

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Especialização em Direito Constitucional

YURI CÉSAR CONSORTI DELIBERALLI

**O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO
BRASILEIRO**

SÃO PAULO

2016

YURI CÉSAR CONSORTI DELIBERALLI

**O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO
BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo,
como requisito parcial para obtenção
de título de Especialização em Direito
Constitucional.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Luiz Guilherme Arcaro Conci

SÃO PAULO
2016

RESUMO

Aborda a forma de recepção de um tratado internacional de direitos humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro como premissa do exercício de um controle de convencionalidade pelos tribunais brasileiros. Conceitua o controle de convencionalidade como um juízo de adequação para o conflito entre uma norma jurídica interna e uma norma jurídica externa. Detalha as modalidades de controle de convencionalidade e os seus efeitos. Apresenta as semelhanças conceituais entre o controle de convencionalidade e o controle de constitucionalidade. Questiona o posicionamento dos tribunais brasileiros quanto à aplicabilidade do controle de convencionalidade no ordenamento jurídico nacional. Conclui sob o prognóstico da aplicabilidade de um controle de convencionalidade no Direito Brasileiro.

Palavras-chave: Tratado internacional sobre direitos humanos. Controle de convencionalidade. Aplicabilidade. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Poder Judiciário brasileiro.

ABSTRACT

It approaches the way an international human rights treaty is accepted by the Brazilian law. It conceptualizes the conventionality control as an instrument of compatibility in a conflict between a national law and an international one. It details the categories of the conventionality control and its effects. It presents the conceptual parallels between the conventionality control and the judicial review. It questions the attitude of the Brazilian Judiciary Branch about the applicability of the conventionality control. It concludes with the prognosis of the applicability of the conventionality control by the Brazilian courts.

Keywords: International human rights treaty. Conventionality control. Applicability. Inter-American Court on Human Rights. Brazilian Judiciary Branch.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO I – OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	8
1. A hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no pós-CF de 1988	8
2. A emenda constitucional n. 45 de 2004: §3º do art. 5 da Constituição Federal.....	13
3. A posição do Supremo Tribunal Federal no RE 466.343-1/SP	16
CAPÍTULO II – O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO	20
1. Conceito de controle de convencionalidade	20
2. Espécies de controle de convencionalidade.....	27
2.1. O controle concentrado de convencionalidade	28
2.2. O controle difuso de convencionalidade	30
2.3. O controle preventivo de convencionalidade	32
3. Efeitos do controle de convencionalidade	34
CAPÍTULO III – A (IN)APLICABILIDADE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO	41
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	56

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a tentativa de construção de uma noção de controle de convencionalidade da lei interna em face de um tratamento internacional sobre direitos humanos sob o prisma da doutrina e, principalmente, da jurisprudência brasileiras.

O estudo ora desenvolvido parte da premissa de que o controle de convencionalidade ainda é um conceito rarefeito no Direito brasileiro, em razão da resistência histórica dos tribunais brasileiros em acatarem as orientações proferidas por organismos jurisdicionais internacionais. Conforme se observará, tal posição adotada pelo Poder Judiciário brasileiro não mais se coaduna com os ditames do neoconstitucionalismo, cujo um dos nortes é a abertura do Direito interno à produção normativa desenvolvida em âmbito internacional.

Entretanto, antes de passar para uma crítica direta ao posicionamento excessivamente conservador dos tribunais brasileiros, especialmente o Supremo Tribunal Federal, é preciso abordar a evolução histórica do pensamento da Corte Suprema brasileira no tocante à forma de recepção de um tratado internacional pelo ordenamento jurídico interno.

Isso porque a efetividade do controle de convencionalidade está diretamente ligada ao status normativo de um tratado internacional em determinado ordenamento jurídico, visto que se trata de um mecanismo de averiguação de compatibilidade entre uma norma interna e uma norma externa. Em outras palavras, trata-se de um “processo de verificação da (i)compatibilidade dos atos internos e normas jurídicas de um Estado em relação aos tratados internacionais dos quais é parte”.¹

¹ CAMPOS, Bárbara Pincowsca Cardoso. **Controle de convencionalidade: aproximação entre o Direito Internacional e o constitucionalismo?**. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, 2013, p. 49.

Portanto, o primeiro capítulo é inteiramente dedicado à construção do posicionamento da jurisprudência brasileira no tocante à forma de recepção do tratado internacional de direitos humanos pelo Direito brasileiro, desde o período de exceção até os dias atuais, pós-julgamento do RE 466.343-1/SP.

Após chegarmos ao atual entendimento da jurisprudência pátria acerca do status normativo dos tratados internacionais sobre direitos humanos, o presente trabalho passa a tratar da própria conceituação de controle de convencionalidade, suas modalidades e seus efeitos, os quais são analisados dentro do panorama normativo e jurisprudencial brasileiros.

Ato contínuo, o terceiro capítulo encerra o estudo ao abordar os motivos que levam o controle de convencionalidade a ser ainda um instrumento de utilização quase inexistente na jurisprudência brasileira. Verifica-se, portanto, a tradição conservadora e nacionalista dos tribunais brasileiros em aceitarem que uma norma ou decisão produzida no âmbito internacional prevaleçam sobre as suas próprias decisões.

Essas justificativas são apresentadas com base em um caso concreto e paradigmático subordinado ao crivo do STF, qual seja, a ADPF n. 153, cuja decisão contrariou decisões manifestas da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o mesmo tema. A opção por desenvolver a análise sob o aspecto do caso concreto visa ressaltar, com detalhes empíricos, o anacronismo da posição do Supremo Tribunal Federal.

CAPÍTULO I – OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1. A hierarquia normativa do tratado internacional de direitos humanos no pós-CF de 1988

Tratar da existência ou da inexistência de um controle jurisdicional de convencionalidade no Direito brasileiro pressupõe o percurso, ainda que breve, pela história recente do constitucionalismo pátrio, a fim de se compreender o contexto social e jurídico que ensejou o momento atual, em que podemos discutir a efetividade e a sofisticação de um mecanismo de verificação da compatibilidade vertical entre duas normas jurídicas, uma interna e outra externa.

Certamente, o advento da Constituição Federal de 1988 foi o grande evento promovedor do avanço jurisdicional do Direito brasileiro, à medida que permitiu que as instituições nacionais se desvencilhassem das amarras do governo de exceção para imergirem num contexto democrático, em que direitos e garantias individuais ganhavam o status de direitos fundamentais do cidadão brasileiro.

A nova Constituição fez com que o Brasil abandonasse a excessiva restrição de direitos, que imperou nas mais de duas décadas anteriores, e abraçasse a valorização da pessoa humana e a observância dos direitos humanos, o que abriu novos horizontes para a nação no cenário jurídico internacional.²

Um exemplo claro da preocupação da Constituição de 1988 com as exigências e demandas da comunidade internacional foi a redação do art. 4º, que trata das relações internacionais do Brasil, *in verbis*:

² GUERRA, Sidney. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade.** São Paulo: Atlas, 2013, p. 173-174.

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

I - Independência nacional;

II - Prevalência dos direitos humanos;

III - autodeterminação dos povos;

IV - Não-intervenção;

V - Igualdade entre os Estados;

VI - Defesa da paz;

VII - solução pacífica dos conflitos;

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX - Cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X - Concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações

De imediato, nota-se que a Constituição impôs uma mudança radical na postura do Brasil enquanto membro de uma comunidade internacional, tendo em vista que elenca como princípios norteadores de suas relações com outros Estados-nação uma série de condutas profundamente inspiradas na corrente de direitos humanos surgida no pós-Segunda Guerra Mundial.

Denota-se que o conteúdo axiológico da Carta Política de 1988 reside na dignidade da pessoa humana enquanto critério e conceito norteador de toda a estrutura de direitos prevista no diploma constitucional, inclusive no

tocante ao rol do art. 5º³. Naturalmente, os tratados internacionais de direitos humanos não foram excluídos desse novo contexto, tanto que o legislador assim dispôs:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

(...)

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Embora a inclusão de uma previsão legal de que os direitos previstos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil não seriam excluídos do ordenamento jurídico, parcela da doutrina entendia que o referido dispositivo conferia um alcance limitado ao tratado internacional de direitos humanos na ordem jurídica interna brasileira, uma vez que o conferia status de lei ordinária.⁴

No entanto, tal entendimento não foi pacífico dentre os doutrinadores brasileiros, sob o argumento de que a equiparação do tratado internacional de direitos humanos à lei ordinária legitimaria o Estado signatário a descumprir o acordo internacional, bem como desconsideraria o conceito de Estado Constitucional Cooperativo, a ponto de inviabilizar a proteção dos direitos humanos em nível internacional.⁵

³ Op. cit., p. 177.

⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da reação entre Direito Internacional e Direito interno.** Apud: MARINONI, Luiz Guiherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle de convencionalidade – Um panorama latino-americano.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 172.

⁵ MARINONI, Luiz Guiherme. **Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro).** Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 59.

Nesta linha, Flávia Piovesan⁶ e Celso Lafer⁷ defendiam que o §2º do art. 5º já autorizava a recepção do tratado internacional de direitos humanos na condição de norma constitucional, uma vez que o próprio texto do referido dispositivo deixava expressa a impossibilidade de exclusão dos direitos incorporados pela via internacional.⁸

Valério de Oliveira Mazzuoli corrobora com o posicionamento acima:

Tecnicamente, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil já têm status de norma constitucional, em virtude do disposto no §2º do art. 5º da Constituição, segundo o qual os direitos e garantias expressos no texto constitucional “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”, pois na medida em que a Constituição não exclui os direitos humanos provenientes do tratados, é porque ela própria os inclui em seu catálogo de direitos protegidos, ampiando o seu “bloco de constitucionalidade” e atribuindo-lhes hierarquia de norma constitucional [...].⁹

O Supremo Tribunal Federal, desde 1977, adotava o entendimento de que o tratado internacional, independentemente de seu conteúdo, ingressava no ordenamento jurídico brasileiro com status de lei ordinária, sob o fundamento de que a Constituição de 1967, então vigente, não trazia disposição sobre eventual prevalência da norma internacional sobre a norma interna, portanto, ambas possuiriam o mesmo status.¹⁰

⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 145.

