratados internacionais de direitos humanos incorporados pelo governo brasileiro pela regra disposta no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal: a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948); a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951); o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1966); o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966); o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1999); a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984); a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998); o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Infantil (2000); o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativo ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados; e, ainda, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, conhecida como Convenção de Mérida (2003) (MAZZUOLI, 2009, p. 20-21).

²⁵ Ainda sobre o tema: ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do Texto Constitucional, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional (PIOVESAN, 2013, p. 113).

conforme será discutido ao longo do texto, uma vez que, com a entrada em vigor da referida emenda, surgiu o § 3º, do artigo 5º, da Carta Maior, o qual aduz o seguinte:

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

Ainda, em 03/12/2008, por ocasião do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do *Habeas Corpus* nº 87.585/TO, Relatoria do Ministro Marco Aurélio, o Poder Judiciário brasileiro, finalmente, deu aplicabilidade prática à teoria da compatibilidade vertical das normas internas em relação aos tratados internacionais de direitos humanos, uma vez que, reconhecendo a aplicação do pacto de São José da Costa Rica, limitou a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicando na derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel.

Desde então, pode-se verificar que, além da previsão legal, o Poder Judiciário Brasileiro, muito em decorrência da Emenda Constitucional nº 45/2004, reconheceu a legitimidade do estudo acerca da compatibilidade vertical e material das leis nacionais em relação aos tratados internacionais de direitos humanos, sendo, agora, deveras o estudo acerca de como se dá o controle de convencionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

No cenário jurídico argentino, por sua vez, o controle de convencionalidade foi construído na órbita de dois princípios fundantes do direito internacional dos direitos humanos, quais sejam, o princípio da obrigatoriedade da submissão aos tratados internacionais ratificados pelo país e pelo princípio da primazia dessas obrigações diante de todo o direito interno²⁶, os quais vêm relacionados no artigo 1º e 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969:

Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos

²⁶ En la creación y el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos van a ser determinantes la afirmación de un conjunto de principios que bien podríamos denominar como fundantes de este sistema jurídico en formación. Entre esos principios, en relación a la materia que tratamos, podemos indicar primordialmente dos: el de efec útil de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados al ratificar – en ejercicio de su soberanía – un instrumento internacional sobre derechos humanos, y el principio de primacia de dichas obligaciones respecto de todo el derecho interno (MARINONI; MAZZUOLI, 2013, p. 428).

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno

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

Em 03/10/1972, através da Ley 19.865²⁷, o governo argentino aprovou, com reservas, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, cujos artigos 27 e 46 dispõem da seguinte maneira, respectivamente²⁸:

Artigo 27

Direito Interno e Observância de Tratados

Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

(...)

Artigo 46

Disposições do Direito Interno sobre Competência para Concluir Tratados

1. Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental.

2. Uma violação é manifesta se for objetivamente evidente para qualquer Estado que proceda, na matéria, de conformidade com a prática normal e de boa fé.

E, em virtude dessa inibição imposta aos Estados-membros da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a Corte Suprema de Justiça da Nação

²⁷ Disponível em: <<http://www.dipublico.org/legislacion/Ley19865.pdf>>. Acesso em: 28 dez.2015.

²⁸ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 28 dez.2015.

Argentina, no julgamento do caso *Ekmekdjian v. Sofovich*²⁹, ocorrido em 07 de outubro de 1992, determinou que não se pode invocar normas de direito interno para descumprir um compromisso jurídico internacional, reconhecendo, assim, a primazia dos tratados internacionais em relação às normas de direito interno. Porém, da mesma forma como ocorreu no Brasil, a Corte suprema argentina também voltou atrás no que tange à expansão do alcance dos tratados internacionais de direitos humanos e, por ocasião do julgamento do caso *Fibraca Constructora SCA. v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*³⁰, determinando que fugiria à regra acerca do cumprimento obrigatório dos tratados por parte da Argentina os princípios de direito público da Constituição; con esta corrección los tratados volvían a subordinarse totalmente a la Constitución (MARINONI; MAZZUOLI, 2013, p. 345).

Porém, com a promulgação da Constitución de la Nación Argentina, em 22 de agosto de 1994³¹, houve importantes modificações a respeito da matéria, principalmente no que diz respeito à norma prevista no artigo 75, inciso 22, o qual concede ao Congresso a competência de aprovar ou rejeitar os tratados celebrados com outras nações e organizações internacionais, além de acordos com a Santa Sede, prevendo, ainda, expressamente na segunda parte do dispositivo, que uma série de tratados e acordos³² já validados pelo governo argentino terão hierarquia superior às leis³³.

Isto significa que uma lei posterior não pode afetar o tratado e que se houver colisão entre este e uma lei prevalecerá o tratado (MARINONI; MAZZUOLI, 2013, p.

²⁹ Disponível em: <<http://www.eco.unlpam.edu.ar/objetos/materias/abogacia/2-ano/derecho-civil-i/jurisprudencia/Ekmekdjian%20c.%20Sofovich.%20CSJN.%207-7-92.pdf>>. Acesso em: 28 dez.2015.

³⁰ Disponível em: <<http://www.infojus.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-fibraca-constructora-sca-comision-tecnica-mixta-salto-grande-recurso-hecho-fa93000274-1993-07-07/123456789-472-0003-9ots-eupmocsollaf>>. Acesso em: 28 dez.2015.

³¹ Disponível em <<http://bibliotecadigital.csjn.gov.ar/Constitucion-de-la-Nacion-Argentina-Publicacion-del-Bicent.pdf>>. Acesso em: 28 dez.2015.

³² São reconhecidos como superiores hierarquicamente em relação às leis internas argentinas os seguintes tratados internacionais, conforme prevê o artículo 75, inciso 22, de la Constitución de la Nación: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; Declaração Universal dos Direitos Humanos; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos e seu Protocolo Facultativo; a Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres; a Convenção contra a Tortura e Outras Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes; a Convenção sobre os Direitos das Crianças; nas condições da sua validade, estes tem hierarquia constitucional, não se aceitando nenhuma revogação de qualquer seção da primeira Parte da presente Constituição e deve ser entendido complementando os direitos e garantias para ele reconhecida.

³³ Artículo 75.- Corresponde al Congreso: (...). Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

346) e que, conforme prevê o próprio dispositivo constitucional, eles só poderão ser denunciados, se for o caso, por ato do Poder Executivo Nacional, após a aprovação dos dois terços do total de membros cada Cámara do Congresso Nacional. E, a fim de afastar quaisquer dúvidas acerca do procedimento correto para a aprovação dos tratados de direitos humanos ratificados pelo governo argentino, a mesma previsão constitucional leciona que os demais tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, tão logo sejam aprovados pelo Congresso Nacional, exigirão o voto de dois terços de todos os membros de cada casa para desfrutar de hierarquia constitucional.

Com efeito, verifica-se que o legislador constituinte argentino foi mais prevenido no que tange à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo mesmo. Porém, pela interpretação dada à expressão no derogan artículo alguno de la Preimera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos, verifica-se que os mesmo não possuem uma conotação constitucional, mas sim uma hierarquia ou categoria constitucional; ou seja, embora os mesmos não tenham formalmente caráter constitucional, os mesmos materialmente são considerados constitucionais, possuindo todos os predicados dos direitos fundamentais previstos na Carta Constitucional³⁴. Portanto, verifica-se, pelo histórico legislativo e jurisprudencial do governo argentino, que houve uma cisão no tratamento dos tratados internacionais de direitos humanos a partir da promulgação da Constituição de 1994, estendendo àqueles ratificados antes da promulgação da Constituição um caráter meramente material de norma constitucional e àqueles ratificados após essa data, uma natureza constitucional material e formal, desde que respeitado o *quorum* qualificado de aprovação por dois terços da totalidade dos membros de cada Câmara.

Transposta, assim, essa primeira fase da dissertação, além de discorrer acerca do histórico mundial, brasileiro e argentino acerca do controle de convencionalidade, com especial ênfase à jurisprudência e doutrina de cada país, passa-se, agora, à discussão existente, conforme será visto, no que tange à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados em ambos os países, seja em virtude da data de sua ratificação na legislação interna de cada país,

³⁴ Nesse sentido: Puede decirse así que el bloque de constitucionalidad argentino comprende al texto constitucional con más los tratados “constitucionalizados”. Éstos, en sentido estricto, no forman parte de la constitución, pero sí tienen categoría constitucional (MARINONI; MAZZUOLI, 2013, p. 346).

seja em razão do *quorum* congressional utilizado para fins dessa ratificação. Feita essa distinção entre as doutrinas existentes e conflitantes no que tange à hierarquia dessa espécie de tratados, poder-se-á apontar a qual, dentre estas, o autor se filia e o motivo que levou o mesmo a escolher uma em detrimento da outra e, oportunamente no segundo capítulo, efetuar o controle de convencionalidade das leis brasileiras e argentinas que estatuem a aposentadoria especial das pessoas com deficiência em relação à Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

1.2 UMA TENTATIVA DE UNIVERSALIZAÇÃO DO STATUS CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Voltando os olhares ao caso brasileiro, pode-se perceber que, procedendo no sentido de efetuar uma interpretação literal do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, verifica-se que o mesmo estabelece que os direitos e garantias nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais “em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Em outras palavras, a própria Constituição brasileira autoriza que esses direitos e garantias internacionais decorrentes dos tratados de direitos humanos e devidamente ratificados pelo Brasil “se incluem” no ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem (PIOVESAN, 2006, p. 51-52).

Ainda diligenciando no sentido de interpretar literalmente a referida norma, verifica-se que a mesma nunca vedou o caráter constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, independentemente deles terem sido ratificados pelo ordenamento jurídico brasileiro antes ou depois da vigência da EC nº 45/2004, o que, por exclusão, implica na conclusão de que tais tratados possuem, sim, *status* de norma constitucional. Portanto, segundo defende Mazzuoli (2013, p. 37), o fato de esses direitos se encontrarem em tratados internacionais jamais impediu a sua caracterização como direitos de status constitucional.

No fito, pois, de extinguir tal controversa, a EC 45/2004, conforme já aludido anteriormente, concedeu ao artigo 5º, da Carta Magna, o § 3º, o qual previu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Ocorre que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil em data pretérita em relação à publicação da EC 45/2004 prescindiam perpassar pelo *quorum* qualificado previsto no último parágrafo do artigo 5º, da CF/88 (igual ao quorum para aprovação das Emendas Constitucionais). Estes, para serem depois ratificados, eram exclusivamente aprovados (por meio de Decreto Legislativo) por maioria simples no Congresso, nos termos do art. 49, I, da CF, o que implica numa discussão acerca da natureza constitucional ou infraconstitucional dos mesmos (MAZZUOLI, 2013, p. 40).

Diante de tais circunstâncias, surgiriam duas hipóteses diversas de, no cenário jurídico brasileiro, poderem ser ratificados tratados internacionais de direitos humanos.

Na primeira hipótese, depois de assinado pelo poder Executivo, o tratado internacional de direitos humanos seria aprovado pelas duas Casas do Congresso Nacional (Senado Federal e Congresso Nacional) por maioria simples, nos termos do artigo 49, inciso I, da Constituição Federal e, depois de ratificados, promulgados e publicados no Diário Oficial da União. Isso conferiria ao tratado natureza material de direito constitucional, porém desprovido de natureza formal. Para tanto, o tratado internacional de direito humano ratificado no ordenamento jurídico brasileiro, independentemente de ter sido ele ratificado antes ou depois da data da publicação da EC 45/2004, poderia, posteriormente, perpassar pelo *quorum* qualificado previsto no artigo 5º, § 3º, da Lei Maior para, assim, ganhar status material e formal de direito constitucional.

Na segunda hipótese, por sua vez, depois de assinado pelo Poder Executivo, tal tratado seria imediatamente aprovado por três quintos dos votos dos deputados federais e senadores em dois turnos para cada uma das Casas, suprimindo, em razão do critério da especialidade, a fase do artigo 49, inciso I, da CF/88, autorizando-se, por conseguinte, uma futura ratificação do acordo já com a aprovação necessária para que o tratado, uma vez ratificado pelo Presidente da República e já se encontrando em vigor internacional, ingresse no ordenamento brasileiro com força da EC nº 45/2004.

Porém, frisa-se que a doutrina pertinente refuta essa segunda hipótese, uma vez que a mesma não se enquadraria nos casos em que o tratado internacional, prescinde, para sua eficácia no ordenamento doméstico, de certas condições no

âmbito internacional, além de padecer de certos vícios procedimentais, conforme muito bem observado por Mazzuoli (2013, p. 54):

Percebe-se que esta segunda hipótese é perigosa e pode ser mal interpretada, lendo-se friamente o § 3º do art. 5º, que, à primeira vista, leva o intérprete a entender que, a partir da aprovação congressual, pelo *quorum* que ali se estabelece, os tratados de direitos humanos já passam a equivaler às emendas constitucionais, o que não é verdade, uma vez que, para que um tratado entre em vigor interno, é imprescindível a sua futura ratificação pelo Presidente da República e, também, que já produza efeitos na órbita internacional, não se concebendo que um tratado de direitos humanos passe a ter efeitos de emenda constitucional – e, conseqüentemente, passe a ter o poder de reformar a Constituição – antes de ratificado e, muito menos, antes de ter entrado em vigor internacionalmente.

Nesse diapasão, verifica-se que a real função da criação, pelo Poder Legislativo, do § 3º, da Constituição da República, consiste em atribuir eficácia constitucional formal e material aos tratados que, por ocasião de sua entrada no ordenamento jurídico brasileiro, respeitam o *quorum* qualificado. Conquanto os demais tratados, cujo *quorum* é simples, nos termos do artigo 5º, § 2º, da CF/88, somente possuem caráter material de direito constitucional e, caso se pretenda que esses tratados sejam formalmente constitucionais, eles deverão, a qualquer momento, passar pelo *quorum* qualificado do § 3º.

Na prática, pois, o que se percebe é que os tratados internacionais de direitos humanos que se submetem ao § 3º ou que, após perpassados pelo § 2º do artigo 5º, da Carta Magna, sejam submetidos e aprovados pelo *quorum* qualificado, são considerados direitos constitucionais formais e materiais, ao passo que aqueles somente possuem conotação material, uma vez que possuem os seguintes benefícios em relação a estes:

- 1) eles passarão a reformar a Constituição, o que não é possível tendo apenas o *status* de norma constitucional;
- 2) eles não poderão ser denunciados, nem mesmo com Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, podendo ser o Presidente da República responsabilizado em caso de descumprimento dessa regra (o que não é possível fazer – responsabilizar o chefe do Estado – tendo os tratados somente *status* de norma constitucional); e
- 3) eles serão paradigma do controle concentrado de convencionalidade, podendo servir de fundamento para que os legitimados do art. 103 da Constituição (v.g., o Presidente da República, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB etc.) proponham no STF as ações de controle abstrato (ADin, ADECON, ADPF etc.), a fim de invalidar *erga omnes* as normas domésticas com eles incompatíveis (MAZZUOLI, 2013, p. 60-61; p. 60-61)

Assim sendo, chega-se à conclusão de que em todos os casos (aprovação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo *quorum* simples e anterior à EC 45/2004, aprovação pelo *quorum* simples e ulterior à EC 45/2004 e aprovação pelo *quorum* qualificado e ulterior à EC 45/2004), o tratado terá status de norma constitucional por integrar o núcleo material do bloco de constitucionalidade previsto no art. 5º, § 2º, da CF/88; porém, somente no terceiro caso ele terá conotação material e formal de direito constitucional e, com isso, terá as prerrogativas contidas nos tópicos 1, 2 e 3 do trecho citado da obra de Mazzuoli.

Diante de tais constatações, pode-se descrever que os tratados de direitos humanos, independentemente da forma como ingressaram no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista o caráter cogente da regra insculpida no artigo 5º, § 1º, da Lei Maior, a qual leciona que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, têm aplicação imediata. Logo, pela aplicação do citado dispositivo constitucional, os tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil figura como parte não dependem do moroso trâmite congressista da ratificação das convenções internacionais para poderem ser aplicados no cenário jurídico brasileiro.

Isso se deve, pois, ao o artigo 5º, § 2º, da Carta Magna, em que verifica-se que o mesmo leciona no sentido de que os direitos nela expressos não excluem outros decorrentes dos tratados (de direitos humanos) dos quais a República Federativa do Brasil “seja parte”. A legislação interna brasileira não diligenciou no sentido de explicar o que se entende pela expressão “parte”; porém, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, de 23/10/2009, inserida no ordenamento brasileiro em 14/12/2009, através do Decreto nº 7.030, sim. Conforme o artigo 2º, § 1º, alínea g, do texto de Viena, ser “parte” significa que o Estado consentiu em se obrigar com dado tratado e em razão do qual o mesmo esteja em vigor; em outras palavras, significa ratificar um tratado internacional.

Portanto, tendo em vista a conotação constitucional e fundamental dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, independentemente do *quorum* ou de ter sido ele ratificado em data pretérita ou ulterior em relação à Emenda Constitucional 45/2004, o fato deste tipo de tratado inserir-se no bloco de constitucionalidade (constitucionalidade material) lhe outorga a possibilidade de ser imediatamente aplicável no cenário brasileiro, não sendo

condicionando à futura criação de norma doméstica, bastando, para tanto, sua ratificação pelo chefe do Estado brasileiro.

Porém, afirma-se que se está a tratar de uma mera tentativa de universalização do caráter constitucional dos tratados de direitos humanos, uma vez que, analisando os diferentes procedimentos para validação dos tratados internacionais de direitos humanos, verifica-se que aqueles aprovados em data anterior em relação à Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004 e mesmo aqueles que, embora aprovados em data posterior, o foram pelo *quorum* congressional do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, possuem um procedimento totalmente distinto daqueles aprovados pelo quorum previsto no artigo 5º, § 3º, da Carta Política.

Com efeito, vê-se que aqueles são aprovados por maioria simples do congressistas presentes na sessão de votação, conquanto estes últimos são realizados por maioria qualificada de todos os congressistas, o que necessita, pois, de um ambiente de debate e especulação muito mais exauriente do que aquele, logo, um decreto legislativo aprovado por maioria simples não pode transmutar-se em decreto legislativo aprovado pelo rito das emendas constitucionais, o que violaria as regras constitucionais reguladoras do processo legislativo (MARINONI; MAZZUOLI, 2013, p. 91).

1.3 EMERGÊNCIA DE UM NOVO PARADIGMA JURÍDICO NO BRASIL E NA ARGENTINA: DA HERMÉTICA PIRÂMIDE CENTRADA NO STATE APPROACH À PERMEABILIDADE DO TRAPÉZIO CENTRADO NO HUMAN RIGHTS APPROACH

O sistema de hierarquização das leis comumente utilizado leva em consideração uma espécie de pirâmide, que possui como referencial teórico Hans Kelsen³⁵, no qual a Constituição se encontra em seu ápice e as demais legislações

³⁵ Nesse sentido: Como, dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior e a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma

devem com ela conferir, tanto material quanto formalmente. Diz-se que essa compatibilidade de leis em relação à Constituição é hermética, uma vez que a mesma não leva em consideração os tratados internacionais que se relacionam com as leis domésticas; por isso, dá-se o nome de *State approach* a esse sistema de hierarquização das leis.

Já o mencionado trapézio centrado no *Human rights approach* consiste em um novo paradigma jurídico que leva em consideração os tratados internacionais de direitos humanos, de modo a, colocando-os ao lado da Constituição, os mesmos possuam igualmente o *status* de normas reguladoras de outras normas³⁶. Essa possível equiparação dos tratados internacionais em relação à Constituição se mostra como tendência no cenário jurídico latino-americano, uma vez que, com a democratização de seus governos a partir de década de 1980, as constituições foram consagradas com cláusulas constitucionais abertas³⁷ que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade (MARINONI; MAZZUOLI, 2013, p. 118), concatenando um processo de constitucionalização do Direito Internacional com outro de internacionalização do Direito Constitucional, configurando, assim, um ordenamento em forma de trapézio, no qual inexistem um único ápice, como era a pirâmide kelseniana, passando, agora, a ter dois vértices superiores, quais sejam, a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos.

A partir desse diálogo de fontes internacionais e nacionais do Direito, há a permeabilidade do Direito mediante o diálogo de jurisdições; empréstimos constitucionais; e a interdisciplinaridade, a fomentar o diálogo do Direito com outros

fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora. Se se começar levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado. A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais (KELSEN. 1999, p. 155).

³⁶ Nesse sentido vide Marinoni; Mazzuoli (2013, p. 118-122).

