

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS:
OS DIREITOS HUMANOS COMO PARADIGMA DA
PRODUÇÃO NORMATIVA DOMÉSTICA**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

Guilherme Pilau Mello

**SANTA MARIA, RS, BRASIL
2015**

**O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS: OS
DIREITOS HUMANOS COMO PARADIGMA DA PRODUÇÃO
NORMATIVA DOMÉSTICA**

por

Guilherme Pilau Mello

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da
Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito
parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

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

Santa Maria, RS, Brasil

2015

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Curso de Direito**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Monografia de
Graduação

**O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS:
OS DIREITOS HUMANOS COMO PARADIGMA DA
PRODUÇÃO NORMATIVA DOMÉSTICA**

elaborada por
Guilherme Pilau Mello

como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA:

Valéria Ribas do Nascimento, Dr^a.
(Presidente/Orientador)

Rafael Santos de Oliveira, Dr.
(Universidade Federal de Santa Maria)

Giane da Silva Ritter, Mda.
(Universidade Federal de Santa Maria)

Santa Maria, 02 de dezembro de 2015.

AGRADECIMENTOS

Meus sinceros agradecimentos a Professora Valéria Ribas do Nascimento, que aceitou ser minha orientadora, pela sugestão de um tema tão interessante, pelo apoio com a bibliografia e estrutura do trabalho.

Também agradeço, encarecidamente, ao Professor Rafael Santos de Oliveira, que aceitou ser membro avaliador e pelos ensinamentos na disciplina de Monografia I.

Meus agradecimentos à Giane da Silva Ritter por ter aceitado meu convite, pelo apoio e incentivo ao desenvolvimento do trabalho.

RESUMO

Monografia de Graduação
Curso de Direito
Universidade Federal de Santa Maria

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS: OS DIREITOS HUMANOS COMO PARADIGMA DA PRODUÇÃO NORMATIVA DOMÉSTICA

AUTOR: Guilherme Pilau Mello

ORIENTADORA: Valéria Ribas do Nascimento

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 02 de dezembro de 2015.

O objetivo desta pesquisa foi verificar de que forma os tratados internacionais de direitos humanos passam a conformar o ordenamento jurídico doméstico. A Emenda Constitucional nº 45/2004 introduziu o parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, dispondo que os tratados de direitos humanos, quando aprovados pelo quórum congressual especial ali previsto, serão equivalentes às emendas constitucionais. Ademais, importantes doutrinadores já consideravam que os tratados de direitos humanos, ratificados e vigentes no país, teriam *status* materialmente constitucional, em virtude do artigo 5º, parágrafo 2º, de Lei Fundamental. O Supremo Tribunal Federal, em julgado histórico, considerou que os tratados de direitos humanos, quando não incorporados pelo rito do artigo 5º, parágrafo 3º, teriam hierarquia supralegal, paralisando os efeitos da legislação infraconstitucional com eles conflitantes. Embora antagônicos os entendimentos da doutrina e da Suprema Corte, a partir daquela decisão, ficou sedimentada a necessidade do direito pátrio de observar as normas contidas em tais tratados, representando um novo parâmetro de controle para a produção normativa interna, o controle de convencionalidade. Tal controle, por ser um tema recente e, ainda, pouco conhecido, merece ser melhor estudado. Para isto, foi necessário abordar, primeiramente, o procedimento de incorporação e a hierarquia ocupada por tais instrumentos internacionais, no ordenamento jurídico pátrio. Após, foi analisado o desenvolvimento deste controle, através de sua aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. A partir disso, foi estabelecido seu conceito, os tratados que servirão de parâmetro, suas modalidades e seu procedimento, culminando com a análise de alguns julgados nacionais que já aplicaram o controle de convencionalidade. Para a realização deste estudo, adotou-se como método de abordagem, o dialético e, como métodos de procedimento, o comparativo e monográfico.

Palavras-Chaves: Tratados internacionais de direitos humanos. Constituição Federal. Supremo Tribunal Federal. Controle de Convencionalidade. Ordem jurídica doméstica.

ABSTRACT

Graduation Monograph
Law School
Federal University of Santa Maria

THE LAW'S CONTROL OF CONVENTIONALITY: HUMAN RIGHTS AS A PARADIGM OF DOMESTIC LAW'S PRODUCTION

Author: Guilherme Pilau Mello

Adviser: Valéria Ribas do Nascimento

Date and Place of the Defense: Santa Maria, December 02th, 2012

The objective of this research was to investigate how the international human rights treaties conform the domestic legal system. Constitutional Amendment No. 45/2004, introduced the paragraph 3 of Article 5 of the Constitution stating that the human rights treaties, when approved by the special congressional quorum laid down therein, shall be equivalent to constitutional amendments. Moreover, important scholars have believed that the human rights treaties ratified and in force in the country, would materially constitutional status under Article 5, paragraph 2, of the Basic Law. The Supreme Court in the historic trial, found that the human rights treaties, if not incorporated by Article 5, paragraph 3, rite, would supralegal hierarchy, paralyzing the effects of infra-constitutional legislation conflicting with them. While opposing understandings of the doctrine and the Supreme Court, since that decision was sedimented the need of paternal right to observe the rules contained in such treaties, representing a new control parameter to the internal normative production, control of conventionality. Such control, as a recent and still little-known theme, deserves to be better studied. For this, it was necessary to address, first, the incorporation procedure and hierarchy occupied by such international instruments in the legal order homeland. After that, the development of this control was analyzed through its application by the Inter-American Court of Human Rights. From this it was established concept, the treaties that serve as parameters, its forms and its procedure, culminating in the analysis of some national judgments that have already applied the control of conventionality. For this study, it adopted as a method of approach, dialectical and as procedure methods, comparative and monographic.

Key words: International human rights treaties. Federal Constitution. The Supreme Court. Control of conventionality. Domestic legal order.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E A ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA	10
1.1 A formação e incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos à ordem jurídica interna	10
1.2 A hierarquia dos tratados de direitos humanos conforme os parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal e os seus reflexos no ordenamento pátrio	21
1.2.1 A inclusão do parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal e suas imbricações	21
1.2.2 O significado do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 quanto à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos.....	24
1.3 A posição do Supremo Tribunal Federal quanto à hierarquia dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio	29
2 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: OS DIREITOS HUMANOS COMO PARÂMETRO DO CONTROLE NORMATIVO	33
2.1 O papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos no controle de convencionalidade	33
2.2 Controle de Convencionalidade e a dupla compatibilidade vertical material	46
2.2.1 A dupla compatibilidade vertical material e seus efeitos no ordenamento pátrio	47
2.2.2 As espécies de controle de convencionalidade no ordenamento jurídico interno e seus parâmetros de controle	50
2.3 A aplicação do controle de convencionalidade na jurisprudência nacional.....	57
2.3.1 Os julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e do Tribunal de Justiça do Paraná	58
2.3.2 O caso da ADPF 182/DF.....	61
CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS	67

INTRODUÇÃO

Com o processo de redemocratização do Estado brasileiro, a partir de 1985, que resultou na Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, cujo texto prevê importantes direitos e garantias fundamentais, teve início, também, uma intensa incorporação de relevantes instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, quais sejam, os tratados e convenções internacionais de direitos humanos. Tal situação resultou na reinserção do Brasil na sistemática de proteção internacional dos direitos humanos, procurando reforçar a implementação e efetivação dos direitos fundamentais e humanos, em âmbito nacional.

Com o advento da nova Carta Política, que no seu artigo 5º, parágrafo 2º, dispõe que os direitos e garantias fundamentais constantes de instrumentos internacionais em que o Brasil seja parte estariam incluídos em seu chamado “bloco de constitucionalidade”, tem-se um novo parâmetro de compatibilidade material vertical do direito nacional.

Tal fato, porém, fora ignorado pela maior parte dos juristas pátrios. A edição da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que acrescentou o parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, cuja disposição é de que aprovados tais tratados pelo quorum congressual qualificado, ali previstos, estes seriam “equivalente às emendas constitucionais”.

Desse modo, consoante as regras constitucionais supracitadas, há a necessidade de compatibilização das normas domésticas, para além da própria Constituição, com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no país, ou seja, o controle de convencionalidade. Entretanto, a redação destes dispositivos gerou controvérsias, quanto ao *status* hierárquico dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica interna.

Divergência esta, que permaneceu, também na Suprema Corte brasileira, quando provocada sobre a temática, adotou posicionamento não unânime, em sentido contrário ao entendimento da pouca, mas importante doutrina que estuda o tema. Ademais, também contrárias à jurisprudência do STF, há as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja autoridade o Brasil se submete, pela ratificação do Pacto de São José da Costa Rica.

Neste contexto, demonstrada está, a necessidade de uma delimitação precisa do *status* dos tratados internacionais de direitos humanos, aprovados ou não, pela sistemática do parágrafo 3º, do artigo 5º da Constituição Federal. E, a partir desta delimitação, estudar as formas, procedimentos e quais tratados servirão de parâmetro para o controle jurisdicional de convencionalidade das leis e proteção dos direitos e garantias fundamentais, constantes na Carta Magna pátria e no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A realização desta pesquisa conta com embasamento jurídico, doutrinária e jurisprudencial, tanto das cortes nacionais, quanto internacionais, visto que são analisadas as divergências existentes sobre o tema. Por conseguinte, é utilizado o método dialético, pois o objeto da pesquisa é analisado a partir de entendimentos antagônicos, já que se verifica a possibilidade de controle de convencionalidade das leis internas, tendo como parâmetro os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, ratificados e vigentes no Brasil, independentemente do quórum congressual para sua aprovação e, como este se opera nos órgãos jurisdicionais internos, diante das posições antagônicas da doutrina e jurisprudência.

São utilizados os métodos comparativo e monográfico. O primeiro é utilizado para a delimitação do *status* hierárquico dos tratados de direitos humanos, de acordo com a sua forma de incorporação ao ordenamento jurídico interno, conforme os parágrafos 2º e 3º, do artigo 5º da Constituição Federal, apontando as divergências entre os entendimentos doutrinários e a jurisprudência do STF, verificando-se a possibilidade de todos tratados de direitos humanos, ratificados e vigentes no Brasil, serem paradigmas de tal controle. Ainda é esse o método de análise do procedimento de aplicação deste controle pelo Poder Judiciário nacional, tendo como parâmetro o controle de constitucionalidade.

Com o mesmo escopo, é utilizado, também, o método monográfico, a partir da análise de casos da aplicação do controle de convencionalidade, em âmbito nacional e internacional, na jurisprudência e na doutrina.

Quanto à jurisprudência, fora realizada uma pesquisa livre com os termos “controle de convencionalidade” nas páginas eletrônicas dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça dos 26 estados e do Distrito Federal. Não foram encontrados resultados com tais termos nos julgados do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, contudo, no Supremo, fora ajuizada a primeira ação, originária do controle concentrado de constitucionalidade, tendo como parâmetro um

instrumento internacional equivalente às emendas constitucionais, a qual será comentada, posteriormente.

No que tange aos tribunais de Justiça estaduais, poucos foram os julgados encontrados que tratam sobre a matéria, sendo que, o maior número de resultados foi encontrado nos Tribunais da Região Sul, precisamente, Santa Catarina e Paraná. Por esta razão, optou-se por analisar a jurisprudência, somente destes estados.

No Capítulo 1, Seção 1.1, analisa-se o procedimento de incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico doméstico e suas possíveis alterações com a introdução do parágrafo 3º ao artigo 5º, da Lei Fundamental.

Na Seção 1.2 e suas Subseções, abordam-se quais os *status* hierárquicos dos tratados internacionais, com especial foco os de direitos humanos, e, seus efeitos na ordem jurídica interna. Na Seção 1.3, comenta-se a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema e seu significado.

Já no Capítulo 2, analisa-se o controle de convencionalidade. Na seção 2.1, o desenvolvimento e a aplicação de tal controle no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com seus reflexos em alguns países latino-americanos.

Na Seção 2.2 e suas Subseções, estudam-se as modalidades deste controle e os tratados que lhes servirão de parâmetro. Também, analisa-se seu procedimento nos órgãos judiciários nacionais, adotando-se como base o controle de constitucionalidade, por suas similitudes.

Na Seção 2.3 e suas Subseções, verifica-se sua aplicação a partir de alguns julgados dos Tribunais de Justiça dos estados da Região Sul do Brasil e do Supremo Tribunal Federal.

1 OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E A ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

Para a correta compreensão do controle de convencionalidade no ordenamento jurídico nacional, mister, preliminarmente, entender como se formam os tratados internacionais, com enfoque nos de direitos humanos, seu procedimento de incorporação à ordem interna e seus reflexos. Por tal motivo, na Seção 1.1, abordar-se-á em que contexto surgiram os tratados internacionais de direitos humanos, seu procedimento de formação e incorporação ao direito interno, em conformidade com as disposições constitucionais que tratam sobre o tema.

Na Seção 1.2, analisar-se-á os graus hierárquicos que tais instrumentos internacionais ocupam no ordenamento jurídico doméstico, conforme o disposto no artigo 5º, parágrafo 2º e parágrafo 3º, da Constituição Federal, e suas imbricações.

Na Seção 1.3, comentar-se-á o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, quanto à hierarquia dos tratados de direitos humanos de direito interno, segundo o seu quórum congressual de aprovação.

1.1 A formação e incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos à ordem jurídica interna

A atitude proativa da comunidade internacional quanto ao reconhecimento e proteção dos direitos humanos em âmbito global é um fato recente, adquirindo maior relevância e destaque, com o término da 2ª Guerra Mundial. A ascensão do tema nas discussões entre os Estados representou uma resposta à atuação destrutiva e as inúmeras violações de direitos perpetradas pelo regime nazista, o qual exterminou, aproximadamente, onze milhões de indivíduos, resultado da sua lógica de descartabilidade da pessoa humana¹. Sob o domínio deste regime, conforme constata Flávia Piovesan, “a Alemanha da Era Hitler apresentou o Estado como grande violador dos direitos humanos”.²

¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva 2013, p.191.

² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva 2013, p.191.

Esse cenário trouxe a necessidade de uma proteção mais eficaz dos direitos humanos através de marcos normativos com alcance global, os quais deveriam dispor de mecanismos, tanto preventivos (direitos e garantias), quanto repressivos (sanções), que vinculassem os indivíduos e, especialmente, os Estados.³ Assim, este mote levou ao surgimento da Organização das Nações Unidas (ONU), cujo principal propósito, ainda que existissem motivações diversas, é a reconstrução da ideia de direitos fundamentais básicos inerentes ao indivíduo, os quais deveriam ser observados universalmente, consoante se depreende do preâmbulo de seu documento de fundação (Carta das Nações Unidas)⁴.

A partir disso, inicia-se uma constante elaboração e ratificação, pelos Estados membros, de documentos normativos passíveis de conferir maior proteção internacional aos direitos humanos. Para tal finalidade, deveriam prever um procedimento para julgamento e, conseqüente, responsabilização de um Estado perante a comunidade internacional, quando aquele, através de atos comissivos ou omissivos de suas instituições ou agentes, violasse qualquer dos direitos humanos reconhecidos e protegidos por aqueles documentos internacionais.⁵ Tais sistemáticas normativas concretizaram-se em tratados⁶ ou convenções internacionais de direitos humanos.

³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva 2013, p.191.

⁴ Eis parte do teor do preâmbulo da Carta das Nações Unidas:
"NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.[...]". ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. São Francisco, 1945. Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/carta/>> Acesso em: 30 out. 2015.

⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.192.