⁷ LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. 1. ed. São Paulo: Manole, 2005. p. 16-17.

⁸ MARINONI, Luiz Guiherme. Op. Cit. p. 68.

⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo: RT, 3^a edição, 2013, p. 58.

¹⁰ Ementa: CONVENÇÃO DE GENEbra, LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CAMBIO E NOTAS PROMISSORIAS, AVAL APOSTO A NOTA PROMISSORIA NÃO REGISTRADA NO PRAZO LEGAL, IMPOSSIBILIDADE DE SER O AVALISTA ACIONADO, MESMO PELAS VIAS ORDINARIAS. VALIDADE DO DECRETO-LEI N. 427, DE 22.01.1969. EMBORA A CONVENÇÃO DE GENEbra QUE PREVIU UMA LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CAMBIO E NOTAS PROMISSORIAS TENHA APLICABILIDADE NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO, NÃO SE SOBREPõE ELA AS LEIS DO PAIS, DISSO DECORRENDO A CONSTITUCIONALIDADE E CONSEQUENTE VALIDADE DO DEC. LEI N° 427/69, QUE

Em 1995, ao julgar o Habeas Corpus n. 72.131 / RJ¹¹, o STF cotejou pela primeira vez após a promulgação da Constituição de 1988 a disposição de uma lei interna com uma norma internacional, no caso, o Pacto de São José da Costa Rica, que entrou em vigor no Brasil em 1992. Todavia, a Corte Suprema manteve a posição de que o tratado internacional era recebido no Direito Interno com status de lei ordinária¹².

Embora tenha enfrentado a questão, o STF não o fez de maneira frontal, bem como não satisfez a corrente doutrinária internacionalista, tendo em vista ter referendado o entendimento anterior, lastreado no texto constitucional do período de exceção e já revogado.

Somente após mais de uma década do advento da Constituição Federal é que a controvérsia sobre o status jurídico do tratado internacional de direitos humanos incorporado ao ordenamento jurídico interno foi parcialmente resolvida pela promulgação da emenda constituição n. 45 de 2004.

INSTITUI O REGISTRO OBRIGATORIO DA NOTA PROMISSORIA EM REPARTIÇÃO FAZENDARIA, SOB PENA DE NULIDADE DO TÍTULO. SENDO O AVAL UM INSTITUTO DO DIREITO CAMBIARIO, INEXISTENTE SERÁ ELE SE RECONHECIDA A NULIDADE DO TÍTULO CAMBIAL A QUE FOI APOSTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. (STF, RE 80.004 / SE, Rel. Min. Cunha Peixoto, DJ 01/06/1977).

¹¹ Ementa: "Habeas corpus". Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. "Habeas corpus" indeferido, cassada a liminar concedida. (STF, HC 72.131 / RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, DJ 23/11/1995).

¹² Em seu voto, o Relator Ministro Marco Aurélio de Mello diz: "[...] uma vez promulgada, a convenção passa a integrar a ordem jurídica em patamar equivalente ao da legislação ordinária. Assim, a nova disciplina da matéria, ocorrida a partir de 6 de novembro de 1992, implicou a derrogação do Decreto-Lei n. 911/69, no que se tinha como abrangente da prisão civil na hipótese de alienação fiduciária. O preceito da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, limitador de prisão civil por dívida passou a viger com estatura de legislação ordinária, suplantando, assim, enfoque em contrário, relativamente a essa última, até então em vigor. (Voto, HC 72.131 / RJ, p. 15. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em 26 de junho de 2016, às 17:29h.

2. A emenda constitucional n. 45 de 2004: §3º do art. 5 da Constituição Federal

Em 2004, na que ficou conhecida como a Reforma do Poder Judiciário, foi promulgada a emenda constitucional n. 45, a qual trouxe uma série de alterações substanciais ao texto constitucional. Dentre elas, inseriu o §3º ao art. 5º da Carta Política, sob a seguinte redação:

§ 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.

Valendo-se de uma interpretação estritamente literal, observa-se que, em princípio, a controvérsia sobre a forma de recepção do tratado internacional de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro estaria resolvida. Ora, bastaria que o tratado internacional de direitos humanos fosse aprovado pela maioria qualificada do Congresso Nacional (3/5 dos membros), em dois turnos de votação, para que ingressasse no Direito Interno com estatura de emenda constitucional.

Entretanto, a promulgação da referida emenda constitucional apenas intensificou os debates acerca do tema.

Valério de Oliveira Mazzuoli foi um particular crítico da necessidade e redação do supracitado dispositivo constitucional, porque, segundo ele, o texto do §2º já era suficiente para resolver a divergência. Ainda assim, sugeriu que a redação de um eventual §3º fosse complementar à do parágrafo anterior, de forma a referendar que todo tratado internacional de direitos humanos fosse recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro no patamar constitucional.¹³

¹³ O mencionado autor sugeriu a seguinte redação para o §3º do art. 5º: “Os tratados internacionais referidos no parágrafo anterior, uma vez ratificados, incorporam-se automaticamente na ordem interna brasileira com hierarquia constitucional, prevalecendo, no que forem suas disposições mais benéficas ao ser humano, às normas estabelecidas por esta Constituição”. Op. Cit, p. 42.

Cançado Trindade foi ainda mais efusivo em sua crítica à Emenda Constitucional n. 45:

Os triunfalistas da recente Emenda Constitucional 45/2004 não se dão conta de que, do prisma do direito internacional, um tratado ratificado por um Estado o vincula ipso jure, aplicando-se de imediato, quer tenha ele previamente obtido aprovação parlamentar por maioria simples ou qualificada. Tais providências de ordem interna [...] são simples fatos do ponto de vista do ordenamento jurídico internacional, ou seja, são, do ponto de vista jurídico internacional, inteiramente irrelevantes.¹⁴

Em linhas gerais, a crítica dirigida à introdução do §3º do art. 5º no texto constitucional foi centralizada em duas vertentes: a) o referido parágrafo permitiria o ingresso de tratados internacionais de direitos humanos com ou sem status de emenda constitucional; b) a redação do §3º não fez menção aos tratados internacionais de direitos humanos que já estavam em vigor à data da promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004.

No tocante ao primeiro ponto, o novo texto constitucional admitiria que um instrumento internacional de tutela dos direitos humanos fosse aprovado por um quórum não qualificado pelo Congresso Nacional e, portanto, recebido com estatura de lei ordinária em nossa ordem jurídica. Assim, o risco de sua inobservância é não apenas maior, como também pode ser referendado pelo Poder Judiciário, o que poderia acarretar na responsabilidade internacional do Estado brasileiro.¹⁵

Com relação à segunda crítica, o §3º do art. 5º enseja insegurança jurídica ao manter-se silente sobre os tratados internacionais de direitos humanos que já haviam sido aprovados pelo Congresso Nacional com

¹⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI**. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). **Desafios do direito internacional contemporâneo**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, p. 209.

¹⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. Cit. p. 44.

ou sem 3/5 dos votos de seus membros, em dois turnos de votação. Desse modo, qual seria o status jurídico desses tratados?

Uma solução apontada por Mazzuoli foi de submeter à nova aprovação do Congresso Nacional os tratados internacionais de direitos humanos que observaram o rito legislativo anterior ao da Emenda Constitucional n. 45/2004, de forma que aqueles que fossem referendados pelo Legislativo com o quórum qualificado exigido pelo §3º do art. 5º tornar-se-iam imediatamente equiparados às emendas constitucionais. Entretanto, o próprio autor admite que isso subordinaria ao Congresso Nacional tormentosa discricionariedade para escolher qual tratado seria submetido à nova votação, bem como não resolveria a desigualdade de existirem tratados sobre direitos humanos com e sem status de emenda constitucional.¹⁶

Há, ainda, o apontamento técnico feito por Mazzuoli, no sentido de que o §3º do art. 5º, ao equiparar o tratado internacional de direitos humanos aprovado pelo rito nele previsto às emendas constitucionais, é material e formalmente constitucional, enquanto que o tratado internacional de direitos humanos aprovado sem o rito qualificado é apenas materialmente constitucional e, portanto, não passível de ser submetido a controle de convencionalidade.¹⁷

Francisco Rezek, porém, adota entendimento diverso, *in verbis*:

Uma última dúvida diz respeito ao “passado”, a algum eventual direito que um dia se tenha descrito em tratado de que o Brasil seja parte – e que já não se encontre no rol do art. 5º. Qual o seu nível? Isso há de gerar controvérsia entre os constitucionalistas, mas é sensato crer que, ao promulgar esse parágrafo na Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, sem nenhuma ressalva abjuratória dos tratados sobre direitos humanos outrora concluídos mediante processo simples, o Congresso constituinte os elevou a categoria dos tratados de nível constitucional.¹⁸

¹⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. Cit. p. 45-46.

¹⁷ Idem, p. 60-61.

¹⁸ REZEK, Francisco. **Direito internacional público – Curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 10ª ed., 2007, p. 103.

Ante o exposto, restou claro que a introdução do §3º ao art. 5º da Constituição não foi capaz de solucionar a controvérsia sobre a forma de recepção do tratado internacional de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Pelo contrário, trouxe novas dúvidas e inquietações sobre o tema, as quais seriam resolvidas apenas com a respectiva apreciação pelo Supremo Tribunal Federal anos mais tarde.

3. A posição do Supremo Tribunal Federal no RE 466.343-1/SP

O Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão da hierarquia normativa do tratado internacional de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro ao julgar o Recurso Extraordinário n. 466.343-1 / SP, no qual o Banco Bradesco S/A arguia que o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar procedente a ação de depósito fundada em alienação fiduciária em garantia, deixando de cominar a prisão civil do devedor, ofendeu diretamente o disposto no inciso LXVII do art. 5º¹⁹ do texto constitucional.

Após o relator da ação, Min. Cesar Peluso, negar provimento ao Recurso Extraordinário sob um fundamento mais civil-processual do que constitucional, o Min. Gilmar Mendes proferiu aquele que seria o voto determinante para a resolução da controvérsia acerca da recepção dos tratados de direitos humanos pelo Direito brasileiro.