³⁷ Cláusulas abertas consistem, conforme Martins-Costa (1998, p. 6-7), em janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis, porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não-previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não-advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo.

saberes e diversos atores sociais, ressignificando, assim, a experiência jurídica (MARINONI; MAZZUOLI, 2013, p. 119-120), o que confere, nas palavras de Peter Haberle, uma abertura da Constituição a uma sociedade plural de intérpretes³⁸. E, como última e principal característica do trapézio que possibilita o diálogo de jurisdições/legislações internacionais e internacionais, além de uma abertura a outros tipos de conhecimento, tem-se a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental e referência estrutural para o constitucionalismo mundial, a emprestar-lhe fundamento de validade, seja qual for o ordenamento, não apenas dentro, mas também fora e contra todos os Estados (FERRAJOLI, 2002, p. 338).

O controle de convencionalidade, assim, encontra nessa mudança de paradigma, de um conceito hermético de pirâmide. cujo ápice somente pertencia à Constituição. para um conceito permeável de trapézio que abarca outras fontes do Direito, com ênfase no Direito internacional, além de outras fontes de saberes (sociedade de intérpretes), um terreno fértil para surgir como palco de discussões acerca da compatibilidade vertical-material de legislações internas com os tratados internacionais de direitos humanos, utilizando como lente interpretativa o princípio da dignidade da pessoa humana.

Porém, antes de uma efetiva implementação do controle de convencionalidade no cenário jurídico brasileiro, pode-se evidenciar a existência de uma feroz divergência no que tange à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, uma vez que, ao contrário da teoria disposta nos tópicos anteriores, muitos doutrinadores e, inclusive o Supremo Tribunal Federal, fazem diferenciações entre o *status* jurídico desses tratados, dependendo da data em que foram ratificados pelo governo brasileiro e pelo *quorum* utilizado para fins de sua aprovação.

Aliás, em 18/05/2001, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480, cujo Relator foi o Ministro Celso de Mello³⁹, o Supremo Excelso firmou jurisprudência no sentido de que os tratados internacionais são equivalentes à lei ordinária federal, sujeitos à suspensão de eficácia caso surja

³⁸ O objetivo do trabalho não é o aprofundamento na teoria de Peter Haberle; porém, para melhor compreensão acerca do conceito do autor de sociedade plural de intérpretes, vide Hermenêutica Constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

³⁹ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>>. Acesso em: 28 dez.2015.

lei posterior em sentido contrário (AMARAL JUNIOR; JUBILUT, 2009, p. 805). Tal entendimento, porém, foi objeto de severas críticas, uma vez que uma forte corrente doutrinária pregava que, com a promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, houve uma incorporação automática das normas de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, dotando tais normas de uma dignidade constitucional, por força do art. 5º, §§ 1º e 2º, da própria Constituição Federal (AMARAL JUNIOR; JUBILUT, 2009, p. 807)⁴⁰.

Porém, novamente instado a se debruçar ao tema, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP⁴¹, no qual preponderou o voto do Revisor Ministro Gilmar Mendes, freou a tentativa de expansão da natureza constitucional de todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, independentemente da época e do procedimento adotado no seu processo de validação, sustentando que os tratados internacionais de direitos humanos que não forem aprovados pelo Congresso Nacional no rito especial do art. 5º, § 3º, da CF/88, têm natureza supralegal: abaixo da Constituição, mas acima de toda e qualquer lei (AMARAL JUNIOR; JUBILUT, 2009, p. 808). Nesse trilhar, faz-se imponente transcrever a conclusão do Ministro Gilmar Mendes por ocasião do referido julgado:

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969.

Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por

⁴⁰ Comungam com esse pensamento PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad. 1996. p. 89 e CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. **Arquivos do Ministério da Justiça**, n. 182, p. 27-54, 1993.

⁴¹ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: em 28 dez.2015.

exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916.

Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.

De qualquer forma, o legislador constitucional não fica impedido de submeter o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, além de outros tratados de direitos humanos, ao procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição, tal como definido pela EC nº 45/2004, conferindo-lhes status de emenda constitucional (BRASIL, 2015, p. 55-56)

Diante de tais conclusões do Ministro, percebe-se que é bastante claro o posicionamento da Corte Constitucional brasileira no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil antes de 30 de dezembro de 2004, data da publicação da Emenda Constitucional nº 45, por não terem perpassado pelo procedimento previsto no artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal, não possuem hierarquia de norma constitucional, mas sim de norma supralegal, a qual, sem o poder de revogar normas que com eles são incompatíveis, os mesmos agem na eficácia dessas leis contrastantes, somente paralisando seus efeitos perante a sociedade brasileira. Logo, como se percebe pela análise do emblemático julgado cujo trecho se encontra acima, o artigo 1.287, do Código Civil Brasileiro de 1916⁴², o artigo 4º, do Decreto-Lei nº 911/69⁴³, combinado com o artigo 367, do Decreto-Lei nº 1.608⁴⁴ e o artigo 652, do Código Civil de 2002⁴⁵ não foram extirpados da legislação brasileira (revogados) pelo artigo 7º, nº 7, do Pacto de San

⁴² Art. 1.287. Seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário, que o não restituir, quando exigido, será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano e a ressarcir os prejuízos (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 29 dez.2015).

⁴³ Art. 4º Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil. (Redação dada pela Lei nº 6.071, de 1974) (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0911.htm>. Acesso em: 29 dez.2015).

⁴⁴ Art. 367. O autor, na petição inicial, instruída com o documento de depósito, requererá a citação do réu para entregar, no prazo de quarenta e oito (48) horas, sob pena de prisão, o objeto depositado ou seu equivalente em dinheiro, declarado no título ou estimado pelo autor (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 29 dez. 2015).

⁴⁵ Art. 652. Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 dez.2015).

José da Costa Rica⁴⁶, mas somente perderam sua eficácia no que tange à aplicação da pena de prisão ao depositário infiel em virtude do efeito paralisante da norma alienígena.

Em outras palavras, essa série de normas infraconstitucionais que positivavam a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, em que pese continuem vigorando e, portanto, ainda se enquadram no plano de existência e validade das leis, uma vez que não estão em desacordo com a Constituição Federal tampouco com tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo *quorum* congressual previsto no artigo 5º, § 3º, da Carta Magna, as mesmas não se enquadram no plano de eficácia das leis, uma vez que sua possibilidade de surtir efeitos na esfera jurídica dos cidadãos está paralisada por uma norma alienígena. Nesse cenário, cabe trazer à lume o seguinte trecho da obra de Luiz Flávio Gomes (2008, p. 76-77):

De acordo com a lógica positivista clássica (Kelsen, Hart, etc.), lei vigente é lei válida, e mesmo quando incompatível com a Constituição ela (lei vigente) continuaria válida até que fosse revogada por outra. O esquema positivista clássico não transcendia o plano da legalidade (e da revogação). Confundia-se invalidade com revogação da lei e concebia-se uma presunção de validade de todas as leis vigentes. Não se reconhecia a tríplice dimensão normativa do Direito, composto de normas constitucionais, internacionais e infraconstitucionais. Pouca relevância se dava para os limites (substanciais) relacionados com o próprio conteúdo da produção do Direito. A revogação de uma lei, diante de tudo quanto foi exposto, é instituto coligado com o plano da “legalidade” e da “vigência”. (...). A declaração de invalidade de uma lei, por seu turno, que não se confunde com sua revogação, é instituto vinculado com a nova pirâmide normativa do Direito (acima das leis ordinárias acham-se a Constituição Federal, assim como o DIDH), ou seja, deriva de uma relação (antinomia ou incoerência) entre a lei e a Constituição ou entre a lei e o Direito Internacional dos Direitos Humanos e relaciona-se com o plano do conteúdo substancial desta lei.

Porém, cabe ressaltar que, conforme esse entendimento do Supremo Excelso, nada impede que os tratados internacionais de direitos humanos que não possuam conotação constitucional, seja porque não observaram o *quorum* previsto no parágrafo 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal, seja porque foram ratificados pelo Brasil antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, logrem a obtenção de hierarquia constitucional, possuindo,

⁴⁶ Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal. (...). 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 29 dez.2015).

assim, todos as características dos direitos fundamentais já positivados na Constituição Cidadã de 1988, entre outros, com sua aplicabilidade imediata e sua possibilidade de revogação de normas infraconstitucionais que com eles sejam discrepantes⁴⁷, desde que, nesse caso, sejam apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional e, mediante a sua aprovação, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Portanto, pelo posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, pode-se perceber que, para uma legislação infraconstitucional ter validade, a mesma estaria vinculada a dois níveis de controle, quais sejam: a) a Constituição Federal e os tratados de direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais (aprovados pelo *quorum* especial do artigo 5º, parágrafo 3º, CF/88); e b) os tratados de direitos humanos com status supralegal (abaixo da Constituição, mas acima do direito infraconstitucional) (MARINONI; MAZZUOLI, 2013, p. 65).

Os tratados internacionais de direitos humanos, pois, dependendo do *quorum* de aprovação congressual e da época em que foram ratificados pelo Brasil, integram o ordenamento pátrio de duas formas distintas: 1ª) em que eles se inserem no bloco material e formal de constitucionalidade, desde que ratificados a partir de 30 de dezembro de 2004 e pelo *quorum* de dois terços, em duas votações, das duas Casas do Congresso Nacional ou casos ratificados antes dessa data, que sejam submetidos novamente ao Congresso Nacional e observado o mesmo *quorum* qualificado de aprovação e; 2º) em que ele ganha *status* de supralegalidade, possuindo somente efeito paralisante em relação às normas inferiores, nos casos em que o mesmo observe o *quorum* congressual comum previsto no artigo 5º, § 2º da Constituição brasileira ou tenham sido ratificados pelo Brasil antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45/2004 sem perpassar por uma nova votação pelo *quorum* qualificado previsto no artigo 5º, § 3º da Constituição Federal.

⁴⁷ Acerca das características das normas constitucionais, eis o trecho da obra de Valéria Ribas do Nascimento (2011, p. 83), parafraseando Carbonell Miguel (2005, p. 9-10): Carbonell acredita que existem três distintos níveis a serem analisados ao tratar de neoconstitucionalismo. Dentre eles, está a época histórica, pois este novo movimento constitucional pretende explorar um conjunto de textos constitucionais que surgem depois da Segunda Guerra Mundial, mais particularmente a partir dos anos setenta do século XX. Nas palavras do jurista, são constituições que não se limitam à disposição de competências ou à separação dos poderes públicos, mas, para além disso, contém um alto nível de normas materiais ou substantivas que condicionam o Estado por meio de fins e objetivos. Em segundo lugar, estão as práticas jurisprudenciais, que exigem dos juízes novos parâmetros interpretativos. Aqui, entram em jogo técnicas hermenêuticas apoiadas em princípios constitucionais e em diferentes teorias, como a da ponderação, a da proporcionalidade, a da razoabilidade, a da maximização dos efeitos normativos dos direitos fundamentais, dentre outras.

Diz-se que tais tratados são supralegais, pois os mesmos não podem ser revogados por leis domésticas posteriores ou especiais que lhe são contrárias (no todo ou em parte), podendo, em casos tais, ser revogada a legislação interna em virtude da incompatibilidade com eventual tratado internacional comum. Dessa forma, os tratados internacionais comuns também podem servir de paradigma ao controle das normas infraconstitucionais, pois estão acima delas; porém, diferentemente dos tratados de direitos humanos, não servirão de paradigma do controle de convencionalidade (expressão reservada aos tratados com nível constitucional), mas do controle de supralegalidade das normas infraconstitucionais (MAZZUOLI, 2013, p. 81).

Destarte, doravante, para a análise da compatibilidade das normas infraconstitucionais produzidas no País, se faz necessária uma compatibilização com o sistema do atual Estado Constitucional e Humanista de Direito, o qual se consagra através de dois níveis de aprovação: (1) controle de convencionalidade: em relação aos tratados de direitos humanos (material e formalmente constitucionais) ratificados e em vigor no Estado; e (2) controle de supralegalidade: em relação aos tratados internacionais comuns também ratificados e em vigor no país (GOMES; VIGO. 2008, p. 19).

Debruçando-se, assim, sobre uma possível classificação das tipologias de compatibilidades materiais-verticais da legislação interna em relação aos tratados internacionais aos quais o Brasil é parte, verifica-se que o artigo 74, nº 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos⁴⁸, responsável por criar a Corte Internacional de Direitos Humanos, criou a obrigação da própria Corte de controlar a convencionalidade das leis; em outras palavras, desde 03/12/1989 (data da promulgação do Decreto Legislativo nº 89⁴⁹), é possível que qualquer pessoa com personalidade de direito internacional se manifeste perante a Corte, a fim de compelir uma autoridade brasileira a observar algum tratado de direito humano que

⁴⁸ Artigo 74 - 1. Esta Convenção está aberta à assinatura e à ratificação de todos os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos.

2. A ratificação desta Convenção ou a adesão a ela efetuar-se-á mediante depósito de um instrumento de ratificação ou adesão na Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos. Esta Convenção entrará em vigor logo que onze Estados houverem depositado os seus respectivos instrumentos de ratificação ou de adesão. Com referência a qualquer outro Estado que a ratificar ou que a ela aderir ulteriormente, a Convenção entrará em vigor na data do depósito do seu instrumento de ratificação ou adesão (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 29 dez. 2015).

⁴⁹ Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/cortedecreto89.htm>>. Acesso em: 26 mai.2015.

seu país de origem é parte. Posteriormente, mais precisamente em 26/09/2006, com o julgamento do Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile, a Corte Interamericana passou a entender ser obrigação dos juízes e tribunais internos proceder ao exame da compatibilidade das leis domésticas com a Convenção Americana, sendo válida a seguinte transcrição:

19. Dicha responsabilidad internacional agravada es una consecuencia de la violación del jus cogens, - conformando una ilegalidad objetiva¹⁶, - que acarrea otras consecuencias en materia de reparaciones. Ningún Estado puede acudir a artificios para violar normas del jus cogens¹⁷; las prohibiciones de este último no dependen del consentimiento del Estado¹⁸. En su muy reciente Sentencia, de hace cuatro días, en el caso Goiburú y Otros versus Paraguay (del 22.09.2006), la Corte Interamericana amplió el contenido material del jus cogens de modo a abarcar el derecho de acceso a la justicia en los planos nacional e internacional, en el sentido en que venía yo propugnando en el seno de la Corte hace ya algún tiempo, tal como señalé en mi Voto Razonado (pp. 62-68) en este caso (p. 71-72).

A partir de então, pois, chegou-se à conclusão de que os tribunais pátrios deveriam ser vanguardeiros na luta pela compatibilização das normas domésticas em relação aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, cabendo à Corte Interamericana de Direitos Humanos somente uma competência subsidiária⁵⁰, que poderá ser perseguida por uma das pessoas que possuem personalidade jurídica de direito público, caso a controvérsia não seja resolvida em âmbito nacional. Tal é o caráter vanguardeiro dessa busca, pelos tribunais pátrios, dessa compatibilização entre tratado internacional e leis internas que a doutrina tem entendido que prescinde para sua atuação de instigação pelas partes, devendo os próprios tribunais, de ofício, fazerem o controle de convencionalidade no caso concreto:

Isso tem reflexos no chamado controle difuso de convencionalidade, pois se a Corte Interamericana (repita-se: a “intérprete última” da Convenção) não limita o dito controle a um pedido expresso das partes em um caso concreto, e se, ao seu turno, os juízes e tribunais locais “devem” levar em conta a interpretação que do tratado faz a Corte Interamericana, tal significa que o Poder Judiciário interno não deve se prender à solicitação das partes, mas controlar a convencionalidade das leis *ex officio*, sempre que estiver diante de um caso concreto cuja solução possa ser encontrada em tratados

⁵⁰ Sobre a competência subsidiária da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação às Cortes internas vide: os órgãos encarregados de realizar o controle jurisdicional de convencionalidade nos Estados Nacionais são os juízes e tribunais. A efetividade do *corpus iuris* interamericano de direitos humanos depende fundamentalmente dos Judiciários nacionais se comprometerem em todos os níveis com esta tarefa. Em virtude da competência da Corte Interamericana ser subsidiária ou complementar, o volume do contencioso dela em comparação com o número de violações julgadas pelos juízos nacionais é mínimo. Desta forma, o verdadeiro *front* da batalha pela implementação dos direitos humanos é a jurisdição nacional (SALDANHA; VIEIRA. 2013, p. 12).

internacionais de direitos humanos em que o Estado seja parte: *iura novit curia* (MAZZUOLI, 2013, p. 98).

Portanto, diante desse importante julgado da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pode-se fazer um traçado, em nível de competência dos tribunais nacionais e internacionais em relação aos direitos internacionais de direitos humanos no seguinte sentido: 1) regra geral: num primeiro momento, a competência para avaliar a (in) compatibilidade vertical e material das leis e decisões judiciais com os tratados de direitos humanos será dos tribunais pátrios, que poderá ser feito pelo controle concentrado ou pelo controle difuso (*ex officio* ou mediante solicitação das partes) e; 2) exceção: subsidiariamente, qualquer pessoa jurídica de direito internacional poderá instigar a Corte Interamericana de Direitos Humanos para se debruçar acerca de suposta incompatibilidade vertical e material da legislação doméstica em relação a algum tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo seu país de origem.

Feito esse apanhado acerca dos diferentes tipos de controle das leis internas em comparação aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, cabe, agora, apresentar um detalhe importante sobre os efeitos da decisão, internacional ou interna, que decreta inconvencionalidade de dada lei ou decisão judicial. Trata-se de questão atinente aos planos de existência, validade e eficácias das leis. Com efeito, cabe salientar que, em matéria de controle vertical-material das leis, o único que terá o condão de revogar uma lei (plano da existência), será o controle de constitucionalidade, uma vez que, conforme preceitua o § 2º, do artigo 102, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, somente,

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Nos casos, pois, que a norma interna esteja de acordo com a Constituição, mas em desacordo com eventual tratado já ratificado pelo governo e em vigor no plano interno brasileiro, poderá ela ser até considerada vigente (pois, repita-se, está de acordo com o texto constitucional), mas não poderá ser tida como válida, por não ter passado imune a um dos limites verticais materiais agora existentes: os tratados

internacionais em vigor no plano interno (MAZZUOLI, 2013, p. 111). Apoderando-se de tais premissas, chega-se à conclusão de que, quando o magistrado se deparar com uma situação em que deverá utilizar-se do controle de normas internas em relação às convenções internacionais ratificadas pelo Estado brasileiro, ele poderá perpassar por quatro situações distintas, quais são elas:

a) se a lei conflitante é anterior à Constituição, o fenômeno jurídico que surge é o da não recepção, com a consequente revogação da norma a partir daí, quando então se fala em revogação por ausência de recepção; b) se a lei antinômica é posterior à Constituição, nasce uma inconstitucionalidade, que pode ser combatida pela via do controle difuso de constitucionalidade (caso em que o controle é realizado num processo subjetivo entre partes *sub judice*) ou pela via do controle concentrado (com a propositura de uma ADin no STF pelos legitimados do art. 103 da Constituição); c) quanto a lei anterior conflita com um tratado (comum – com *status* supralegal – ou de direitos humanos – com *status* de norma constitucional) ratificado pelo Brasil e já em vigor no país, ela é revogada (derrogada ou ab-rogada) de forma imediata (uma vez que o tratado lhe é posterior, para além de superior); e d) quando a lei é posterior ao tratado e incompatível com ele (não obstante ser eventualmente compatível com a Constituição) tem-se que tal norma é inválida (apesar de vigente...) e, consequentemente, totalmente ineficaz (MAZZUOLI, 2013, p. 134)

O controle de convencionalidade, pois, assim entendido por aquele realizado quando se põe em contraste uma norma interna e um tratado internacional ratificado pelo Brasil, independentemente de ser aquela anterior ou posterior a este, dá-se por meio da via difusa (por meio incidental e com efeitos inter partes) e pela via concentrada (por meio de ação e com efeitos *erga omnes*). O controle difuso existe no sistema legislativo brasileiro desde a promulgação da Constituição Federal, de 05/10/1988; logo, desde essa data o juiz tem a prerrogativa de, incidentalmente, decretar a inconvencionalidade de normas incompatíveis com tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é parte, sem, porém, revogar a lei incompatível, uma vez que essa via de controle somente possui efeitos entre as partes litigantes.

Já o controle de convencionalidade concentrado, cuja competência detém o Supremo Tribunal Federal e, inclusive, possibilita ao mesmo a prerrogativa de considerar revogada a lei incompatível, somente nasceu em 30 de dezembro de 2004, com a promulgação da Emenda Constitucional 45. O controle de supralegalidade, por sua vez, é sempre exercido pela via de exceção, sendo competente qualquer juízo e tendo como Corte final o Superior Tribunal de Justiça, ou seja, é sempre difuso. Já o controle de convencionalidade poderá ser difuso ou

concentrado, neste último caso quando o tratado de direitos humanos for aprovado pela sistemática do art. 5º, § 3º da Constituição e entrar em vigor no Brasil (após ratificado) com equivalência de emenda constitucional (MAZZUOLI, 2013, p. 152).