⁶ Conforme lição de Valério de Oliveira Mazzuoli: "Trata-se de expressão genérica por natureza, eleita pela Convenção de Viena de 1969 para designar todo acordo internacional, bilateral ou multilateral, de especial relevo político, qualquer que seja sua denominação específica (art. 2º, § 1º, alínea a). O termo designa normalmente (mas não exclusivamente) os ajustes solenes concluídos entre Estados e/ou organizações internacionais, cujo objeto, finalidade, número e poderes das partes têm maior importância. São exemplos os tratados de paz, de amizade, de arbitragem, de cooperação, de navegação etc. Apesar de, etimologicamente, a expressão tratado (*tractatus*) sugerir o debate, a transação e as negociações árduas, diferindo assim da *convenção*, que evoca a formalização de um acordo já pré-ajustado entre as partes e criador de normativa geral de direito das gentes, o certo é que a Convenção de Viena de 1969 acabou por igualar as expressões com valor sinonímico. Assim, sem embargo de as Constituições brasileiras sempre terem colocado os termos "tratado" ao lado de outras expressões, como "acordo" e "convenção", dando a impressão de que *tratados*, *acordos* e *convenções* designam coisas diversas, a verdade é que atualmente tal opção redacional é

Assim, percebe-se uma mudança nas relações entre os Estados no plano internacional, não mais orientadas exclusivamente à satisfação de interesses políticos e econômicos internos, mas, agora, buscando harmonizá-los com o reconhecimento e proteção dos direitos humanos na ordem interna e externa. Desta forma, a violação de qualquer destes direitos terá repercussão internacional, ultrapassando o âmbito doméstico, pois sua tutela assume relevância além dos limites territoriais dos Estados.⁷

Os compromissos internacionais de proteção da pessoa humana, chamados tratados internacionais de direitos humanos, que começam a ser celebrados e ratificados, dão origem a uma ordem jurídica internacional de preservação destes direitos, conhecida como Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ordem esta, que compele os Estados-partes a sua observância, rompendo com a noção clássica de soberania absoluta.⁸

Os instrumentos protetivos internacionais, almejando salvaguardar a dignidade da pessoa humana diante de possíveis violações arbitrárias perpetradas pelo Estado, prevêm mecanismos de responsabilização estatal no plano internacional, tanto por iniciativa de outros Estados, como dos cidadãos do Estado violador, através de petições aos organismos internacionais adequados, alçando a pessoa humana como sujeito de direito internacional. Assim ao anuírem com as obrigações, positivas (ações) e negativas (omissões), decorrentes dos direitos veiculadas nos tratados e, com a possibilidade de fiscalização e sujeição a jurisdição externa, quando violadas tais obrigações, estão os Estados-partes, deliberadamente, abdicando de parte de sua soberania.⁹

Desse modo, o Direito Internacional dos Direitos humanos, cujo escopo é a proteção da pessoa humana, alcança os ordenamentos jurídicos estatais, como norte normativo e interpretativo. Por esta razão a tradicional concepção da soberania

tecnicamente redundante e sem qualquer valor prático.” MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011, p.177-178.

⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.192.

⁸ BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008, p.38.

⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.461-462.

como absoluta cede espaço àquele corpo normativo, cuja violação não está circunscrita somente à jurisdição interna.¹⁰

Esclarece Valério de Oliveira Mazzuoli:

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, voltado à criação de *mecanismos* de proteção dos direitos da pessoa humana contra as arbitrariedades dos Estados e dos indivíduos que agem em seu nome.¹¹

Em 1948 foi celebrada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, marco inaugural de um Direito Internacional dos Direitos Humanos. A partir daí, seguiram-se outros instrumentos internacionais de igual cunho protetivo, podendo-se dizer, que a proteção internacional da pessoa humana começa a ultrapassar os limites fronteiriços dos Estados.

Considerando que todos os indivíduos devem ter assegurado seus direitos e garantias individuais e sociais básicos, minimamente comuns a toda humanidade, a ordem jurídica internacional deixa de ser apenas palco para regular as relações entre os Estados, de questões meramente diplomáticas ou comerciais. 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.¹²

Desse modo, passa a pessoa a ocupar a posição de protagonista de uma especial tutela do Direito Internacional, bem como de sujeito desses direitos, quando lhe é dada legitimidade de recorrer, em nome próprio, aos variados tribunais internacionais que vão surgindo.¹³ É o que ocorre, não raro, com os diversos tratados de direitos humanos, tanto em âmbito global, quanto regional, que prevêm a possibilidade de petição individual diretamente aos órgãos jurisdicionais

¹⁰ RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. Os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e a Constituição. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.171.

¹¹ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.17.

¹² BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008, p.38-39.

¹³ BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008, p.38-39.

internacionais, desde que atendidas determinadas condições ¹⁴ presentes no instrumento internacional.

Resulta daí um ordenamento jurídico com tendência universal, que procura conciliar a independência de cada Estado, com o respeito pelos mesmos aos preceitos normativos internos. Por conseguinte, o Direito Internacional, formado, principalmente, pelos tratados internacionais, passa a permear os ordenamentos jurídicos internos.¹⁵

Pode-se fazer uma crítica à celebração de tais tratados, uma vez que muitos dos maiores violadores dos direitos humanos são os Estados não signatários daqueles. Os Estados Unidos, que são o maior violador de direitos humanos, interna e externamente, não firmaram, nem aderiram ou ratificaram a nenhum dos tratados internacionais de direitos humanos, quer no âmbito global (Organização das Nações Unidas), quer no regional (Convenção America de Direitos Humanos).¹⁶

Adota uma postura paradoxal, pois proclama em negociações diplomáticas a necessidade dos países de respeitarem os direitos humanos, enquanto pratica diversas violações a estes direitos, muitas vezes sob a alegação de estar agindo em defesa dos direitos humanos. É o que aconteceu, por exemplo, ao invadir o Iraque após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001.¹⁷

São os direitos humanos usados para legitimar violações aos próprios direitos humanos, denotando uma atitude imperialista, que busca difundir uma lógica universalista norte-americana de direitos humanos. Adverte Samuel Huntington:

¹⁴ Como por exemplo, no caso da Convenção Americana de Direitos Humanos, a necessidade de esgotamento da vias processuais internas, para Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeter à petição ou comunicação dos indivíduos ao julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, consoante o artigo 46, I, a da Convenção supracitada. "Artigo 46: [...] 1 Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos. [...]". BRASIL. Presidência da República. **Anexo ao decreto que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and6-78-92.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2015.

¹⁵ BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008, p.38.

¹⁶ ROMERO, Edgar. Estados Unidos é o maior violador de Direitos Humanos do mundo. **IELA**. Florianópolis, 13 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.iela.ufsc.br/noticia/estados-unidos-%C3%A9-o-maior-violador-de-direitos-humanos-do-mundo>> Acesso em: 08 nov. 2015.

¹⁷ ROMERO, Edgar. Estados Unidos é o maior violador de Direitos Humanos do mundo. **IELA**. Florianópolis, 13 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.iela.ufsc.br/noticia/estados-unidos-%C3%A9-o-maior-violador-de-direitos-humanos-do-mundo>> Acesso em: 08 nov. 2015.

Os Estados Unidos, que sempre foram uma nação missionária – está convencido de que os povos não ocidentais deviam se dedicar aos valores ocidentais da democracia, mercados livres, governos limitados, direitos humanos, individualismo e império da lei, e de que deviam incorporar esses valores às suas instituições. Nas outras civilizações, há minorias que abraçam e promovem esses valores, porém as atitudes predominantes em relação a eles nas culturas não ocidentais variam de um ceticismo generalizado a uma intensa oposição. O que é universalismo para o Ocidente é imperialismo para o resto”.¹⁸

Embora outras críticas possam ser dirigidas aos instrumentos internacionais protetivos e aos próprios direitos humanos, é inegável a importância que os tratados internacionais de direitos humanos e os órgãos jurisdicionais supranacionais, representaram e, ainda, representam, nos ordenamentos jurídicos estatais.

No que tange ao Brasil, é com a promulgação da Constituição Federal de 1988, chamada de Constituição Cidadã, elaborada no período de transição democrática, após 21 anos de um Estado ditatorial, que a tutela dos direitos humanos, torna-se, efetivamente, uma preocupação no país.

A nova Carta Política brasileira representa uma nova ordem constitucional, para melhor proteger a pessoa humana e possibilitar o pleno desenvolvimento de suas potencialidades (física, moral, psíquica, social, econômica...).¹⁹ Percebe-se a influência dos direitos humanos na atividade do legislador constituinte ao elevar a dignidade da pessoa humana à fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III²⁰), nos objetivos fundamentais da República (artigo 3º²¹), como

¹⁸ HUNTINGTON, Samuel. **O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial**. RJ: Objetiva, 2001, p. 304.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 244.

²⁰ “Artigo 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; [...]”.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 03 nov. 2015.

²¹ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 03 nov. 2015.

princípio a orientar a relação do Brasil com outros Estados (artigo 4º, inciso II²²) e, especialmente, no amplo catálogo de direitos fundamentais²³, constante em seu texto.

Influência que os direitos humanos continuam exercendo no ordenamento brasileiro com a ratificação e incorporação de tratados sobre o tema. Para melhor compreensão das imbricações destes tratados à ordem jurídica interna, mister, primeiramente, a compreensão da formação dos tratados internacionais.

Como regra geral, os tratados internacionais, tanto os de direitos humanos, quanto os comuns (aqueles que versem matéria diversa), submetem-se ao mesmo procedimento de formação. Sendo os tratados internacionais acordos solenes, sua formação é marcada por etapas e formalidades, as quais envolvem a prática de atos interna e externamente e participação dos Poderes Executivo e Legislativo.²⁴

Pode-se dividir em quatro fases que compõem a celebração de um tratado internacional, duas praticas no âmbito internacional e duas no interno. As internacionais são reguladas pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, enquanto as internas, pela Constituição ou pela legislação infraconstitucional.²⁵

As negociações ocorrem no plano internacional e constituem a primeira fase da celebração, na qual o tratado ganha corpo, através da apresentação de propostas e contrapropostas, que são discutidas, até que os representantes do Estado cheguem ao consenso quanto o texto final. Trata-se de uma fase, cuja

²² “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:[...]

II - prevalência dos direitos humanos:[...]”.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 03 nov. 2015.

²³ Quanto à definição terminológica de direitos humanos e direitos fundamentais, importante a lição de Ingo Sarlet sobre o tema: “Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que um inequívoco caráter supranacional (internacional)”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 29.

²⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 199.

²⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 199

competência pode ser tanto o chefe de governo, quanto o chefe de Estado, a depender da legislação de cada país.²⁶

No Brasil, consoante determina a norma do artigo 84, inciso VIII²⁷, da Constituição Federal, compete ao Presidente da República celebrar tratados internacionais. Essa primeira fase se encerra com a assinatura, que “torna autêntico o texto convencional, impedindo que qualquer das partes possa unilateralmente reabrir as negociações”²⁸.

Encerra-se a fase das tratativas com a assinatura do texto acordado cujo inteiro teor será submetido a apreciação e aprovação do Poder Legislativo. É a segunda fase, a do referendo parlamentar, disciplinada pelo artigo 49, inciso I²⁹, da nossa Carta Magna, no qual compete ao Congresso Nacional deliberar sobre a viabilidade, conveniência e oportunidade da celebração do tratado.³⁰

Neste momento, a atuação do Poder Legislativo limita-se em aprovar ou rejeitar os tratados internacionais sujeitos a sua apreciação. Não pode alterar nenhuma das disposições do instrumento, porém pode apresentar reserva a alguma norma, não vinculando o Estado a sua observância (artigo 2º, parágrafo 1º, alínea d, da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados³¹).

A aprovação do Congresso Nacional materializa-se com a elaboração de um decreto legislativo, o qual permite que o Chefe do Executivo ratifique a assinatura já depositada no documento internacional, no momento de celebração deste, ou de

²⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 204.

²⁷ Art.84. “Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; [...]”. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 03 nov. 2015.

²⁸ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 52.

²⁹ Art.49. “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; [...]”. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 03 nov. 2015.

³⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 223-228.

³¹ Artigo 2º, 1: d) “reserva” significa uma declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado;”. BRASIL. Presidência da República. **Decreto n.º 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/Decre-to/D7030.htm>. Acesso em: 04 nov. 2015.

que adira a este documento, caso não tenha o Estado participado das negociações e assinatura.³² Neste momento diferencia-se o trâmite dos tratados comuns dos tratados de direitos humanos.

O quórum congressional para aprovação dos tratados comuns é o de maioria simples, com fundamento no artigo 47 da Constituição Federal³³. Quanto aos tratados de direitos humanos, este era o quórum necessário para aprovação, entretanto, após a edição da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, surge um novo quórum congressional de aprovação, consoante dispõe o parágrafo 3º introduzido ao artigo 5º pela Emenda acima:

§ 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.³⁴

Dessa forma os tratados de direitos humanos, quando aprovados pelo quórum qualificado, produzirão novos efeitos na ordem jurídica interna, os quais serão estudados posteriormente. No momento, cabe a constatação de que o parágrafo supracitado alterou, apenas, a segunda fase do procedimento de incorporação.

As outras fases permanecem a mesma, não se confundindo com o rito procedimental das emendas constitucionais, consoante adverte Valério de Oliveira Mazzuoli que “a relação entre tratado de direitos humanos e as emendas constitucionais é de *equivalência*, não de *igualdade*”³⁵. Tal confusão deve-se à semelhança entre os seus procedimentos de aprovação, como se constata na redação do artigo 60, parágrafo 2º, de nossa Lei Fundamental³⁶. Fora adotado o

³² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 223-228

³³ “Art. 47. Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros”. (BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 03 nov. 2015.

³⁴ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 03 nov. 2015

³⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 42 (grifos no original).

³⁶ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]”

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros [...].” BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em:

quórum do artigo 5º, parágrafo 2º, na incorporação da Convenção de Nova York sobre Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, no qual o Congresso Nacional adotou o mesmo procedimento de qualquer tratado com a única diferença dos dois turnos de votação e do quórum especial para aprovação, que no caso resultou no decreto legislativo nº 186/2008.³⁷

Outra dúvida que surge é de se a regra do artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição seria ou não de observância obrigatória pelo Congresso Nacional, quando da aprovação de tratados de direitos humanos. André Ramos Tavares defende “a simples presença, no tratado ou convenção, do tema de direitos humanos impele o Congresso Nacional a adotar o rito inserido no art. 5º para a respectiva parte do tratado (ou, eventualmente, todo ele)”³⁸.

Já Mazzuoli entende que o que parágrafo 3º, do artigo 5º faz “é tão somente *autorizar* o Congresso Nacional a dar, quando lhe convier, a seu alvedrio e a seu talante, a ‘equivalência de emenda’ aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil”³⁹. A primeira posição parece ir ao encontro da tendência de conferir maior proteção aos direitos humanos, todavia esta questão deve ser mais bem debatida na doutrina e na jurisprudência.

Retornando ao *iter* procedimental da celebração e incorporação dos tratados internacionais à ordem jurídica nacional, a terceira fase completa-se com a ratificação do tratado no plano internacional, ou seja, a “comunicação formal dirigida à outra parte ou ao depositário, informando que foram concluídos os trâmites internos para que o Estado se vincule ao tratado”⁴⁰. A partir deste momento, com o depósito do instrumento de ratificação, nos organismos internacionais responsáveis pela custódia, o Estado está vinculado às disposições do tratado no plano internacional, pois passam a exercer força coercitiva, acarretando a responsabilidade do Estado, no âmbito internacional, por violação ou descumprimento, dos deveres ali expostos.⁴¹

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 03 nov. 2015

³⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 42

³⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 561.

³⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 45 (grifos no original).