No início do seu voto, o Ministro Gilmar Mendes aponta a existência de quatro correntes doutrinárias e jurisprudenciais sobre a forma de recepção de um tratado internacional de direitos humanos pelo Direito interno. São elas: a) o tratado internacional de direitos humanos teria caráter supraconstitucional; b) o tratado internacional de direitos humanos teria caráter constitucional; c) o tratado internacional de direitos humanos teria caráter de lei ordinária; d) o tratado internacional de direitos humanos teria caráter supralegal.²⁰

¹⁹ Art. 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;

²⁰ RE 466.343-1/SP, p. 32.

Em uma argumentação de viés excludente, o Ministro Gilmar Mendes entendeu que a tese mais apropriada para as disposições legais e constitucionais existentes no ordenamento jurídico brasileiro até então seria a de que o tratado internacional de direitos humanos tem caráter supralegal, isto é, o tratado internacional de direitos humanos seria uma norma infraconstitucional, porém estaria acima da lei ordinária, em virtude de seu caráter especial em relação às outras normas internacionais.

Ao justificar tal posicionamento, o referido Ministro afasta a tese de supraconstitucionalidade por entender que o ordenamento jurídico brasileiro é regido pelo princípio da supremacia material e formal da Constituição, logo, nenhuma norma poderia estar acima do texto constitucional.²¹

Ato contínuo, afasta a vertente da hierarquia constitucional do tratado internacional de direitos humanos por compreender que o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004 esvaziou essa discussão. Consequentemente, a corrente que defende o caráter de lei ordinária ao mencionado tratado estaria excessivamente defasada e, portanto, em contrariedade ao Estado Constitucional Cooperativo.²²

Dessa forma, considerando que o Pacto de San Jose da Costa Rica foi ratificado pelo Brasil em 1992, seu ingresso no ordenamento jurídico brasileiro se deu de forma a elevar tal norma ao patamar acima das leis ordinárias (supralegalidade), incluindo o art. 1.287 do Código Civil de 1916, art. 652 do Código Civil de 2002 e Decreto-lei n. 911/69. Portanto, o art. 11 do referido Pacto teria retirado a eficácia dos diplomas normativos mencionados, implicando na inadmissão da prisão civil do depositário infiel pelo Direito interno brasileiro.²³

²¹ RE 466.343-1/SP, p. 34-35.

²² RE 466.343-1/SP, p. 39-43.

²³ RE 466.343-1/SP, p. 86.

Cumpre destacar, no entanto, que o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes não foi aderido pela unanimidade da Corte Suprema. Com efeito, o Ministro Celso de Mello proferiu voto no sentido de que o tratado internacional de direitos humanos deveria ser recepcionado com hierarquia de norma constitucional, sob o fundamento da própria redação dos §§ 2º e 3º da Carta Política, bem como da orientação jurisprudencial das cortes internacionais:

As razões invocadas neste julgamento, no entanto, Senhora Presidente, convencem-me da necessidade de se distinguir, para efeito de definição de sua posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre convenções internacionais sobre direitos humanos (revestidas de “supralegalidade”, como sustenta o eminente Ministro Gilmar Mendes, ou impregnadas de natureza constitucional, **como me inclino a reconhecer**) [...] (grifo nosso).²⁴

Embora o STF tenha finalmente exposto o seu posicionamento, não foram poucas as críticas sofridas pelo tribunal, as quais, em suma, focavam no fato de que a interpretação conferida pela Corte traria ainda maiores controvérsias, especialmente no tocante aos tratados internacionais de direitos humanos vigentes e não submetidos ao quórum qualificado do §3º do art. 5º da Constituição. Ingo Wolfgang Sarlet, por exemplo, aponta o status deixado pelo órgão jurisdicional máximo:

Assim, à vista do exposto, enquanto não sobrevenha uma posição uniformizadora, ao que tudo indica, são três as possibilidades atualmente reconhecidas pelo STF: a) hierarquia (equivalente) de emenda constitucional, nos casos dos tratados incorporados mediante observância do rito estabelecido pelo §3º do art. 5º da CF; b) hierarquia supralegal, aplicável aos tratados de direitos humanos ratificados pelo sistema convencional, por meio de Decreto Legislativo aprovado com maioria simples; c) hierarquia de lei ordinária, que segue sendo a posição adotada em relação aos demais tratados, que não integram o sistema internacional de reconhecimento e proteção dos direitos humanos.²⁵

²⁴ RE 466.343-1/SP, p. 125.

²⁵ 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.** Apud: MARINONI, Luiz Guiherme; MAZZUOLI, Valério de

O Ministro Celso de Mello chegou a abordar a questão em seu voto:

É preciso ressalvar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC n. 45/2004, pois, quanto a eles, incide o §2º do art. 5º da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de bloco de constitucionalidade.²⁶

Apesar de fazer expressa menção à hierarquia normativa das convenções internacionais de direitos humanos não aprovadas pelo quórum do §3º do art. 5º da CF, o voto do Ministro Celso de Mello não foi responsável pela condução do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, portanto, tal manifestação individual não pode ser compreendida como um entendimento consolidado do órgão colegiado como um todo.

Não obstante tenha significado um grande avanço com relação ao entendimento anterior, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal proferido no Recurso Extraordinário n. 466.343 não consolidou uma tese única no Brasil acerca da hierarquia normativa do tratado internacional de direitos humanos. Tal ausência de uniformidade implicará diretamente na forma como os juristas brasileiros veem e aplicam o chamado controle de convencionalidade das leis.

Oliveira. **Controle de convencionalidade – Um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 104.

²⁶ RE 466.343-1/SP, p. 159.

CAPÍTULO II – O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

1. Conceito de controle de convencionalidade

Ao se falar do controle de convencionalidade feito pelo Poder Judiciário de determinada nação é falar da forma pela qual tal Estado encara juridicamente um tratamento internacional devidamente ratificado pelo seu Poder Executivo e Legislativo. Isso porque não basta que o regramento jurídico internacional seja válido perante o ordenamento jurídico interno, é preciso verificar também se a norma externa é plenamente observada e aplicada quando confrontada pela atuação legislativa doméstica.

Essa aproximação entre o direito interno de um Estado Nacional e o direito produzido no cenário internacional traz o chamado constitucionalismo transnacional, em que se admite que tanto os tribunais internacionais, quanto os tribunais nacionais têm competência para controlar a validade de atos e normas internas em face das disposições internacionais.²⁷

Dito isso, depreende-se que a análise do controle de convencionalidade exercido pelo Poder Judiciário de um Estado soberano não deve se restringir à observância de mecanismos e instrumentos jurídicos internos, mas também perpassar pela efetiva posição que esse Estado tem diante de um conflito entre a norma internacional e a norma interna. Vale dizer, é preciso checar se o Poder Judiciário de determinado Estado considera a norma internacional em sua análise ou ela é apenas um instrumento figurativo dentro do ordenamento jurídico nacional.

Neste sentido, é plenamente possível existir um Estado-nação amplamente participativo no cenário jurídico internacional, cujo Poder Executivo

²⁷ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana.** 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/295705167_O_CONTROLE_DE_CONVENCIONALIDADE_COMO_PARTE_DE UM_CONSTITUCIONALISMO_TRANSNACIONAL_FUNDADO_NA_PESSOA_HUMANA. Acesso em 27 de julho de 2016.

e Legislativo têm o costume e a boa prática de ratificar os tratados internacionais que lhes são submetidos para apreciação, mas que não dá à norma internacional a eficácia que dela é exigida.

A questão é controversa, afinal, como apurar se determinado Estado aplica efetivamente a norma internacional em seu âmbito interno? Ora, basta realizar um levantamento sobre os casos submetidos à apreciação da Corte Suprema deste Estado que envolveram um conflito entre o ordenamento jurídico interno e o tratado internacional e verificar de que forma tal órgão jurisdicional resolveu a controvérsia.

Fazendo esse exercício, poderemos concluir que a Corte Suprema de um Estado-nação como o Brasil, por exemplo, ainda tem grande dificuldade em reconhecer a importância de se implementar de maneira concreta e ativa um tratado internacional no âmbito doméstico, especialmente aqueles que versam sobre direitos humanos.

Mas antes de adentrar nas especificidades que caracterizam a (in)observância do controle de convencionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, é necessário investigar o que é, essencialmente, a análise da convencionalidade de uma lei ou ato normativo pátrio e a sua importância para o papel jurisdicional de um Estado-nação.

No Brasil, a noção de controle de convencionalidade é acompanhada pela doutrina de forma paralela aos entendimentos traçados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a cada novo julgado, uma vez que tal tribunal foi o responsável pelo desenvolvimento conceitual dessa modalidade de controle no âmbito da América Latina.

A primeira obra que foi dedicada inteiramente ao assunto foi escrita por Valério de Oliveira Mazzuoli, sob o nome “O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis”. Na introdução do livro, o autor afirma o seguinte:

Falar em controle da convencionalidade significa falar em compatibilidade vertical material das normas de direito interno com as convenções internacionais de direitos humanos em vigor no país. Significa também falar especialmente em técnica judicial (tanto internacional como interna) de compatibilização das leis com tais preceitos internacionais de direitos humanos.²⁸

A posição majoritária que prevalecia até então na doutrina brasileira e portuguesa era de que o controle de convencionalidade servia como instrumento de estudo da responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos, em virtude de atos praticados pelo Poder Legislativo. Portanto, o controle de convencionalidade visava impedir que determinado Estado aprovasse uma lei ofensora aos direitos humanos previstos em tratados internacionais já ratificados por esse Estado.²⁹

Além disso, a doutrina entendia que o controle de convencionalidade era exercido exclusivamente pelos tribunais internacionais, não havendo qualquer menção a um controle de convencionalidade praticado, em primeiro lugar, pelo Poder Judiciário do Estado-parte que ratificou o tratado internacional de direitos humanos.³⁰

Após o momento em que a doutrina brasileira passou a assimilar a noção de controle de convencionalidade conforme traçada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, passou-se a entender que o controle de convencionalidade deve ser exercido, em primeiro lugar, no âmbito interno para, posteriormente, o caso ser submetido aos tribunais internacionais, em virtude do conflito normativo se dar, em regra, entre a norma internacional e a norma fundamental interna, a qual apenas o Poder Judiciário local possui profundo e extenso conhecimento.