Atendo-se, assim, ao controle difuso de convencionalidade, verifica-se, por vezes, que a própria Constituição brasileira poderá contrastar com a norma descrita em um tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo Estado brasileiro. Nesses casos, a doutrina entende que a antinomia existente entre eles (ou seja, entre a própria Constituição e o tratado internacional em questão) será resolvida pela aplicação do princípio *pro homine* dos direitos humanos, previsto no art. 29, alínea b, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, segundo o qual a primazia deve ser da norma que, no caso concreto, mais proteja os direitos da pessoa em causa (MAZZUOLI, 2013, p. 153); ou, nas palavras de Gomes⁵¹:

No plano material, quando se enfoca o Direito dos Direitos Humanos, os três ordenamentos jurídicos citados (CF, TDH e legislação ordinária) caracterizam-se por possuir, entre eles, vasos comunicantes (ou seja: eles se retroalimentam e se complementam). Em outras palavras, no plano material não há que se falar (ou é irrelevante falar) em hierarquia entre as normas de Direitos Humanos: por força do princípio ou regra *pro homine* sempre será aplicável (no caso concreto) a que mais amplia o gozo de um direito ou de uma liberdade ou de uma garantia. Materialmente falando, portanto, não é o status ou posição hierárquica da norma que vale mas, sim, o seu conteúdo (porque sempre irá preponderar a que mais assegura o direito).

Tal posicionamento exposto pela doutrina de ambos os autores (Gomes e Mazzuoli) vai, pois, ao encontro da já mencionada teoria acerca do diálogo entre as fontes internacionais e nacionais do Direito, não obstante a existência de hierarquia entre as mesmas, uma vez que, conforme explicita o autor no trecho citado, quando se enfoca o Direito dos Direitos Humanos, levando-se em consideração a regra *pro homine*, sempre será aplicável (no caso concreto) a que mais amplia o gozo de um direito, de uma liberdade ou de uma garantia, sem, todavia, haver a supressão de uma norma em relação à outra, uma vez que, conforme já analisado alhures, por força do disposto no artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal, os direitos e garantias nela esculpidos não excluem outros decorrentes do regime de princípios ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁵¹ Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI42679,51045-Direito+dos+direitos+humanos+e+a+regra+interpretativa+pro+homine>>. Acesso em: 05 jan.2015.

Um caso bastante citado no que tange à incidência do princípio *pro homine* na jurisprudência brasileira trata-se do *Habeas Corpus* nº 88.420 – PR⁵², de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, no qual o Impetrante pugnava por sua soltura no decorrer do processo criminal, haja vista que o condicionamento do direito de apelar ao prévio recolhimento do acusado à prisão (artigo 594, do Código de Processo Penal⁵³) iria de encontro ao disposto no artigo 8º, nº 2, alínea h, da Convenção Americana de Direitos Humanos⁵⁴.

Debruçando-se sobre o imbróglio legislativo, o Ministro Relator concedeu a ordem ao impetrante sob o fundamento de que, mesmo não sendo conferida envergadura constitucional ao Pacto de San José da Costa Rica, o mesmo integra, por força do artigo 5º, § 2º, da Lei Maior, o sistema pátrio de direitos e garantias constitucionais; logo, se o dispositivo do Código de Processo Penal ainda não se encontra revogado pelo Pacto de San José da Costa Rica, ao menos se encontra substancialmente mitigado⁵⁵.

Dessa maneira, em se tratando de controle difuso de convencionalidade, verifica-se que não há, propriamente dito, uma revogação da lei menos benéfica ao homem em benefício da lei mais benéfica, havendo, por intermédio do instituto do diálogo entre as fontes o julgamento de invalidação daquela em benefício desta, perdurando, pois, vigente a lei menos benéfica, ou nas palavras de Mazzuoli:

A Constituição não exclui a aplicação dos tratados de direitos humanos, nem estes excluem a aplicação dela, mas ambas as normas (Constituição e tratados) se unem para servir de obstáculo às normas infraconstitucionais que violem os preceitos ou da Constituição ou dos tratados de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte (2013, p. 158).

⁵² Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=463472>>. Acesso em: 05 jan.2016.

⁵³ Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória ou condenado por crime de que se livre solto (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 05 jan.2016).

⁵⁴ Artigo 8. Garantias judiciais (...).

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...)

h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 05 jan.2016).

⁵⁵ Ainda constitui exemplo de aplicação do princípio *pro homine* pelo Supremo Tribunal o *Habeas Corpus* nº 90.172-SP. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=479172>>. Acesso em 06 jan.2016.

O controle de concentrado de convencionalidade, por derradeiro, é aquele cuja realização, por meio de ação direta e abstrata junto ao Supremo Tribunal Federal e mediante a solicitação de um dos legitimados previstos no rol de incisos do artigo 103, da Constituição de 1988⁵⁶, somente é possível com um tratado de direitos humanos aprovado pelo quorum qualificado do artigo 5º, § 3º, da Constituição, sendo que tal tratado será formalmente constitucional, o que significa que ele passa a ser paradigma de controle (concentrado) de convencionalidade (BARROSO, 2008, p. 207).

Nessa medida, o controle concentrado de convencionalidade, fazendo uma interpretação analógica do artigo 102, inciso I, alínea a, da Constituição de 1988⁵⁷, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 03, de 17/03/1993, que prevê o controle concentrado de constitucionalidade, seria plenamente possível, uma vez que, como os tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo *quorum* qualificado equivalente às Emendas Constitucionais (artigo 5º, § 3º, da CF), entram no ordenamento jurídico com essa “equivalência às Emendas à Constituição”, todos os atributos e prerrogativas consagradas aos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal seriam, também, assegurados a este tipo de tratado internacional, guardadas as proporções.

Ora, se a Constituição possibilita que sejam os tratados de direitos humanos alçados ao patamar constitucional, com equivalência de emenda, por questão lógica deve também garantir-lhes os meios que prevê a qualquer norma constitucional ou emenda de se proteger contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional. Nesse sentido, é plenamente defensável a utilização das ações do controle concentrado, como a ADIn (que invalidaria *erga omnes* a norma infraconstitucional por inconvenção), a ADECON (que garantiria à norma infraconstitucional a compatibilidade vertical com um tratado de direitos humanos formalmente constitucional), e até mesmo a ADPF (que possibilitaria o cumprimento de um “preceito fundamental” encontrado em tratado de direitos humanos formalmente constitucional), senão também nos

⁵⁶ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 jan.2016).

⁵⁷ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 jan. 2016).

tratados de direitos humanos aprovados pela sistemática no art. 5º, § 3º, da Constituição e em vigor no país (MAZZUOLI. 2013, p. 168-169).

Na mesma posição, quando se estiver diante de uma omissão legislativa em manifesta violação a tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil equivalente às emendas constitucionais, será cabível a chamada Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), além de ser totalmente viável o remédio constitucional do mandado de injunção, previsto no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição brasileira, para colmatar omissões normativas que impossibilitem o exercício de um direito ou liberdade presente em tratado de direitos humanos internalizado com quorum qualificado (MAZZUOLI, 2013, p. 170).

Encerrada, pois, essa primeira parte do estudo acerca da possibilidade de classificação do controle de convencionalidade no Brasil, passa-se, agora, a debruçar-se sobre o caso argentino. Agindo, nesse sentido, faz-se de crucial importância verificar o assunto através de três recortes conexos ao tema, quais sejam: a) a situação dos tratados internacionais na Constituição e; b) a jurisprudência, em especial a da Corte Suprema de Justiça da Nação, sobre as relações entre o direito constitucional e os tratados internacionais.

Acerca do primeiro ponto – situação dos tratados internacionais na Constituição, tem-se que desde a Constituição Nacional Argentina de 1853 já se previa a força normativa dos tratados internacionais, uma vez que, em seu artigo 31, preconizava que, juntamente com a Constituição e com as leis da nação, os tratados internacionais são as leis supremas da nação⁵⁸. No mesmo passo, o artigo 27, da referida Constituição, conferia ao Governo Federal a obrigação de respeitar os acordos de paz e comércio realizados com países estrangeiros, desde estes estejam em conformidade com os princípios de direito público estabelecidos na Constituição⁵⁹. Ou seja, averiguando ambas as disposições constitucionais, verifica-se que, naquela época, os tratados internacionais, independentemente de serem

⁵⁸ Art.31. Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859 (Disponível em: <<http://www.biblioteca.jus.gov.ar/constitucionargentina1853.html>>. Acesso em: 30 dez.2015).

⁵⁹ Art.27. El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución (Disponível em: <<http://www.biblioteca.jus.gov.ar/constitucionargentina1853.html>>. Acesso em: 30 dez.2015).

comuns ou de direitos humanos, possuíam hierarquia de lei federal, uma vez que estavam condicionados ao controle de constitucionalidade, o que, inexoravelmente, leva à conclusão de que, naquela época, uma lei federal posterior ou especial em relação ao tratado poderia revogá-lo no todo ou em parte⁶⁰.

Esse cenário durou até 03 de outubro de 1972, com a criação da Lei nº 19.865, que aprovou a Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados, a qual, em seus artigos 27 e 46, expressa que, em regra não se podem invocar normas de direito interno para se desincumbir de um compromisso jurídico internacional. Porém, tal regra foi mitigada pelo julgamento, pela Suprema Corte argentina, do caso Fibraca⁶¹, Quando a mesma decidiu que, embora os tratados internacionais possuíssem supremacia hierárquica em relação às leis federais, os mesmos deveriam respeitar o direito público da Constituição. Com essa correção os tratados voltavam a se subordinar totalmente à Constituição (MARIONI; MAZZUOLI. (Coord.). 2013, p. 345).

Porém, em 22 de agosto de 1994, por ocasião da promulgação da Constituição da Nação da República Argentina, o governo argentino expandiu a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, uma vez que fez constar em seu artigo 75, nº 22, que caberia ao Congresso Nacional aprovar tratados internacionais de direitos humanos, os quais, inclusive, teriam hierarquia superior às leis; isto significa que uma lei posterior não pode afetar o tratado e que se houver colisão entre este e uma lei, prevalece o tratado (MARINONI; MAZZUOLI; 2013, p. 346), conforme se infere a partir da seguinte redação:

Artículo 75.- Corresponde al Congreso: (...).

Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

⁶⁰ Como puede advertirse, la constitución estableció reglas de preferencia jurídica y reglas de contenido de los tratados. Con relación a las primeras, y dado que los tratados se aprueban mediante ley, fueron precisamente equiparados a las leyes. Ello permitió decir que una ley posterior podía modificar a un tratado anterior, y viceversa, un tratado posterior podía modificar una ley anterior (MARINONI; MAZZUOLI, 2013, p. 344).

⁶¹ Disponível em: <<http://www.infojus.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-fibraca-constructora-sca-comision-tecnica-mixta-salto-grande-recurso-hecho-fa93000274-1993-07-07/123456789-472-0003-9ots-eupmocsollaf>>. Acesso em: 28 dez.2015.

y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño: en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

Nota-se, a partir da análise do presente artigo constitucional, que o mesmo se mostra bastante confuso, fazendo-se necessária uma interpretação mais profunda acerca do mesmo. Agindo nesse sentido, fazendo uma interpretação literal do texto da lei⁶², verifica-se, pela leitura da cabeça do artigo, que, em regra, todos os tratados internacionais, independentemente de serem tratados comuns ou de direitos humanos, possuem hierarquia supralegal; logo, conforme visto alhures, não possuem o condão de revogar as leis internas, limitando-se ao efeito paralisante, no que tange à ineficácia de leis nacionais com eles incompatíveis.

Na terceira parte do dispositivo legal, da mesma forma como o Brasil, por ocasião da Emenda Constitucional nº 45/2004, dinamizou o assunto, o legislador constituinte previu que, em relação aos tratados internacionais de direitos humanos a serem ratificados pelo governo argentino após a entrada em vigor da Constituição da Nação, os mesmos terão caráter de norma constitucional, possuindo, assim, todos os predicados daquelas efetivamente previstas na Constituição; porém, para lograr a obtenção desse status, os mesmos deverão ser aprovados pelo voto de dois terços da totalidade dos membros de cada Câmara, pondo um fim, assim, em qualquer rusga relativa ao assunto.

No entanto, logo acima, o legislador constituinte apresenta a segunda e mais polêmica exceção à regra disposta na cabeça do artigo, tratando de relacionar um rol taxativo de tratados internacionais que possuem força constitucional, o que

⁶² Entende-se como interpretação literal da lei o meio através do qual busca-se aferir o significado literal da norma jurídica por meio de uma interpretação que leve em consideração o exame das palavras e das regras gramaticais vigentes à época da elaboração do texto legal (MASCARENHAS, 2010, p. 28).

confere a estes uma força coercitiva em relação às normas internas, podendo, ao contrário dos tratados de direitos comuns, revogar as normas que com eles conflitassem.

Continuando, pois, na tarefa de interpretar esse dispositivo constitucional, verifica-se que, tão logo o constituinte tenha referido que esse rol taxativo possui hierarquia constitucional, o mesmo refere que esses tratados revogam artigo nenhum da primeira parte da Constituição e devem, por isso, serem entendidos como complementares em relação aos direitos e garantias por ela reconhecidos. Nesse ponto é onde reside a maior rusga doutrinária a respeito da hierarquia dos relacionados tratados internacionais de direitos humanos, o que, conforme alude Pedro (MARINONI; MAZZUOLI, 2013, p. 347), resultou em três posições doutrinárias diversas, a saber:

- (i) Una primera interpretación podría concluir que esos tratados se encuentra bajo la primera parte de la constitución, y por encima de la segunda, según una exégis literal del referido art. 75 inc. 22. El mismo puntualiza, en efecto, que no derogan ningún artículo de la primera parte de la constitución, de lo que se infiere, a contrario sensu, que sí pueden afectar artículo de la segunda.
- (ii) Otra prefiere hacer prevalecer al texto en juego en un caso concreto (constitución nacional o tratado) más favorable a la persona, por aplicación del postulado pro homine.
- (iii) Una tercera postura, expuesta de vez en cuando por varios jueces de la Corte, pero sin llegar a conformar una mayoría nítida, considera que el constituyente de 1994, al constitucionalizar esos tratados, ya hizo un juicio afirmativo de compatibilización de los mismos con la constitución, de tal modo que corresponde siempre armonizarlos entre sí y con la constitución, superando sus aparentes discordias, si las hubiere.⁶³

Diligenciando, assim, no sentido de suprimir essas dúvidas deixadas pela Constituição argentina. no que tange à hierarquia dos tratados internacionais que, por não acompanharem a regra do *quorum* qualificado, tiveram que ostentar status constitucional a partir de uma relação taxativa do legislador constituinte, passa-se, agora, a analisar o posicionamento da Suprema Corte Constitucional deste país, uma vez que a mesma é detentora da função de interpretar e proteger a Constituição.

⁶³ Sobre essa tendência jurisprudencial na Argentina, o autor convida a leitura do julgado CSJN, Chocobar, “La Ley” 1997-B-240, Monges, “La Ley 1997-C-143, além do trecho da seguinte obra de sua autoria: Censura Judicial y Derecho de Réplica. Buenos Aires: Astrea. 2008, p. 106 e seguintes.

Laborando nesse baluarte, tem-se que em 07/07/1992 a Corte Suprema argentina, no julgamento do caso Ekmedjian v. Sofovich⁶⁴, ficou diante de uma incógnita no que tange ao direito de uma pessoa física que se sentiu constrangida com algumas opiniões emitidas por um programa televisivo emitidas sobre Jesus Cristo e a Virgem Maria, alegando que, em virtude disso, teria direito de exercer o direito de resposta, baseando seu pedido no artigo 14.1, da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos.⁶⁵

Porém, a pretensão autoral foi rechaçada pela Corte, pois na medida em que o direito de resposta poderia vir a colidir com o direito à liberdade de imprensa, toda a interpretação dada ao artigo 14.1 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos deveria ser restritiva. Essa conclusão veio à tona em virtude de dois motivos.

O primeiro motivo diz respeito aos artigos 14 e 32 da Constituição Nacional, que conferiram hierarquia à liberdade de imprensa; logo, como a mesma possui preferência em relação ao direito de resposta, este somente poderia se sobressair em casos excepcionais.⁶⁶ O segundo motivo se deve porque, considerando que a Constituição da Nação conferiu força coercitiva às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a mesma deveria se filiar ao entendimento trazido pela Opinião Consultiva OC-7/86, a qual, avaliando qual a melhor interpretação a ser dada aos artigos 14.1, 1.1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, a mesma chegou à conclusão de que, embora a Convenção obrigue os países signatários a respeitar e garantir o livre e pleno exercício do direito à resposta a

⁶⁴ Disponível em: <<http://www.eco.unlpam.edu.ar/objetos/materias/abogacia/2-ano/derecho-civil-i/jurisprudencia/Ekmedjian%20c.%20Sofovich.%20CSJN.%207-7-92.pdf>>. Acesso em: 31 dez.2015.

⁶⁵ Artigo 14 - Direito de retificação ou resposta

1. Toda pessoa, atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei (Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Pesquisa em 31 dez. 2015).

⁶⁶ En la medida en que el reconocimiento del derecho de réplica, rectificación o respuesta, puede llegar a colisionar con el ejercicio de la libertad de prensa, toda interpretación que del art. 14.1 del Pacto de San José de Costa Rica (Adla, XLIV-B, 1250) se efectúe ha de serlo con carácter restrictivo. Y ello es así, porque los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional, han jerarquizado la libertad de prensa otorgándole el carácter de derecho preferido, que además de su condición de derecho individual ampliamente protegido por las garantías constitucionales que genéricamente amparan a todos los derechos de ese carácter, le confiere el empinado rango inherente a una "libertad institucional" que hace a la esencia del sistema representativo y republicano. (Del voto en disidencia del doctor Levene --h.--) (Disponível em: <<http://www.eco.unlpam.edu.ar/objetos/materias/abogacia/2-ano/derecho-civil-i/jurisprudencia/Ekmedjian%20c.%20Sofovich.%20CSJN.%207-7-92.pdf>>. Acesso em: 31 dez.2015).

todas as pessoas que estão sujeitas a sua jurisdição, considerando que o artigo 14.1 da Convenção apresenta uma condição de seu exercício à legislação interna de cada país, a regulação de seu exercício e as hipóteses em que esse direito poderá ser exercido é uma incumbência exclusiva de cada país.⁶⁷

A partir desse julgamento, a Corte Suprema da Argentina adotou a chamada doutrina do seguimento, no sentido em que os juízes argentinos deviam ter como guia as diretrizes que fixou em seus julgados a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Não era um seguimento robótico, mas traria ao parecer três consequências necessárias: (i) os juízes não poderiam ignorar a jurisprudência da Corte Interamericana; (ii) em princípio, eles tinham que projetá-la; (iii) para fugir dela, teriam que expor fortes argumentos justificadores de sua decisão (MARINONI; MAZZUOLI, 2013, p. 348).

Logo após essa paradigmática decisão, a Corte Suprema se deparou com o caso Bramajo⁶⁸, em que um fiscal de uma Câmara Criminal de um dos tribunais argentinos pugnou por pedidos de esclarecimentos em face da libertação da prisão de Hernán Javier Bramajo, sob o fundamento de que os prazos máximos das prisões preventivas previstos no artigo 1º, da Lei 24.390⁶⁹ colidiriam com o disposto no artigo 7º, inciso 5º, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

⁶⁷ ES DE OPINIÓN, por unanimidad A. Que el artículo 14.1 de la Convención reconoce un derecho de rectificación o respuesta internacionalmente exigible que, de conformidad con el artículo 1.1, los Estados Partes tienen la obligación de respetar y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. por unanimidad. B. Que cuando el derecho consagrado en el artículo 14.1 no pueda hacerse efectivo en el ordenamiento jurídico interno de un Estado Parte, ese Estado tiene la obligación, en virtud del artículo 2 de la Convención, de adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la propia Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias por seis votos contra uno.

C. Que la palabra "ley", tal como se emplea en el artículo 14.1, está relacionada con las obligaciones asumidas por los Estados Partes en el artículo 2 y, por consiguiente, las medidas que debe adoptar el Estado Parte comprenden todas las disposiciones internas que sean adecuadas, según el sistema jurídico de que se trate, para garantizar el libre y pleno ejercicio del derecho consagrado en el artículo 14.1. Pero en cuanto tales medidas restrinjan un derecho reconocido por la Convención, será necesaria la existencia de una ley formal (Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_07_esp.pdf>. Acesso em: 31 dez.2015).