⁴⁰ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 53

⁴¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.112

Em seguida, a fim de que o tratado se incorpore por definitivo à ordem jurídica doméstica, na última fase, deve o Presidente da República, através de decreto, promulgar o texto daquele, publicando-o no órgão da imprensa oficial (o Diário Oficial da União), o que dará ciência e publicidade da confirmação da assinatura já lançado, ou, quando esta não ocorrera previamente, da adesão ao tratado ou convenção internacional.⁴²

A expedição do decreto supracitado, desde julgados antigos do Supremo Tribunal Federal, tem entre os seus efeitos, a executoriedade do ato internacional, o qual passa “a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno”.⁴³ Embora, existem entendimentos na doutrina de que, desde a ratificação do tratado de direitos humanos no plano externo, suas disposições gerariam direitos imediatamente exigíveis, na ordem jurídica nacional, por força do disposto no artigo 5º, parágrafo 1º⁴⁴, da Lei Fundamental.⁴⁵ Neste mesmo sentido Flávia Piovesan que:

Em outras palavras, não será mais possível a sustentação da tese segundo a qual, com a ratificação, os tratados obrigam diretamente aos Estados, mas não geram direitos subjetivos para os particulares, enquanto não advém a referida intermediação legislativa. Vale dizer, torna-se possível a invocação imediata de tratados e convenções de direitos humanos, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais.⁴⁶

Contudo tal entendimento, não encontra respaldo, seja na doutrina majoritária, seja na jurisprudência nacional. Dessa forma, após todos os trâmites de celebração, aprovação, depósito e incorporação dos tratados internacionais, tem-se como resultado a institucionalização das normas internacionais no âmbito interno. Então, estes representam novos direitos e garantias, os quais poderão e deverão ser observados pelo Poder Judiciário interno, pelos outros Poderes do Estado e pela

⁴² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 222-228.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo de Jurisprudência nº73/STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo73.htm>> Acesso em: 03 nov. 2015.

⁴⁴ “Artigo 5º: [...]”

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. [...]” BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 03 nov. 2015

⁴⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Fabris, 1997, v.1, p. 408.

⁴⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.143.

sociedade, somando-se aos direitos e garantias fundamentais já existentes na ordem jurídica interna.⁴⁷

Em razão disso, é de suma importância determinar o *status* hierárquico que possuem os tratados internacionais de direitos humanos após sua incorporação à ordem jurídica interna do Estado brasileiro, especialmente com a introdução do parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal e compreender seus reflexos no ordenamento pátrio.

1.2 A hierarquia dos tratados de direitos humanos conforme os parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal e os seus reflexos no ordenamento pátrio

Percorridas as etapas de formação e internalização dos tratados internacionais, cabe definir qual o grau hierárquico destes no ordenamento brasileiro. Embora tal questão apresenta-se bastante controversa, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, é indispensável sua delimitação para o desenvolvimento deste trabalho, já que impactará, efetivamente, toda a ordem jurídica nacional, o que será demonstrado a seguir.

Quanto aos tratados de direitos humanos, os quais são o objeto principal deste estudo, o *status* hierárquico destes e seus reflexos no ordenamento jurídico doméstico dependerão do quórum congressual, pelo qual forem aprovados. Na Subseção 1.2.1 serão analisados conforme a norma do artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal. Já na Subseção 1.2.2, analisar-se-ão os tratados de direitos humanos ante a disposição do artigo 5º, parágrafo 2º, do mesmo diploma.

1.2.1 A inclusão do parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal e suas imbricações

De acordo com a análise realizada na Seção anterior, com a introdução do parágrafo 3º, ao artigo 5º da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº 45/2004, surge a possibilidade de os tratados de direitos humanos (ratificados pelo Estado brasileiro e em vigor no plano internacional) serem equivalentes às emendas

⁴⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.20.

constitucionais, caso aprovadas pelo quórum especial, em dois turnos, nas duas Casas do Congresso Nacional. Isto significa que as normas veiculadas nestes tratados, serão tidas, no ordenamento pátrio, como normas constitucionais (formais e materiais).⁴⁸

Assim, a normas convencionais dos tratados incorporados pelo rito do artigo, parágrafo 3º, de nossa Lei Fundamental, na lição de Valério de Oliveira Mazzuoli, podem produzir três efeitos em nosso ordenamento.⁴⁹ O primeiro efeito citado pelo autor é que os tratados com equivalência de emendas constitucionais poderão alterar (reformular) o texto da Carta Política brasileira, quando com aqueles for incompatível.⁵⁰

O segundo destes efeitos, é o que não poderiam ser denunciados, mesmo que haja um Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, visto que pelo conteúdo de suas normas, seriam cláusulas pétreas e, portanto, constitucionalmente protegidas pelo disposto no artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV⁵¹.⁵²

Para melhor compreensão, faz-se necessário a aceitação de denúncia, nos termos apresentados pelo autor supracitado:

Em verdade, o que se poderia dizer é que a denúncia é uma das formas de extinção dos tratados por ato unilateral das partes. Não nos parece técnico falar na denúncia como forma de extinção de tratados; uma vez que, sendo ato unilateral, é ela inofensiva às demais partes no acordo coletivo mutalizável. Neste caso, a denúncia nada mais é do que um meio de extinção do tratado para o Estado que o denuncia; e não para as demais potências que dele participam.⁵³

O terceiro efeito é o de que os tratados de direitos humanos, aprovados como equivalentes às emendas constitucionais, seriam objeto de controle concentrado de convencionalidade, em ações de controle abstrato, como Ação Direta de

⁴⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.44.

⁴⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.45.

⁵⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.45.

⁵¹ Art.60: “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]”

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...]

IV - os direitos e garantias individuais”.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 03 nov. 2015.

⁵² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.46.

⁵³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011, p.303.

Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Esse controle, que será estudado no Capítulo 2, invalidaria as normas infraconstitucionais incompatíveis com os tratados supracitados.⁵⁴

A hierarquia formal e materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, aprovados e incorporados pelo rito do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal, é confirmada pela doutrina e jurisprudência (vide Seção 1.3). Contudo, a inclusão do parágrafo acima não ficou imune a críticas dos juristas, sendo que três das mais importantes serão agora apresentadas.

Uma delas, a qual diz respeito ao caráter obrigatório ou facultativo da adoção do quórum de aprovação mais rigorosa das emendas constitucionais, já fora apontado na Seção anterior. A segunda crítica é de que, com previsão do rito de aprovação das emendas constitucionais para os tratados de direitos humanos, dificultou-se sua incorporação ao ordenamento interno e, ainda, que os tratados de direitos humanos, não incorporados por tal rito, teriam hierarquia meramente legal.⁵⁵

A primeira objeção, acima apontada, é rebatida por Ingo Sarlet, quando afirma que, ao se assegurar equivalência de emenda constitucional (“equivalente às normas constitucionais do tipo derivada”⁵⁶), tais normas de origem convencional seriam mais asseguradas. Isto porque, como explicitado anteriormente, a partir das lições de Valério Mazzuoli, reformariam a Constituição, seriam insuscetíveis de supressão e esvaziamento (por serem cláusulas pétreas) e integrariam, formal e materialmente, o catálogo constitucional de direitos fundamentais.⁵⁷ No que tange à segunda objeção, tal alegação não procede porque os tratados de direitos humanos não aprovados de acordo com o artigo 5º, parágrafo 3º, da CF/1988, teriam natureza

⁵⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.46.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p.94-95.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p.95.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p.96.

materialmente constitucional por disposição da própria Carta Política, tópico melhor estudado na Subseção 1.2.2.

A última crítica é dirigida ao poder reformador que teriam os tratados de direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais, caso conflitassem com os direitos e garantias fundamentais já positivos na Constituição Federal. Neste caso, consoante entende Ingo Sarlet, “deverá ser dada prevalência à norma mais favorável à pessoa humana”⁵⁸. Caso as normas constitucionais sejam mais favoráveis, somente a norma convencional conflitante, que não será incorporada, pois viola uma cláusula pétrea. Entretanto, se a norma mais favorável for a convencional, alterará o texto constitucional, por ampliar um direito ou garantia fundamental.⁵⁹

Delimitada a hierarquia de norma constitucional derivada (por ser equivalente à emenda constitucional, que é produto da atividade do poder constituinte derivado reformador⁶⁰) dos tratados aprovados pelo quórum congressional especial do artigo 5º, parágrafo 3º, da CF/1988, indaga-se qual seria a hierarquia dos tratados não aprovados com tal quórum. Esta será a questão abordada na Subseção 1.2.2.

1.2.2 O significado do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 quanto à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos

Conforme visto anteriormente, os tratados internacionais de direitos humanos aprovados, pelo voto de três quintos dos membros de cada Caso do Congresso Nacional, em dois turnos, serão equivalentes às emendas constitucionais. Apenas a Convenção de Nova York sobre Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foram dessa forma incorporados. Surge, então, uma questão quanto à hierarquia dos tratados de direitos humanos não ratificados por tal rito, pois, a partir

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p.96.

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p.97.

⁶⁰ Consoante Alexandre de Moraes: “O Poder Constituinte derivado reformador, denominado por parte da doutrina de competência reformadora, consiste na possibilidade de alterar-se o texto constitucional, respeitando-se a regulamentação especial prevista na própria Constituição Federal e será exercitado por determinados órgãos com caráter representativo. No Brasil, pelo Congresso Nacional”. MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p.57.

da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil adere intensamente a tais instrumentos, assinalando Valério de Oliveira Mazzuoli que:

Atualmente, já se encontram ratificados pelo Brasil (estando em pleno vigor entre nós) praticamente todos os tratados internacionais significativos sobre direitos humanos pertencentes ao sistema global de proteção dos direitos humanos (também chamado de sistema das Nações Unidas). São exemplos desses instrumentos (já incorporados ao direito brasileiro) 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 Direitos Civis e Políticos (1966), o Protocolo Facultativo sobre 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 Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979), o Protocolo Facultativo à Convenção 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 Direitos da Criança Referentes à Venda de Crianças, à Prostituição Infantil e à Pornografia 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).⁶¹

E continua o autor, demonstrando que mesma situação ocorre com os instrumentos protetivos interamericanos:

O Brasil também já é parte de praticamente todos os tratados existentes neste contexto, a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988), do Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte (1990), da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985), da Convenção Interamericana para Punir, Prevenir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994), da Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994) e da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999).⁶²

Diante desse expressivo número e da importância da matéria por eles tratadas, poder-se-ia cogitar que, por força da Emenda Constitucional nº 45/2004, todos os tratados de direitos humanos incorporados previamente à edição da Emenda citada, tornar-se-iam equivalentes às emendas constitucionais. Todavia,

⁶¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.20-21.

⁶² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 21.

adverte Ingo Sarlet que tal argumento não procede, uma vez que 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.⁶³

A resposta para questão do nível hierárquico dos tratados citados acima, encontra-se na própria Lei Fundamental brasileira de 1988, em seu artigo 5º, parágrafo 2º⁶⁴ ao estatuir que os direitos e garantias nela expressos, não excluem os previstos nos tratados internacionais ratificados e vigentes no país. Conforme leciona Flávia Piovesan, ao se realizar uma interpretação *a contrario sensu* da regra constitucional supracitada, a Constituição Federal, estaria incluindo no seu catálogo de direitos fundamentais, dentre outros, aqueles contidos nos tratados internacionais de direitos humanos que o país seja parte.⁶⁵ Logo, para a autora:

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 de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional⁶⁶.

Também, neste sentido o entendimento de Antônio Augusto Cançado Trindade, que foi o responsável pela proposta do parágrafo, ora em comento, durante os trabalhos Assembléia Nacional Constituinte:

Assim, a novidade do art. 5º (2) (*sic*) da Constituição de 1988 consiste no acréscimo, por proposta que avancei, ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte. Observe-se que os direitos se fazem acompanhar

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p.91

⁶⁴ Art. 5º. “[...]”

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte [...]”. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 03 nov. 2015.

⁶⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.113

⁶⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.113

necessariamente das garantias. É alentador que as conquistas do Direito Internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no Direito Constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista⁶⁷.

Nos ensinamentos de Valério de Oliveira Mazzuoli, o dispositivo constitucional, ora comentado, “passou claramente, de forma inédita, no que tange ao seu sistema de direitos e garantias, uma dupla fonte normativa: a) aquela advinda do direito interno [...], e; b) aquela outra advinda do direito internacional [...]”.⁶⁸ Para o autor, os tratados de direitos humanos no ordenamento pátrio teriam o *status* de norma constitucional.⁶⁹

Consoante se depreende dos argumentos expostos, a redação do parágrafo 2º do artigo 5º da Lei Fundamental é uma “cláusula aberta”⁷⁰, que equipara os direitos fundamentais da Constituição com os sediados nos tratados internacionais de direitos humanos, integrando estes com aqueles, resultando na complementação e ampliação do catálogo constitucional de direitos fundamentais.⁷¹

Para Mazzuoli, os tratados de direitos humanos, quando aprovados por um quorum congressual simples e, depois de ratificados e vigentes no país, teriam natureza material de normas constitucionais, ou seja, *status* de norma constitucional. Dessa forma, os direitos humanos neles previstos estariam incluídos no rol de direitos e garantias fundamentais constitucionalmente protegidos, “ampliando o seu bloco de constitucionalidade”.⁷²

Deste modo, os tratados citados acima, têm natureza materialmente constitucional, conforme a exegese do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988. Pois, ainda que as normas convencionais não estejam positivadas (escritas) no texto constitucional, em razão de seus conteúdos, é que tais normas

⁶⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991, p.631.

⁶⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.23.

⁶⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.24.

⁷⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.24.

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 125.

⁷² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 p.43.

pertencem ao corpo material da Constituição, incorporadas ao bloco de constitucionalidade, formado pela regra constitucional supracitada.⁷³

Por pertencerem ao bloco de constitucionalidade, os direitos e garantias fundamentais previstos nos tratados internacionais incorporados com *status* materialmente constitucionais, também não poderão ser suprimidos da ordem jurídica doméstica, uma vez que estariam protegidas pela cláusula pétrea do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Lei Maior.⁷⁴

Cabe referir que os tratados internacionais comuns (aqueles que versam matéria diversa dos direitos humanos), nas palavras de Valério de Oliveira Mazzuoli, tem *status* supralegal, ou seja, estão acima da legislação infraconstitucional, mas abaixo das normas constitucionais.⁷⁵ Argumenta, que o artigo 98, do Código Tributário Nacional, ao prever que “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”⁷⁶, dispõe, expressamente, sobre a superioridade destes tratados frente às normas infraconstitucionais.⁷⁷

Na Carta Magna brasileira, há, também, norma dispendo sobre a necessidade da legislação ordinária ser compatível com os tratados comuns. É o que se constata da redação do *caput* do artigo 178, alterada pela Emenda Constitucional nº 07/1995, ao determinar que: “A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade”⁷⁸. Seus efeitos no ordenamento pátrio serão estudados no Capítulo 2.

Quanto às normas oriundas de tratados de direitos humanos seriam estas incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, ou como normas materialmente constitucionais (artigo 5º, §2º, da CF/88), ou material e formalmente constitucionais

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012 p.78.

⁷⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade**: Um panorama latino-americano. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 24.

⁷⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.65.

⁷⁶ BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 05 nov. 2015.

⁷⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.65.

⁷⁸ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 03 nov. 2015.

(quando aprovadas pelo rito do artigo 5º, §3º, da CF/88), resultando em um novo parâmetro de controle da produção normativa doméstica, além do tradicional controle de constitucionalidade, como se verá no Capítulo 2. Entretanto, ainda que seja este o entendimento majoritário da doutrina mais balizada, não é a posição adotada, atualmente, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), conforme se analisará na próxima Seção.