Em suma, Mazzuoli assevera o seguinte:

²⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.** São Paulo: RT, 3^a edição, 2013, p. 25.

²⁹ Op.cit. p. 83.

³⁰ Op.cit. p. 86.

[...] o controle nacional (realizado pelos juízes e tribunais locais) da convencionalidade das normas domésticas é o que por primeiro deve ser levado a cabo, antes de qualquer manifestação de um tribunal internacional a respeito.

As cortes internacionais somente controlarão a convencionalidade de uma norma interna caso o Poder Judiciário de origem não tenha controlado essa mesma convencionalidade, ou a tenha realizado de forma insuficiente. Assim, não é correto dizer que apenas o controle internacional da convencionalidade das leis (realizado pelas instâncias internacionais de direitos humanos) é que seria o verdadeiro controle de convencionalidade, uma vez que tal raciocínio guarda a insuperável incongruência de não reconhecer que é dos próprios tribunais internacionais (v.g. da Corte Interamericana) que decorre a exigência de os juízes e tribunais internos controlarem (em primeira mão, antes de qualquer manifestação internacional sobre o tema) a convencionalidade de suas normas domésticas. O controle de convencionalidade é apenas coadjuvante ou complementar do controle oferecido pelo direito interno [...]³¹

Sidney Guerra, citando os estudos de Ernesto Cantor, destaca as diferenças entre o controle de convencionalidade exercido nas esferas nacional e internacional:

[...] o controle de convencionalidade em sede internacional seria um mecanismo processual que a Corte Interamericana de Direitos Humanos teria para averiguar se o direito interno (Constituição, leis, atos administrativos, jurisprudência etc.) viola algum preceito estabelecido pela Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos mediante um exame de confrontação normativo em um caso concreto. Assim seria possível emitir uma sentença judicial e ordenar a modificação, revogação ou reforma das normas internas, fazendo pre- valecer a eficácia da Convenção Americana. No segundo – o controle de convencionalidade em sede nacional – o juiz interno aplica a Convenção ou outro tratado ao invés de utilizar o direito interno, mediante um exame de confrontação normativo (material) em um caso concreto e elabora uma sentença judicial protegendo os direitos da pessoa humana. Este seria

³¹ Op.cit. p. 90-93.

um controle de caráter difuso, em que cada juiz aplicará este controle de acordo com o caso concreto que será analisado.³²

No âmbito da América Latina, o primeiro caso discutido na Corte Interamericana de Direitos Humanos em que se fez menção à existência de um controle de convencionalidade foi no julgamento do caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, no qual o juiz Sergio Garcia Ramirez asseverou:

Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.³³

No entanto, é o caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile* que a Corte Interamericana de Direitos Humanos delimita o dever dos juízes e tribunais nacionais de realizar o exame de compatibilidade entre a norma interna e a norma internacional, consoante explicitado em sua sentença:

A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve

³² GUERRA, Sidney. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade.** São Paulo: Atlas, 2013, p. 180-181.

³³ CIDH. **Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala.** 2003, p. 165. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf. Acesso em 27 de julho de 2016.

exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo.³⁴

O conceito de controle de convencionalidade não desconsidera um outro conceito muito próximo, embora naturalmente diverso, qual seja, o controle de constitucionalidade, tendo em vista que ambos dizem respeito à análise de adequação feita pelo Poder Judiciário entre duas ou mais normas jurídicas em conflito. Contudo, a grosso modo, enquanto o controle de constitucionalidade é destinado à averiguação da compatibilidade entre a lei ou ato normativo federal em face da Constituição Federal, o controle de convencionalidade destina-se à verificação de adequação entre a norma jurídica interna e a norma jurídica internacional.³⁵

Ou seja, o controle de constitucionalidade é baseado na ideia de supremacia da Constituição, que é o fundamento de validade do ordenamento jurídico, ao passo que o controle de convencionalidade é alicerçado na *pacta sunt servanda*, isto é, no dever de cumprir com os pactos internacionais, bem como no efeito útil das convenções, no sentido de que as disposições destas não podem ser afastadas por práticas estatais. De ambas, extrai-se a noção de supremacia da Convenção.³⁶

Nesta linha, Sidney Guerra traz o seguinte conceito de controle de convencionalidade:

³⁴ CIDH. **Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile.** 2006, p. 52. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em 23 de setembro de 2016.

³⁵ RUSSOWSKY, Iris Saraiva. **O controle de convencionalidade das leis: uma análise na esfera internacional e interna.** Revista do CAAP, Belo Horizonte, n. 2, v. XVIII, p. 62, 63 e 65, 2012. Disponível em: <http://www2.direito.ufmg.br/revistadocaap/index.php/revista/article/viewFile/305/294>. Acesso em 06 de junho de 2016.

³⁶ CAMPOS, Thiago Yukio Guenka. **O controle de convencionalidade como mecanismo de interação entre ordem interna e ordem internacional: por um diálogo cooperativo entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o tribunal constitucional brasileiro.** Monografia (Conclusão de Curso) – Universidade do Vale do Itajaí, São José, 2010.

[...] um novo dispositivo jurídico fiscalizador de leis infraconstitucionais que possibilita duplo controle de verticalidade, isto é, as normas internas de um país devem estar compatíveis tanto com a Constituição (controle de constitucionalidade) quanto com os tratados internacionais ratificados pelo país onde vigora tais normas (controle de convencionalidade).³⁷

Com efeito, a primeira questão que se coloca é a seguinte: toda matéria objeto de um tratado internacional pode ser alvo de controle de convencionalidade ou existe uma restrição a determinadas matérias?

Por ter sido um instrumento desenvolvido no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é comum associar o controle de convencionalidade às matérias que envolvam direitos humanos. Contudo, nada impede que o órgão jurisdicional interno exerça o controle de convencionalidade diante de um conflito entre norma doméstica e norma internacional que seja alheio à questão dos direitos humanos:

A novidade que este estudo apresenta diz respeito à possibilidade de se proceder à compatibilização vertical das leis (ou dos atos normativos do Poder Público) não só tendo como parâmetro de controle a Constituição, mas também os tratados internacionais (**notadamente os de direitos humanos, mas não só eles**) ratificados pelo governo e em vigor no país (grifo nosso).³⁸

Considerando que a construção conceitual do controle de convencionalidade foi desenvolvida, no âmbito latino-americano, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual é o órgão jurisdicional competente para fiscalizar e manter o cumprimento da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, é natural que seja feita uma associação direta entre tal controle e as normas que tratem de direitos humanos. Contudo, nada impede que matéria

³⁷ GUERRA, Sidney. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos no Âmbito da Corte Interamericana e o Controle de Convencionalidade.** p. 359. UFC. Revista Nomos. v. 32.2, jul./dez. 2012. Disponível em: <http://mdf.secret.com.br/dmdocuments/Sidney%20Guerra.pdf>. Acesso em 05 de junho de 2016.

³⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Teoria geral do controle de convencionalidade no Direito Brasileiro.** Brasília a. 46 n. 181 jan./mar. 2009, p. 2. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3>. Acesso em 05 de junho de 2016.

diversa seja objeto desse juízo de compatibilidade, visto que não há vedação legal neste sentido.

Ainda, Luiz Guilherme Arcaro Conci destaca que o controle de convencionalidade não existe apenas diante da contrariedade entre a norma interna e a norma internacional, mas também em função de um aspecto material, qual seja, o critério de maior proteção à pessoa humana. O mencionado autor explana o seguinte:

A mera contrariedade entre direito interno e direito internacional (tratados e jurisprudência internacional) não admite automaticamente a invalidação do ato nacional. Essa declaração de inconvencionalidade exige (a) além da contrariedade (b) que haja proteção menos efetiva ou restrições mais salientes aos direitos humanos pelo direito interno (leis, atos administrativos, sentenças judiciais, Constituição). Caso isso não ocorra, a mera contrariedade não importa inconvencionalidade.³⁹

Ou seja, não basta que exista a contrariedade; é preciso que a norma interna traga uma proteção mais restritiva aos direitos humanos do que a norma internacional. Do contrário, não há que se falar em inconvencionalidade.

A partir desse pressuposto, estabelece-se uma realidade em que os tribunais nacionais não podem ter um olhar adstrito ao âmbito interno, mas sim um olhar amplo e direcionado à produção jurisdicional no cenário internacional, de modo a efetivar o chamado diálogo de cortes, em que o juiz está vinculado verticalmente aos tribunais nacionais e horizontalmente aos tribunais internacionais.⁴⁰

2. Espécies de controle de convencionalidade

³⁹ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana**. Revista de Processo, 2014, vol. 232, p. 366.

⁴⁰ Idem, p. 04.

2.1. O controle concentrado de convencionalidade

Assim como ocorre no juízo de verificação da compatibilidade entre a lei ou ato normativo federal e a Constituição Federal, o controle de convencionalidade também pode ser classificado em duas formas: difuso e concentrado.

Seguindo a mesma lógica da denominação aplicada ao controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade concentrado possui o seu exercício restrito a Corte Suprema ou Corte Constitucional de determinado Estado-parte, uma vez que o juízo de compatibilidade é feito sem um substrato fático, ou seja, o tribunal supremo analisará apenas se a norma interna é materialmente compatível com o tratado internacional de direitos humanos. No Brasil, esse juízo é feito pelo Supremo Tribunal Federal.