⁶⁸ Disponível em: <<http://www.infojus.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-bramajo-hernan-javier-incidente-excarcelacion-causa-44891-fa96000393-1996-09-12/123456789-393-0006-9ots-eupmocsollaf>>. Acesso em: 31 dez. 2015.

⁶⁸ Artículo 1º - La prisión preventiva no podrá ser superior a dos años. No obstante, cuando la cantidad de los delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad de las causas hayan impedido la finalización del proceso en el plazo indicado, ésta podrá prorrogarse un año más por resolución fundada que deberá comunicarse de inmediato al tribunal de apelación que correspondiese para su debido contralor (Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/776/norma.htm>>. Acesso em: 31 dez.2015).

⁶⁹ Artículo 1º - La prisión preventiva no podrá ser superior a dos años. No obstante, cuando la cantidad de los delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad de las causas hayan

Em resposta ao pedido de esclarecimento, a Suprema Corte retratou que, tendo em vista a necessidade de todos os juízes argentinos em observar os ditames dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados por aquele país e, juntamente com o fato de que o prazo estabelecido no artigo 1º, da Lei 24.390 deveria ser compatível com as pautas estabelecidas no artigo 380 do Código de Procedimentos em Matéria Penal⁷⁰ e no artigo 319 do Código Processual Penal da Nação⁷¹, o prazo da prisão preventiva deve ser analisado no caso concreto, em estrita observância ao princípio da razoabilidade, levando em consideração a gravidade da infração. A partir desse julgado, houve uma expansão no tocante ao reconhecimento judicial da força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos, uma vez que a Corte Suprema da Nação impôs a todos os juízes, em seu controle difuso, o dever de analisar a compatibilidade vertical e material das leis internas com tratados que ostentassem esse tipo de conotação.

Em 14 de junho de 2005, deparando-se com o caso Simón⁷², o qual, na condição de policial federal, teria sequestrado José Liborio Poblete Rosa, sua esposa, Gertrudis Marta Hlaczik e a filha do casal, Claudia Victoria Poblete, levando ao centro de detenção intitulado “El Olimpo” e lá, cometido contra os mesmos os crimes contra a humanidade como privação de liberdade e tortura, duplamente agravada por mediar violência e ameaças e ter durado mais do que um mês, repetido duas vezes em concorrência real, o que, por sua vez, foi materialmente agravado por ter sido cometido em virtude de perseguição política. Nesse caso, o réu recorreu da decisão que decretou sua prisão preventiva, além de apreender

impedido la finalización del proceso en el plazo indicado, ésta podrá prorrogarse un año más por resolución fundada que deberá comunicarse de inmediato al tribunal de apelación que correspondiese para su debido contralor (Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/776/norma.htm>>. Acesso em: 31 dez. 2015).

⁷⁰ Artículo 380. - No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá denegarse la excarcelación cuando la objetiva valoración de las características del hecho y de las condiciones personales del imputado permitieran presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia. Lo dispuesto en este artículo no obstará a la aplicación de los incisos 2, 3, 4 y 5 del artículo anterior (disponible em: <http://www.infojus.gob.ar/legislacion/ley-nacional-2372-codigo_procesal_penal.htm>. Acesso em: 31 dez. 2015).

⁷¹ Artículo 319.- Legitimación. Podrán solicitar la revisión: a) El condenado o su defensor; b) El representante del Ministerio Público Fiscal a favor del condenado; c) El cónyuge, conviviente, ascendientes o descendientes del condenado, si éste hubiese fallecido (Disponível em: <<http://www.infojus.gob.ar/27063-nacional-codigo-procesal-penal-nacion-Ins0005987-2014-12-04/123456789-0abc-defg-g78-95000scanyel>>. Acesso em: 31 dez. 2015).

⁷² Disponível em: <<http://www.infojus.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-simon-julio-hector-otros-privacion-ilegitima-libertad-etc-poblete-causa-17768-fa05000115-2005-06-14/123456789-511-0005-0ots-eupmocsollaf>>. Acesso em: 31 dez.2015.

seus bens para uma futura execução, alegando que o mesmo deveria ser consagrado com o benefício disposto no artigo 1º, da Ley 23.521/87, o qual aduz que é assumido sem prova em contrário que aqueles à data da prática do ato estavam como diretores, oficiais subalternos, sargentos e praças das Forças Armadas, segurança, polícia e prisões, não são punidos por crimes ao abrigo referido no artigo 10.º, n.º 1 da Lei n.º 23.049⁷³ por ter agido sob ordens superiores.

Instados a se manifestar sob a rusga imposta pelas partes, os juízes da Suprema Corte afirmaram que, tal como foi reconhecido por esta corte, em diferentes oportunidades, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, assim como as Diretivas da Comissão Interamericana, constituem uma imprescindível pauta de interpretação dos deveres e obrigações derivados da Convenção Americana de Direitos Humanos. E, imbuídos dessa necessidade, inclusive imprescindível, de observância dos direitos e garantias dispostos nos estatutos internacionais, os juízes da Suprema Corte, considerando o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Velázquez Rodríguez⁷⁴, a responsabilidade civil em razão dos crimes de perseguição política ocorridos em regimes autoritários não incumbe aos indivíduos que os cometeram, mas sim ao Estado, dando, assim, provimento ao recurso do réu e ordenando a cassação da

⁷³ Art. 10 - El Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas conocerá mediante el procedimiento sumario en tiempo de paz establecido por los arts. 502 al 504 y concordantes del Código de Justicia Militar, de los delitos cometidos con anterioridad a la vigencia de esta ley siempre que: 1. Resulten imputables al personal militar de las fuerzas armadas, y al personal de las fuerzas de seguridad, policial y penitenciario bajo control operacional de las fuerzas armadas y que actuó desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 26 de setiembre de 1983 en las operaciones emprendidas con el motivo alegado de reprimir el terrorismo, y estuviesen previstos en el Código Penal y las leyes complementarias comprendidas en los incs. 2, 3, 4 ó 5 del art. 108 del Código de Justicia Militar en su anterior redacción. Para estos casos no será necesaria la orden de proceder a la instrucción del sumario y las actuaciones correspondientes se iniciarán por denuncia o prevención El fiscal general ejercerá en estas causas la acción pública en forma autónoma, salvo que reciba instrucción en contrario del presidente de la Nación o del ministro de Defensa. Procederá en estos casos un recurso ante la Cámara Federal de Apelaciones que corresponda, con los mismos requisitos, partes y procedimientos del establecido en el art. 445 bis. Cumplidos seis meses de la iniciación de las actuaciones, el Consejo Supremo dentro de los cinco días siguientes informará a la Cámara Federal los motivos que hayan impedido su conclusión. Dicho informe será notificado a las partes para que en el término de tres días formulen las observaciones y peticiones que consideren pertinentes, las que se elevarán con aquél. La Cámara Federal podrá ordenar la remisión del proceso y fijar un plazo para la terminación del juicio; si éste fuera excesivamente voluminoso o complejo, la Cámara señalará un término para que se informe nuevamente con arreglo a lo dispuesto en el párrafo anterior. Si la Cámara advirtiese una demora irustificada o negligencia en la tramitación del juicio asumirá el conocimiento del proceso cualquiera sea el estado en que se encuentren los autos (Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28157/norma.htm>>. Acesso em: 31 dez. 2015).

⁷⁴ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2015.

sentença, a fim de que o réu fique solto durante o desenrolar do processo, bem como seus bens sejam protegidos quanto à qualquer constrição judicial⁷⁵.

Sendo assim, pelo histórico da jurisprudência da Corte Suprema da Nação argentina, verifica-se que a mesma se filia à referida doutrina do seguimento, a qual defende que, quando se tratar de matéria relativa tanto à legislação interna quanto a um tratado internacional de direitos humanos, todos os juízes da nação, independentemente do grau de jurisdição que estejam, devem proceder no sentido de harmonizar ambas as legislações, tendo como lente de análise sempre a legislação que melhor se coaduna com os direitos humanos postos em debate no caso concreto, reconhecendo, para tanto, inclusive, a força vinculante das Cortes internacionais das quais a Argentina faz parte. Desse modo, vê-se pela gradação jurídica do Pacto de San José da Costa Rica na Constituição (art. 75 inc. 22 lhe confere estatuto constitucional), como os antecedentes da "doutrina de seguimento" e falta de rejeição à execução das sentenças da Corte Interamericana, por parte da Suprema Corte, que o terreno está fértil o suficiente para ser plantada ali a doutrina do controle de convencionalidade (MARINONI; MAZZUOLI, 2013, p. 351-352). Sobre o meio a isso, pois a Corte Suprema, por ocasião do julgamento do caso Videla y Massera⁷⁶, decidido em 31 de agosto de 2010, posicionou-se enfaticamente a favor da utilização do controle de convencionalidade pelos juízes argentinos:

Que, cabe subrayar, que esta Corte ha precisado que a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de

⁷⁵ Que, tal como ha sido reconocido por esta Corte en diferentes oportunidades, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conf. Fallos: 326:2805, voto del juez Petracchi, y sus citas). 18) Que ya en su primer caso de competencia contenciosa, "Velázquez Rodríguez"1, la Corte Interamericana dejó establecido que incumbe a los Estados partes no sólo un deber de respeto de los derechos humanos, sino también un deber de garantía, de conformidad con el cual, "en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención, cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de poderes que ostentan por su carácter oficial (...). Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General y dadas las particularidades del presente caso (conf. considerando 7°) se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revocan las sentencias apeladas con el alcance indicado. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que por quien corresponda se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase (Disponível em: <<http://www.infojus.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-simon-julio-hector-otros-privacion-ilegitima-libertad-etc-poblete-causa-17768-fa05000115-2005-06-14/123456789-511-0005-0ots-eupmocsollaf>>. Acesso em: 31 dez. 2015).

⁷⁶ Disponível em: <<http://www.infojus.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-videla-jorge-rafael-massera-emilio-eduardo-fa10985300-2010-08-31/123456789-003-5890-1ots-eupmocsollaf>>. Acesso em: 31 dez. 2015.

la Corte Interamericana es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, y que dicho tribunal internacional ha considerado que 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, tarea en la que 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 (Fallos: 330:3248, considerandos 20 y 21).

Todavía, tendo em vista, conforme analisado anteriormente, a menção de que o artigo 75, nº 22 da Constituição da Nação argentina de que os tratados internacionais de direitos humanos com hierarquia reconhecidamente constitucional não terem o poder de revogar qualquer artigo previsto na primeira parte da Constituição, devendo serem entendidos apenas como um complemento dos direitos e garantias já reconhecidos, cria-se uma incógnita no que tange a qual o melhor critério de solução de conflitos nesses casos em que uma norma constitucional colidir com um tratado internacional de direitos humanos.

A fim de responder a essa incógnita, cabe aludir que, conforme o histórico jurisprudencial da Corte Suprema da Nação argentina na qual o estudo se baseou até o presente momento, percebe-se que a mesma, desde 2006, com o julgamento do caso Simón, o qual foi retificado em 2010, com o julgamento do caso Videla y Massera, o Poder Judiciário argentino deixou bastante claro que, no país vizinho, impera a doutrina do seguimento, a qual compele ao juiz, ao analisar esses tipos de casos, sopesar as diferentes legislações pertinentes ao caso (internacional e nacional), conferindo, inclusive, força coercitiva às decisões traumáticas e opiniões consultivas extraídas da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Com efeito, cabe lembrar, nesse baluarte, que o caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile⁷⁷, julgado pela referida Corte em 26 de setembro de 2006, consiste num pedido de intervenção da Corte internacional no que diz respeito à constatação de que o assassinato de Almonacid Arellano por agentes do governo chileno, na época de sua ditadura, pode ser considerado como um crime de lesa humanidade⁷⁸ e, em

⁷⁷ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 31 dez.2015.

⁷⁸ En el presente caso, la Corte ha sido llamada a pronunciarse respecto a si el Estado cumplió con los deberes generales establecidos en los citados artículos 1.1 y 2 de la Convención al mantener en vigencia el Decreto Ley No. 2.191 con posterioridad a la ratificación de la Convención por parte de Chile. Por otro lado, la Corte debe determinar si la aplicación del referido decreto ley constituye una violación de los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de las presuntas víctimas del presente caso. Para ello, el Tribunal estima oportuno dividir el análisis de la cuestión de la siguiente manera: a) primero, habría

consequência disso, analisar se tal fato incidiu numa violação aos direitos humanos consagrados no artigo 8⁷⁹ e artigo 25.1⁸⁰, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos, conferindo, pois, uma resposta jurisdicional ao pedido formulado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu o seguinte parecer, conforme trecho do julgado extraído abaixo:

El Tribunal, como conclusión de todo lo señalado en esta sección A), considera que el asesinato del señor Almonacid Arellano formó parte de una política de Estado de represión a sectores de la sociedad civil, y representa sólo un ejemplo del gran conjunto de conductas ilícitas similares que se produjeron durante esa época. El ilícito cometido en contra del señor Almonacid Arellano no puede amnistiarse conforme a las reglas básicas del derecho internacional, puesto que constituye un crimen de lesa humanidad. El Estado incumplió su obligación de adecuar su derecho interno a efectos de garantizar los derechos establecidos en la Convención Americana, porque mantuvo y mantiene en vigencia el Decreto Ley No. 2.191, el que no excluye a los crímenes de lesa humanidad de la amnistía general que otorga. Finalmente, el Estado violó el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial, e incumplió con su deber de garantía, en perjuicio de los familiares del señor Almonacid Arellano, porque aplicó el Decreto Ley No. 2.191 al presente caso⁸¹.

Portanto, tendo em vista a conclusão dada pelo tribunal no referido caso e, considerando que a trajetória de decisões da Corte Suprema da Nação argentina verte no sentido de reconhecer a força coercitiva das decisões proferidas pela Corte internacional, pode-se concluir, com certo grau de robustez, que os tribunais argentinos devem reconhecer a força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo seu país, sob pena de ferir a jurisprudência da

que calificar si el homicidio del señor Almonacid Arellano constituye o no un crimen de lesa humanidad, b) en segundo lugar y en caso que se establezca que tal homicidio constituye un crimen de lesa humanidad, la Corte considerará si dicho crimen puede o no ser amnistiado, c) en tercer lugar y en caso que se establezca que tal crimen no puede ser amnistiado, el Tribunal analizará si el Decreto Ley 2.191 amnistía o no este crimen y si el Estado violó o no la Convención al mantener vigente esa normativa, y d) finalmente, la Corte analizará si la aplicación de dicha normativa por parte de las autoridades judiciales en el presente caso conlleva una violación de los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención (Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em 31 dez.2015).

⁷⁹ 8. Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, Quando seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação em virtude de sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.

⁸⁰ Artigo 25 - Proteção judicial. 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

⁸¹ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 31 dez.2015.

Suprema Corte e, por via de consequência, da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Entre todos os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo argentino, tem-se que o país vizinho é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual prevê que, em regra, os tratados internacionais de direitos humanos terão supremacia em relação ao direito interno de cada país signatário ao Pacto, salvo quando a norma constante no país de origem assegure, com um grau relativamente maior de satisfação, os direitos humanos que estão sendo postos em voga em dado caso concreto, conforme dispõe o artigo 27 combinado com o artigo 46, ambos da referida Convenção. Isso leva a crer que, considerando toda a ótica de internacionalização do direito interno argentino gerado desde a Constituição da Nação em 1994 e consagrado em 2006, com o julgamento do caso Simón, o critério a ser utilizado pelo país vizinho em caso de discrepância entre norma internacional e interna seria o princípio *pro homine*, o qual satisfaria o atual posicionamento da Corte Suprema da Nação, além de agir em estrita consonância com as regras constantes no Pacto de San José da Costa Rica.

Portanto, encerrando esse primeiro bloco de estudos, chega-se à constatação de que tanto a doutrina, jurisprudência e legislação argentina e brasileira, salvo casos pontuais, comunga no sentido de que os tratados de direitos humanos internacionalizados com *quorum* qualificado - dois terços da maioria absoluta de ambas as Casas congressuais, em dois turnos cada - passam a servir de meio de controle concentrado de convencionalidade das normas de direito interno, para além de servirem como paradigma para o controle difuso. Além disso, por possuírem hierarquia constitucional, os mesmos possuem força normativa suficiente para revogar normas internas infraconstitucionais que com eles sejam incompatíveis.

Outrossim, nos casos em que a incompatibilidade de leis se der entre uma norma constitucional e um tratado internacional de direitos humanos ratificado no ordenamento jurídico interno pelo referido *quorum* congressual qualificado, não será possível tal controle, uma vez que essas normas, por ambas possuírem caráter constitucional, não se revogam, fazendo com que o intérprete, no caso concreto, observe um juízo de harmonização, utilizando como critério para tanto o princípio *pro homine* dos direitos humanos previsto no artigo 27 combinado com o artigo 46, ambos da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Por fim, quando os tratados de direitos humanos não forem internalizados pelo *quorum* qualificado ou,

embora tenham sido internalizados pelo *quorum* simples, não tenham novamente sido votados pelo *quorum* qualificado, passam eles a ser paradigma apenas do controle difuso de convencionalidade, devendo, em qualquer dos casos, limitar-se a paralisar a eficácia da norma infraconstitucional, não possuindo força suficiente para revogá-la, sempre devendo prevalecer o princípio do *pro homine* dos direitos humanos.

Ao chegar-se a essa premissa acerca do procedimento adotado tanto na legislação brasileira quanto na argentina, bem como acerca da consequência que tais procedimentos resultaram na hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados por ambos os países, pretende-se, na segunda parte do presente estudo, analisar qual a hierarquia da Convenção Internacional Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. A partir disso, far-se-á uma análise acerca da (in) compatibilidade vertical e material das leis brasileira e argentina que regulam a aposentadoria especial das pessoas com deficiência em relação ao dito tratado internacional e, caso se verifique que ambas são incompatíveis, total ou parcialmente, tentar-se-á apontar quais as medidas e estratégias necessárias ou válidas para suprimir essa incongruência entre tratado e leis internas.

2 A (IN) CONVENCIONALIDADE DA LEI QUE REGULA A APOSENTADORIA ESPECIAL DOS DEFICIENTES

2.1 A HIERARQUIA DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Em 30 de março de 2007, em Nova Iorque, a Assembleia Geral da Organização Nacional das Nações Unidas (ONU) assinou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, a qual, em seu preâmbulo, reconhece a necessidade de promover e proteger os direitos humanos de todas as pessoas com deficiência, inclusive daquelas que requerem maior apoio, tendo como propósito principal promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente (artigo 1º). Mais do que isso, em seu preâmbulo, a dita Convenção Internacional aceita que pessoa com deficiência é um conceito dinâmico e em evolução, o qual, por isso, não deve se limitar a formalidades legais, devendo sempre ter como parâmetro as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Diante de tais constatações, mostra-se inegável a conclusão de que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência possui conotação de tratado internacional de direitos humanos⁸², como muito bem pontua Geraldo Nogueira (RESENDE; VITAL. 2008, p. 27)⁸³:

Podemos notar que faltava um tratamento legal internacional mais voltado para a temática dos direitos humanos das pessoas com deficiência, o que se alcança com a Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. A presente Convenção, em seu artigo primeiro, abaixo transcrito, define que seu propósito é proteger e assegurar as condições de igualdade dos direitos humanos e liberdades fundamentais para todas as pessoas com deficiência.

⁸² Sobre essa constatação, tem-se que o próprio site do governo federal, disponível no endereço eletrônico <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/internacional/tratados-equivalentes-a-emendas-constitucionais-1>, afirma que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo consiste num tratado internacional de direitos humanos e, tendo em vista ter sido observado o *quorum* qualificado previsto no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal, o mesmo deve ser equivalente à Emenda Constitucional.

⁸³ Disponível em: <file:///C:/Users/Guilherme/Downloads/A%20Conven%3%A7%C3%A3o%20sobre%20os%20Direitos%20das%20Pessoas%20com%20Defici%C3%Aancia%20Comenta da%20(2).pdf>. Acesso em: 07 jan. 2016.

Diante da constatação de que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência se traduz em um tratado internacional de direitos humanos, mostra-se como corolário lógico e legal a conclusão de que, para sua ratificação pelos Estados-Membros, faz-se necessário o tratamento legislativo interno analisado no capítulo anterior. Em se tratando de Brasil, com o fito de possuir hierarquia constitucional, a mesma deve perpassar pelo *quorum* congressional qualificado previsto no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal e, no caso argentino, também deverá adotar o *quorum* congressional qualificado previsto no artigo 75, nº 22, da Constituição da Nação argentina, o qual, equiparando-se ao caso brasileiro, incumbe às duas Casas do Congresso a aprovação, em dois turnos distintos, por dois terços da totalidade dos membros de cada uma das Casas.