1.3 A posição do Supremo Tribunal Federal quanto à hierarquia dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio

Antes de 2008, o Supremo Tribunal Federal entendia que os tratados internacionais, tanto os de direitos humanos, quanto os comuns, estava no mesmo nível hierárquico das leis ordinárias. No entanto, naquele ano, o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP, conferiu aos tratados de direitos humanos uma posição especial no ordenamento jurídico interno, cuja ementa, transcreve-se:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (STF - RE: 466343 SP, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165).⁷⁹

No caso em tela, ao verificar se a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel⁸⁰ teria sido revogada pela ratificação do Pacto Internacional dos

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da decisão que negou provimento ao pedido de decretação de medida coercitiva ao depositário infiel em alienação fiduciária.** Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. Banco Bradesco S/A, Vera Lúcia B. de Albuquerque e outro(A/S) e Luciano Cardoso Santos. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgado em: 03 de dezembro de 2008. Publicado no DJe em: 05 de junho de 2009.

Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2015.

⁸⁰Art. 5º: [...]

LXVII: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel; [...]”. BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 03 nov. 2015

Direitos Civis e Políticos (artigo 11⁸¹) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos- Pacto de San José da Costa Rica (artigo 7º, 7⁸²), os quais, somente prevêm a prisão por dívida, no caso exclusivo do devedor de alimentos. Assim, com cinco votos favoráveis, restou vitoriosa a posição do Relator Ministro Cezar Peluso, no sentido que, se um tratado ou convenção internacional sobre direitos humanos, uma vez incorporado na forma do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal, adquiriam natureza de norma constitucional.

Todavia, caso não incorporados em concordância com tal dispositivo, teriam natureza de normas supralegais, pois possuiriam valoração superior frente à legislação infraconstitucional, em contrapartida, com status inferior às normas constantes na Constituição, paralisando a eficácia de todo ordenamento jurídico infraconstitucional em sentido contrário.⁸³

Assim, entendeu nossa Suprema Corte que como aqueles tratados supracitados teriam natureza supralegal, não constitucional, eles não poderiam alterar o texto constitucional, apenas efeito paralisante frente à legislação infraconstitucional. Com isso, as normas infraconstitucionais que disciplinam a prisão civil do depositário infiel, como o artigo 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, bem como em relação ao artigo 652⁸⁴ do novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), deixaram de ter aplicabilidade.

⁸¹ “Artigo 11: Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.” BRASIL. **Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Brasília: Presidência da República, 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm> . Acesso em 04 nov.2015.

⁸² “Artigo 7º: [...]”

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”. BRASIL. Presidência da República. **Anexo ao decreto que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and6-78-92.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2015.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo de Jurisprudência nº531/STF**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo513.htm>> Acesso em: 03 nov. 2015.

⁸⁴ “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”. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> . Acesso em: 04 nov. 2015.

Essa decisão, reiterada em julgados posteriores, resultou na edição da Súmula Vinculante nº25/2009: “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.⁸⁵

Seguindo o entendimento esboçado pela Suprema Corte brasileira, os tratados internacionais poderão assumir três diferentes graus hierárquicos no ordenamento pátrio, a seguir expostos. O primeiro é o dos tratados internacionais de direitos humanos, quando aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos de seus integrantes, consoante disposto no artigo 5º, parágrafo 3º da CF/88, terão estatutura constitucional.

O segundo é o dos tratados internacionais de direitos humanos, ratificados anteriormente ou não aprovados pelo rito especial, terão força de direito supralegal, sobrepondo-se a legislação nacional. Portanto paralisaria as disposições normativas anteriores a incorporação do tratado de direitos humanos, que com estes conflitem e impediria a elaboração de novo dispositivo legal, que também contrariasse tais tratados.⁸⁶ Por último, os tratados internacionais comuns, ou seja, que não versem sobre direitos humanos, que estariam na mesma posição hierárquica da legislação ordinária.⁸⁷

O STF, então, acaba ignorando a previsão do artigo 5º, parágrafo 2º da CF/88, para qual, mesmo não aprovados pelo quorum congressual especial do artigo 5º, parágrafo 3º da CF/88, os tratados de direitos humanos têm força constitucional, ao menos material, por tratarem de direitos fundamentais. Por esta razão, parcela importante dos juristas pátrios considera equivocada a posição da Suprema Corte por contrariar a vontade do constituinte de não excluir do bloco de constitucionalidade os direitos fundamentais oriundos dos tratados internacionais.⁸⁸

Assim, mesmo que se adote o entendimento do Supremo Federal, será correto afirmar que os tratados de direitos humanos, após incorporados e vigentes

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº25**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>>. Acesso em: 03 nov. 2015

⁸⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. O Supremo Tribunal Federal e a prisão civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p.292.

⁸⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. O Supremo Tribunal Federal e a prisão civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p.293.

⁸⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. O Supremo Tribunal Federal e a prisão civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p.293-294.

na ordem interna, independentemente do seu quórum congressual de aprovação, ocuparão uma posição especial no ordenamento jurídico doméstico. Em virtude de tal fato, passarão a conformar a produção normativa doméstica, constituindo um novo parâmetro de validade desta. A aferição desta compatibilidade será realizada mediante o controle de convencionalidade, o qual é o objeto de estudo do Capítulo seguinte.

2 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: OS DIREITOS HUMANOS COMO PARÂMETRO DO CONTROLE NORMATIVO

Como visto, anteriormente, não basta que uma lei ou um ato normativo estatal esteja de acordo com a Constituição Federal para ter validade e, portanto, eficácia. Para além das regras positivadas no texto constitucional, deverão também, ser compatíveis com normas, que por seus conteúdos, estão sob o manto protetivo da Constituição, o chamado bloco de constitucionalidade.

Tal bloco inclui os princípios, as normas implícitas e as advindas dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, independentemente do seu quórum congressual de aprovação. Ademais, por sua hierarquia supralegal, também os tratados internacionais comuns servirão de parâmetro para o controle da produção normativa interna.

A compatibilização do direito doméstico com os tratados de direitos humanos, ratificados e vigentes no país, chama-se controle de convencionalidade. Na Seção 2.1, tal controle será estudado sob a ótica da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sua contribuição para conceituação do tema e aplicação deste no controle em seus julgados e, seus reflexos nas ordens internas dos Estados sujeitos à sua jurisdição.

Na Seção 2.2, estudar-se-á os tipos e procedimentos do controle de convencionalidade na ordem jurídica brasileira, a partir de suas similitudes com o controle de constitucionalidade. Na Seção 2.3, abordar-se-á a aplicação, na jurisprudência nacional, deste controle.

2.1 O papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos no controle de convencionalidade

O termo controle de convencionalidade surgiu na França, especificamente na Decisão 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975, em que o Conselho Constitucional francês entendeu não ser competente para analisar a convencionalidade preventiva das leis, ou seja, compatibilidade das leis com os tratados ratificados pela França, que nesse caso, tratava da compatibilidade das leis com a Convenção Europeia de

Direitos Humanos.⁸⁹ Ainda que criticável a postura adotada pelo tribunal francês, referida decisão é de suma importância ao reconhecer a necessidade de dupla compatibilidade das leis internas, conforme assevera Valério de Oliveira Mazzuoli:

Nesse julgamento, indagava-se se a recém-criada lei relativa à interrupção voluntária da gestação estaria em contradição com a Constituição, uma vez que violaria a garantia do “direito à vida” prevista na Convenção Europeia de Direitos Humanos, ratificada pela França. A inconstitucionalidade não foi declarada e a lei, ao final, foi editada. O Conselho Constitucional também descartou o argumento de que seria competente para a análise prévia da convencionalidade pelo silogismo de que toda lei que viola um tratado também viola a Constituição, uma vez que a própria Constituição francesa, no art.55, prevê a superioridade dos tratados em relação às leis. Não obstante as críticas que poderiam ser formuladas à citada decisão do Conselho Constitucional francês, o certo é que, para os fins que interessam ao nosso estudo, ali se reconheceu que uma lei interna tem de passar por *dois crivos* de compatibilidade para que seja *válida* e, em última análise, *eficaz*: (1) a Constituição e (2) os tratados internacionais em vigor no país.⁹⁰

Embora a primeira referência a tal controle tenha aparecido na jurisprudência do continente europeu, fora a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que primeiro exigiu dos órgãos judiciários dos Estados-parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos o controle de convencionalidade das normas jurídicas domésticas, em 2006, ao julgar o *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*. Entendeu a Corte supranacional citada, que é dever do Poder Judiciário local realizar o controle de convencionalidade das leis que aplicam nos casos concretos em face da Convenção Americana de Direitos Humanos, observando, também, a interpretação desta feita pela Corte Interamericana.⁹¹

Percebe-se, então, que este controle é fruto da criação jurisprudencial, posteriormente desenvolvida em conjunto com a doutrina estrangeira e nacional. Quanto esta última destaca-se a literatura de Valério de Oliveira Mazzuoli, pioneiro em introduzir o estudo do tema no país. O autor, a partir da introdução ao artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e, a considerando as decisões supracitadas, conclui que juntamente com o tradicional controle de constitucionalidade, deverão os atos normativos estatais

⁸⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 81.

⁹⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 p.115-116.

⁹¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.72-73.

passar pela verificação de sua compatibilidade com os tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte.⁹²

Consoante o que já fora apresentado, com a atuação da Corte Internacional de Direitos Humanos foi possível a compreensão e aplicação dessa forma de controle nos países latino-americanos. O controle de convencionalidade das leis à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) foi analisado em diversos julgados da Corte.⁹³

O primeiro controle de convencionalidade realizado pela Corte foi no caso *A Última Tentação de Cristo (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*, cuja decisão em 05 de fevereiro de 2001, exigiu uma mudança no texto constitucional chileno, ao julgar que um de seus artigos violava direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos. Decisão que foi acatada pelo governo chileno, resultando na reforma constitucional requerida.⁹⁴

Na sentença, os juízes da Corte declararam, por unanimidade, que a proibição da exibição e divulgação do filme “A última Tentação de Cristo” com base no artigo 19 número 12 da Carta Política do Chile de 1980, que estabelecia um sistema de censura irrestrito para a exibição e publicidade de produções cinematográficas, violou as liberdades de expressão e pensamento, direitos previsto no artigo da Convenção, a qual prevê determinadas situações em que a censura previa é permitida, como no caso de regular o acesso de crianças e adolescentes a espetáculos públicos que poderiam ser prejudiciais ao seu desenvolvimento (Considerações 63 a 73).⁹⁵ Também tal proibição violou a liberdade de consciência e religião protegidas no artigo 12 da Convenção (Considerações 76 a 80).⁹⁶

⁹²MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p.4-5.

⁹³RUSSOWSKY, Iris Saraiva. O controle de convencionalidade das leis: uma análise na esfera internacional e interna. **Revista do CAAP**, n.2, v.XVIII, p.61-96, 2012. Disponível em: <<http://www2.direito.ufmg.br/revistadoaacp/index.php/revista/article/viewFile/305/294>> Acesso em: 18 out. 2015.

⁹⁴RUSSOWSKY, Iris Saraiva. O controle de convencionalidade das leis: uma análise na esfera internacional e interna. **Revista do CAAP**, n.2, v.XVIII, p.61-96, 2012. Disponível em: <<http://www2.direito.ufmg.br/revistadoaacp/index.php/revista/article/viewFile/305/294>> Acesso em: 18 out. 2015.

⁹⁵CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso A Última Tentação de Cristo (Olmedo Bustos e outros vs. Chile)**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 05 fev. 2001. Série C N 73 Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf> Acesso em: 02 nov. 2015.

⁹⁶CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso A Última Tentação de Cristo (Olmedo Bustos e outros vs. Chile)**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 05 fev. 2001. Série

Como consequência, condenaram o Chile ao dever de modificar o texto constitucional suprimindo a censura prévia e adequando-o às disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos.⁹⁷ Neste caso, a Corte realizou um controle supranacional de convencionalidade, já que foi um tribunal internacional que analisou se a norma interna era compatível com os direitos previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos.⁹⁸

Todavia, como já assinalado previamente, foi com o julgamento do *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, em 2006, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que os próprios juízes nacionais não deveriam aplicar as normas internas opostas à Convenção Americana de Direitos Humanos e à jurisprudência da Corte. Este fora o primeiro caso em que a Corte, expressamente, advertiu para a necessidade dos Poderes Judiciários dos Estados-membros de observarem a compatibilidade das normas internas com Convenção supracitada e, ainda, com sua jurisprudência, o que, para o jurista argentino Néstor Pedro Sagués, é o controle nacional de convencionalidade (“*control nacional de convencionalidad*” ou “*desde abajo*”).⁹⁹

Tal caso tratava do pedido de responsabilização da República do Chile, que teria violado o direito de acesso à justiça com o arquivamento definitivo da investigação do assassinato de Almonacid Arellano, como cumprimento do decreto de anistia chileno de 1978. Os petionários, em suas pretensões, alegaram que o Estado era responsável pela violação ao direito de proteção judicial e às garantias judiciais. Em defesa, o Estado do Chile argumentou que o Estado constitucional que

C N 73. Disponível em: < http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf> Acesso em: 02 nov. 2015.

⁹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso A Última Tentação de Cristo (Olmedo Bustos e outros vs. Chile)**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 05 fev. 2001. Série C N 73 Disponível em: < http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf> Acesso em: 02 nov. 2015.

⁹⁸ SAGUÉS, Nestor Pedro. El control de convencionalidad em el sistema interamericano, y sus anticipos em el ámbito de los derechos económico-sociales: concordâncias e diferencias com el sistema europeo. In: BIBLIOTECA jurídica virtual do instituto de investigações jurídicas da unam. Cidade do México: UNAM, 2012. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2015. p. 384.

⁹⁹ SAGUÉS, Nestor Pedro. El control de convencionalidad em el sistema interamericano, y sus anticipos em el ámbito de los derechos económico-sociales: concordâncias e diferencias com el sistema europeo. In: BIBLIOTECA jurídica virtual do instituto de investigações jurídicas da unam. Cidade do México: UNAM, 2012, p. 382.

Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2015.

sucedeu o regime militar não poderia ser responsabilizado pelos fatos alegados em razão do cumprimento à lei de anistia.¹⁰⁰

Decidiu a Corte, que os Estados quando ratificam tratados internacionais, comprometem-se em respeitá-los, não podendo nenhum de seus três Poderes descumprir qualquer de seus termos, tornando o controle de convencionalidade obrigatório para os juízes nacionais, como garantia de tal cumprimento. Também definiu a Corte que outros tratados, não somente a Convenção Americana de Direitos Humanos, poderão servir de parâmetro do controle de convencionalidade, como: Protocolo de São Salvador da Bahia, Protocolo de abolição da Pena de Morte, Convenção de Belém do Pará. Portanto, mencionado decreto lei de anistia, foi declarado inválido, por denegar justiça às vítimas de crimes do regime Pinochet, afrontando os deveres do Estado de investigar, processar, punir e reparar graves violações de direitos humanos.¹⁰¹

Significativa, também, para o desenvolvimento do instituto do controle de convencionalidade na Corte Interamericana de Direitos Humanos, foi a decisão, em 24 de novembro de 2006, do caso *Trabalhadores Demitidos do Congresso Vs. Peru*. Nela a Corte condenou a República do Peru pela demissão arbitrária de 257 trabalhadores do Congresso peruano, sem indenização, privando-os de uma justa remuneração e demais benefícios trabalhistas, o que configurou violações a diversos direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos.¹⁰²

No Considerando 128 da sentença, definiu a Corte que o controle de convencionalidade deve ser realizado pelos juízes nacionais, tanto a pedido de uma das partes envolvidas no litígio, quanto por iniciativa do próprio juiz (de ofício). Pois, quando um Estado ratifica um tratado internacional, seus juízes, representantes do Estado na função jurisdicional, também estão submetido ao tratado, tendo como

¹⁰⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 26 set. 2006. Série C n 154. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2015.