Pedro Ribeiro Agustoni Feilke destaca uma importante premissa para a consecução de um controle de convencionalidade abstrato:

Para exercer o controle de convencionalidade entre uma lei nacional brasileira e uma norma de Direito Internacional relativa a direitos humanos, adota-se o posicionamento de que somente será necessário que o Brasil tenha se com rometido internacionalmente e posteriormente ratificado determinado tratado. Há, contudo, hipóteses em que a proeminência do direito analisado clamará pela classificação de *jus cogens* internacional, oportunidade em que não será necessária sequer a manifestação do país com relação ao direito ou mesmo a formalização desse.⁴¹

Ao discorrer sobre esse modelo de controle de convencionalidade, Waldir Alves deixa evidente a aproximação deste com o modelo concentrado de controle de constitucionalidade:

Quanto ao objeto do litígio, no controle normativo principal somente a questão de convencionalidade e inconvencialidade da lei é objeto do procedimento,

⁴¹ FEILKE, Pedro Ribeiro Agustoni. **O controle de convencionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Revista do departamento de ciências jurídicas e sociais da Unijuí, ano XXIII, n. 41, edição jan-jun 2014, p. 166.

não estando relacionado a nenhum conflito jurídico concreto. A decisão tornar-se-á coisa julgada e terá vinculatividade geral, pois uma norma não pode ser nula para uma ou algumas pessoas, permanecendo, de resto, eficaz [...] ⁴²

Ato contínuo, a norma doméstica que ir de encontro ao disposto em um tratado internacional aprovado pela maioria qualificada dos legisladores, na forma do §3º do art. 5º da Constituição Federal, poderá ter a sua convencionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal por quaisquer dos legitimados arrolados no art. 103 da Carta Política.

Com efeito, o tratado internacional de direitos humanos que é aprovado pelo quórum previsto no §3º do art. 5º da Constituição Federal ingressa no ordenamento jurídico brasileiro com equivalência à norma constitucional, sendo, portanto, equiparado às emendas constitucionais. Logo, nada mais lógico do que a possibilidade de qualquer um dos legitimados ativos elencados no art. 103 promover uma das ações constitucionais de controle concentrado (v.g. ADI, ADPF, etc) para compatibilizar a norma interna com o tratado constitucionalizado.⁴³

Contudo, Valério de Oliveira Mazzuoli faz uma importante ressalva quanto a esse controle exercido pelo STF:

A rigor, não se estaria, aqui, diante de controle de constitucionalidade propriamente dito [...], mas sim diante do controle de convencionalidade das leis, o qual se operacionaliza no plano jurídico tomando-se por empréstimo uma ação do controle concentrado de constitucionalidade [...], na medida em que o tratado-paradigma é equivalente a uma norma constitucional. O exercício do controle de convencionalidade deve paralisar a aplicação de uma lei mesmo quando ela seja constitucional. [...] Disso se abstrai que as normas de direito interno (inclusive as constitucionais) são infraconvencionais, o que

⁴² ALVES, Waldir. **Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais.** Apud: MARINONI, Luiz Guiherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle de convencionalidade – Um panorama latino-americano.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 328.

⁴³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.** São Paulo: 3^a edição, 2013, RT, p. 166-167.

não significa que não devam prevalecer quando forem mais benéficas que as normas dos tratados de direitos humanos, em virtude nesses próprios tratados [...] que ordena seja aplicada a norma mais favorável ao ser humano.⁴⁴

De acordo com o ilustre jurista, a partir do momento que a Constituição Federal equipara os tratados internacionais de direitos humanos às normas constitucionais, há uma autorização para que as ações típicas de provação do controle concentrado de constitucionalidade sejam também utilizadas para impedir uma lesão a tais tratados por uma norma infraconstitucional.⁴⁵

Assim, o autor defende a utilização de uma nova nomenclatura para essas ações quando o controle a ser exercido é de convencionalidade. Ou seja, a ADI torna-se ação direta de inconvencionalidade, a ADC torna-se ação declaratória de convencionalidade e a ADPF é manejada para tutelar um preceito fundamental previsto em um tratado internacional de direitos humanos.⁴⁶

2.2. O controle difuso de convencionalidade

Novamente, a ideia por trás de um controle difuso de constitucionalidade segue o mesmo raciocínio aplicado ao controle concreto de constitucionalidade, qual seja, tanto o STF, quanto qualquer juiz ou tribunal possuem competência para apreciar uma arguição de inconvencionalidade de uma norma doméstica.

Trata-se de um aspecto universal inerente ao conceito de controle de constitucionalidade difuso e que também é aplicado ao controle de convencionalidade, conforme se depreende do seguinte posicionamento:

Daí o caráter descentralizado e universal do controle de convencionalidade, sendo exercido tanto pela maior (corte suprema) quanto pela menor (juízes

⁴⁴ Idem, p. 167-168.

⁴⁵ Idem, p. 168-169.

⁴⁶ Ibidem, p. 169.

de 1º grau) autoridade jurisdicional dos países. Vale dizer, à semelhança do controle de constitucionalidade realizado de maneira difusa no Brasil, o controle de convencionalidade deve ser exercido por todos os membros do Poder Judiciário nacional, sem reserva de competência, respeitando, contudo, a hierarquia administrativa.⁴⁷

Como é notório, o controle difuso é exercido pela via incidental, tendo em vista a existência de um conflito jurídico concreto e com um objeto específico. A alegação de inconstitucionalidade ou inconvenicionalidade torna-se uma questão prejudicial ao prosseguimento da demanda, sendo a decisão do Estado-juiz, seja ele o STF, o tribunal ou o juiz singular, um provimento jurisdicional direcionado apenas a resolver o conflito daquela demanda em específico.⁴⁸

Valério de Oliveira Mazzuoli, ao tratar desta modalidade de controle de convencionalidade, faz uso de uma regra de exclusão: os tratados internacionais de direitos humanos aprovados de acordo com o quórum qualificado do §3º do art. 5º da Constituição podem ser objeto apenas de controle concentrado de convencionalidade, portanto, aqueles que não foram aprovados por tal quórum podem ser objeto de controle difuso, uma vez que foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro com status de norma constitucional, nos termos do §2º do art. 5º.⁴⁹

O referido autor faz a seguinte observação sobre essa modalidade de controle de convencionalidade:

Se o controle concentrado é feito perante o STF por via de ação direta, o controle difuso de convencionalidade deve ser levantado, nos casos

⁴⁷ FEILKE, Pedro Ribeiro Agustoni. **O controle de convencionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Revista do departamento de ciências jurídicas e sociais da Unijuí, ano XXIII, n. 41, edição jan-jun 2014, p. 167.

⁴⁸ ALVES, Waldir. **Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais**. Apud: MARINONI, Luiz Guiherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle de convencionalidade – Um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 331.

⁴⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo: 3ª edição, 2013, RT, p. 173.

concretos sub judice, como questão preliminar, devendo o juiz da causa (tal como faz no controle difuso de constitucionalidade) analisar essa matéria antes do mérito do pedido principal. Nesse caso, o juiz – ou qualquer tribunal, o STJ ou o próprio STF – declara a incompatibilidade entre a lei e o tratado internacional de direitos humanos e, ipso facto, nega aplicação àquela, considerando-a inválida (inconvenional) para reger a questão jurídica submetida ao seu julgamento.⁵⁰

Portanto, de acordo com Mazzuoli, todo e qualquer tratado internacional de direitos humanos pode ser submetido ao controle de convencionalidade, seja qual for a sua modalidade. Esta será exercida conforme o quórum de aprovação do referido tratado pelo Poder Legislativo: se aprovado pelo quórum qualificado do §3º, o tratado poderá ser objeto de controle concentrado e difuso de convencionalidade; se aprovado por maioria simples, o tratado poderá ser objeto apenas de controle de convencionalidade difuso, consoante previsão do §2º do mesmo dispositivo constitucional.

A diferenciação trazida por Mazzuoli faz sentido quando analisado sob o prisma das interpretações conferidas pelo STF com relação ao status normativo do tratado internacional sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que há a possibilidade atual de um tratado internacional sobre essa matéria não ser aprovado pelo quórum previsto no §3º do art. 5º da Constituição e, consequentemente, não ser recebido com equivalência de emenda constitucional, mas sim com status supralegal.

2.3. O controle preventivo de convencionalidade

As modalidades de controle de convencionalidade expostas acima traduzem o chamado controle repressivo, isto é, aquele realizado por um órgão jurisdicional após a entrada em vigor da norma no ordenamento jurídico. Entretanto, não se pode desconsiderar que a verificação da compatibilidade entre a norma interna e um tratado internacional de direitos humanos pode ser

⁵⁰ Idem, p. 173.

efetivada de forma prévia à vigência da lei em questão, assim como ocorre em sede de controle de constitucionalidade.

Essencialmente, o controle de constitucionalidade de caráter prévio pode ser exercido por um órgão político, como o Poder Legislativo, por meio da Comissão de Constituição e Justiça, ou por um órgão administrativo, como o Poder Executivo, mediante a utilização do poder de voto com fundamento na inconstitucionalidade do projeto de lei (art. 66, §1º da CF)⁵¹. Além disso, o Supremo Tribunal Federal já adotou entendimento de que o controle prévio também é possível de ser exercido por um órgão jurisdicional por meio da impetração de mandado de segurança por um parlamentar que vislumbra vício no processo legislativo de determinado projeto de lei⁵².

Considerando que a estrutura do controle de convencionalidade exercido por um órgão jurisdicional doméstico é semelhante àquela do controle de constitucionalidade, nada impede que o juízo de compatibilidade preventivo seja realizado entre uma lei interna e um tratado internacional de direitos humanos.

Neste sentido, Valério de Oliveira Mazzuoli é categórico:

Enfim, tudo o que é possível fazer para garantir à norma constitucional sua eficácia, é também possível fazer em relação a um tratado internacional de direitos humanos incorporado ao direito brasileiro com equivalência de emenda constitucional, nos termos do art. 5º, §3º da Constituição. Aliás, à

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4^a ed. atual. até a EC n. 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1486.