Agindo nesse sentido, pode-se perceber que o Congresso Nacional brasileiro aprovou a redação do referido tratado internacional de direitos humanos por ocasião do Decreto Legislativo nº 186, de 10 de julho de 2008, através do quorum qualificado previsto no artigo 5º, § 3º da Constituição Federal, conforme se verifica pela leitura do artigo 1º, do mencionado Decreto⁸⁴:

Art. 1º Fica aprovado, nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007.

Posteriormente, mais precisamente em 25 de agosto de 2009, o então Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, por intermédio do Decreto nº 6.949, sancionou e promulgou o texto da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo anteriormente aprovado pelo Congresso, afirmando que tanto a Convenção quanto seu Protocolo Facultativo e seus apensos serão executados e cumpridos tão inteiramente como neles se contém⁸⁵:

Art. 1º A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, apensos por cópia ao presente Decreto, serão executados e cumpridos tão inteiramente como neles se contém.

⁸⁴ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 02 jan. 2016.

⁸⁵ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 02 jan.2016.

Diante de tais informações, pode-se, alicerçado no disposto no capítulo primeiro, tirar algumas premissas parciais, as quais irão, por conseguinte, desembocar na conclusão acerca da hierarquia do referido instrumento internacional no ordenamento jurídico brasileiro: (1) a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi promulgada no Brasil em data posterior à edição da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004; (2) essa mesma convenção foi aprovada pelo *quorum* qualificado previsto no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal e; (3) após a aprovação congressional pelo *quorum* qualificado, essa mesma Convenção foi devidamente sancionada pelo Presidente da República.

Logo, relacionadas essas premissas parciais, pode-se posicionar no sentido de que a hierarquia da Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, no Brasil, possui equivalência às Emendas Constitucionais, o que importa (a) no reconhecimento de sua hierarquia como norma constitucional; (b) na sua possibilidade de ser paradigma para o controle de convencionalidade pela via difusa e concentrada e; (c) pela possibilidade de revogar normas internas que sejam com ela incompatíveis vertical e/ou materialmente.

Já no caso argentino, tem-se que a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência foi sancionada pelo Congresso argentino em 21 de maio de 2008 e promulgada em 06 de junho de 2008, através da Ley nº 26. 378⁸⁶, a qual dispõe, em seu artigo 1º, o seguinte:

ARTICULO 1º — Apruébase la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/ RES/ 61/ 106, el día 13 de diciembre de 2006. Ambos instrumentos jurídicos forman parte del presente como "Anexo 1" y "Anexo 2" respectivamente.

Porém, a referida legislação argentina, conforme se verifica, não aprovou o tratado internacional conforme dispõe o artigo 77, inciso 22, da Constituição da Nação argentina (votação, em dois turnos, por ambas as Casas do Congresso Nacional, pelo *quorum* de dois terços da totalidade dos parlamentares de cada Casa), o que implicaria numa supralegalidade e, por consequência, um afastamento de sua força normativa constitucional em relação às normas internas, uma vez que,

⁸⁶ Disponível em: <<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141317/norma.htm>>. Acesso em: 02 jan.2016.

conforme se verificou no capítulo primeiro, tratados internacionais supralegais somente possuem força paralisante, não possuindo o condão de revogar leis, tampouco de servir como paradigma para o controle de convencionalidade concentrado das leis. Em virtude dessa senda legislativa, o Congresso Nacional argentino, sancionou, em 19 de novembro de 2014 e, em 11 de dezembro de 2014, promulgou a Ley nº 27.044⁸⁷, que serviu para conferir à Convenção Internacional sobre os Direitos das pessoas com Deficiência hierarquia constitucional, conforme se infere a partir da leitura de seu artigo 1º:

ARTÍCULO 1º — Otórgase jerarquía constitucional en los términos del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Portanto, embora o país vizinho não tenha, em um primeiro momento, conferido o devido cuidado no que tange à tramitação do procedimento de validação do referido tratado internacional, a fim de que o mesmo tomasse proporções constitucionais, podendo, assim, ser paradigma do controle de convencionalidade concentrado das leis e, em decorrência disso, revogar leis internas que sejam com ele incompatíveis material e verticalmente, tem-se que, a partir de 11 de dezembro de 2014, o Congresso argentino retificou seu erro e, por conseguinte, aprovou pelo *quorum* qualificado previsto no artigo 77, inciso 22, da Constituição da Nação.

Diante dessa retificação, mostra-se conclusiva a tese pela qual, a partir dessa data, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência na Argentina também possui conotação constitucional, o que lhe confere a prerrogativa de ser paradigma em procedimento de controle concentrado de convencionalidade, para além do controle difuso, além de ostentar a possibilidade de revogar leis internas que com ela sejam incompatíveis material e verticalmente.

Dito isso, pois, utilizando-se da possibilidade de conferir ao referido tratado internacional força de norma constitucional e, através da prerrogativa concernente ao controle concentrado de convencionalidade, poder-se revogar normas internas, tanto no âmbito nacional quanto no país vizinho, passa-se agora a análise do corpo normativo da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e, logo em seguida, a análise acerca da compatibilidade vertical e material dessa

⁸⁷ Disponível em: <<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/239860/norma.htm>>. Acesso em: 02 jan.2016.

norma internacional com as leis internas de cada país que regulam a aposentadoria especial das pessoas com deficiência. Frisa-se, nesse ponto, que o trabalho se limitará à análise do conceito de pessoa com deficiência dada por cada uma dessas legislações, internas e externas, acreditando-se, pois, que o estudo conceitual acerca do tema revelará o grau de abrangência de cada norma e, por conseguinte, imbricará num maior grau de adesão de pessoas às benesses de cada uma dessas leis, agindo, pois, numa discriminação ou numa democratização dos efeitos das leis que regulam a aposentadoria especial da pessoa com deficiência, caso esse conceito venha a ser restritivo ou ampliativo, respectivamente.

2.2 AMPLIAÇÃO DO CONCEITO “PESSOA COM DEFICIÊNCIA” TRAZIDO PELA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A (IN) COMPATIBILIDADE VERTICAL E MATERIAL COM AS LEGISLAÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DE CADA PAÍS

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência apresenta, no bojo de seu corpo legislativo, mais precisamente na segunda parte de seu artigo 1º, responsável por trazer o propósito da norma alienígena, o que se entende sobre pessoa com deficiência, sendo devida a transcrição⁸⁸:

Artigo 1

Propósito

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Verifica-se, pela leitura do referido dispositivo internacional, que os plenipotenciários responsáveis por redigir a referida Convenção tiveram bastante preocupação no que tange a necessidade de significar o termo pessoa com

⁸⁸ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 02 jan. 2016.

deficiência de modo bastante amplo, referindo que o impedimento poderá ser de natureza física, mental intelectual ou sensorial e que, além do impedimento, deverão ser observadas outras diversas barreiras que obstruam sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas. E, justamente em razão dessa amplitude do termo é que o artigo 26, alínea 1, da Convenção, quando se refere à organização, fortalecimento e ampliação de serviços e programas de habilitação e reabilitação dessas pessoas, visando sua maior reinserção na vida em sociedade, afirma que esses serviços e programas serão baseados em avaliação multidisciplinar das necessidades e pontos fortes de cada pessoa:

Artigo 26

Habilitação e reabilitação

1.Os Estados-Partes tomarão medidas efetivas e apropriadas, inclusive mediante apoio dos pares, para possibilitar que as pessoas com deficiência conquistem e conservem o máximo de autonomia e plena capacidade física, mental, social e profissional, bem como plena inclusão e participação em todos os aspectos da vida. Para tanto, os Estados-Partes organizarão, fortalecerão e ampliarão serviços e programas completos de habilitação e reabilitação, particularmente nas áreas de saúde, emprego, educação e serviços sociais, de modo que esses serviços e programas:

a) Comecem no estágio mais precoce possível e sejam baseados em avaliação multidisciplinar das necessidades e pontos fortes de cada pessoa;

É por isso que se pode afirmar, com certo grau de consistência, que o conceito de pessoa com deficiência trazido pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência é o mais abrangente possível, uma vez que, além de apontar várias causas possíveis de impedimento (física, mental, intelectual ou sensorial) e sugerir que tais causas devem ser analisadas com vistas a diversas outras barreiras que orbitam, a Convenção ainda impõe que, quando se tratar de programas de habilitação e reabilitação social, será necessário um acompanhamento da pessoa com deficiente por uma equipe multidisciplinar.

Em virtude disso e ciente de que o artigo 28, nº 2, alínea e, do citado tratado internacional impõe aos Estados-Membros o dever de assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a programas e benefícios de aposentadoria⁸⁹, o governo

⁸⁹ Artigo 28. Padrão de vida e proteção social adequados. 1.Os Estados-Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência a um padrão adequado de vida para si e para suas famílias, inclusive alimentação, vestuário e moradia adequados, bem como à melhoria contínua de suas condições de

brasileiro esculpiu no artigo 201, § 1º da Constituição Federal, com redação conferida pela Emenda Constitucional nº 47/2005⁹⁰, que assim dispõe: “É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados com deficiência, nos termos definidos em lei complementar” (KRAVCHYNCHY, 2014, p. 317).

Posteriormente, a fim de sanar a necessidade de conferir aplicabilidade prática à norma constitucional, em 08 de maio de 2013, o Congresso Nacional estatuiu a Lei Complementar nº 142⁹¹, responsável por regulamentar a aposentadoria especial das pessoas com deficiência junto ao Regime Geral da Previdência Social⁹². Diz-se, pois, que se trata de uma aposentadoria especial, pois a mesma diminui os requisitos de tempo de contribuição e de idade previstos no artigo 201, § 7º, incisos I e II, da Constituição Federal⁹³ e no artigo 48, da Lei nº

vida, e tomarão as providências necessárias para salvaguardar e promover a realização desse direito sem discriminação baseada na deficiência. 2. Os Estados-Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem discriminação baseada na deficiência, e tomarão as medidas apropriadas para salvaguardar e promover a realização desse direito, tais como: a) assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a serviços de saneamento básico e assegurar o acesso aos serviços, dispositivos e outros atendimentos apropriados para as necessidades relacionadas com a deficiência; b) assegurar o acesso de pessoas com deficiência, particularmente mulheres, crianças e idosos com deficiência, a programas de proteção social e de redução da pobreza; c) Assegurar o acesso de pessoas com deficiência e suas famílias em situação de pobreza à assistência do Estado em relação a seus gastos ocasionados pela deficiência, inclusive treinamento adequado, aconselhamento, ajuda financeira e cuidados de repouso; d) assegurar o acesso de pessoas com deficiência a programas habitacionais públicos; e) assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a programas e benefícios de aposentadoria.

⁹⁰ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc47.htm>. Acesso em: 05 jan.2016.

⁹¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp142.htm>. Acesso em: 02 jan.2016.

⁹² O Regime Geral da Previdência Social, regulado pela Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, é responsável pela prestação, por parte do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), de todos os serviços e benefícios pagos em favor de todos os trabalhadores brasileiros da iniciativa privada que ostentem a qualidade de segurado da Previdência Social, além dos demais requisitos necessários para cada prestação, os quais, porém, não serão tratados no presente estudo.

⁹³ Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (...). § 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta e cinco anos de contribuição, se mulher; II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta e cinco anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

8.213/91⁹⁴, respectivamente, na medida em que o grau de deficiência do indivíduo é considerado leve, moderado ou grave, nos termos da relação de incisos, do artigo 3º, da LC 142/2013:

Art. 3º É assegurada a concessão de aposentadoria pelo RGPS ao segurado com deficiência, observadas as seguintes condições:

I - aos 25 (vinte e cinco) anos de tempo de contribuição, se homem, e 20 (vinte) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência grave;

II - aos 29 (vinte e nove) anos de tempo de contribuição, se homem, e 24 (vinte e quatro) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência moderada;

III - aos 33 (trinta e três) anos de tempo de contribuição, se homem, e 28 (vinte e oito) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência leve; ou

IV - aos 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, independentemente do grau de deficiência, desde que cumprido tempo mínimo de contribuição de 15 (quinze) anos e comprovada a existência de deficiência durante igual período.

A referida legislação interna brasileira também diligenciou no sentido de fazer constar, em seu corpo legislativo, o que a mesma entende por pessoa com deficiência, sendo, pois, nítida a equivalência do conceito trazido pela norma interna com a norma internacional, conforme prevê o artigo 2º, da Lei Complementar nº 142/2013:

Art. 2º Para o reconhecimento do direito à aposentadoria de que trata esta Lei Complementar, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Perdurando com a leitura da legislação interna brasileira, verifica-se que, sabiamente, o legislador mencionou, em seu artigo 4º, que a avaliação da deficiência será médica e funcional, o que expande o critério de aferição da incapacidade para além do contexto médico, possibilitando uma maior abrangência dos beneficiários desta aposentadoria especial.

Ocorre, porém, que o parágrafo único do artigo 2º da referida Lei Complementar prevê que compete ao Poder Executivo Federal definir, através de regulamento, quais as deficiências graves, moderadas e leves para fins de

⁹⁴ Art. 48. A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm>. Acesso em 02 jan.2015).

concessão da aposentadoria especial para as pessoas com deficiência⁹⁵ e, mais além, o Decreto nº 8.145, de 03 de dezembro de 2013⁹⁶, que dispôs sobre a aposentadoria da pessoa com deficiência, remeteu o tema para ato conjunto do Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, dos Ministros de Estado da Previdência Social, da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Advogado-Geral da União (KRAVCHYNCHY. 2014, p. 318).

Diante dessa delegação de competência, através de ato conjunto de todos esses órgãos do governo federal, foi criada a Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MOG/AGU nº 1, de 27 de janeiro de 2014⁹⁷, a qual, em seu artigo 3º, considera pessoa com deficiência aquela que possua impedimento de longo prazo que produza efeitos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial pelo prazo mínimo de dois anos, contados de forma ininterrupta (KERTZMAN, 2015, p. 395).

Ainda, o artigo 5º da LC 142/2013 menciona que o grau de deficiência será atestado por perícia própria do Instituto Nacional do Seguro Social⁹⁸. Assim, o médico-perito do INSS tem a árdua missão de identificar quando a deficiência se iniciou e qual era o seu grau desde o início (KERTZMAN, 2015, p. 396), o que acaba por, invariavelmente, limitar o espírito de inclusão pelo qual foi imbuída a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

Diz-se isso porque, no momento em que coloca a regulamentação da legislação, bem como o critério de aferição da deficiência ao Poder Executivo, o legislador está, invariavelmente, restringindo a incidência da lei para os poucos casos previstos no rol taxativo do Decreto do Poder Executivo, além de limitar a análise acerca da deficiência do indivíduo para critérios meramente médicos e assistenciais (artigo 2º, § 2º, da Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MOG/AGU nº 1/2014⁹⁹), excluindo, assim, uma aferição mais densa dos transtornos

⁹⁵ Parágrafo único. Regulamento do Poder Executivo definirá as deficiências grave, moderada e leve para os fins desta Lei Complementar (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp142.htm>. Acesso em: 02 jan.2015).

⁹⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8145.htm>. Acesso em: 05 jan. 2016.

⁹⁷ Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/65/SDH-MPS-MF-MOG-AGU/2014/1.htm>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

⁹⁸ Art. 5º O grau de deficiência será atestado por perícia própria do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, por meio de instrumentos desenvolvidos para esse fim. (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp142.htm>. Acesso em: 02 jan. 2016).

⁹⁹ Art. 2º Compete à perícia própria do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, por meio de avaliação médica e funcional, para efeito de concessão da aposentadoria da pessoa com deficiência,

psicológicos e sensoriais, os quais deveriam ser averiguados por uma equipe multiprofissional e interdisciplinar.

Frisa-se, ainda, que o § 1º do artigo 2º da referida Portaria prevê que a avaliação funcional será realizada com base no conceito de funcionalidade disposto na Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde - CIF, da Organização Mundial de Saúde, e mediante a aplicação do Índice de Funcionalidade Brasileiro Aplicado para Fins de Aposentadoria – IFBrA¹⁰⁰.

Porém, diz-se que a caracterização da deficiência e de seu respectivo grau devem ser averiguados por uma equipe multiprofissional e interdisciplinar, uma vez que, pesquisando no site da Organização Mundial da Saúde, constatou-se que desde 2001 a referida instituição mudou seu pensamento no que tange aos critérios de aferição das pessoas com deficiência. E, conforme esse critério, para ser considerado deficiente um indivíduo deve preencher as duas facetas da deficiência, quais sejam, a incapacidade e a desvantagem, ou seja, a deficiência e seu respectivo grau não podem ser avaliados mediante o grau de funcionalidade, mas sim mediante o grau de deficiência propriamente dito de dado indivíduo, sendo, por isso, importante a transcrição do seguinte trecho da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde realizada pela Organização Mundial da Saúde¹⁰¹:

Deficiência: perda ou anormalidade de estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, temporária ou permanente. Incluem-se nessas a ocorrência de uma anomalia, defeito ou perda de um membro, órgão, tecido ou qualquer outra estrutura do corpo, inclusive das funções mentais. Representa a exteriorização de um estado patológico, refletindo um distúrbio orgânico, uma perturbação no órgão.

Incapacidade: restrição, resultante de uma deficiência, da habilidade para desempenhar uma atividade considerada normal para o ser humano. Surge como consequência direta ou é resposta do indivíduo a uma deficiência psicológica, física, sensorial ou outra. Representa a objetivação da deficiência e reflete os distúrbios da própria pessoa, nas atividades e comportamentos essenciais à vida diária.

Desvantagem: prejuízo para o indivíduo, resultante de uma deficiência ou uma incapacidade, que limita ou impede o desempenho de papéis de

avaliar o segurado e fixar a data provável do início da deficiência e o respectivo grau, assim como identificar a ocorrência de variação no grau de deficiência e indicar os respectivos períodos em cada grau. (...). § 2º A avaliação médica e funcional, disposta no *caput*, será realizada pela perícia própria do INSS, a qual engloba a perícia médica e o serviço social, integrantes do seu quadro de servidores públicos.

¹⁰⁰ Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/65/SDH-MPS-MF-MOG-AGU/2014/1.htm#anexo>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

¹⁰¹ Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v34n1/1388.pdf>>. Acesso em: 02 jan.2015.

acordo com a idade, sexo, fatores sociais e culturais Caracteriza-se por uma discordância entre a capacidade individual de realização e as expectativas do indivíduo ou do seu grupo social. Representa a socialização da deficiência e relaciona-se às dificuldades nas habilidades de sobrevivência.

No que tange, pois, ao conceito de deficiência, tem-se que a mesma, além de referir acerca da perda ou anormalidade de estrutura anatômica e fisiológica, que seria verificável por um profissional da área de medicina e acerca da limitação e da restrição, resultante de uma deficiência, da habilidade para desempenhar uma atividade considerada normal para o ser humano, que seria verificável por um profissional da área de assistência social, apresenta a figura da limitação ou impedimento do desempenho de papéis de acordo com a idade, sexo, fatores sociais e culturais, englobando, assim, várias outras contingências que anulam ou prejudicam sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Nesse viés, analisando o Código de Ética da Medicina, tem-se que o diagnóstico, no que tange à perda ou anormalidade de estrutura psicológica não está na lista de competências do profissional médico, conforme se verifica a partir da leitura do rol de incisos constantes no Capítulo II, do Código de Ética da Medicina¹⁰²:

É direito do médico:

I - Exercer a Medicina sem ser discriminado por questões de religião, etnia, sexo, nacionalidade, cor, orientação sexual, idade, condição social, opinião política ou de qualquer outra natureza.

II - Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente.

III - Apontar falhas em normas, contratos e práticas internas das instituições em que trabalhe quando as julgar indignas do exercício da profissão ou prejudiciais a si mesmo, ao paciente ou a terceiros, devendo dirigir-se, nesses casos, aos órgãos competentes e, obrigatoriamente, à comissão de ética e ao Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição.

IV - Recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar a própria saúde ou a do paciente, bem como a dos demais profissionais. Nesse caso, comunicará imediatamente sua decisão à comissão de ética e ao Conselho Regional de Medicina.

V - Suspender suas atividades, individualmente ou coletivamente, quando a instituição pública ou privada para a qual trabalhe não oferecer condições adequadas para o exercício profissional ou não o remunerar digna e justamente, ressalvadas as situações de urgência e emergência, devendo comunicar imediatamente sua decisão ao Conselho Regional de Medicina.

VI - Internar e assistir seus pacientes em hospitais privados e públicos com caráter filantrópico ou não, ainda que não faça parte do seu corpo clínico,

¹⁰² Disponível em: <http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf>. Acesso em 03 jan. 2016.

respeitadas as normas técnicas aprovadas pelo Conselho Regional de Medicina da pertinente jurisdição.