¹⁰¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 26 set. 2006. Série C n 154. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2015

¹⁰² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Trabajadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) Vs. Peru**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 nov. 2006. Série C n 158. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>. Acesso em: 10 nov.2015.

obrigação garantir sua observância e efetividade.¹⁰³ Logo, pode-se afirmar que, a partir deste julgado, o Poder Judiciário deve exercer *ex officio*, não só o controle de constitucionalidade, como também o controle de convencionalidade.

Muitos foram os casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que ajudaram a construir e definir o controle de convencionalidade no continente americano, consoante o jurista argentino Néstor Pedro Sagués:

El control de convencionalidad “nacional”, o “de abajo”, es además reafirmado por La Corte Interamericana em uma família de casos: La Cantuta (29 de noviembre de 2006, considerando 173), Boyce VS. Barbados (20 de noviembre de 2007, considerando 78), Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes (9 de mayo de 2008, considerando 63), Heliodoro Portugal (12 de agosto de 2008, considerando 180/1), Manuel Cepeda Vargas (26 de mayo de 2010, considerando 208 y nota 307), Comunidad Indígena Xákmok Kásek (24 de agosto de 2010, considerando 311), Fernández Ortega (30 de agosto de 2010, considerando 237), Rosendo Cantú (31 de agosto de 2010, considerandos 219 y 220), Ibesen Cárdenas y outro (1º de septiembre de 2010, considerando 202), Velez Lloor (23 de noviembre de 2010, considerando 287), Gomez Lund (24 de noviembre de 2010, considerando 176), y Cabrera Garcia-Montiel Flores (26 de noviembre de 2010, considerando 225).¹⁰⁴

O dever dos juízes nacionais dos Estados que ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos de exercer o controle de convencionalidade, fundamenta-se, conforme aponta o autor argentino, ao analisar as decisões da Corte Interamericana, em três argumentos. O primeiro é o princípio da boa-fé, no qual se acredita que os Estados-membros cumprirão com as obrigações assumidas ao aderirem ao tratado internacional (*pacta sunt servanda*). O segundo fundamento é o de que as práticas de um Estado não poderiam afastar a eficácia das disposições convencionais. O último fundamento é o princípio internacionalista que impede que se alegue o direito interno para se eximir de uma obrigação constante em um tratado.¹⁰⁵

¹⁰³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Trabajadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) Vs. Peru**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 nov. 2006. Série C n 158. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>. Acesso em: 10 nov.2015.

¹⁰⁴ SAGUÉS, Nestor Pedro. El control de convencionalidad em el sistema interamericano, y sus anticipos em el ámbito de los derechos económico-sociales: concordâncias e diferencias com el sistema europeo. In: BIBLIOTECA jurídica virtual do instituto de investigações jurídicas da unam. Cidade do México: UNAM, 2012, p. 383. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2015. p. 383.

¹⁰⁵ SAGUÉS, Nestor Pedro. El control de convencionalidad em el sistema interamericano, y sus anticipos em el ámbito de los derechos económico-sociales: concordâncias e diferencias com el sistema europeo. In: BIBLIOTECA jurídica virtual do instituto de investigações jurídicas da unam. Cidade do México: UNAM, 2012, p. 383-384.

O primeiro e o último fundamento estão expressamente previstos na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969¹⁰⁶, respectivamente nos artigos 26¹⁰⁷ e 27¹⁰⁸, documento que buscou codificar regras para a formulação, assinatura, adesão, denúncia, obrigações e outros direitos decorrentes da celebração de acordos entre os Estados, antes guiadas pelo direito internacional consuetudinário. Por conseguinte, os Estados–membros da Convenção Americana de Direitos Humanos estão obrigados a observar e respeitar suas normas e, caso não tenham feito reserva ao artigo 62 (3)¹⁰⁹ da mesma, reconhecem a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para resolver qualquer litígio relativo à interpretação e aplicação das normas da Convenção.

Fundamentado o controle de convencionalidade, tanto o realizado pela Corte Interamericana (supranacional), segundo as regras procedimentais da Convenção, quanto o realizado pelos juízes nacionais dos Estados-partes (nacional), atenta o jurista argentino, para dois resultados (também denominados “efeitos”)¹¹⁰ de sua

Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2015.

¹⁰⁶ “Em que pese sua proeminência no âmbito do Direito Internacional Público, o Brasil somente ratificou a Convenção de Viena após 40 anos de sua celebração, em 20/07/2009, pelo Decreto Legislativo nº 496/2009 e sua posterior promulgação, pelo Presidente da República, por meio do Decreto nº 7.030/2009”. CHIAPPINI, Carolina Gomes. Reflexos da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista SJRJ**, n.30, v.18, p.15-27, 2011. Disponível em: < http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/254/234> Acesso em: 04 nov.2015.

¹⁰⁷ “Artigo 26: Pacta Sunt Servanda

Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé.” BRASIL. **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. Brasília: Presidência da República, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm> Acesso em: 04 nov.2015.

¹⁰⁸ “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”. BRASIL. **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. Brasília: Presidência da República, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm> Acesso em: 04 nov.2015.

¹⁰⁹ “62: [...]”

3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso, relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção, que lhe seja submetido, desde que os Estados-partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêm os incisos anteriores, seja por convenção especial”. BRASIL. Presidência da República. **Anexo ao decreto que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and6-78-92.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2015.

¹¹⁰ SAGUÉS, Nestor Pedro. El control de convencionalidad em el sistema interamericano, y sus anticipos em el ámbito de los derechos económico-sociales: concordâncias e diferencias com el sistema europeo. In: BIBLIOTECA jurídica virtual do instituto de investigações jurídicas da unam. Cidade do México: UNAM, 2012, p. 384.

Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2015.

aplicação. O primeiro é um efeito repressivo, quando uma norma doméstica é incompatível com alguma norma da Convenção ou com a jurisprudência da Corte, resultando na sua inconvenção. Neste caso não é possível sua aplicação no caso concreto, pois uma norma inconvenção é considerada inválida e, desde sua origem, careceria de efeitos jurídicos.¹¹¹

Já o segundo efeito seria o construtivo, que apareceu, expressamente, na decisão do caso *Rosendo Radilla Pacheco*, posteriormente confirmado nos casos *comunidad Indigena Xakmok Kasek* e *Cabrera Garcia-Montiel Flores*, no qual os juízes nacionais devem aplicar o direito interno em harmonia com a Convenção e com a jurisprudência da Corte, realizando uma “releitura” da legislação doméstica, adaptando-a com aquelas. Ou seja, tem o juiz-operador o dever de interpretar o direito nacional a partir do controle de convenção, aplicando no caso concreto a interpretação com a Convenção e a jurisprudência da Corte, quando houver.¹¹²

Assim, um Estado que ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos e aceitou a jurisdição da Corte, deve compatibilizar sua ordem interna com aquela, para evitar uma futura condenação, caso demandado na Corte por violação àquela ou tratados de direitos humanos de sua jurisdição. Ademais, se já uma sentença condenatória proferida pela Corte, deve o Estado cumpri-la, sob pena de nova responsabilização internacional.

Por tal motivo, muitos Estados que foram condenados pela Corte por violação a algum dos direitos previstos na Convenção, acataram as decisões e passaram a exercer o controle de convenção em seus órgãos jurisdicionais, conforme se constata nos estudos de Néstor Pedro Sagués. É o caso, por exemplo, do Chile, quando na sentença 1340/09, seu Tribunal Constitucional aplicou o controle de convenção por via indireta, ao declarar inconstitucional o artigo 206 do Código Civil chileno por ser contrario a Convenção Americana de Direitos Humanos

¹¹¹ SAGUÉS, Nestor Pedro. El control de convenção en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales: concordancias e diferencias con el sistema europeo. In: BIBLIOTECA jurídica virtual do instituto de investigações jurídicas da unam. Cidade do México: UNAM, 2012, p. 384-385.

Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2015.

¹¹² SAGUÉS, Nestor Pedro. El control de convenção en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales: concordancias e diferencias con el sistema europeo. In: BIBLIOTECA jurídica virtual do instituto de investigações jurídicas da unam. Cidade do México: UNAM, 2012, p. 385-386.

Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2015.

e à jurisprudência da Corte Interamericana. Pois o artigo 5º de sua Carta Política prescreve o dever de respeito aos direitos fundamentais reconhecidos pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país, logo uma norma infraconstitucional que viole um direito prescrito em algum dos tratados supracitado, indiretamente viola, também, a Constituição chilena.¹¹³ Nestes casos a declarar inconstitucional determinada norma, também a declara inconvenional.

No Peru, os tratados de direitos humanos têm *status* de norma constitucional, portanto, somente podem invalidar normas infraconstitucionais com eles conflitantes (efeito repressivo). Quanto às normas constitucionais, estas seriam reinterpretadas, para se adequarem a tais tratados (efeito construtivo), uma vez que o artigo V do título preliminar do Código Processual Constitucional peruana (Lei 28.237) prevê que o conteúdo dos direitos constitucionais deve ser interpretado em conformidade com os tratados de direitos humanos em que o país seja parte e com as decisões que os tribunais internacionais de direitos humanos adotaram sobre tais tratados. Diante disto, o Tribunal Constitucional peruano, no julgamento do caso *Castillo Chirinos* (sentença de 21/07/2006) ao interpretar o artigo 62.3 da Convenção Americana de Direitos Humanos, declarou que os três Poderes do Estado, com todos os seus órgãos internos, estão vinculados à jurisprudência da Corte Interamericana.¹¹⁴

Na Argentina, sua Corte Suprema, em diversos casos, exerceu o controle de convencionalidade, invocando, expressamente, a jurisprudência da Corte Interamericana e dispositivos da Convenção, ao deixar de aplicar normas internas, inclusive normas constitucionais. Também os juízes ordinários, deixaram de aplicar ou reinterpretaram normas internas com base na Convenção Americana, que tem hierarquia constitucional expressa em seu texto (artigo 75, inciso 22¹¹⁵).¹¹⁶

¹¹³ SAGUÉS, Nestor Pedro. El control de convencionalidad em el sistema interamericano, y sus anticipos em el ámbito de los derechos económico-sociales: concordâncias e diferencias com el sistema europeo. In: BIBLIOTECA jurídica virtual do instituto de investigações jurídicas da unam. Cidade do México: UNAM, 2012, p. 393.

Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2015.

¹¹⁴ SAGUÉS, Nestor Pedro. El control de convencionalidad em el sistema interamericano, y sus anticipos em el ámbito de los derechos económico-sociales: concordâncias e diferencias com el sistema europeo. In: BIBLIOTECA jurídica virtual do instituto de investigações jurídicas da unam. Cidade do México: UNAM, 2012, p. 393-394.

Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2015.

¹¹⁵ “Art. 75.- Corresponde al Congreso: [...]”

22. 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

Na Colômbia, sua Corte Constitucional exerceu o controle de convencionalidade, mas com efeito construtivo, quando em casos concretos aplicou o direito interno a partir do Pacto de San José da Costa Rica e sua interpretação em julgados da Corte. Já os juízes inferiores colombianos, além do efeito construtivo, exerceram o controle repressivo de convencionalidade, deixando de aplicar normas internas colidentes com os tratados.¹¹⁷

Quanto ao Brasil, destaca-se o julgamento pela Corte Interamericana do caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Tal caso iniciou com uma petição apresentada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 07 de agosto de 1995, pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pela *Human Rights Watch / Americas* em nome das vítimas de desaparecimento forçados e seus familiares.¹¹⁸

Na petição que foi submetida à Corte Interamericana para julgamento, em 26 de março de 2009, alegou-se a responsabilidade do Estado brasileiro pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, dentre estas, membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região. Tais atos teriam sido perpetrados pelo Exército brasileiro, entre 1972 e 1975, para erradicar com o

*Derechos Civiles y Políticos 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 Cruelles, 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. Sólo 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. [...]”. ARGENTINA. **Constitución de la Nación Argentina**. Buenos Aires: Senado de La Nación Argentina, Reforma Constitucional de 1994. Disponível em: < <http://www.senado.gov.ar/Constitucion/atribuciones> > . Acesso em 06 nov.2015.*

¹¹⁶ SAGUÉS, Nestor Pedro. El control de convencionalidad em el sistema interamericano, y sus anticipos em el ámbito de los derechos económico-sociales: concordâncias e diferencias com el sistema europeo. In: BIBLIOTECA jurídica virtual do instituto de investigações jurídicas da unam. Cidade do México: UNAM, 2012, p. 392.

Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2015.

¹¹⁷ SAGUÉS, Nestor Pedro. El control de convencionalidad em el sistema interamericano, y sus anticipos em el ámbito de los derechos económico-sociales: concordâncias e diferencias com el sistema europeo. In: BIBLIOTECA jurídica virtual do instituto de investigações jurídicas da unam. Cidade do México: UNAM, 2012, p. 395.

Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2015

¹¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 nov. 2010. Série C n 219. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuaacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/sentenca-araguaia-24.11.10-1>>. Acesso em: 10 nov. 2015

movimento contrário ao regime militar formado na região, episódio que ficou conhecido como Guerrilha do Araguaia.¹¹⁹

Alegou-se, ainda, que em virtude da Lei nº 6.683/79 (Lei de Anistia), não foram realizadas pelo Estado investigações com o objetivo de investigar e punir os responsáveis por aqueles atos. Assim, teriam sido restringidos, indevidamente, os direitos à informação, ao acesso à justiça e ao devido processo legal dos peticionantes e resultado na impunidade dos agentes estatais.¹²⁰

Ao submeter o caso ao julgamento da Corte, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos solicitou que o Estado brasileiro fosse declarado responsável pela violação aos direitos estabelecidos nos artigos 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 7 (direito à liberdade pessoal), 8 (garantias judiciais), 13 (liberdade de pensamento e expressão) e 25 (proteção judicial), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conexão com as obrigações previstas nos artigos 1.1 (obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos) e 2 (dever de adotar disposições de direito interno) da mesma Convenção. Por fim, solicitou ainda, que fosse ordenado ao Estado a adoção de determinadas medidas de reparação às vítimas e seus familiares.¹²¹

Em 31 de outubro de 2009, o Brasil interpôs três exceções preliminares e contestou a demanda, alegando que a Corte reconheça todas as ações empreendidas no âmbito interno, como a promulgação da Lei 9.140/95, na qual teria sido reconhecida oficialmente a responsabilidade pelas mortes e desaparecimentos ocorridos durante o governo militar e que pagou indenização a familiares de

¹¹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil.** Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 nov. 2010. Série C n 219. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/sentenca-araguaia-24.11.10-1>>. Acesso em: 10 nov. 2015

¹²⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil.** Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 nov. 2010. Série C n 219. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/sentenca-araguaia-24.11.10-1>>. Acesso em: 10 nov. 2015

¹²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil.** Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 nov. 2010. Série C n 219. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/sentenca-araguaia-24.11.10-1>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

supostas 59 vítimas. Pediu, então, que fosse julgados improcedentes todos os pedidos.¹²²