⁵² Em seu voto, o Ministro Celso de Mello assim colocou: “A possibilidade extraordinária dessa intervenção jurisdicional, ainda que no próprio momento de produção das normas pelo Congresso Nacional, tem por finalidade assegurar aos parlamentares (e as estes, apenas) o direito público subjetivo, que lhes é inerente, de verem elaborados, pelo Legislativo, atos estatais compatíveis com o texto constitucional, garantindo-se, desse modo, àqueles que participam do processo legislativo (mas sempre no âmbito da casa legislativa a que pertence o congressista impetrante) a certeza de observância da efetiva supremacia da Constituição, excluídos, necessariamente, no que se refere à extensão do controle judicial, os aspectos discricionários concernentes às questões políticas e aos atos *interna corporis*”. Apud: SOUZA, Giselle. **Celso de Mello defende controle preventivo de constitucionalidade pelo STF**. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-19/celso-mello-defende-controle-preventivo-constitucionalidade>. Acesso em 21 de junho de 2016.

maneira do que ocorre na teoria do controle de constitucionalidade, a inconvencionalidade de uma norma interna (melhor dizendo, de seu projeto) pode ser aferida preventivamente pelo próprio Parlamento Federal, em suas Comissões de Constituição e Justiça, ou pelo Presidente da República, quando veta (na modalidade do voto jurídico) os projetos de lei inconvencionais, segundo a regra do art. 66, §1º da Constituição.⁵³

Luiz Guilherme Arcaro Conci complementa a ideia trazida por Mazzuoli ao descrever que o controle de convencionalidade é passível de ser exercido a partir da ratificação do tratado internacional, sob o seguinte fundamento:

[...] o momento inicial para o exercício do controle de convencionalidade, tanto pela própria Corte IDH quanto pelas autoridades nacionais é o da ratificação do tratado internacional pelo estado diferentemente do controle de constitucionalidade, a partir de um fluxo de normatividade que deriva do direito internacional dos direitos humanos, e não do direito nacional. Sendo assim, a produção de efeitos jurídicos pelo tratado internacional de direitos humanos em sede internacional já basta para que possam todas as autoridades, nacionais ou internacionais, exercerem o controle de convencionalidade.⁵⁴

Isto é, segundo o referido autor, somente a ratificação do tratado internacional possibilita o exercício do controle de convencionalidade pelo Poder Judiciário local, visto que tal ato enseja o efeito vinculativo pelos Estados signatários.

3. Efeitos do controle de convencionalidade

Compreendidas as modalidades de controle de convencionalidade existentes em nosso ordenamento jurídico, passa-se ao

⁵³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.** São Paulo: 3^a edição, 2013, RT, p. 172.

⁵⁴ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana.** 2014, p. 08. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/295705167_O_CONTROLE_DE_CONVENCIONALIDADE_COMO_PARTE_DE UM_CONSTITUCIONALISMO_TRANSNACIONAL_FUNDADO_NA_PESSOA_HUMANA. Acesso em 27 de julho de 2016.

estudo das consequências jurídicas trazidas pelo provimento jurisdicional que declara a inconvencionalidade de determinada norma interna.

Percorrer a questão dos efeitos produzidos pela declaração de inconvencionalidade da lei pressupõe uma noção clara e definida de vigência, validade e eficácia de uma norma jurídica, tendo em vista que o provimento jurisdicional proferido em sede de controle de convencionalidade atacará justamente um desses três aspectos.

Na concepção positivista de Direito, os conceitos de validade e vigência da norma jurídica eram constantemente entendidos como semelhantes, a ponto dos teóricos dessa corrente, como, por exemplo, Hans Kelsen, por vezes utilizarem expressões reversas que, ao fim e ao cabo, referiam-se à mesma noção.⁵⁵

Entretanto, os doutrinadores modernos resistiram em acompanhar o pensamento dos positivistas e, por isso, rechaçaram a noção de que vigência e validade de uma norma jurídica são semelhantes. De acordo com a teoria constitucional, não se pode compreender que o sistema de normas é composto por normas meramente formais, mas sim que há também as normas de conteúdo substancial, as quais limitam e vinculam a atividade legislativa. Assim, uma lei que viola um princípio constitucional, como o da liberdade, por exemplo, pode ser vigente, contudo, é inválida por ofender uma norma substancial.⁵⁶

Segundo Luigi Ferrajoli, a vigência de uma norma estaria ligada à forma dos atos normativos e a validade diria respeito a compatibilidade entre a norma interna e uma norma substancial (a Constituição ou um tratado internacional de direitos humanos)⁵⁷. Ou seja, a vigência é referente ao aspecto

⁵⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, 7^a edição, p. 11.

⁵⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo: 3^a edição, 2013, RT, p. 113.

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madri: Trotta, 1999, p. 21-22.

formal da produção da norma jurídica, ao passo que a validade corresponderia ao elemento material da norma.

Portanto, se, grosso modo, construirmos uma linha cronológica, primeiro perquirimos a validade para, após, chegarmos à vigência e, enfim, à eficácia da norma jurídica, de forma que é possível uma norma ser válida e vigente, mas não ser eficaz, por exemplo.

No Brasil, a partir do momento em que se entende que o tratado internacional de direitos humanos tem status normativo superior ao da lei infraconstitucional, seja qual for a teoria adotada (supralegalidade ou status constitucional), toda e qualquer norma doméstica deve atender a uma dupla compatibilidade vertical material, isto é, a lei interna deverá ser materialmente compatível tanto com a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos equiparados às emendas constitucionais, quanto com os tratados internacionais com status supralegal. Esta é a condição para tal lei ser válida no ordenamento jurídico brasileiro.⁵⁸

Ato contínuo, o efeito da declaração de inconvencionalidade de determinado norma interna é torná-la inválida dentro do ordenamento jurídico ao qual ela pertence, o que, em outras palavras, significa extirpá-la de determinada ordem jurídica nacional. Se a declaração de inconstitucionalidade demonstra a incompatibilidade da norma infraconstitucional com a Constituição, nada mais lógico do que aplicar o mesmo raciocínio à declaração de inconvencionalidade.

Neste sentido, a natureza da sentença que declara a inconvencionalidade da lei interna compartilhará da mesma controvérsia que permeia a sentença que declara a inconstitucionalidade da lei infraconstitucional, qual seja, trata-se de uma sentença de natureza declaratória ou constitutiva da (in)constitucionalidade?

⁵⁸ Ibidem, p. 133.

José Afonso da Silva detém a opinião de que a norma infraconstitucional é acobertada pela presunção de constitucionalidade, razão pela qual a sentença que decreta a sua incompatibilidade com a Constituição origina a inconstitucionalidade. Em contrapartida, o próprio autor cita o posicionamento clássico de Ruy Barbosa e Buzaid, no sentido de que a lei inconstitucional é eivada de tal vício desde a sua origem, logo, é nula de pleno direito.⁵⁹

Diante da ausência de previsão legal em sentido expresso, é possível que a legislação referente ao controle concentrado de constitucionalidade, como, por exemplo, a Lei n. 9.868/99, seja aplicada por analogia ao controle concentrado de convencionalidade, assim como as disposições legais atinentes ao controle difuso de constitucionalidade sejam aplicadas ao modelo concreto de convencionalidade.

Assim, grosso modo, a declaração de inconvencionalidade proferida em sede de controle abstrato produziria efeitos *erga omnes*, enquanto que aquela proferida em sede de controle concreto produziria efeitos *inter partes*.

O que é importante deixar claro é que os efeitos aqui discutidos são produzidos diante de uma sentença proferida por um juiz ou tribunal internos, em virtude da sentença proferida pelos tribunais internacionais não produzirem efeitos imediatos sobre determinada ordem interna de um Estado-signatário, dada a inexistência de hierarquia funcional entre os tribunais internos e internacionais.⁶⁰

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos prevê, em seu art. 63, o seguinte:

⁵⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 35^a edição, 2012, p.53.

⁶⁰ MAEOKA, Erika; MUNIZ, Tânia Lobo. **A responsabilidade internacional do Poder Judiciário e o controle da convencionalidade da jurisprudência nacional**. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Brasília, 2008, p. 10. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasilia/05_130.pdf. Acesso em 31 de julho de 2016.

1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.
2. Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.

Ou seja, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao realizar o controle de convencionalidade, determinará uma das providências elencadas no supracitado artigo, contudo, é imprescindível que o Estado-parte condenado aceite tal provimento jurisdicional de forma voluntária, tendo em vista a ausência de executividade, por parte da própria CIDH, da sentença internacional em âmbito interno.

Marcela Harumi Takahashi Pereira comenta sobre a possibilidade de execução interna das diferentes modalidades de provimento jurisdicional da CIDH:

Se a execução da sentença internacional condenatória for possível, e não havendo cumprimento espontâneo, caberá distinguir se se tem uma condenação ao pagamento de indenização ou a outro tipo de prestação. Na primeira hipótese, aplicar-se-ão diretamente as normas próprias da sentença nacional contra o Estado, por força do art. 68.2 do Pacto de São José da Costa Rica. Uma vez que a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi aceita pelo Brasil em 1998 e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos se encontra devidamente internalizada em nosso país, o artigo sob comento assume valor supralegal, por reger matéria relativa a direitos humanos, como recentemente reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal. Como lei, o art. 68.2 pode acrescentar e, de fato, acrescenta ao rol do art. 475-N do Código de Processo Civil um novo título executivo judicial: a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos que condena a pagar

uma indenização compensatória. Sua execução deve ser feita nos termos dos arts. 730 e 731 do CPC, que tratam da execução contra a Fazenda Pública.⁶¹

Neste sentido, na hipótese de o Brasil ser condenado pela CIDH a um provimento de ordem indenizatória, e.g., reparar materialmente as famílias que perderam um membro em razão de condutas comissivas ou omissivas praticadas por agentes públicos durante o regime militar, o próprio Estado brasileiro é que terá o dever de levar a cabo a determinação da Corte internacional pelas vias processuais adequadas (execução do julgado).

Contudo, se o provimento internacional determinar uma obrigação de fazer, o cumprimento pelo Estado brasileiro dependerá exclusivamente de um ato voluntário interno, por qualquer dos Poderes competentes para tanto, visto que inexiste previsão legal em âmbito doméstico que assegure a executividade dessa modalidade de ordem. Isso acaba por gerar certa insegurança jurídica entre os dois polos envolvidos – nacional e internacional -, já que não há uma garantia concreta de que a sentença internacional será efetivada internamente.