VII - Requerer desagravo público ao Conselho Regional de Medicina quando atingido no exercício de sua profissão.

VIII - Decidir, em qualquer circunstância, levando em consideração sua experiência e capacidade profissional, o tempo a ser dedicado ao paciente, evitando que o acúmulo de encargos ou de consultas venha a prejudicá-lo.

IX - Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.

X – Estabelecer seus honorários de forma justa e digna.

Do mesmo modo, contingências relativas à idade, sexo e fatores culturais não estão relacionadas no rol de atribuições do profissional da assistência social, conforme se verifica a partir da análise do artigo 5º, da Lei nº 8.662, de 07 de junho, de 1993¹⁰³, responsável por dispor sobre a profissão do assistente social:

Art. 5º Constituem atribuições privativas do Assistente Social:

I - coordenar, elaborar, executar, supervisionar e avaliar estudos, pesquisas, planos, programas e projetos na área de Serviço Social;

II - planejar, organizar e administrar programas e projetos em Unidade de Serviço Social;

III - assessoria e consultoria e órgãos da Administração Pública direta e indireta, empresas privadas e outras entidades, em matéria de Serviço Social;

IV - realizar vistorias, perícias técnicas, laudos periciais, informações e pareceres sobre a matéria de Serviço Social;

V - assumir, no magistério de Serviço Social tanto a nível de graduação como pós-graduação, disciplinas e funções que exijam conhecimentos próprios e adquiridos em curso de formação regular;

VI - treinamento, avaliação e supervisão direta de estagiários de Serviço Social;

VII - dirigir e coordenar Unidades de Ensino e Cursos de Serviço Social, de graduação e pós-graduação;

VIII - dirigir e coordenar associações, núcleos, centros de estudo e de Acesso em: Serviço Social;

IX - elaborar provas, presidir e compor bancas de exames e comissões julgadoras de concursos ou outras formas de seleção para Assistentes Sociais, ou onde sejam aferidos conhecimentos inerentes ao Serviço Social;

X - coordenar seminários, encontros, congressos e eventos assemelhados sobre assuntos de Serviço Social;

XI - fiscalizar o exercício profissional através dos Conselhos Federal e Regionais;

XII - dirigir serviços técnicos de Serviço Social em entidades públicas ou privadas;

XIII - ocupar cargos e funções de direção e fiscalização da gestão financeira em órgãos e entidades representativas da categoria profissional.

Com efeito, a atribuição de verificar e atestar a perda ou anormalidade da estrutura psicológica de um indivíduo é competência que se confere ao profissional

¹⁰³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8662.htm>. Acesso em: 05 jan.2016.

da área de psicologia, conforme se denota a partir da análise do artigo 1º, alíneas f, g e h, do Código de Ética Profissional do Psicólogo¹⁰⁴:

Art. 1º – São deveres fundamentais dos psicólogos:

(...)

f) Fornecer, a quem de direito, na prestação de serviços psicológicos, informações concernentes ao trabalho a ser realizado e ao seu objetivo profissional;

g) Informar, a quem de direito, os resultados decorrentes da prestação de serviços psicológicos, transmitindo somente o que for necessário para a tomada de decisões que afetem o usuário ou beneficiário;

h) Orientar a quem de direito sobre os encaminhamentos apropriados, a partir da prestação de serviços psicológicos, e fornecer, sempre que solicitado, os documentos pertinentes ao bom termo do trabalho;

E, a fim de extirpar quaisquer dúvidas a respeito de qual o profissional legal e legitimamente habilitado para atestar patologias psicológicas e quem, por conseguinte, seria o profissional melhor capacitado para, no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) apontar quem são os segurados do Regime Geral da Previdência Social que, em virtude de uma morbidade psicológica, pode ser considerado pessoa com deficiência, faz-se primordial a leitura do artigo 1º e parágrafo único, da Resolução do Conselho Federal de Psicologia nº 015/1996¹⁰⁵:

Art. 1º É atribuição do psicólogo a emissão de atestado psicológico circunscrito às suas atribuições profissionais e com fundamento no diagnóstico psicológico produzido.

Parágrafo Único - Fica facultado ao psicólogo o uso do Código Internacional de Doenças - CID, ou outros Códigos de diagnóstico, científica e socialmente reconhecidos, como fonte para enquadramento de diagnóstico.

Ainda, no que tange ao estudo acerca dos possíveis fatores culturais que limitam ou impedem o desempenho de papéis de certo indivíduo dentro da sociedade que está inserido, tem-se que tal atribuição seria mais bem desempenhada por um profissional da área de antropologia, pois, sendo esta a ciência da humanidade e da cultura, verifica-se que a antropologia se divide em duas grandes áreas de estudo, com objetivos definidos e interesses teóricos próprios: a Antropologia Física (ou Biológica) e a Antropologia Cultural, para alguns

¹⁰⁴ Disponível em: <<http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2012/07/codigo-de-etica-psicologia.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2016.

¹⁰⁵ Disponível em: <http://www.crsp.org.br/portal/orientacao/resolucoes_cfp/fr_cfp_015-96.aspx>. Acesso em: 03 jan. 2016.

autores sinônimo de antropologia social, que focaliza, talvez, o principal conceito desta ciência, a cultura¹⁰⁶.

Diante de tais premissas, pode-se concluir que, diferentemente do que defende o artigo 4º e o artigo 5º, ambos da Lei Complementar nº 142/2013, verifica-se que, quando se tratar de uma deficiência decorrente de uma patologia que afeta o psicológico do segurado do Regime Geral da Previdência Social, tal diagnóstico não pode somente ser realizado por um profissional da medicina e/ou da assistência social, mas por um profissional da psicologia, pois este, conforme visto alhures, é o profissional responsável pelo diagnóstico de pacientes em caso de patologias psicológicas.

E, do mesmo modo, quando se tratar de uma barreira ou impedimento decorrente de um fator social, o mesmo deveria ser analisado por um profissional da antropologia, pois este profissional se configura como a pessoa mais habilitada tecnicamente para analisar questões que digam respeito à cultura de um povo ou indivíduo. Frisa-se, ainda, que a pesquisa não é conclusiva nesse sentido, pois, considerando que o conceito de pessoa com deficiência é bastante amplo no que toca às inúmeras variáveis que ajudem a limitar ou impedir a inserção de um indivíduo no mercado de trabalho, nada impede que o estudo acerca de sua deficiência seja realizado por outros profissionais, dependendo, sempre, do caso em análise.

Portanto, o que se vê é que, em que pese a inegável importância do médico e do assistente social para a análise da deficiência para fins de aferição dos critérios para a aposentadoria especial das pessoas com deficiência junto ao Instituto Nacional do Seguro Social, tem-se que sua competência profissional não abrange todas as patologias que um indivíduo pode vir a ser acometido, o que implica na necessidade de uma expansão de tais diagnósticos para profissionais de outras áreas, em especial para profissionais que atuem na área de psicologia e antropologia, uma vez que, conforme visto anteriormente, são estes quem legalmente e legitimamente possuem competência para emitir atestados psicológicos e culturais, respectivamente.

Tanto é verdade essa afirmação que, buscando na legislação brasileira supostas contribuições no que toca a ausência total ou parcial, dependendo do caso,

¹⁰⁶ Disponível em: <<http://www.trabalhosfeitos.com/ensaios/Antropologia/31514692.html>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

de competência técnica do profissional da medicina e da assistência social para formular pareceres e emitir atestados a pacientes que estejam acometidos por doenças psicológicas e culturais. Tanto é verdade que, analisando a redação dada ao artigo 2º, § 1º, incisos I, II, III e IV, da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015¹⁰⁷, responsável por instituir o Estatuto da Pessoa com Deficiência, vê-se que o mesmo traz à lume que a avaliação da deficiência, nos casos necessários, será do tipo biopsicossocial, a qual deverá ser realizada por equipe multiprofissional, levando em consideração uma série de contingências que, unidas, podem atestar com maior grau de clareza técnica qual o grau de deficiência de dado indivíduo:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará
 I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;
 II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;
 III - a limitação no desempenho de atividades; e
 IV - a restrição de participação.

Portanto, no tocante ao caso brasileiro, verifica-se que, pondo em contraponto o conceito de pessoa com deficiência delineado pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e aquele trazido pela Lei Complementar nº 142/2013, ambas as significações se encontram em descompasso. Tal afirmativa pode ser dita, uma vez que, embora a norma internacional englobe em tal conceito todas as contingências (fatores clínicos, psicológicos sociais e culturais), a norma que regula a aposentadoria especial da pessoa com deficiência restringe seu diagnóstico às áreas da medicina e assistência social, sendo, por isso, deveras necessária uma retificação legislativa, a fim de abranger os profissionais competentes para proferir tais diagnósticos, com ênfase aos profissionais da psicologia e da antropologia.

A tutela legal argentina no que tange ao regime de aposentadoria especial das pessoas com deficiência, por sua vez, mostra-se bastante curiosa. Diz-se isso porque, em que pese a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com

¹⁰⁷ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 03 jan.2015.

Deficiência ter sido aprovada pelo Congresso do país vizinho em 06 de junho de 2008, através da publicação da Ley nº 26.378, o regime especial de aposentadorias e pensões das pessoas com incapacidade foi criado em 21 de outubro de 1992, por ocasião da criação da Ley nº 24.147¹⁰⁸, a qual, a fim de conferir aplicabilidade prática à Ley nº 22.431, de 16 de março de 1981¹⁰⁹ (regula o sistema de proteção integral dos deficientes), prevê que os trabalhadores com deficiência terão direito à aposentadoria ordinária quando completarem a idade mínimo de quarenta e cinco anos, além do tempo de serviço mínimo de vinte anos, conforme dispõe o artigo 27, da referida lei argentina:

Artículo 27. — Los trabajadores discapacitados afiliados al régimen nacional de previsión tendrán derecho a la Jubilación ordinaria con 45 años de edad y 20 años de servicios computables de reciprocidad, de los cuales 10 deben ser aportes, siempre que acrediten que durante los 10 años anteriores al cese o a la solicitud del beneficio prestaron servicios en Talleres Protegidos de Producción o en grupos laborales protegidos.

Pela exegese do supracitado dispositivo legal, verifica-se que o governo argentino impõe ao trabalhador com deficiência que deseje o regime de aposentadoria especial o efetivo trabalho, durante dez anos, em oficinas protegidas ou grupos de trabalho protegidos, os quais consistem em estabelecimentos públicos ou privados, que funcionam como relação de dependência com uma unidade de reabilitação de um setor da área de saúde, cujo objetivo é a integração social através da adaptação e capacitação para o trabalho em um ambiente controlado, de pessoas que, em virtude de seu grau de deficiência, temporária ou permanente, não podem desenvolver atividades competitivas ou oficinas protegidas produtivas (artigo 6º, do Decreto 498/83)¹¹⁰.

No mesmo trilhar, para ter direito a participar dessas oficinas, o trabalhador deverá ser enquadrado no conceito de pessoa com deficiência disposto no artigo 2º, Ley nº 22.431/81¹¹¹, a qual estatui que pessoa com deficiência é aquela que padeça

¹⁰⁸ Disponível em: <<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/545/norma.htm>>. Acesso em: 07 jan.2016.

¹⁰⁹ Disponível em: <<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20620/norma.htm>>. Acesso em: 07 jan.2016.

¹¹⁰ Disponível em: <<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/37435/norma.htm>>. Acesso em: 07 jan. 2016.

¹¹¹ Art. 2º - A los efectos de esta ley, se considera discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral

de uma alteração funcional permanente e prolongada, física ou mental, que, em relação com sua idade e meio social, implique em desvantagens consideráveis para sua integração familiar, social, educacional ou profissional. Para tanto, o artigo 12¹¹² da Ley nº 24.147/83 prevê que para ter direito a essa relação laboral especial (trabalhar em oficinas ou grupos de trabalho protegidos), o trabalhador deverá ser submetido a uma junta médica e, constatado que sua deficiência é superior a 33% e que, por consequência disso, haja uma diminuição de sua capacidade de trabalho igual ou superior a esse percentual, o mesmo fará jus a participar de tais oficinas ou grupos de trabalho.

Porém, há de se convir que a tarefa de apontar qual o percentual numérico de deficiência de um indivíduo é bastante árdua, fazendo com que o legislador remeta-se ao critério de aferição da deficiência, a ser avaliado pela junta médica, à relação de previsão descritas no artigo 3º, do Decreto 498/83, o qual dispõe da seguinte maneira acerca da matéria:

Artículo 3º -

1. El Ministerio de Salud Pública y Medio Ambiente, a los efectos del otorgamiento del certificado previsto en el Artículo 3º de la Ley número 22 431 constituirá una Junta Médica para la evaluación de personas discapacitadas, la que deberá estar integrada por profesionales especializados.
2. La Junta Médica contará con una secretaría que recibirá las solicitudes de otorgamiento de certificados, los que deberán ser acompañados de todos los antecedentes personales del solicitante y los de índole familiar, médico, educacional y laboral, cuando así correspondiere.
3. La Junta Médica dispondrá la realización de los exámenes y evaluaciones que, en cada caso, considere necesarios, a cuyo efecto podrá recabar las consultas y asesoramientos pertinentes.
4. El dictamen de la Junta Médica deberá producirse dentro de los noventa (90) días a partir de la fecha de presentación de la solicitud; dicho plazo podrá prorrogarse por otro igual, en casos en que fuere necesario la realización de evaluaciones de naturaleza compleja, a solicitud de la Junta Médica y con aprobación de la autoridad que emita el certificado.
5. El Ministerio de Salud Pública y Medio Ambiente, queda facultado para establecer la autoridad que emitirá el certificado de discapacidad, el que

(Disponível em: <<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20620/norma.htm>>. Acesso em: 07 jan.2016).

¹¹² ARTICULO 12. — A los efectos de la relación laboral especial, se consideran trabajadores discapacitados a las personas que, teniendo reconocida una discapacidad superior al treinta y tres por ciento (33%) y como consecuencia de ello una disminución de su capacidad de trabajo, al menos igual o superior a dicho porcentaje, presten sus servicios dentro de la organización de los Talleres Protegidos de Producción o de los grupos laborales protegidos, reconocidos y habilitados por la autoridad de trabajo con la jurisdicción en el lugar de su ubicación. El grado de discapacidad será determinado por las Juntas Médicas a que hacen referencia el artículo 3º del decreto reglamentario 498/83 y normas complementarias que a ese efecto dispongan las Leyes provinciales vigentes (Disponível em: <<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/545/norma.htm>>. Acesso em: 07 jan.2016).

deberá contener los datos enunciados en el Artículo 3° de la Ley N° 22.431 y su plazo de validez. El certificado o su denegatoria, deberá ser emitido dentro de los diez (10) días de producido el dictamen de la Junta Médica.

6. La Junta Médica dispondrá, por su Secretaría, el registro y clasificación de los certificados que se expidan, juntamente con los antecedentes presentados por el solicitante.

7. Las decisiones emanadas de la autoridad prevista en el punto 5, serán recurribles de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Procedimientos Administrativos.

Portanto, após a análise pormenorizada da legislação argentina pertinente ao regime de aposentadoria especial das pessoas com deficiência, verifica-se que, ao final, o órgão responsável por aferir a deficiência e o respectivo grau de deficiência dos trabalhadores é o Poder Executivo do país vizinho, mais precisamente o Ministério da Saúde Pública e do Meio Ambiente. Esse Ministério irá constituir uma junta médica integrada por profissionais especializados, que será o órgão responsável por avaliar e certificar o grau de deficiência dos indivíduos, através de um exame clínico, acompanhado de todo o histórico pessoal, familiar, médico, educacional e trabalhista do indivíduo.

Dessa maneira, verifica-se que o governo argentino, da mesma forma como ocorreu com a legislação brasileira, pecou no que tange ao apontamento de quais os profissionais competentes para a avaliação e certificação das pessoas que serão consideradas deficientes para fins de concessão da aposentadoria especial das pessoas com deficiência. Pode-se fazer essa afirmação, uma vez que, em que pese o artigo 3º, nº 1, do Decreto 498/83 ter mencionado que os integrantes da junta médica responsável pelo diagnóstico da deficiência deverão ser considerados profissionais especializados, bem como trazer a menção de que o paciente deverá apresentar um histórico de toda a sua vida familiar, médica, educacional e laboral, esses profissionais ainda possuem como área de formação a medicina.

Com efeito, conforme exaustivamente discorrido quando se debruçou acerca do caso brasileiro, o profissional da medicina não é o profissional melhor preparado para a aferição do grau de deficiência do trabalhador, uma vez que o mesmo possui formação apenas no diagnóstico de contingências biológicas, excluindo da análise da incapacidade questões associadas ao aspecto psicológico e cultural, os quais, conforme visto alhures, são essenciais para uma análise ampla e completa do grau de deficiência do trabalhador. Frisa-se, ainda, que o caso argentino ainda é pior do que o caso brasileiro, uma vez que este igualmente exclui o profissional da área de assistência social, o qual é igualmente essencial para tal encargo.

Dessa forma, mostra-se incompatível materialmente o conceito de pessoa com deficiência empregada pelas legislações brasileira e argentina por ocasião de suas respectivas leis de aposentadoria especial à pessoa com deficiência, uma vez que tais leis restringem à aferição da deficiência e de seu respectivo grau ao profissional da área da medicina e assistência social, no caso brasileiro, e no caso argentino, somente ao profissional da medicina. Tal restrição vai totalmente de encontro ao conceito de pessoa com deficiência tratado pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, a qual expressamente prevê que os países que lhe são signatários deverão organizar, fortalecer e ampliar serviços e programas completos de habilitação e reabilitação na área de serviços sociais, de modo que esses serviços e programas sejam baseados em avaliação multidisciplinar das necessidades e pontos fortes de cada pessoa, em consonância ao disposto no artigo 26, nº 1, aliena a, do referido tratado internacional de direitos humanos.

Diante da constatação da existência de uma incompatibilidade vertical e material no que tange à pretensão ampliativa do conceito de pessoa com deficiência trazida pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de modo a considerar a deficiência com base em todas as contingências e barreiras que circundam seu convívio social, em contraponto ao conceito restritivo trazido pelas leis de aposentadoria especial da pessoa com deficiência, sendo no Brasil limitado pelo diagnóstico conjunto do médico e do assistente social do Instituto Nacional do Seguro Social e, na Argentina, restrito tão somente ao diagnóstico de um médico, faz-se necessário um estudo acerca da possibilidade de incidência do controle de convencionalidade no caso que ora se apresenta.

Recordando, assim, o que foi tratado no tópico anterior, tem-se que a referida Convenção ganhou status constitucional em ambos os ordenamentos jurídicos; logo, a mesma possui força normativa suficiente para servir como paradigma do controle de convencionalidade concentrado, para além do difuso, podendo, através de uma ação abstrata movida por um dos legitimados previstos no artigo 103 da Constituição Federal, revogar parcial ou totalmente uma legislação interna que com ela contraste. Ao fazer uma análise preliminar acerca da incompatibilidade das leis existentes, verifica-se que a legislação contida no tratado internacional deve prevalecer e, portanto, revogar as disposições contidas nas legislações de cada país que restringem o conceito de pessoa com deficiência com base em diagnósticos médicos

ou médicos e assistenciais, tendo em vista o critério hierárquico de solução de antinomias, o qual é entendido por Bobbio (1995, p. 93) da seguinte maneira:

O critério hierárquico, chamado também de *lex superior*, é aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior: *lex superior derogat inferiori*. Não temos dificuldade em compreender a razão desse critério depois que vimos, no capítulo precedente, que as normas de um ordenamento são colocadas em planos diferentes: são colocadas em ordem hierárquica. Uma das consequências da hierarquia normativa é justamente esta: as normas superiores podem revogar as inferiores, mas as inferiores não podem revogar as superiores. A inferioridade de uma norma em relação à outra consiste na menor força de seu poder normativo; essa menor força se manifesta justamente na incapacidade de estabelecer uma regulamentação que esteja em oposição à regulamentação de norma hierarquicamente superior.

Porém, conforme foi defendido ao longo de toda essa dissertação, embora o critério hierárquico de resolução de antinomias produza efeitos práticos eficazes, tem-se que, quando se tratar de matéria atinente à Direito Internacional dos Direitos Humanos, os critérios usuais de resolução de antinomias devem ser deixados de lado. Nesse propósito, deve ser analisada cada uma das regras em conflito em virtude do máximo grau de satisfação dos direitos humanos, ou seja, nesse âmbito do Direito Internacional não há o que se falar em hierarquia prévia das leis, uma vez que essa hierarquia será analisada caso a caso, levando como critério a lei que melhor satisfaz o direito humano tutelado naquele caso, o que se convencionou chamar de princípio *pro homine*, o qual encontra guarida no artigo 27, combinado com o artigo 46, ambos da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados.