Quanto às preliminares destaca-se a alegação de que os representantes não teriam esgotados os recursos internos, pois, naquele momento, ainda não tinham sido julgadas as seguintes ações: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) No. 153, mediante a qual se solicitou que a anistia concedida pela Lei de Anistia N^o. 6.683/79 não se estenda aos crimes comuns praticados pelos agentes de repressão aos opositores do regime; a Ação Ordinária No. 82.00.024682-5, mediante a qual se solicitou a determinação do paradeiro dos desaparecidos, a localização dos restos mortais, o esclarecimento das circunstâncias da morte e a entrega do relatório oficial sobre as operações militares contra a Guerrilha do Araguaia; e, a Ação Civil Pública No. 2001.39.01.000810-5, interposta pelo Ministério Público Federal para obter do Estado todos os documentos existentes sobre ações militares das Forças Armadas contra a Guerrilha.¹²³

Com relação à ADPF 153, o Estado brasileiro informou, depois de apresentada sua contestação, que o Supremo Tribunal Federal declarou improcedente tal ação, alegando a Lei de Anistia brasileira teria sido recepcionada pela novel Constituição Federal. Dessa formou questionou a competência da Corte Interamericana de rever as decisões adotadas pela mais alta Corte de um Estado-membro e alegou que não poderia ser analisado o mérito da demanda, por proibição de uma quarta instância.¹²⁴

Na sentença de 24 de novembro de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, afastou tal preliminar, alegando que a decisão do Supremo Tribunal Federal foi posterior a apresentação da demanda na Corte. E que o objeto da demanda não é a revisão da decisão do STF, mas sim, a verificar se o Estado violou

¹²² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil.** Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 nov. 2010. Série C n 219. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/sentenca-araguaia-24.11.10-1>>. Acesso em: 10 nov. 2015

¹²³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil.** Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 nov. 2010. Série C n 219. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/sentenca-araguaia-24.11.10-1>>. Acesso em: 10 nov. 2015

¹²⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil.** Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 nov. 2010. Série C n 219. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/sentenca-araguaia-24.11.10-1>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

determinadas obrigações internacionais, disposta na Convenção Americana de Direitos Humanos, em prejuízo das vítimas e de seus familiares.¹²⁵

Ademais, no considerando 49 da sentença, destacou a Corte que:

Em numerosas ocasiões, a Corte Interamericana afirmou que o esclarecimento quanto à violação ou não, pelo Estado, de suas obrigações internacionais, em virtude da atuação de seus órgãos judiciais, pode levar este Tribunal a examinar os respectivos processos internos, inclusive, eventualmente, as decisões de tribunais superiores, para estabelecer sua compatibilidade com a Convenção Americana, o que inclui, eventualmente, as decisões de tribunais superiores. No presente caso, não se solicita à Corte Interamericana a realização de um exame da Lei de Anistia com relação à Constituição Nacional do Estado, questão de direito interno que não lhe compete e que foi matéria do pronunciamento judicial na Arguição de Descumprimento No. 153 (infra par. 136), mas que este Tribunal realize um controle de convencionalidade, ou seja, a análise da alegada incompatibilidade daquela lei com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana. Consequentemente, as alegações referentes a essa exceção são questões relacionadas diretamente com o mérito da controvérsia, que podem ser examinadas por este Tribunal à luz da Convenção Americana, sem contrariar a regra da quarta instância. O Tribunal, portanto, desestima esta exceção preliminar.¹²⁶

Tal sentença declarou que as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis. Dessa forma, teria descumprido com a obrigação do artigo 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos, de adequar seu direito interno com tal instrumento internacional.¹²⁷

Declarou, também, que o Estado brasileiro era responsável por violações aos direitos à vida, à integridade pessoal, ao reconhecimento da personalidade jurídica, à liberdade pessoal, à liberdade de pensamento e expressão e ao direito de buscar

¹²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil.** Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 nov. 2010. Série C n 219. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/sentenca-araguaia-24.11.10-1>>. Acesso em: 10 nov. 2015

¹²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil.** Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 nov. 2010. Série C n 219. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/sentenca-araguaia-24.11.10-1>>. Acesso em: 10 nov. 2015

¹²⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil.** Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 nov. 2010. Série C n 219. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/sentenca-araguaia-24.11.10-1>>. Acesso em: 10 nov. 2015

e receber informações, todos previstos na Convenção. Por fim, condenou o Brasil a uma série de ações, como o de proceder à investigação penal eficaz dos fatos alegados, apontamento dos agentes e a sua responsabilização, a localização do paradeiro das vítimas e, quando for o caso, a devolução dos restos mortais a seus familiares e, ao pagamento de reparações às famílias das vítimas.¹²⁸

Analisados os principais julgados da Corte Interamericana que contribuíram para o desenvolvimento do controle de convencionalidade, no âmbito latino-americano, passa-se ao estudo deste, nas próximas Seções, delimitando o seu conceito e o modo de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 Controle de Convencionalidade e a dupla compatibilidade vertical material

Conforme visto no Capítulo anterior, os tratados internacionais de direitos humanos, ratificados e em vigor no país, detêm hierarquia constitucional, seja material, por estarem integrados ao bloco de constitucionalidade do artigo 5º, parágrafo 2º, da Lei Fundamental, seja material e formal, quando aprovados pelo quórum especial do artigo 5º, parágrafo 3º, do mesmo diploma, sendo equivalentes às emendas. Desse modo, a legislação infraconstitucional deverá ser compatível, não somente com as regras procedimentais e materiais da Constituição Federal, como também, pelas regras previstas naqueles tratados.¹²⁹

Esta compatibilidade das normas infraconstitucionais com os tratados de direitos humanos, ratificados e em vigor internamente, é o controle de convencionalidade, consoante a lição de Valério de Oliveira Mazzuoli:

À medida que os tratados de direitos humanos ou são *materialmente* constitucionais (art. 5.º, §2.º, CF) ou *materialmente e formalmente* constitucionais (art.5.º,§3.º, CF), é lícito entender que, para além do clássico *controle de constitucionalidade*, deve ainda existir (doravante) um *controle de convencionalidade* das leis, que é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.¹³⁰

¹²⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 nov. 2010. Série C n 219. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/sentenca-araguaia-24.11.10-1>>. Acesso em: 10 nov. 2015

¹²⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p.5-6.

¹³⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de**

Ademais, também ficou demonstrado que os tratados internacionais comuns (os quais não tratam sobre direitos humanos), por disposição normativa não podem ser revogados por lei interna posterior, o que significa que estão acima da legislação infraconstitucional, mas submetidos à superioridade da Constituição. Logo, detêm tais tratados, hierarquia supralegal.¹³¹

Dessa forma servirão como paradigma da produção normativa nacional, tanto a Constituição Federal e os tratados de direitos humanos ratificados pela República Federativa do Brasil (independentemente do seu quórum congressual de aprovação), quanto os tratados comuns ratificados e vigentes no país. Mazzuoli classifica esse duplo controle como “dupla compatibilidade vertical material”.¹³²

Delimitado o conceito de controle de convencionalidade e verificada existência do duplo controle de compatibilidade vertical material, deve-se analisar quais suas imbricações na ordem jurídica interna. Este será o objeto de estudo da Subseção 2.2.1. Já na Subseção 2.2.2 serão abordados os tipos de controle de convencionalidade possíveis no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2.1 A dupla compatibilidade vertical material e seus efeitos no ordenamento pátrio

Existindo dois níveis de aprovação para o direito infraconstitucional, a Constituição Federal e tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado e os tratados internacionais comuns, não é mais suficiente para a validade de uma norma infraconstitucional, que ela seja compatível apenas com a Lei Fundamental.¹³³ Assim, para uma norma ser considerada válida no ordenamento pátrio, deve ser compatível com todos os níveis verticais acima citados, uma vez que lhe são superiores hierarquicamente.

Neste sentido, assim entende Mazzuoli:

Convencionalidade: Um panorama latino-americano. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p.5. (grifos no original).

¹³¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade:** Um panorama latino-americano. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 6

¹³² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade:** Um panorama latino-americano. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 19.

¹³³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade:** Um panorama latino-americano. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 7.

A primeira ideia a fixar-se, para o correto entendimento do que doravante será exposto, é a de que a compatibilidade da lei com o texto constitucional não mais lhe garante validade no plano do direito interno. Para tal, deve a lei ser compatível com a Constituição e com os tratados internacionais (de direitos humanos e comuns) ratificados pelo governo. Caso a norma esteja de acordo com a Constituição, mas não com eventual tratado já ratificado e em vigor no plano interno, poderá ela ser até considerada vigente (pois, repita-se, está de acordo com o texto constitucional e não poderia ser de outra forma) – e ainda continuará perambulando nos compêndios legislativos publicados –, 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. Ou seja, a incompatibilidade da produção normativa doméstica com os tratados internacionais em vigor no plano interno (ainda que tudo seja compatível com a Constituição) torna inválidas as normas jurídicas de direito interno.¹³⁴

Rompe-se com a dogmática positivista clássica que considerava norma vigente como válida. Norma vigente seria aquela que fora elaborada em concordância com as regras constitucionais que regulam a produção de normas, o processo legislativo. Já norma válida seria aquela, que, além de respeitar as regras de competência e de seu procedimento de formação, portanto, vigente, seu teor é compatível com o conteúdo das normas da Constituição e dos tratados internacionais (de direitos humanos e comuns), ratificados e vigentes no país.¹³⁵

Quanto à eficácia das normas, entende o autor que ela está vinculada à realidade social e aos valores sociais vigentes, para que a norma possa produzir efeitos concretos, quando inserida no ordenamento jurídico.¹³⁶ Logo, a eficácia de uma norma depende de sua efetiva observância. Cabe esclarecer que uma norma só poderá apresentar eficácia, se também for vigente e válida.

Desse modo, pode uma norma ser vigente, mas inválida e ineficaz. Será vigente, porque foram atendidos os requisitos formais de sua elaboração, como por exemplo, o procedimento de aprovação, competência para editá-la e quórum de aprovação. Mas caso não passe incólume pelo duplo controle de compatibilidade vertical material, ou seja, não tenha compatibilidade com as normas constitucionais materiais, os tratados de direitos humanos e os tratados comuns ratificados e

¹³⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v.46, n 181, p.115, 2009. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194897> > Acesso em: 04 nov. 2015.

¹³⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 9-10.

¹³⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 12.

vigentes, não terá validade e, portanto, também não terá eficácia. Seu texto continuará existindo no ordenamento jurídico até que seja revogado por outra norma, mas não poderá ser aplicado pelos operadores do direito.¹³⁷

Pactua do mesmo entendimento Luiz Flávio Gomes:

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, composta 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 a 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.¹³⁸

Ante o exposto, constata-se que para a produção normativa pátria ter validade e, conseqüentemente, eficácia, é necessária sua compatibilidade com a Constituição, seus direitos expressos e implícitos e os princípios dela decorrentes (artigo 5º, parágrafo 2º, primeira parte) e, com tratados internacionais (de direitos humanos ou não) ratificados e vigentes internamente.

Contudo, caso se adote o posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal, a validade da legislação infraconstitucional também estaria vinculada a dois níveis de controle, mas que neste caso seriam: a) a Constituição Federal e os tratados de direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais (aprovados pelo quórum 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).¹³⁹

¹³⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 14-18.

¹³⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Estado Constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica**. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p.76-77.

¹³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 65.

Adotando o entendimento da Corte Suprema, Luiz Guilherme Marinoni ressalta:

Vale dizer que a legislação infraconstitucional, para produzir efeitos, não deve apenas estar em consonância com a Constituição Federal, mas também com os tratados internacionais dos direitos humanos. Nesta perspectiva, existem dois parâmetros de controle e dois programas de validação do direito ordinário. Além da Constituição, o direito supralegal está a condicionar e a controlar a validade da lei.¹⁴⁰

Assim, contanto com hierarquia supralegal, os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil e não aprovados pelo rito da norma constitucional do artigo 5º, parágrafo 3º, impediriam a aplicação da legislação infraconstitucional (lei ordinária ou complementar) em sentido contrário, seja ela, anterior ou posterior, a incorporação do instrumento internacional.¹⁴¹

Em que pese ser este o entendimento da Corte Constitucional pátria, conforme analisado, constata-se, por força do artigo 5º, parágrafo 2º, da Lei Fundamental, que os tratados internacionais de direitos humanos, independentemente do quórum congressual adotado para aprovação, são parâmetros de controle da produção normativa doméstica, servindo de paradigma do controle de convencionalidade. Quantos aos tratados comuns, por força de normas espalhadas pelo ordenamento jurídico, também são parâmetros de controle normativo, mas, neste caso, trata-se do controle de supralegalidade.¹⁴²

Na Subseção seguinte, analisar-se-á o controle de convencionalidade na ordem jurídica nacional, seus tipos e quais tratados de direitos humanos servirão de parâmetro para cada tipo de controle.

2.2.2 As espécies de controle de convencionalidade no ordenamento jurídico interno e seus parâmetros de controle

Como estado, anteriormente, o direito interno infraconstitucional, para ter validade e, conseqüentemente, poder ter eficácia, deve ser compatível, não só com

¹⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 66.

¹⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 66-67.

¹⁴² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.134-135

a Constituição Federal e suas normas formais, mas também com as normas materiais constitucionais (direitos e garantias expressos e implícitos, princípios) e com os tratados de direitos humanos ratificados e vigentes no país, tanto os materialmente constitucionais (artigo 5º, parágrafo 3º, CF/88), quanto às material e formalmente constitucionais (aprovados pelo rito do artigo 5º, parágrafo 3º, CF/88). Devem, ainda, ser compatível com o segundo nível de aferição da compatibilidade vertical material, que são os tratados comuns ratificados e vigentes internamente.

Assim, por serem superiores hierarquicamente à legislação infraconstitucional, os tratados internacionais ratificados e vigentes condicionam-na, devendo ser aplicadas, apenas as normas com estes não conflitem. No caso dos instrumentos internacionais de direitos humanos, sua compatibilidade será verificada através do controle de convencionalidade. Quanto aos instrumentos internacionais comuns, pelo controle de supralegalidade.

Por terem os tratados de direitos humanos *status* de norma constitucional, material ou material e formal, a depender do seu quórum congressual de aprovação, o procedimento do controle de convencionalidade teria como base o adotado no controle de constitucionalidade. No entanto, não se deve confundi-los, consoante o entendimento de Mazzuoli ao afirmar que “apenas quando existe afronta à Constituição mesma é que se pode haver controle de constitucionalidade propriamente dito”¹⁴³.

Assim, o controle de convencionalidade não exclui o controle de constitucionalidade, pelo contrário, o complementa. Portanto, realiza-se o controle de constitucionalidade para verificar a compatibilidade da legislação com a Constituição e o controle de convencionalidade para analisar se a legislação está em conformidade com as normas veiculadas nos tratados de direitos humanos. E, por último, um controle de supralegalidade, em face dos tratados comuns.¹⁴⁴

Adotando o controle de constitucionalidade como base, o controle de convencionalidade pode ser classificado, quanto ao momento de sua aplicação, em preventivo e repressivo. Quanto ao preventivo, este ocorrerá durante a elaboração da lei, antes de sua edição e o repressivo, depois de vigente a lei.

¹⁴³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 73.

¹⁴⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 31-32.