Na hipótese de o Brasil manter-se silente sobre o cumprimento da sentença da CIDH, esta poderá recorrer ao art. 68.2⁶² do Pacto de San José da Costa Rica, isto é, denunciar a omissão do Estado brasileiro à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos – OEA.

A fim de regular a matéria no âmbito legal, o então deputado federal José Eduardo Cardozo relatou o Projeto de Lei 4.667 de 2004⁶³, no qual há a previsão de que as decisões proferidas por Organismos Internacionais de

⁶¹ PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. **Cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no âmbito interno.** 2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6491. Acesso em 31 de julho de 2016.

⁶² Art. 68.2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

⁶³ Disponível em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra;jsessionid=3F86F0ED2E1F7152E1D6DC953A4EE187.proposicoesWeb2?codteor=259112&filename=PL+4667/2004. Acesso em 31 de julho de 2016.

Proteção aos Direitos Humanos cuja competência for reconhecida pelo Brasil, como é o caso da Corte Interamericana, produzirão efeitos jurídicos imediatos no ordenamento jurídico interno.

Além disso, as decisões emanadas por tais organismos que conferirem caráter indenizatório serão consideradas títulos executivos judiciais e estarão sujeitas ao procedimento de execução direta contra a Fazenda Pública Federal. Nesta linha, a União terá direito regressivo contra as pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pelo ato ensejador da condenação indenizatória.

CAPÍTULO III – A (IN)APLICABILIDADE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Conforme já afirmado no presente trabalho, o exercício do controle de convencionalidade pode ser efetivado tanto pelos tribunais internos do Estado-signatário, bem como por um tribunal internacional. Tratando-se de Brasil, estamos a falar de controle de convencionalidade externo aquele exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Com efeito, cumpre esclarecer que a República Federativa do Brasil ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, no ano de 1992 por meio do Decreto n. 678⁶⁴, bem como foi submetida à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998 mediante a promulgação do Decreto Legislativo n. 89⁶⁵.

Desse modo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos realiza o juízo de compatibilidade vertical entre a norma interna de determinado Estado-parte e a norma da Convenção Americana sobre Direitos Humanos desde que foi criada. Contudo, a referida Corte passou a entender que é obrigação dos juízes e tribunais internos do Estado-parte realizar o controle de convencionalidade entre a norma doméstica e a norma contida na Convenção, de forma a observar também a interpretação conferida por tal Corte às normas contidas na mencionada Convenção.⁶⁶

A passagem abaixo, extraída da decisão da CIDH no Caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, demonstra o posicionamento do tribunal sobre a questão:

⁶⁴ Art. 1º A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apensa por cópia ao presente decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém.

⁶⁵ Art. 1º É aprovada a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional.

⁶⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Idem*, p.95.

Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um “controle de convencionalidade” ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.⁶⁷

A Corte Interamericana estabeleceu a prioridade e o dever imperativo dos juízes e tribunais do Estado-parte proceder com o controle de convencionalidade em âmbito interno, sob os parâmetros da interpretação conferida pela citada Corte aos dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos. Portanto, trata-se de um dever prioritário, de forma que a Corte Interamericana somente realizará o controle de convencionalidade na hipótese do Estado-parte permanecer silente ou efetivá-lo de maneira insuficiente.⁶⁸

Vale dizer, a Corte Interamericana sequer observa eventual critério hierárquico adotado pelo Estado-parte como justificativa para a aplicação ou não de um dispositivo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A análise é adstrita ao cumprimento ou não da norma internacional, não podendo o Estado-parte alegar, seja no plano interno ou externo, por exemplo, prevalência

⁶⁷ CIDH. **Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil.** 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em 25 de setembro de 2016.

⁶⁸ Ibidem, p. 99.

da Constituição sobre a norma internacional⁶⁹, sob pena de violar o art. 27 da Convenção de Viena.⁷⁰

Ato continuo, o Estado-parte que se nega a proceder com o controle de convencionalidade difuso, concentrado ou mesmo de ofício está sujeito a ser responsabilizado internacionalmente por violação aos direitos humanos.⁷¹

Ao apreciar o *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*, a Corte Interamericana sedimenta seu posicionamento quanto à obrigatoriedade dos juízes e tribunais domésticos realizar o controle de convencionalidade. Para tanto, a Corte cita uma série de decisões judiciais proferidas pelas instâncias máximas do Poder Judiciário de alguns Estados-parte, como, por exemplo:

[...] debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...], la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea em caso contencioso o en una mera consulta, tendrá – de principio – el mismo valor de la norma interpretada.⁷²

A Corte Interamericana prossegue citando outras decisões proferidas pelos tribunais latino-americanos que fazem expressa menção ao controle de convencionalidade exercido em âmbito internacional, demonstrando, assim, que vários países americanos estão observando a interpretação da referida Corte em matéria de direitos humanos previstos na Convenção Americana. Entretanto, nessa mesma decisão, não há sequer uma única menção a uma decisão proferida por um juiz ou tribunal brasileiro.

⁶⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos**. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 104, 2009, p. 253.

⁷⁰ Art. 27: 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.

⁷¹ Ibidem, p. 100.

⁷² CIDH. **Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México**. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2010, Série C, n. 220, parágrafo 226.

Esse fato expõe uma dificuldade patente enfrentada pelo Poder Judiciário brasileiro, que sucessivamente ignora as decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, preferindo manter o posicionamento interno – atribuído ao Supremo Tribunal Federal – em detrimento ao entendimento internacional, ainda que a República Federativa do Brasil tenha se submetido à jurisdição do mencionado tribunal americano.

Portanto, de um lado, temos um tribunal internacional que estabelece o dever prioritário dos órgãos jurisdicionais interno em exercerem o duplo controle dos direitos humanos, e, de outro lado, decisões judiciais de âmbito nacional que sequer mencionam as orientações e jurisprudência traçadas por aquele tribunal.

Mas há uma explicação lógica para esse comportamento omissivo do Poder Judiciário brasileiro quanto à observância da jurisprudência construída pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como ao exercício do controle de convencionalidade em âmbito doméstico e ela recebe o nome de teoria dualista.

A teoria dualista e a teoria monista são concepções doutrinárias que datam de Hans Kelsen e dizem respeito à visão que se tem acerca da controvérsia estabelecida entre o Direito Internacional e o Direito Interno. Em sentido objetivo, a teoria monista entende que o Direito Interno e o Direito Internacional compreendem um único sistema jurídico, consoante se depreende dos ensinamentos do referido doutrinador austríaco:

Se esta norma, que fundamenta os ordenamentos jurídicos de cada um dos Estados, é considerada como norma jurídica positiva- e é o caso, quando se concebe o direito internacional como superior a ordenamentos jurídicos estatais únicos, abrangendo esses ordenamentos de delegação- então a norma fundamental- no sentido específico aqui desenvolvido, de norma não estabelecida, mas apenas pressuposta- não mais se pode falar em

ordenamentos jurídicos estatais únicos, mas apenas como base do direito internacional.⁷³

Em sentido oposto, os adeptos da teoria dualista, inspirados nos ensinamentos de Carl Heinrich Triepel, entendem que o Direito Interno e o Direito Internacional são duas ordens jurídicas distintas, sendo a primeira compreendida como o conjunto de normas produzidas por determinado Estado, tendo a Constituição como regra máxima; e a segunda o conjunto de normas elaboradas em âmbito externo. Logo, tais normas só seriam aplicadas no Direito Interno mediante observância de um procedimento legislativo específico.

A doutrina brasileira por vezes foi de encontro à qual das duas concepções é adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro sem que uma resposta clara tivesse sido obtida. André Lipp Pinto Basto Lupi, em artigo sobre o tema, destaca os posicionamentos trilhados pelos juristas brasileiros, nos quais diversas conceituações foram extraídas, desde um “dualismo parcial” até um “monismo moderado”.⁷⁴

Júlia Lenzi Silva e Vinicius Fernandes Ormelesi resumem a controvérsia:

Pelo que se percebe da análise do sistema brasileiro, identifica-se um sistema misto. Dualista na forma de incorporação das normas internacionais e monista na forma de resolver as controvérsias normativas. Esse hibridismo do direito pátrio levou parte da doutrina a classificar o direito brasileiro como sendo um “monismo nacionalista”, nas palavras de Rezek (2005, p. 5). Todavia, parte considerável da doutrina é solene ao condenar essa opção, postulando muitas vezes pela primazia do direito internacional.⁷⁵

⁷³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: RT, 2001.

⁷⁴ LUPI, André Lipp Pinto Basto. **O Brasil é dualista?**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194945/000881701.pdf?sequence=3>. 2009. Acesso em 19 de julho de 2016.

⁷⁵ SILVA, Júlia Lenzi; ORMELESI, Vinicius Fernandes. **A resistência do STF ao exercício do controle de convencionalidade**. Rio de Janeiro: Revista Direito & Práxis, vol. 06, n. 12, 2015, p. 236.

Ou seja, o Brasil subordina a aplicação da norma internacional no seu âmbito interno a um procedimento legislativo específico de aprovação, ao mesmo tempo em que seus doutrinadores resolvem conflitos como se ambas as ordens jurídicas fossem compreendidas como um sistema único.

Além disso, os tribunais nacionais resistem em aplicar e seguir norma internacional e as orientações jurisdicionais dos tribunais internacionais, numa conduta renitente, pouco razoável e totalmente dissonante dos movimentos neoconstitucionalistas que pregam a superação da soberania estatal pela ordem jurídica internacional, especialmente em matéria de direitos humanos.⁷⁶

Um claro exemplo desse fenômeno é o instrumento de pesquisa de jurisprudência do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Ao inserirmos a expressão “controle de convencionalidade” ou mesmo a palavra “convencionalidade”, apenas um único acórdão é encontrado na pesquisa, o qual diz respeito a um caso em que uma previsão da Convenção Americana sobre Direitos Humanos é utilizada como fundamento da decisão. Contudo, a Corte Suprema discorre superficialmente sobre um possível conflito entre tal disposição internacional em cotejo com a norma interna brasileira.⁷⁷

André de Carvalho Ramos atribui essa desconsideração por parte dos tribunais brasileiros aos regramentos internacionais a alcunha de “truque de ilusionista”, uma vez que o Brasil, diante do dilema entre cumprir ou não cumprir determinado compromisso legal internacional, opta por descumpri-los mediante a justificativa de que o cumpriu sob uma “ótica particular”⁷⁸. Ou seja,

⁷⁶ SILVA, Júlia Lenzi; ORMELESI, Vinicius Fernandes. Op. Cit., p. 238.