Nesse caso, pois, defende-se que deve haver uma revogação do artigo 4º e do artigo 5º, ambos da Lei Complementar nº 142/2013, no âmbito brasileiro, bem como do artigo 12, da Ley nº 24.147/83 e do artigo 3º, do Decreto 498/83, no âmbito argentino, uma vez que o conceito de pessoa com deficiência atribuído pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (artigo 1º) é muito mais abrangente do que o conceito legal, conferindo, assim, aos direitos humanos da pessoa com deficiência um grau de satisfação muito maior do que as legislação internas que regulam a aposentadoria especial da pessoa com deficiência nos cenários brasileiro e argentino.

Há de se convir que a Convenção confere um grau de satisfação maior aos direitos humanos da pessoa com deficiência, uma vez que, trazendo à tona um conceito muito mais abrangente do que os conceitos trazidos pelas legislações, ela

poderá, por conseguinte, aumentar o número de beneficiados dos benefícios previdenciários trazidos pela respectivas leis. Frisa-se que o fato de as leis internas traduzirem o conceito de pessoa com deficiência a critérios definidos apenas por profissionais da área da medicina e da assistência social, os mesmos estão excluindo do âmbito de aplicação das leis todos aqueles indivíduos que, em razão de barreiras psicológicas ou culturais, possuem impedimento de longo prazo que o excluem, total ou parcialmente, da vida em sociedade e do mercado de trabalho, os quais, na opinião do autor, deveriam ser avaliados por profissionais da área de psicologia e de antropologia, conforme aludido em linhas anteriores.

Dessa forma, tendo em vista a antinomia de leis existentes no que tange à amplitude do conceito de pessoa com deficiência e, por consequência, o número de pessoas que serão afetadas pelos benefícios trazidos pelas leis de aposentadoria especial das pessoas com deficiência, faz-se necessária a intervenção do Poder Judiciário ao caso, com especial importância do Supremo Tribunal Federal, o qual consiste no órgão do Poder Judiciário responsável pela guarda das normas constitucionais¹¹³, no sentido de decretar a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei Complementar nº 142/2013 citados acima, sob pena de, caso contrário, perpetuar-se a exclusão existente no que tange à exclusão de pessoas deficientes do convívio social e do mercado de trabalho em razão de barreiras psicológicas ou culturais.

Sendo assim, diante do intrigante tema que se expõe acerca da incompatibilidade vertical e material das leis que regulam a aposentadoria especial das pessoas com deficiência em relação à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em especial no que tange ao conceito de pessoa com deficiência e a consequente amplitude que tal significação pode trazer em relação aos indivíduos beneficiados pelas respectivas legislações previdenciárias, faz-se imponente analisar a interpretação dada ao assunto pelas Cortes Constitucionais de cada um desses países, caso, por óbvio, tal tema já tenha sido objeto de apreciação pelas mesmas.

¹¹³ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 jan. 2016).

2.3 A POSIÇÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS DOMÉSTICAS DE CADA PAÍS A RESPEITO DO TEMA

Chegando ao tópico derradeiro da segunda premissa desse estudo, consiste de suma importância atentar ao modo como as Cortes Constitucionais de Brasil e Argentina estão lidando com a discrepância existente no que tange ao conceito de pessoa com deficiente trazido pela Convenção Internacional sobre as Pessoas com a Deficiência em relação às normas internas de cada país responsáveis por legislar acerca da aposentadoria especial das pessoas com deficiência. Constatou-se, no tópico anterior, que o conceito de pessoa com deficiência trazido pela norma alienígena não pode ficar restrito tão somente à verificação médica, devendo ser analisada a deficiência através de uma equipe multiprofissional que irá averiguar, em cada caso, quais são todas as contingências sociais que permeiam dado indivíduo e que, por isso, impedem sua plena e efetiva participação na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Agindo, pois, nesse sentido, quanto à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, foi realizada uma pesquisa livre em todos os filtros de busca do site da instituição com as expressões “aposentadoria e “pessoa com deficiência”; porém, em que pese ao exacerbado número de decisões encontradas a partir dessa pesquisa¹¹⁴, a esmagadora maioria das decisões tratava de impetrações de Mandados de Injunção, por servidores públicos, os quais postulavam que lhes fosse garantido o direito à concessão de aposentadoria especial das pessoas com deficiência, nos moldes da Lei Complementar nº 142/2013, haja vista à inexistência de legislação que regule esse tipo de jubilação no serviço público. Porém, diligenciando no sentido de efetuar a mesma pesquisa junto ao site da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro no que tange causas judiciais, da qual a Fazenda Pública¹¹⁵ Federal seja parte e que cujo valor da causa não ultrapasse

¹¹⁴ Realizada a consulta no site <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>, no dia 04 de janeiro de 2016, foram encontrados três acórdãos, noventa e nove decisões monocráticas, uma decisão da presidência e três informativos.

¹¹⁵ Por Fazenda Pública se entende a Administração Pública Direta (União, Estados, Distrito Federal, Municípios e seus órgãos desconcentrados como Ministérios, secretarias, entre outros), as autarquias e as empresas públicas, conforme refere o artigo 4º, do Decreto-Lei nº 200/1967 (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 04 jan.2016).

sessenta salários mínimos¹¹⁶, tem-se que a pesquisa foi mais frutífera. Diz-se isso porque este órgão, em 26 de setembro de 2014, por ocasião do julgamento do PEDILEF nº 5003198-07.2012.4.04.7108, editou a Súmula nº 78, a qual possui a seguinte redação¹¹⁷:

Súmula 78. TNU. Comprovado que o requerente de benefício é portador do vírus HIV, cabe ao julgador verificar as condições pessoais, sociais, econômicas e culturais, de forma a analisar a incapacidade em sentido amplo, em face da elevada estigmatização social da doença.

Com efeito, verifica-se que este tribunal já inseriu em sua jurisprudência dominante, incluindo-o num verbete sumular, o entendimento pelo qual, exclusivamente em relação à pessoas com o vírus da Imunodeficiência adquirida, faz-se necessária uma ampla análise de todas as contingências sociais que orbitam o indivíduo soropositivo o que, por consequência disso, dificultam-lhe a entrada no mercado de trabalho. Nesse sentido, segundo tal súmula, quando o juiz responsável por processar e julgar uma causa em que se postule a concessão de benefício previdenciário por incapacidade (auxílio-doença¹¹⁸ ou aposentadoria por invalidez¹¹⁹) ou um benefício assistencial à pessoa com deficiência¹²⁰, o mesmo deve fazer uma análise em sentido amplo do caso, de modo a verificar todas as condições pessoais, sociais, econômicas e culturais que circundam aquele indivíduo, tendo em vista o reconhecimento judicial de que as pessoas com essa patologia sofrem de um

¹¹⁶ Sobre a competência da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, aconselha-se a leitura da Resolução nº CJF-RES-2015/00345, de 02 de junho de 2015, responsável por dispor sobre o Regulamento interno do presente órgão do Poder Judiciário e, em especial, o artigo 6º (Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/svr_res345-2015-novoregimentointerno_0.pdf>. Acesso em: 04 jan.2016).

¹¹⁷ Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/noticias-do-cjf/2014/setembro/tnu-aprova-sumula-78>>. Acesso em: 04 jan.2016.

¹¹⁸ O artigo 59, da Lei nº 8.213/91 entende por auxílio-doença como o benefício previdenciário devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm>. Acesso em: 04 jan.2016).

¹¹⁹ O artigo 42, da Lei nº 8.213/91 entende por aposentadoria por invalidez o benefício previdenciário devido ao segurado que, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm>. Acesso em: 04 jan.2016).

¹²⁰ Possui direito à concessão de benefício assistencial, a ser pago pelo Instituto Nacional do Seguro Social, todos aqueles indivíduos que, embora não sejam segurados do Regime Geral da Previdência Social, por possuírem alguma deficiência e possuírem renda familiar por pessoa igual ou inferior à quarta parte do salário mínimo nacional, não tenha condições de prover o próprio sustento, nos termos do artigo 20, §§ 1º, 2º e 3º, da Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993.

grande preconceito, o que acarreta numa resistência à contratação profissional e consequente inclusão no mercado de trabalho. Isso demonstra que, embora o Supremo Excelso ainda não tenha se posicionado acerca da expansão do significado jurídico de pessoas com deficiência trazido pela Convenção Internacional sobre os Direitos das pessoas com deficiências, os tribunais ordinários já demonstram uma preocupação com o assunto e, pontual e paulatinamente, vem retificando sua jurisprudência de modo a se adequar com a legislação alienígena, num típico caso de controle difuso de convencionalidade, muito embora não seja encontrado o exato termo nesses julgados pontuais.

Além disso, prolongando-se no estudo pela lente do benefício assistencial previsto na Lei nº 8.742/93, pode-se verificar que o parágrafo 2º, do artigo 20 da referida lei federal teve sua redação alterada pela Lei nº 12.4325, de 06 de julho de 2011, o qual, agindo no sentido de conferir aplicabilidade prática à Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, passou a considerar pessoa com deficiência aquela que tenha impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, as quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas¹²¹. Tal modificação legislativa levou à jurisprudência dos tribunais brasileiros a rever seus conceitos no que tange à constatação da deficiência do indivíduo que busca uma prestação advinda da Assistência Social brasileira, conforme se denota a partir da leitura do seguinte trecho do voto da Juíza Federal, Dra. Marina Vasques Duarte de Barros Falcão, integrante da 4ª Turma Recursal do Rio Grande do Sul, por ocasião do julgamento Recurso Cível nº 5003492-09.2014.404.7102/RS¹²²:

Trata-se de recurso interposto por ambas as partes. O INSS alega que como a parte autora recebe bolsa-família não faz jus ao benefício assistencial de prestação continuada concedido na sentença. A parte autora, a seu turno, requer a fixação dos efeitos financeiros na DER, em 12/12/2013, e não a partir da perícia socioeconômica, em 24/05/2014, como considerado na sentença.

¹²¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12435.htm#art1>. Acesso em: 04 jan.2016.

¹²² Disponível em: <https://eproc.jfrs.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento&doc=711439222345523761170000002574&evento=711439222345523761170000001201&key=02803850477bf7c546ee0669cb981e6658f706406c16105aac378b5cd85cfc7a&hash=4d69058a49ce73e8f71028be81761cd3>. Acesso em: 04 jan.2016.

Nos termos do artigo 203 da Constituição Federal e do artigo 20 da Lei 8.742/93 o benefício assistencial é devido ao portador de deficiência e ao idoso, maior de 65 anos de idade, que não tenham condições de prover a própria subsistência nem de tê-la provida por sua família.

A Lei 8.742/93, com a redação dada pela Lei 12.470/2011, prescreve que pessoa portadora de deficiência é aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Nos termos do artigo 20, § 10, da Lei 8.742-93, com redação incluída pela Lei 12.470/2011, considera-se impedimento de longo prazo aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.

Referido entendimento deve ser aplicado inclusive para requerimentos anteriores ao início de sua vigência, uma vez que se trata de norma interpretativa, que apenas esclarece o que se entende por pessoa portadora de deficiência para concessão do benefício em tela, estando em consonância com o Decreto nº 6.949/2009, que promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinada em Nova York, em 30 de março de 2007 - norma recepcionada em nosso ordenamento jurídico com força de Emenda Constitucional nos termos do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal.

Desse modo, embora ainda não tenha sido admitido nenhum caso de concessão de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez ou benefício assistencial à pessoa com deficiência na Corte Suprema brasileira que discuta a repercussão da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no significado de pessoa com deficiência e, por consequência disso, formule uma decisão vinculante aos demais tribunais no sentido de expandir seu conceito, tem-se que as expectativas nesse sentido são bastante promissórias. Diz-se isso porque, tendo em vista que os tribunais de segunda instância e a própria Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais já têm pontual e paulatinamente firmado jurisprudência acerca do tema, acredita-se que num futuro próximo tal discussão baterá às portas do Supremo Excelso e o mesmo, utilizando-se de sua competência vinculante aos demais tribunais, debruçar-se-á a respeito do assunto e dará sua opinião acerca de dita expansão do significado de pessoa com deficiência.

Procedendo, pois, no sentido de efetuar uma pesquisa jurisprudencial no site da Suprema Corte da Nação argentina¹²³, com os mesmos critérios utilizados anteriormente, ou seja, colocando no campo da pesquisa as expressões as expressões “Jubilación” e “persona com discapacidad”, encontrou-se somente um

¹²³ Disponível em: <<http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=iniciaConsulta>>. Acesso em: 07 jan.2016.

julgado. Esse único julgado, intitulado pela Corte como Etchart Fernando Martin c/ ANSES s/ Amparos y Sumarisimos¹²⁴, discute a possibilidade de aumento da pensão anual recebida pelo autor da causa, de modo a que o valor de seu benefício previdenciário fosse equivalente a trezentos e vinte e seis pesos argentinos, postulando que o sistema previdenciário do país vizinho pagasse a diferença entre seu benefício e o benefício de Prestação Básica Universal prevista no artigo 20, da Ley nº 24.241 de 13 de outubro de 1993¹²⁵.

Nessas circunstâncias, verifica-se que, tal como ocorreu na Corte Constitucional brasileira, a Corte Suprema da Nação Argentina ainda não se deparou com algum pedido de revogação dos artigos legais que informam quais os critérios para a aferição da pessoa com deficiência para fins de concessão de aposentadoria especial da pessoa com deficiência. Isso prejudica um maior aprofundamento da questão no âmbito do Poder Judiciário argentino, uma vez que, não tendo sua Corte Constitucional analisado tal pedido, a pesquisa acaba sem objeto de estudo para analisar. Porém, do mesmo modo como ocorreu no caso brasileiro, verifica-se que a legislação que disciplinou esse tipo de aposentadoria na Argentina é bastante recente, pois foi criada em 2014, o que justifica a falta de apreciação, pela Corte Suprema do país vizinho, do tema que ora se debruça.

De qualquer forma, a questão mostra-se bastante produtiva a respeito do tratamento da questão pelo Poder Judiciário argentino, embora não seja possível a análise de como está sendo realizado o tratamento da questão pela Corte Suprema daquele país. Mostra-se inegável a conclusão de que o fato de expor, em um trabalho de dissertação, a discrepância existente entre o conceito de pessoa com deficiência trazido pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a legislação previdenciária argentina responsável por regulamentar a aposentadoria especial da pessoa com deficiência gera muitas contribuições no que tange à constatação dessa inconveniência da lei argentina, servindo como um estudo introdutório para, quem sabe num futuro próximo, a Corte Suprema aprecie o caso e retifique a discrepância existente entre ambas as legislações.

¹²⁴ Disponível em: < <http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDoc&idAnalisis=726105&interno=3>>. Acesso em: 07 jan.2016.

¹²⁵ Artículo 20.— El monto del haber mensual de la Prestación Básica Universal se establece en la suma de PESOS TRESCIENTOS VEINTISEIS (\$) 326) (Disponível em: <<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/639/texact.htm>>. Acesso em 07 jan.2016).

CONCLUSÃO

Encerrando esse ciclo da presente dissertação, e diz-se que se está a encerrar apenas um ciclo, uma vez que não se pretende exaurir o tema, tendo em vista os inúmeros contornos e pontos de vista que podem ser buscados, verifica-se que os objetivos perseguidos ao longo do estudo foram satisfatoriamente alcançados. Para tanto, a título de introdução, o autor trouxe à tona a atual tendência de internacionalização do Direito Constitucional e constitucionalização do Direito Internacional, bem como a prevalente atuação dos países latino-americanos nesse intento, já que promulgaram novas Constituições após anos de regimes autoritários, buscando-se demonstrar o protagonismo da Argentina e do Brasil na recepção das normas de direito internacional, especialmente quando se trata de normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Diante de tais premissas, ainda em sede de introdução, o autor se propôs a estudar acerca do estado atual de coisas do chamado controle de convencionalidade das leis no âmbito brasileiro e argentino, dando especial ênfase a análise acerca da (in) compatibilidade material e vertical das leis que regulam a aposentadoria especial das pessoas com deficiência em cada um desses países em relação à Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, a qual, frisa-se, foi ratificada no ordenamento jurídico interno de cada um desses países.

Num primeiro momento, pois, o autor analisou o surgimento global do controle de convencionalidade, verificando que ele surgiu a partir de uma decisão proferida pela Corte Suprema francesa, a qual, deparando-se com um conflito entre a liberdade da gestante em optar por abortar o feto e o direito à vida do mesmo, delimitou-se a decretar sua incompetência para processar e julgar aquela causa, haja vista que, por se tratar de normas de índole internacional, seriam os tribunais internacionais competentes para tanto. Posteriormente, analisou-se o surgimento dessa tendência no cenário jurídico brasileiro a fim de, aprimorando-se acerca das origens do tema, demarcar um ponto de partida para estudar o objeto de pesquisa propriamente dito.

Posteriormente, a partir dos estudos acerca do tema, verificou que existe uma discordância doutrinária no que tange à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Isso levou a

pesquisa a se ater, nesse momento, ao estudo acerca da teoria mais expansionista do *status* constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, uma vez que, conforme essa teoria mais expansionista, independentemente da data em que o tratado internacional de direitos humanos foi ratificado e do quorum congressual utilizado para tanto, ele sempre terá natureza constitucional, somente se diferenciando na medida em que se observa que aqueles tratados que observaram o procedimento previsto no artigo 5º, § 2º, da Constituição brasileira teriam natureza materialmente constitucional, conquanto aqueles que observaram o quorum congressual previsto no artigo 5º, § 3º, da Carta Política, teriam hierarquia material e formalmente constitucional.

Porém, levando em consideração à existência de uma divergência doutrinária acerca da hierarquia de tais tratados, verificou-se a presença de uma teoria mais reducionista do caráter constitucional dos referidos tratados. Essa teoria entende que somente aqueles que observaram o *quorum* congressual qualificado (artigo 5º, § 3º, Constituição Federal) teriam hierarquia constitucional e, por isso, poderiam servir como paradigma do controle de convencionalidade concentrado das leis e, em consequência disso, a força suficiente de revogar, parcial ou totalmente, leis internas que sejam com eles contrastantes.

Essa parte da doutrina entende, ainda, que os tratados internacionais de direitos humanos que observaram o *quorum* congressual simples (artigo 5º, § 2º, da Carta Magna) possuem hierarquia supralegal, ou seja, não possuem o poder de revogar leis, somente podendo servir como paradigmas ao controle de convencionalidade difuso das leis, bem como agir na eficácia das leis contrastantes, de modo a paralisar seus efeitos.

Nesse mesmo sentido, efetuando um estudo comparado acerca de qual a doutrina dominante no país vizinho, descobriu-se que no ordenamento jurídico da Argentina a segunda teoria (reducionista) é a dominante, tanto que, a fim de extirpar quaisquer dúvidas acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, o legislador constituinte argentino fez menção, na própria Constituição da Nação argentina, do modo como os tratados internacionais de direitos humanos deveriam adentrar no ordenamento interno argentino para ter caráter de norma constitucional (artigo 75, nº 22, da Constituição da Nação argentina).

Levando-se em consideração essa dominância existente, tanto na doutrina jurídica brasileira quanto na do país vizinho, o autor filiou-se à teoria reducionista do

caráter constitucional dos direitos humanos, de modo a catalogá-los dependendo da época em que foram ratificados e do procedimento congressual adotado para tanto, o que levou a analisar qual a hierarquia da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em cada um dos países estudados, constatando-se que, em ambos os ordenamentos, tal Convenção possui natureza de norma constitucional, o que lhe confere os predicados atinentes à possibilidade de ser paradigma do controle concentrado de convencionalidade das leis, bem como, em virtude desse primeiro predicado, poder revogar normas infraconstitucionais que sejam com ela contrastantes.

Alicerçado na constatação acerca da natureza constitucional da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, posteriormente foram postos em contraponto o conceito de pessoa com deficiência atribuído pela Convenção em relação ao mesmo conceito atribuído pelas leis brasileira e argentina que regulam a aposentadoria especial das pessoas com deficiência. Realizado esse controle de leis, verificou-se que a significação trazida pela norma alienígena é muito mais abrangente no que toca à quantidade de indivíduos que poderão ser considerados pessoas com deficiência em relação às leis internas, deflagrando, ao final, a necessidade de o Poder Judiciário, através do controle concentrado de convencionalidade das leis, revogar parcialmente as legislações internas de cada país, a fim de ampliar o rol de beneficiários dos direitos previdenciários estatuídos em cada uma das leis.