Poderá ter como objeto uma ação estatal, como uma lei ou outro ato normativo, a qual será inconvenção, quando viole uma norma constante nos tratados de direitos humanos (material ou material e formalmente constitucionais). Contudo, somente os tratados de direitos humanos aprovados pelo rito do artigo 5º, parágrafo 3º, da Lei Fundamental, é que poderão servir de parâmetro para aferição de uma omissão inconvenção. Isto porque, será constatada tal omissão, quando julgada uma Ação Direta de Inconvenção por Omissão, instrumento do controle concentrado de convencionalidade que, como foi visto no Capítulo anterior, só poderá ter como objeto uma norma convencional de um tratado equivalente às emendas constitucionais.¹⁴⁵

Quanto ao controle de convencionalidade preventivo, este poderá ser realizado, primeiramente, no âmbito do Poder Legislativo, quando uma das casas do Congresso Nacional deixasse de aprovar um projeto de lei que conflitasse com os tratados de direitos humanos vigentes no país ou, ainda, quando da análise do texto do projeto de lei, uma Comissão temática, especialmente, a Comissão de Constituição e Justiça emitisse um parecer contrário à convencionalidade de alguma proposta, resultando no arquivamento do projeto de lei. Adotando tal postura, como ressalta Mazzuoli, evitar-se-ia uma responsabilização do Estado, no âmbito internacional, por violação a alguma norma convencional, a qual se obrigou.¹⁴⁶

Também, preventivamente, o Chefe do Poder Executivo, realizaria o controle de convencionalidade, quando vetasse o projeto de lei, por considerá-lo contrário as normas constantes de tratados de direitos humanos, ratificados e vigentes no país, consoante o disposto no artigo 66, parágrafo 1º, da Constituição Federal.¹⁴⁷

Pode haver, também, um controle de convencionalidade prévio realizado pelo Judiciário, somente, em sede de mandado de segurança ajuizado no Supremo Tribunal Federal por um parlamentar, para impedir que uma proposição, flagrantemente inconvenção, como por exemplo, um projeto de lei tentando abolir

¹⁴⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 148-149.

¹⁴⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.64.

¹⁴⁷ Art.66: “[...]”

§ 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. [...] “BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 03 nov. 2015.

um direito fundamental veiculado em um tratado de direitos humanos, que configura cláusula pétrea, seja posta em votação.

Neste sentido a lição de Marcelo Novelino, ao tratar do controle preventivo judicial de constitucionalidade, a qual pode ser aplicada, também, ao controle de convencionalidade:

Por terem um direito público subjetivo à observância do devido processo legislativo constitucional, os Parlamentares – e apenas eles, nunca terceiros estranhos à atividade parlamentar – têm legitimidade para impetrar mandado de segurança quando este direito líquido e certo for supostamente violado, como no caso de deliberação de uma proposta de emenda tendente a abolir cláusula pétrea.¹⁴⁸

No tocante ao controle repressivo de convencionalidade, este poderá ser concentrado (também chamado de abstrato, via de ação) ou difuso (ou concreto, via de exceção). Quanto ao controle concentrado de convencionalidade somente poderá ter como parâmetro os tratados de direitos humanos aprovados pelo rito do artigo 5º, parágrafo 3º, da Carta Magna, consoante o entendimento de Mazzuoli:

De fato, se a Constituição possibilita sejam os tratados de direitos humanos alçados ao patamar constitucional, com equivalência de emenda, por questão de lógica deve também garantir-lhes os meios que prevê a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional.¹⁴⁹

Para servirem de parâmetro de controle nas ações constitucionais, as normas devem ser, ao menos, formalmente constitucionais, como são as normas positivadas no texto da Lei Fundamental e as nela incluídas ou alteradas pelas emendas constitucionais. É o que se depreende da dicção do artigo 103, inciso I, alínea a¹⁵⁰ e seu parágrafo 1º¹⁵¹, pois ao utilizar o termo Constituição Federal está se referindo,

¹⁴⁸ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2010. p. 227

¹⁴⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 34.

¹⁵⁰ “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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993); [...]. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 03 nov. 2015.

¹⁵¹ “Artigo 102: [...]

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado do parágrafo único em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93); [...]. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília:

também, às emendas constitucionais e, portanto, os tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo quórum congressual qualificados, os quais passam a ser equivalentes a tais emendas.¹⁵²

Assim, deve-se adotar o procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade para invalidar a norma infraconstitucional incompatível com os tratados supracitados, neste caso, uma Ação Direta de Inconvencionalidade, o procedimento da Ação Declaratória de Constitucionalidade para garantir à norma infraconstitucional a compatibilidade vertical com um tratado de direitos humanos formalmente constitucional e até a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental que, no caso, exigiria o cumprimento de uma norma convencional tida como um preceito fundamental.¹⁵³

Quanto às omissões inconvencionais, decorrentes da falta de uma norma regulamentadora de um direito ou garantia fundamental de origem internacional, serão aquelas, objeto de uma Ação Direta de Inconvencionalidade por Omissão, adotando-se o mesmo procedimento Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). Pois, consoante dispõe Mazzuoli, tal ação de controle abstrato:

[...] poderá ser proposta sempre que *faltar lei interna* que se faria necessária a dar efetividade a uma norma convencional formalmente constitucional. Nesse caso, pode o STF declarar a *inconvencionalidade por omissão* de medida para tornar efetiva norma internacional de direitos humanos em vigor no Brasil e anteriormente aprovada por maioria qualificada, dando ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.¹⁵⁴

Em tais ações de controle abstrato, a decisão quanto a compatibilidade ou incompatibilidade da legislação infraconstitucional com os tratados de direitos humanos, faz coisa julgada, com efeito *erga omnes*, ou seja, vincula os Poderes do

Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 03 nov. 2015.

¹⁵² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade**: Um panorama latino-americano. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 34-35.

¹⁵³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade**: Um panorama latino-americano. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 43-44.

¹⁵⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 148-149 (grifos no original)

Estado e a sociedade como um todo. Para propor as citadas ações, terão legitimidade os integrantes do rol do artigo 103¹⁵⁵ da Constituição Federal.¹⁵⁶

Já no controle difuso de convencionalidade, decidi-se, incidentalmente, quanto a convencionalidade, ou não, de uma norma infraconstitucional frente um tratado de direitos humanos vigente no país, independentemente do seu quórum de aprovação, antes de ser julgado objeto principal da ação. Se reconhecida a inconvenção da referida norma, o juiz não a aplicará no caso concreto *sub judice*, tendo tal decisão, como regra, apenas efeito entre as partes litigantes.¹⁵⁷

Neste tipo de controle, como bem esclarece Waldir Alves, “tanto o STF como qualquer juiz ou tribunal possuem a *competência de exame* e de *rejeição*, podendo *rejeitar* os efeitos da norma, deixando de aplicá-la quando a considere inconvenção”¹⁵⁸. Qualquer cidadão poderá arguir, incidentalmente, a inconvenção de uma lei interna, além do juiz poder e dever, conforme o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (vide Subseção 2.1), realizar de ofício o controle difuso de convencionalidade.

A declaração de inconvenção de uma lei ou outro ato normativo, via controle difuso, tem eficácia *inter partes*. No entanto, poderá ter seus efeitos

¹⁵⁵ “Artigo 103: Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

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; [...]”.BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 03 nov. 2015.

¹⁵⁶ ALVES, Waldir. Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 328.

¹⁵⁷ ALVES, Waldir. Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 331.

¹⁵⁸ ALVES, Waldir. Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 330.

ampliados, quando da decisão definitiva do STF neste sentido, o Senado Federal edite uma resolução suspendendo os efeitos da norma julgada inconveniente, conforme dispõe o artigo 52, inciso X¹⁵⁹, da Lei Fundamental.¹⁶⁰

Quanto a atuação do STF no controle difuso de convencionalidade, poder-se-ia questionar, se o recurso extraordinário seria o meio adequado de o Supremo Tribunal Federal rever uma decisão que contraria uma norma de um tratado de direitos humanos, ratificado e em vigor internamente, em razão da regra do artigo 102, inciso III¹⁶¹, alínea a, da Constituição Federal. Conforme analisado anteriormente, os tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico interno, ou são equivalentes às emendas constitucionais (quando aprovados pelo rito do artigo 5º, §3º, CF), ou têm *status* materialmente constitucionais (por força do artigo 5º, §2º, do mesmo diploma). Assim, como esclarece Mazzuoli, a interpretação da referência à Constituição, na norma constitucional supracitada, “há de ser ampliada (no que tange à proteção dos direitos humanos e fundamentais) com a integração do conteúdo daqueles tratados ao bloco de constitucionalidade [...]”¹⁶².

Dessa forma, uma norma infraconstitucional, caso conflite com um tratado internacional de direitos humanos ou comum (pois tem *status* supralegal), posterior àquela, será tal norma revogada, total ou parcialmente, mesmo que compatível com a Constituição, uma vez que não passou incólume à dupla compatibilidade vertical material. Já, se a norma infraconstitucional incompatível com tais tratados, seja

¹⁵⁹ “Artigo 52: Compete privativamente ao Senado Federal: [...]”

X- suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; [...]”. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 03 nov. 2015.

¹⁶⁰ ALVES, Waldir. Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 330-331.

¹⁶¹ “Artigo 102: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]”

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição; [...]”.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 03 nov. 2015.

¹⁶² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 45.

posterior a estes, será inválida e, portanto, ineficaz, ainda que seja vigente, se compatível com as normas constitucionais.¹⁶³

Analisado os tipos de controle de convencionalidade, seus parâmetros, seus instrumentos de aplicação, seus legitimados e seus efeitos no ordenamento jurídico, deve-se verificar como este controle vem sendo aplicado pela jurisprudência nacional, questão que será abordada na Seção seguinte.

2.3 A aplicação do controle de convencionalidade na jurisprudência nacional

Poucos são julgados que utilizam, expressamente, o controle de convencionalidade, tanto incidentalmente, quanto no mérito da questão. Para confirmar tal situação, basta realizar uma consulta livre com os termos “controle de convencionalidade” nos sítios eletrônicos dos tribunais nacionais.

Neste trabalho, os julgados que serão analisados, foram resultado da busca de jurisprudência nas páginas eletrônicas dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça dos 26 estados e do Distrito Federal. Não foram encontrados resultados com tais termos nos julgados do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, contudo, no Supremo, fora ajuizada a primeira ação, originário do controle concentrado de constitucionalidade, tendo como parâmetro um instrumento internacional equivalente às emendas constitucionais.

No que tange aos tribunais de Justiça estaduais, poucos foram os julgados encontrados que tratam sobre a matéria, sendo que, o maior número de resultados foi encontrado nos Tribunais da Região Sul, precisamente, Santa Catarina e Paraná. Por esta razão, optou-se por analisar a jurisprudência, somente destes estados.

Na página do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nenhuma decisão envolvendo tal assunto foi encontrada. Nas cortes catarinense e paranaense, foi encontrado um número maior de decisões, embora não seja uma quantidade tão expressiva.

Desse modo, a aplicação do controle de convencionalidade em cada Tribunal estadual supracitado será comentada, brevemente, nas Subseções 2.3.1. Já na

¹⁶³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade**: Um panorama latino-americano. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 21

Subseção 2.3.2 será analisada a primeira e, por enquanto, única ação de controle concentrado de convencionalidade ajuizada na Suprema Corte brasileira.

2.3.1 Os julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e do Tribunal de Justiça do Paraná

No banco eletrônico de jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJ/SC), foram encontrados 12 julgados em que constam os termos “controle de convencionalidade”, sendo três agravos de instrumentos e nove *habeas corpus*.

Em todas as decisões, os julgadores consideraram legais as prisões dos devedores de alimentos, quando inescusáveis os inadimplementos, considerando que essa medida coercitiva excepcional é constitucional, convencional e legalmente validada no ordenamento jurídico interno. É o que se depreende do voto do Relator Desembargador Henry Petry Junior, no Habeas Corpus n. 2015.071764-4, de Florianópolis/SC:

Em sua função coercitiva, a prisão civil do devedor de alimentos nunca teve sua constitucionalidade questionada nas inúmeras oportunidades que o Supremo Tribunal Federal analisou sua aplicação em casos concretos. Nem mesmo sobre o crivo do controle de convencionalidade, ao contrário do que ocorre com a prisão civil do depositário infiel, a restrição da liberdade do devedor de alimentos foi impugnada.

Mesmo porque o Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos) excepciona expressamente a admissibilidade da prisão civil por dívida alimentar em seu art. 7º, número 7: “Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento da obrigação alimentar”. Nessa toada, a Corte Suprema, diante do caráter supralegal desta Convenção, assentou a incompatibilidade dos dispositivos legais que previam a prisão do depositário infiel, excepcionando expressamente, porém, a convencionalidade da prisão civil por dívida alimentícia.¹⁶⁴

Já quanto ao Tribunal de Justiça do Paraná (TJ/PR), foram encontrados dois acórdãos de habeas corpus, nos quais a decisão de primeiro grau

¹⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Acórdão que denegou a ordem de *habeas corpus***. Impetrante: Luiz Mário Pereira de Souza Gomes. Habeas Corpus Nº 2015.071764-4, Quinta Câmara de Direito Civil, Tribunal de Justiça de SC, Relator: Henry Petry Junior. Julgado em: 29 out. 2015. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&Pesquisar=Pesquisar&dePesquisa=20150717644>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

atacada, foi julgada inconvenção, resultando na expedição do alvará de soltura do paciente.

Em ambos os julgados, as decisões de primeira instância que decretaram as prisões preventivas dos pacientes, foram cassadas por serem inconvenções, pois contrariaram a regra prevista no artigo 7º, item 5¹⁶⁵, do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), ao converterem a prisão em flagrante em prisão preventiva, sem realizarem a audiência de custódia, ocasião em que se verificaria se estavam presentes nos casos concretos os pressupostos que autorizam a prisão preventiva (artigo 312¹⁶⁶ e 313¹⁶⁷ do Código de Processo Penal) ou se aplicaria medida cautelar diversa da prisão. Dessa forma foi determinado ao juiz de primeiro grau a realização desta na audiência no prazo de 24 horas.

¹⁶⁵ “Artigo 7. 5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”. BRASIL. Presidência da República. **Anexo ao decreto que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and6-78-92.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2015.

¹⁶⁶ “Artigo 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).”

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)”. BRASIL. Presidência da República. **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: 11 nov. 2015.

¹⁶⁷ “Artigo 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).” BRASIL. Presidência da República. **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: 11 nov. 2015.

Neste sentido a ementa do *Habeas Corpus* nº 1388226-7 de Almirante Tamandaré:

HABEAS CORPUS - ROUBO MAJORADO - PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA - ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO PARA OFERECIMENTO DA DENÚNCIA - PREJUDICIALIDADE - PEÇA OFERECIDA EM 29/05/2015 E RECEBIDA NA MESMA DATA - DISCUSSÃO ACERCA DA AUTORIA - INVIABILIDADE DA VIA ELEITA - AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA - PREVISÃO EM PACTOS E TRATADOS INTERNACIONAIS RATIFICADOS PELO BRASIL - CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE - EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PREVISTOS NA ORDEM INTERNACIONAL - DECISÃO CASSADA - DETERMINAÇÃO AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU QUE REALIZE A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA PREVISTA NO ARTIGO 7º, ITEM 5 DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA POR MAIORIA.1. Dispõe o artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos que "Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais (...)". No mesmo sentido assegura o artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos que "Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais (...)".2. "Isto porque os direitos humanos são extraídos dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, e, por isso, não se exige da jurisdição apenas um controle de constitucionalidade, com vistas a efetivar os direitos previstos na Constituição, mas também um controle de convencionalidade, com o objetivo de efetivar os direitos humanos previstos na ordem internacional".3. "Nem se argumente que a audiência de custódia não estaria regulamentada em nosso ordenamento jurídico, vez que, rediga-se, uma vez que figurando o Brasil como signatário dos Tratados Internacionais, e tendo-os ratificado, as normas daí advindas não são inexistentes, como propagam alguns, mas sim, presentes e de hierarquia equivalente a dos primados constitucionais".4. "Considerando as circunstâncias do presente caso, entendo que a cassação da decisão que decretou a prisão preventiva do paciente se impõe, devendo, assim, o paciente ser levado à presença do juiz, a fim de que o mesmo seja ouvido, na presença de seu defensor, em respeito ao disposto no artigo 7º, item 5, do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), quando, nesta oportunidade, a Autoridade Judicial poderá rever a necessidade da prisão preventiva, ou mesmo atribuir outra medida cautelar alternativa à prisão, ou ainda, manter o réu solto, caso verifique que restam ausentes os pressupostos da cautelaridade, sempre se pautando pelos critérios de necessidade e adequação". (TJPR - 5ª C.Criminal - HCC - 1388226-7 - Almirante Tamandaré - Rel.: José Laurindo de Souza Netto - DJe. 16.07.2015).¹⁶⁸

Todos os casos citados acima, exemplos de controle difuso de convencionalidade, demonstram que alguns magistrados brasileiros já reconhecem a existência e a necessidade de aplicação deste tipo de controle normativo, nos

¹⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Acórdão que concede a ordem de *habeas corpus***. Impetrante: Antônio Vitor Barbosa de Almeida e Paciente: Rafael Santelli. Habeas Corpus Nº 1388226-7, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do PR, Relator: José Laurindo de Souza Netto. Julgado em: 16 jul. 2015. Publicada no DJe em: 26 ago. 2015. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11976745/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1388226-7#>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

casos concretos. Na próxima Subseção, comenta-se sobre a primeira ação de controle abstrato de convencionalidade.