Entremeio a essa conclusão parcial, a pesquisa foi mais além, debruçando-se acerca da análise da jurisprudência das Cortes Constitucionais de cada um dos países estudados no que tange a seu posicionamento acerca da incompatibilidade das leis que regulam a aposentadoria especial das pessoas com deficiência em relação à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Porém, realizada tal tarefa, não foram encontrados resultados satisfatórios, uma vez que, seja em virtude das dificuldades de que sejam levados tais assuntos ao crivo das Cortes Supremas, seja pela tenra existência das respectivas leis – a lei brasileira que regula a aposentadoria especial das pessoas com deficiência foi criada em 2013 e a lei argentina em 2014 -, ambos os tribunais ainda não apreciaram o tema a respeito da inconventionalidade das mencionadas leis no que toca ao grau de amplitude do termo pessoa com deficiência.

Frisa-se, todavia, que, muito embora a pesquisa não tenha sido conclusiva, uma vez que não foram encontrados precedentes nas Cortes Constitucionais de Brasil e Argentina acerca do tema, verificou-se a validade do tema no que tange: (1) à constatação de que há uma incongruência grave em relação ao conceito de pessoa com deficiência e a necessidade de uma intervenção do Poder Judiciário de ambos os países, através de suas Cortes Supremas, no sentido de adequar suas leis em relação ao referido tratado internacional e; (2) a verificação de que, no caso particular brasileiro, embora o Supremo Tribunal Federal ainda não tenha se posicionado acerca do assunto, as cortes ordinárias já possuem uma jurisprudência bastante recorrente no que tange à ampliação do significado de pessoa com deficiência para além de critérios médicos e assistenciais, devendo, em casos tais, levar em considerações todas as contingências sociais (psicológicas, educacionais, profissionais, culturais, entre outras) para fins de constatação do grau de deficiência dos indivíduos.

Essa última constatação traz a esperança de que o Poder Judiciário brasileiro, além de se preocupar com a questão atinente à internacionalização dos direitos, também se preocupe no que tange a uma maior humanização das leis previdenciárias brasileiras, uma vez que, agindo nesse sentido, ele liberta seus olhares de meros conceitos técnicos e passa a ver o indivíduo como um todo, detentor de uma tradição que deve ser levada em consideração pelo Poder Judiciário no caso concreto.

REFERÊNCIAS

@DELMASAMPAIO. **Antropologia**. Publicado em 24 de julho de 2013. Disponível em: <<http://www.trabalhosfeitos.com/ensaios/Antropologia/31514692.html>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). **O STF e o direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Quartier Latin. 2009.

AMIRALIAN, Maria L. T. et al. Conceituando deficiência. Laboratório Interunidades de Estudos sobre Deficiências do Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo. São Paulo, SP, Brasil. p. 98. **Revista de Saúde Pública**, v. 34, n. 1, p. 97-103, fev. 2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v34n1/1388.pdf>>. Acesso em 02 jan.2015).

ARGENTINA. **Constitución de la Nación Argentina**: publicación del Bicentenario. Buenos Aires : Corte Suprema de Justicia de la Nación / Biblioteca del Congreso de la Nación / Biblioteca Nacional, 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.csjn.gov.ar/Constitucion-de-la-Nacion-Argentina-Publicacion-del-Bicent.pdf>>. Acesso em: 28 dez.2015.

_____. **Constitución Nacional Argentina 1853 y reformas**: sancionada por el Congreso General Constituyente en mayo de 1853, reformada por la Convención Nacional "ad hoc" el 25 de septiembre de 1860 y con las reformas de las convenciones de 1866, 1898 y 1956. Disponível em: <<http://www.biblioteca.jus.gov.ar/constitucionargentina1853.html>>. Acesso em: 30 dez.2015.

_____. **Corte Suprema de Justicia de la Nación**. Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros. Publicado em La Ley. 1992-C-543. Disponível em <<http://www.eco.unlpam.edu.ar/objetos/materias/abogacia/2-ano/derecho-civil-i/jurisprudencia/Ekmekdjian%20c.%20Sofovich.%20CSJN.%207-7-92.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2015.

_____. **Corte Suprema de Justicia de la Nación**. Fibraca Constructora SCA. v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande. JA 1993-IV-471. Fallos 316:1669. Disponível em: <<http://www.infojus.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-fibraca-constructora-sca-comision-tecnica-mixta-salto-grande-recurso-hecho-fa93000274-1993-07-07/123456789-472-0003-9ots-eupmocsollaf>>. Acesso em: 28 dez.2015.

_____. **Corte Suprema de Justicia de la Nación**. Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación - causa n° 44.891. 12 de Septiembre de 1996. Disponível em: <<http://www.infojus.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-bramajo-hernan-javier-incidente-excarcelacion-causa-44891-fa96000393-1996-09-12/123456789-393-0006-9ots-eupmocsollaf>>. Acesso em: 31 dez.2015.

_____. **Corte Suprema de Justicia de la Nación.** Chocobar, “La Ley” 1997-B-240. Disponible em: <<http://www.garridocordobera.com.ar/chocobar.htm>>. Acceso em: 30 dez. 2015.

_____. **Corte Suprema de Justicia de la Nación.** Etchart Fernando Martin c/ ANSES s/ Amparos y Sumarisimos. CSJ 261/2012(48-E)/CS1. Julgamento em 27/10/2015. Disponible em: <<http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDoc&idAnalisis=726105&interno=3>>. Acceso em: 07 jan.2016.

_____. **Corte Suprema de Justicia de la Nación.** Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) -causa N° 17.768-. 14 de Junio de 2005. Disponible em: <<http://www.infojus.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-simon-julio-hector-otros-privacion-ilegitima-libertad-etc-poblete-causa-17768-fa05000115-2005-06-14/123456789-511-0005-0ots-eupmocsollaf>>. Acceso em: 31 dez.2015.

_____. **Corte Suprema de Justicia de la Nación.** Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo. 31 de Agosto de 2010. Disponible em: <<http://www.infojus.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-videla-jorge-rafael-massera-emilio-eduardo-fa10985300-2010-08-31/123456789-003-5890-1ots-eupmocsollaf>>. Acceso em: 31 dez.2015.

_____. **Decreto n° 498, de 01 de março de 1983.** Sistema de Protección Integral de los Discapacitados. Apruébase la reglamentación de la Ley n° 22.431. Disponible em: <<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/37435/norma.htm>>. Acceso em: 07 jan.2016.

_____. **Ley n° 22.431, de 16 de marzo de 1981.** Sistema de protección integral de los discapacitados. Disponible em: <<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20620/norma.htm>>. Acceso em: 07 jan.2016.

_____. **Ley n° 2.372.** Código Procesal Penal. Buenos Aires, 4 de Octubre de 1888. Disponible em: <http://www.infojus.gob.ar/legislacion/ley-nacional-2372-codigo_procesal_penal.htm>. Acceso em: 31 dez.2015.

_____. **Ley 19.865, de 03 de outubro de 1972.** Aprobación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Disponible em: <<http://www.dipublico.org/legislacion/Ley19865.pdf>>. Acceso em: 28 dez.2015.

_____. **Ley 23.049 - 9 de Febrero de 1984.** Reforma legal que impone el fuero militar y excluye a los jueces naturales. Extracto. Disponible em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28157/norma.htm>>. Acceso em: 31 dez.2015.

_____. **Ley 23.521. Junio 8 de 1987.** Justicia Militar. Obediencia debida. Se fijan límites. Disponible em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/21746/norma.htm>>. Acceso em: 31 dez.2015.

_____. **Ley nº 24.147. Octubre 21 de 1992.** Talleres protegidos de producción. Habilitación, registro, funcionamiento, financiamiento y supervisión. Régimen laboral especial. Régimen especial de jubilaciones y pensiones. Disponible em: <<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/545/norma.htm>>. Acesso em: 07 jan.2016.

_____. **Ley nº 24.241. Octubre 13 de 1993.** Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones. Creación. Ambito de aplicación. Disposiciones complementarias y transitorias. Consejo Nacional de Previsión Social. Creación y Misión. Compañías de Seguros. Prestaciones No Contributivas. Normas sobre el Financiamiento. Disponible em: <<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/639/texact.htm>>. Acesso em: 07 jan.2016.

_____. **Ley 24.390.** Plazos de prisión preventiva. Promulgada de Hecho: Noviembre 21 de 1994. Disponible em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/776/norma.htm>>. Acesso em: 31 dez.2015.

_____. **Ley 27.063.** Código Procesal Penal de la Nación. BUENOS AIRES, Boletín Oficial, 10 de Diciembre de 2014. Disponible em:< <http://www.infojus.gob.ar/27063-nacional-codigo-procesal-penal-nacion-Ins0005987-2014-12-04/123456789-0abc-defg-g78-95000scanyel>>. Acesso em: 31 dez.2015.

_____. **Ley 26.378 - Junio 6 de 2008.** Apruébase la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006. Disponible em: <<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141317/norma.htm>>. Acesso em: 02 jan.2016.

_____. **Ley 27.044 - Diciembre 11 de 2014.** Otórgase jerarquía constitucional a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Disponible em: <<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/239860/norma.htm>>. Acesso em: 02 jan.2016.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto; PEREIRA, Antonio Celso Alves (coords.). **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo**: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Tradução Maria Celeste C. J. Santos. rev. tec. Cláudio de Cicco. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

_____. **A era dos direitos**. Carlos Nelson Coutinho (Trad.). Rio de Janeiro: Elsevier. 2004.

BOLÍVIA, **Constitución Política del Estado, de 24 noviembre 2007**. Aprobada en grande sobre la base de informes de mayorías. Magna asamblea constituyente. Disponível em: <<http://www.transparencialegislativa.org/wp-content/uploads/2013/04/Constitucio%CC%81n-Bolivia.pdf>>. Acesso em: 06 jan.2016.

_____. **Ley nº 4024, de 15 de abril de 2009**. Aprueba la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo”, abierto a la firma en la Sede de Naciones Unidas a Partir del 30 de marzo de 2007 y suscrito por Bolivia el 13 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/index.php/normas/buscar>>. Acesso em: 06 jan.2016.

_____. **Ley nº 223, de 02 de marzo de 2012**. Ley General para Personas con Discapacidad. Disponível em: <<http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/index.php/normas/buscar>>. Acesso em: 06 jan.2016.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O direito internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método. 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 abr.2015.

_____. **Decreto Legislativo nº 89, de 3 de dezembro de 1998**: aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do artigo 62 daquele instrumento internacional. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/cortedecreto89.htm>>. Acesso em: 26 mai.2015.

_____. **Decreto Legislativo nº 186, de 10 de julho de 2008**: aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 02 jan.2016.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**: Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 29 dez.2015.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 05 jan.2016.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**: dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 04 jan.2016.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969**: altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0911.htm>. Acesso em: 29 dez. 2015.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**: promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 10 dez.2015.

_____. **Decreto nº 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: 26 mai.2015.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**: promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 02 jan.2016.

_____. **Decreto nº 8.145, de 03 de dezembro de 2013**: altera o Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, para dispor sobre a aposentadoria por tempo de contribuição e por idade da pessoa com deficiência. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8145.htm>. Acesso em: 05 jan.2016.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de Dezembro de 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 26 mai.2015.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Emenda Constitucional nº 47, de 05 de julho de 2005**: altera os arts. 37, 40, 195 e 201 da Constituição Federal, para dispor sobre a previdência social, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc47.htm>. Acesso em: 05 jan.2016.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei Complementar nº 142, de 08 de maio de 2013**: regulamenta o § 1º do art. 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp142.htm>. Acesso em: 02 jan.2016.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**: Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 29 dez.2015.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**: dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm>. Acesso em: 02 jan.2016.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 8.662, de 07 de junho de 1993**: dispõe sobre a profissão de Assistente Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8662.htm>. Acesso em: 05 jan.2016.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993**: dispõe sobre a Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm>. Acesso em: 04 jan.2016.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 dez.2015.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 12.435, de 06 de julho de 2011**: altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12435.htm#art1>. Acesso em: 04 jan. 2016.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**: institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 03 jan.2016.

_____. Governo Federal. **Portal da Legislação**. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/internacional/tratados-equivalentes-a-emendas-constitucionais-1>>. Acesso em: 02 jan.2015.

_____. **Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MOG/AGU nº 1, de 30 de janeiro de 2014**: aprova o instrumento destinado à avaliação do segurado da Previdência Social e à identificação dos graus de deficiência, bem como define impedimento de longo prazo, para os efeitos do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/65/SDH-MPS-MF-MOG-AGU/2014/1.htm>>. Acesso em: 05 jan.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480-3/DF**. Relator Celso de Mello. Publicado no DJe em 18/05/2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>>. Acesso em: 28 dez.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 87585 / TO**. Relator Ministro Marco Aurélio. Publicado no DJe em 26/06/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+87585%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+87585%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ah2udpa>>. Acesso em: 23 mai.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 88.420-2/PR**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Publicado no DJe em 17/04/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=463472>>. Acesso em: 05 jan.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 90.172-7/SP**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Publicado no DJe em 05/06/2007. Acesso em: 06 jan. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.353-1**. Relator Ministro Cezar Peluso. Publicado no DJe em 05/06/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 28 dez.2015.

_____. Conselho da Justiça Federal. **Resolução nº CJF-RES-2015/00345, de 02 de junho de 2015**: dispõe sobre o Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/svr_res345-2015-novoregimentointerno_0.pdf>. Acesso em: 04 jan.2016.

_____. _____. Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência. **Pedilef 5003198-07.2012.4.04.7108**. Publicado no DJe em 26/09/2014. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/noticias-do-cjf/2014/setembro/tnu-aprova-sumula-78>>. Acesso em: 04 jan. 2016.

_____. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM Nº 1.931, de 13 de outubro de 2009**: aprova o Código de Ética Médica. Disponível em <http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf>. Acesso em: 03 jan.2016.

_____. Conselho Federal de Psicologia. **Resolução CFP nº 010, de 27 de agosto de 2005**: aprova o Código de Ética Profissional do Psicólogo. Disponível em: <<http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2012/07/codigo-de-etica-psicologia.pdf>>. Acesso em: 03 jan.2016.

_____. _____. **Resolução CFP Nº 015/1996**: institui e regulamenta a concessão de atestado Psicológico para tratamento de saúde por problemas psicológicos. Disponível em: <http://www.crsp.org.br/portal/orientacao/resolucoes_cfp/fr_cfp_015-96.aspx>. Acesso em: 03 jan.2016.

_____. Justiça Federal do Rio Grande Do Sul. **Recurso Cível nº 5003492-09.2014.404.7102/RS**. 4ª Turma Recursal do Rio Grande do Sul. Juíza Relatora Dra. Marina Vasques Duarte de Barros Falcão. Publicado no DJe em 10/08/2015. Disponível em: <https://eproc.jfrs.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento&doc=711439222345523761170000002574&evento=711439222345523761170000001201&key=02803850477bf7c546ee0669cb981e6658f706406c16105aac378b5cd85cfc7a&hash=4d69058a49ce73e8f71028be81761cd3>. Acesso em: 04 jan.2016.

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. São Paulo: Paz e Terra Ltda., 2010. v. 2.

CHILE. **Constitución Política de la Republica de Chile de 1980**: Con modificaciones aprobadas en el plebiscito de 30 de julio de 1989 incorporadas al texto. Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/chile.htm>>. Acesso em: 06 jan.2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile**. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 26 mai.2015.

_____. **Opinião Consultiva OC-7/86**. De 29 de agosto de 1986. Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos) Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_07_esp.pdf>. Acesso em: 31 dez.2015.

_____. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf>. Acesso em: 31 dez.2015.

DENTI, Vittorio. **Processo e giustizia sociale**. Milano: Edizioni di Comunità, 1971.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

_____. **Diritti fondamentali**: um dibattito teórico, a cura di Ermanno Vitale. Roma, Bari, Laterza, 2002.

FRANÇA. **Conselho Constitucional**: décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/1975/74-54-dc/decision-n-74-54-dc-du-15-janvier-1975.7423.html>>. Acesso em: 04 jan.2016 – tradução livre.

_____. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 04 jan.2016.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito supranacional**: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

_____. **Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos**: Pacto de San Jose da Costa Rica. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

GOMES, Luiz Flávio; VIGO, Rodolfo Luis, **Do Estado de direito constitucional e transnacional**: riscos e precauções (navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do direito e da justiça), São Paulo: Premier Máxima, 2008.

_____. **Direito dos direitos humanos e a regra interpretativa “pro homine”**: primeira parte. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI42679,51045-Direito+dos+direitos+humanos+e+a+regra+interpretativa+pro+homine>>. Acesso em: 05 jan.2016.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. 3. tir. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRAVCHYNCHY, Jeferson. et all. **Prática processual previdenciária administrativa e judicial**. 5. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2014.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 12. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle de convencionalidade**: um panorama latino-americano. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. n. 35, 139 jul./set. 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 27 dez.2015.

MASCARENHAS, Paulo. **Manual de direito constitucional**. Salvador: Edição do Autor, 2010. Disponível em: <<http://www.paulomascarenhas.com.br/ManualdeDireitoConstitucional.pdf>>. Acesso em: 30 dez.2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 46 n. 181, jan./mar. 2009.

_____. **Curso de direito internacional público**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIGUEL, Carbonell. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **O tempo das reconfigurações do constitucionalismo**: os desafios para uma cultura cosmopolita. São Paulo: LTr. 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **A carta das Nações Unidas**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/>>. Acesso em: 23 dez.2015.

_____. **United Nations Treaty Collection**. Chapter IV. Human Rights. Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Disponível em: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&lang=en#EndDec>. Acesso em 02 mai. 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 26 mai.2015.

PARAGUAI. **Constitución de la República de Paraguay, 1992**. Última Actualización: January 17, 2002. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp_pry-int-text-const.pdf>. Acesso em: 06 jan.2016.

_____. **Ley nº 98, de 22 de dezembro de 1992**: establece el regimen unificado de jubilaciones y pensiones y modifica las disposiciones del Decreto-Ley nº 1860/50, aprobado por la Ley Nº 375/56 y las Leyes Complementarias nos. 537 del 20 de setiembre de 1958, 430 de fecha 28 de diciembre de 1973 y 1286 de fecha 4 de

diciembre de 1987. Disponível em: <<http://www.bacn.gov.py/ampliar-leyes-paraguayas.php?id=4394>>. Acesso em: 06 jan.2016.

_____. **Ley nº 3540, de 14 de agosto de 2008**: aprueba la Convencion sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Disponível em: <<http://www.bacn.gov.py/ampliar-leyes-paraguayas.php?id=1763>>. Acesso em: 06 jan.2016.

PEDRO, Sagués Nestor. **Censura judicial y derecho de réplica**. Buenos Aires: Astres, 2008.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **¿Ciberciudadani@ o cidadaní@.com?** Barcelona: Gedisa S/A, 2003.

_____. Las generaciones de derechos humanos. **REDESG / Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, v. 2, n. 1, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/REDESG/article/view/10183/pdf_1#.VpaaGfkrK1t>. Acesso em: 13 jan.2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva. 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de Direitos Humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 104, p 241-286. 2009.

RESENDE, Ana Paula Crosara; VITAL, Flávia Maria de Paiva (Coord.). **A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência comentada**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008. Disponível em: <[file:///C:/Users/Guilherme/Downloads/A%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20os%20Direitos%20das%20Pessoas%20com%20Defici%C3%A7%C3%A3o%20Comentada%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Guilherme/Downloads/A%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20os%20Direitos%20das%20Pessoas%20com%20Defici%C3%A7%C3%A3o%20Comentada%20(2).pdf)>. Acesso em: 07 jan.2016.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 130, p. 77-81, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes e VIEIRA, Lucas Pacheco. Modelos de controle de convencionalidade sob uma perspectiva otimizador. **Revista Libertas. UFOP**, v. 1. jan./jun. 2013.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da e ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos humanos: conceitos, significações e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Processo 106/77, “Simmenthal”**. 9 de março de 1978. Disponível em: <<https://eucaselaw.wordpress.com/2013/06/15/simmenthal-1978/>>. Acesso em: 07 jun.2015.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 04 de novembro de 1950**. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 04 jan.2016.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado: A interação entre direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. **Arquivos do Ministério da Justiça**, v. 182, p. 27 - 56 1993.

URUGUAI, **Constitucion de la Republica**. Constitucion 1967 con las modificaciones plebiscitadas el 26 de noviembre de 1989, el 26 de noviembre de 1994 y el 8 de diciembre de 1996. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/ury/sp_ury-int-text-const.html>. Acesso em: 06 jan.2016.

VENEZUELA, **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999**. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-const.html>. Acesso em 02 mai. 2016.

VENTURA, Deisy. **Monografia jurídica: uma visão prática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **International classification of functioning, disability and health**. Geneva: World Health Organization. 2001. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=IMZPmEJrJ3sC&oi=fnd&pg=PA1&ots=PFIF_za8Ej&sig=rh3YiKc1jlw1HATU0obvzmAUX84&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 02 jan.2016.