2.3.2 O caso da ADPF 182/DF

Como estudado anteriormente, somente serão parâmetro de controle concentrado de convencionalidade, os tratados internacionais de direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais, quais sejam, os instrumentos internacionais protetivos aprovados por três quintos dos votos de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação (art. 5º, §3º, CF/88).

Sabe-se que, até a presente data, apenas a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, aprovados pelo Decreto Legislativo nº 186 de 09 de julho de 2008 e promulgadas, em 25 de agosto de 2009, por intermédio do Decreto Presidencial nº 6.949, seguiu tal procedimento.¹⁶⁹ Dessa forma são, por enquanto, os únicos tratados material e formalmente constitucionais.

Em razão da aprovação deste instrumento convencional com equivalência de emenda constitucional, em 10 de julho de 2009, a Procuradoria Geral da República, ajuizou a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 182, portanto, uma ação de controle abstrato, alegando a incompatibilidade do artigo 20, parágrafo 2º, da Lei nº 8.742/93, com o disposto na Convenção supracitada, bem como, o artigo 1º desta Convenção, seu conceito mais amplo de pessoa com deficiência, altera todas as normas que dispõem de maneira diversa, sendo imediatamente aplicável quanto aos requisitos de concessão do benefício de prestação continuada (Lei nº 8.743/93).¹⁷⁰

O artigo 20, parágrafo 2º, da Lei nº 8.742/93, definia que “para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada

¹⁶⁹ ALVES, Waldir. Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 328.

¹⁷⁰ ALVES, Waldir. Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 329-330.

para a vida independente e para o trabalho”¹⁷¹. Já o artigo 1º da Convenção de Nova York sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, considera pessoa com deficiência como:

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.¹⁷²

Referida ação de controle abstrato é o meio adequado para o reconhecimento da invalidade da referida norma, uma vez que é anterior a promulgação da Convenção, não podendo, então, ser objeto de uma Ação Direta de Inconvencionalidade. Este é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, de que só cabe ADI quando as normas impugnadas forem posteriores ao seu parâmetro de controle (neste caso o tratado de direitos humanos equivalente às emendas constitucionais).¹⁷³

Neste sentido, também, o disposto no artigo 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.882/99, em que caberá tal ação “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”¹⁷⁴, neste caso aplicado aos tratados material e formalmente constitucionais posteriores às normas impugnadas. Desse modo, tal norma não teria sido recepcionada pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Contudo, antes que a Suprema Corte analisasse a ADPF 182, o Congresso Nacional antecipou-se ao editar duas leis que alteraram a redação do artigo 20,

¹⁷¹ ALVES, Waldir. Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 330.

¹⁷² BRASIL. **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. Brasília: Presidência da República, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 11 nov.2015.

¹⁷³ Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 182 - DF – Petição inicial**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=398078&tipo=TP&descricao=ADPF%2F182>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

¹⁷⁴ BRASIL. **Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília: Presidência da República, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 11 nov.2015.

parágrafo 2º, da Lei 8.742/93, cujo teor, a partir da mudança perpetrada pela Lei 12.470, de 31 de agosto de 2011, é o seguinte:

Para efeito de concessão deste benefício, 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.¹⁷⁵

Assim, adequou-se a norma impugnada ao conceito de pessoa com deficiência, adotado pela Convenção, ora em comento, ampliando-se os contemplados com a concessão do benefício de prestação continuada. A ADPF 182, ainda não foi julgada, mas com tal mudança no dispositivo legal, certamente, seu objeto foi prejudicado.

Percebe-se, então, que a compatibilização da legislação doméstica com os tratados internacionais, especialmente, os de direitos humanos, já é uma realidade no ordenamento jurídico nacional, ainda que, poucos e recentes os julgados que a aplicam.

¹⁷⁵ BRASIL. Presidência da República. **Lei n.º 8.742, de 07 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm>. Acesso em: 11 nov. 2015.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, é correto afirmar que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, os tratados internacionais de direitos humanos, ratificados e vigentes no país, ocupam uma posição hierárquica superior à legislação infraconstitucional. Isto, pois, em razão do seu conteúdo e por força do disposto no artigo 5º, parágrafo 2º, da Lei Fundamental, as normas veiculadas em tais instrumentos convencionais têm *status* de norma materialmente constitucional, estando incluídas no rol de direitos e garantias fundamentais, formando o bloco de constitucionalidade (cláusulas pétreas).

Deste modo, pode-se dizer que, desde aquele momento, as leis e os atos normativos estatais para serem válidos e, portanto, eficazes, deveriam ser compatíveis, tanto com as normas positivadas no texto constitucional, quanto com os tratados de direitos humanos incorporados à ordem jurídica nacional. Assim, tanto a Constituição, quanto os tratados de direitos humanos, formam um parâmetro de compatibilidade vertical material.

Na verdade, tais normas constitucionais e convencionais, são a primeira etapa deste controle de compatibilidade, uma vez que, os tratados internacionais comuns, aqueles que versam sobre matéria diversa dos direitos humanos, também são limite vertical material de compatibilidade do direito interno. Tal afirmação se justifica em diversas normas da legislação doméstica, as quais estatuem os instrumentos internacionais comuns como normas supralegais, ou seja, superior a legislação ordinária, mas inferior à Constituição.

Logo, a validade e, conseqüente, eficácia da legislação nacional estão condicionadas a sua compatibilidade com a Carta Política, com os tratados de direitos humanos e com os tratados comuns, em que a República Federativa do Brasil seja parte. Rompe-se com a lógica positivista que confundia vigência com validade.

Sob a égide da nova Lei Fundamental, uma lei poderá ser vigente (existente), se elaborada e aprovada em conformidade com as regras procedimentais da Constituição, entretanto, somente terá validade e, portanto, poderá ser aplicada pelo operador do direito, se não conflitar com alguma norma convencional vigente no país.

Deverá, então, respeitar, nas palavras de Valério de Oliveira Mazzuoli, “a dupla compatibilidade vertical material”¹⁷⁶.

Ademais, com a inserção do parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição, pela Emenda Constitucional nº 45/2004, é possível que os tratados de direitos humanos sejam incorporados ao ordenamento jurídico pátrio, como equivalentes às emendas constitucionais (normas material e formalmente constitucionais), desde que aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus membros. Ser equivalente às emendas constitucionais significa ser equivalente às normas constitucionais positivadas, possibilitando que tais instrumentos convencionais sejam protegidos de leis ou atos normativos em sentido contrário, através das ações de controle abstrato de constitucionalidade (que nestes casos seriam ações de controle abstrato de convencionalidade).

Assim, juntamente com o controle de constitucionalidade, deverá ser aplicado o controle de convencionalidade, qual seja, a compatibilidade das leis e outros atos normativos com os tratados de direitos humanos, ratificados e vigentes internamente, independentemente se aprovados por um quórum simples ou pelo quórum especial do artigo 5º, parágrafo 3º. Conforme analisado, por suas similitudes, adota-se o procedimento do controle de constitucionalidade na aplicação do controle de convencionalidade.

Deste modo, este controle de acordo com o seu momento de aplicação, poderá ser preventivo ou repressivo. Em sua atuação repressiva, poderá ser difuso ou concentrado.

Como controle difuso (ou concreto), a verificação da compatibilidade (convencionalidade) do direito interno, terá como parâmetro, tanto os tratados de direitos aprovados com quórum congressual simples, quantos os que seguirem o rito previsto no artigo 5º, parágrafo 3º, da Lei Fundamental. Esta modalidade de controle será aplicada, incidentalmente, por qualquer juiz ou Tribunal nacional, sendo arguido por uma das partes ou, ainda, verificado de ofício pelo julgador.

Já no controle concentrado (ou abstrato), a convencionalidade de lei ou outro ato normativo, só poderá ser verificada, frente uma norma convencional equivalente à emenda constitucional. Neste caso, tal verificação ocorrerá mediante o

¹⁷⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p.7.

ajuizamento de uma ação de controle abstrato de convencionalidade (que pega “emprestado” às ações de controle de constitucionalidade), perante o Supremo Tribunal Federal, por algum dos legitimados do artigo 103 da Constituição.

Dessa forma, uma norma infraconstitucional, caso conflite com um tratado internacional de direitos humanos ou comum (pois tem *status* supralegal), posterior àquela, será tal norma revogada, total ou parcialmente, mesmo que compatível com a Constituição, uma vez que não passou incólume à dupla compatibilidade vertical material. Já, se a norma infraconstitucional incompatível com tais tratados, seja posterior a estes, será inválida e, portanto, ineficaz, ainda que seja vigente, se compatível com as normas constitucionais.

Então, pode-se afirmar que os tratados internacionais de direitos humanos, bem como os comuns, servem de paradigma para a produção e aplicação do direito interno. Por conseguinte, deveria ser revisto o entendimento errôneo do Supremo Tribunal Federal, quanto à hierarquia dos instrumentos convencionais de direitos humanos não aprovados pelo quórum especial do artigo 5º, parágrafo 3º.

Esta é a tese que melhor se coaduna com as obrigações assumidas pela República Federativa do Brasil, ao ratificar tais tratados, incumbindo, primeiramente, aos órgãos jurisdicionais nacionais realizar o controle de convencionalidade. Falhando este controle no plano interno, poderá um órgão supranacional realizar esta aferição. No Brasil, é o que acontece, quando uma lei interna viola uma norma de um tratado de direitos humanos interamericanos e tal incompatibilidade não é reconhecida pelo Poder Judiciário, podendo, neste caso, por ser signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), a Corte Interamericana de Direitos Humanos julgá-la inconvencional e condenar o país, por esta violação, ao realizar o controle supranacional de convencionalidade.

REFERÊNCIAS

ALVES, Waldir. Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ARENHART, Sérgio Cruz. O Supremo Tribunal Federal e a prisão civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

ARGENTINA. **Constitución de la Nación Argentina**. Buenos Aires: Senado de La Nación Argentina, Reforma Constitucional de 1994. Disponível em: <<http://www.senado.gov.ar/Constitucion/atribuciones>> . Acesso em 06 nov.2015.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 03 nov. 2015.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Brasília: Presidência da República, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm> . Acesso em 04 nov.2015.

BRASIL. **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. Brasília: Presidência da República, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 11 nov.2015.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 05 nov. 2015.

BRASIL. **Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília: Presidência da República, 1999. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 11 nov.2015.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> . Acesso em: 04 nov. 2015.

BRASIL. Presidência da República. **Anexo ao decreto que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and6-78-92.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2015.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto n.º 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/Decre-to/D7030.htm>. Acesso em: 04 nov. 2015.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-lei n.º 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: 11 nov. 2015.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n.º 8.742, de 07 de dezembro de 1993.** Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm>. Acesso em: 11 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão da decisão que negou provimento ao pedido de decretação de medida coercitiva ao depositário infiel em alienação fiduciária. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. Banco Bradesco S/A, Vera Lúcia B. de Albuquerque e outro(A/S) e Luciano Cardoso Santos. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgado em: 03 de dezembro de 2008. Publicado no DJe em: 05 de junho de 2009. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 182 -DF – Petição inicial.** Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=398078&tipo=TP&descricao=ADPF%2F182>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo de Jurisprudência nº73/STF.**

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo73.htm>> Acesso em: 03 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo de Jurisprudência nº531/STF.**

Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo513.htm>> Acesso em: 03 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº25.** Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Acórdão que denegou a**

ordem de habeas corpus. Impetrante: Luiz Mário Pereira de Souza Gomes.

Habeas Corpus Nº 2015.071764-4, Quinta Câmara de Direito Civil, Tribunal de

Justiça de SC, Relator: Henry Petry Junior. Julgado em: 29 out. 2015. Disponível em:

<<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROCC&Pesquisar=Pesquisar&dePesquisa=20150717644>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Acórdão que concede a ordem**

de habeas corpus. Impetrante: Antônio Vitor Barbosa de Almeida e Paciente:

Rafael Santelli. Habeas Corpus Nº 1388226-7, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de

Justiça do PR, Relator: José Laurindo de Souza Netto. Julgado em: 16 jul. 2015.

Publicada no DJe em: 26 ago. 2015. Disponível em: <

<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11976745/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1388226-7#>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos**

humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos**

direitos humanos. Porto Alegre: Fabris, 1997, v.1.

CHIAPPINI, Carolina Gomes. Reflexos da Convenção de Viena sobre Direitos dos

Tratados no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista SJRJ**, n.30, v.18, p.15-27,

2011. Disponível em: <

http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/254/234> Acesso em: 04 nov.2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso A Última Tentação**

de Cristo (Olmedo Bustos e outros vs. Chile). Mérito, reparações e custas.

Sentença de 05 fev. 2001. Série C N 73. Disponível em: <

http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf> Acesso em: 02 nov. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 26 set. 2006. Série C n 154. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 nov. 2010. Série C n 219. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/sentenca-araguaia-24.11.10-1>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Trabalhadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) Vs. Peru**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 nov. 2006. Série C n 158. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>. Acesso em: 10 nov.2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Estado Constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica**. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HUNTINGTON, Samuel. **O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial**. RJ: Objetiva, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

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

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 12 ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. São Francisco, 1945. Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/carta/>> Acesso em: 30 out. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. Os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e a Constituição. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ROMERO, Edgar. Estados Unidos é o maior violador de Direitos Humanos do mundo. **IELA**. Florianópolis, 13 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.iela.ufsc.br/noticia/estados-unidos-%C3%A9-o-maior-violador-de-direitos-humanos-do-mundo>> Acesso em: 08 nov. 2015.

RUSSOWSKY, Iris Saraiva. O controle de convencionalidade das leis: uma análise na esfera internacional e interna. **Revista do CAAP**, n.2, v.XVIII, p.61-96, 2012. Disponível em: <<http://www2.direito.ufmg.br/revistadoacaap/index.php/revista/article/viewFile/305/294>> Acesso em: 18 out. 2015.

SAGUÉS, Nestor Pedro. El control de convencionalidad em el sistema interamericano, y sus anticipos em el ámbito de los derechos económico-sociales: concordâncias e diferencias com el sistema europeo. In: BIBLIOTECA jurídica virtual do instituto de investigações jurídicas da unam. Cidade do México: UNAM, 2012. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.