⁷⁷ Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela ADEPOL / Brasil contra o Provimento Conjunto 03/2015 da Presidência e da Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça de São Paulo, que disciplinou as audiências de custódia. Segundo a entidade dos delegados de polícia, o referido regulamento, grosso modo, inovou na ordem jurídica e extrapolou sua competência material ao tutelar condutas não passíveis de proteção por meio de tal espécie normativa, de forma que houve infração à competência legal e constitucional do Tribunal de Justiça de São Paulo. (STF, ADI 5240 / SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 29/01/2016).

⁷⁸ RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos**. Brasília: R. CEJ, n. 29, 2005, p. 53.

recorre à tradição dualista para escapar aos supostos incômodos legais trazidos pela assunção de compromissos internacionais.

E não se trata de falta de oportunidades, pelo contrário, o Supremo Tribunal Federal se deparou com inúmeras questões controvertidas que já possuíam entendimento sedimentado no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos ou mesmo previsão legal expressa na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e, ainda assim, optou por ignorá-los para firmar posicionamento adstrito a interpretações de normas do ordenamento jurídico brasileiro.

O mais notório desses casos foi o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153, em que se pleiteava a inconstitucionalidade da Lei n. 6.683/79, mais conhecida como a Lei de Anistia. Isso porque a Corte Interamericana de Direitos Humanos já havia sedimentado posicionamento em dois casos anteriores, quais sejam, *Barrios Altos vs. Peru* (2001)⁷⁹ e *Almonacid Arellano e outros vs. Chile* (2006)⁸⁰, acerca da matéria, no sentido de declarar a invalidade da lei que implicasse na impunidade de agentes responsáveis pelos crimes de lesa-humanidade, bem como de constituir a obrigatoriedade de abertura de processo criminal contra tais agentes, respectivamente.

Além disso, à época do julgamento pelo STF da ADPF n. 153, tramitava na Corte Interamericana o caso *Gomes Lund vs. Brasil*, o qual versava sobre a responsabilidade do Estado brasileiro pelo desaparecimento de 70 pessoas, membros regionais e integrantes do Partido Comunista do Brasil, após as operações do Exército brasileiro entre os anos de 1972 e 1975 para erradicar a chamada Guerrilha do Araguaia. Dentre um dos objetos do julgamento da Corte internacional estava a postura excessivamente passiva do Estado

⁷⁹ CIDH. Caso Barrios Altos vs. Peru. 2001. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf. Acesso em 20 de julho de 2016.

⁸⁰ CIDH. Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile. 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em 20 de julho de 2016, .

brasileiro quanto ao encaminhamento da investigação dos fatos e a consequente punição dos agentes envolvidos, postura esta albergada pela Lei n. 6.683/79.⁸¹

O julgamento no Supremo Tribunal Federal ocorreu primeiro e, sob a perspectiva de adequação e consonância com a jurisprudência internacional, o entendimento firmado pelos ministros do tribunal máximo brasileiro não foi satisfatório. Isso porque o STF optou por considerar a Lei n. 6.683/79 constitucional, sob o fundamento de que o caráter bilateral da anistia conferida pelo referido diploma legal, fruto de um acordo político, não poderia ser revisto mais de 30 anos depois, sob a égide de uma nova ordem constitucional que recepcionou de forma plena tal acordo de vontades.

O Ministro Eros Grau, relator da ação, resume bem o sentimento que norteou o STF em sua decisão:

Há quem se oponha ao fato de a migração da ditadura para a democracia política ter sido uma transição conciliada, suave em razão de certos compromissos. Isso porque foram todos absolvidos, uns absolvendo-se a si mesmos. Ocorre que os subversivos a obtiveram, a anistia, à custa dessa amplitude. Era ceder e sobreviver ou não ceder e continuar a viver em angústia (em alguns casos, nem mesmo viver). Quando se deseja negar o acordo político que efetivamente existiu resultam fustigados os que se manifestaram politicamente em nome dos subversivos.⁸²

Não se pretende questionar no presente trabalho a linha argumentativa que levou o STF a julgar improcedente a ADPF n. 153, mas sim investigar e indagar a postura do tribunal frente aos dispositivos normativos e jurisprudência internacionais sobre a mesma matéria.

Nesta linha, ao se percorrer as razões e fundamentações legais dos ministros que compunham o STF de então, verifica-se que apenas o ministro

⁸¹ CIDH. Caso Gomes Lund vs. Brasil. 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em 25 de julho de 2016.

⁸² STF. ADPF n. 153. Rel. Min. Eros Grau, DJe 05/08/2010, p. 37.

Ricardo Lewandoski⁸³ fez uma ligeira menção ao posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a questão, justamente o juiz que divergiu da maioria para julgar procedente a ação.

De outro lado, o ministro Celso de Mello cita a Convenção Americana sobre Direitos Humanos no que tange ao combate à tortura⁸⁴, porém o faz apenas para, data máxima vênia, florear o seu voto, já que não se tratou de fundamento legal de seu posicionamento final.

Meses mais tarde, a Corte Interamericana de Direitos Humanos julgou o *Caso Gomes Lund vs. Brasil* e os juízes de tal tribunal não ficaram satisfeitos com o entendimento sedimentado pelo STF, conforme se depreende do seguinte trecho do acórdão da CDIH:

A Corte Interamericana considera que a forma na qual foi interpretada e aplicada a Lei de Anistia aprovada pelo Brasil (pars. 87, 135 e 136 supra) afetou o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, ao impedir que os familiares das vítimas no presente caso fossem ouvidos por um juiz, conforme estabelece o artigo 8.1 da Convenção Americana, e violou o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 do mesmo instrumento, precisamente pela falta de investigação, perseguição, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo também o artigo 1.1 da Convenção. Adicionalmente, ao aplicar a Lei de Anistia impedindo a investigação dos fatos e a identificação, julgamento e eventual sanção dos possíveis responsáveis por violações continuadas e permanentes, como os desaparecimentos forçados, o Estado descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno, consagrada no artigo 2 da Convenção Americana.⁸⁵

Além de desconstruir o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, a Corte Interamericana de Direitos Humanos destaca os posicionamentos internacionais sumariamente ignorados pelo tribunal brasileiro

⁸³ STF. ADPF n. 153. Rel. Min. Eros Grau, DJe 05/08/2010, p. 129.

⁸⁴ STF. ADPF n. 153. Rel. Min. Eros Grau, DJe 05/08/2010, p. 162.

⁸⁵ CIDH. **Caso Gomes Lund vs. Brasil**. 2010, p. 64. Disponível em:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em 25 de julho de 2016.

quando de sua decisão, como, por exemplo, o fato da Lei de Anistia brasileira, mais do que buscar um acordo político-social, ter como única e exclusiva razão o perdão a graves violações de direitos humanos, o que é inadmissível no âmbito internacional.⁸⁶

No fim, declara a incompatibilidade da referida lei brasileira com as disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como a responsabilidade do Estado brasileiro pelas condutas comissivas e omissivas no sentido de perdoar as contundentes lesões aos direitos humanos praticadas durante o regime militar.⁸⁷

De antemão, percebe-se uma clara distinção entre os exercícios jurídicos propostos pelo STF e pela CDIH, uma vez que o primeiro se reservou a realizar um controle de constitucionalidade da Lei de Anistia brasileira, enquanto que a segunda efetivou um verdadeiro controle de convencionalidade da mesma norma. Logo, ao se aglutinar ambos os posicionamentos, constata-se que a Lei de Anistia brasileira foi considerada constitucional, porém inconvencional⁸⁸, o que, em regra, deveria fazê-la ser extirpada do ordenamento jurídico brasileiro, conforme já destacamos no presente trabalho.

Contudo, não é o que ocorreu na realidade, uma vez que a decisão proferida pelo STF prevaleceu sobre o julgado da CDIH, de forma que a Lei n. 6.683/79 ainda é tida como válida no ordenamento jurídico brasileiro. Tal fato desencadeou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 320, ajuizada em 15 de maio de 2014 pelo PSOL (Partido Socialismo e Liberdade), na qual o partido político pretende compelir o STF a declarar que a Lei de Anistia brasileira não seja aplicada aos crimes de graves violações de direitos humanos praticados por agentes públicos e militares durante o regime militar, bem como que o tribunal determine à Administração Pública a

⁸⁶ Idem, p. 65.

⁸⁷ Ibidem, p. 113-114.

⁸⁸ SILVA, Júlia Lenzi; ORMELESI, Vinicius Fernandes. **A resistência do STF ao exercício do controle de convencionalidade**. Rio de Janeiro: Revista Direito & Práxis, vol. 06, n. 12, 2015, p. 244.

observância das doze determinações traçadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos quando do julgamento do Caso *Gomes Lund vs Brasil*.⁸⁹

A manutenção do posicionamento do STF após a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a mesma matéria demonstra que o Poder Judiciário brasileiro ainda possui o ranço do autoritarismo e de um tom excessivamente nacionalista em suas decisões, visto que as normas internacionais e os provimentos jurisdicionais proferidos em âmbito externo são sumariamente ignorados pelos tribunais brasileiros.

Duas declarações públicas proferidas à época de ambos os julgamentos dão o tom da cultura jurídica brasileira perante a orientação internacional. A primeira é do Ministro do STF, Marco Aurélio de Mello, que disse o seguinte:

O governo está submetido ao julgamento do STF e não pode afrontá-lo para seguir a Corte da OEA. É uma decisão que pode surtir efeito ao leigo no campo moral, mas não implica cassação da decisão do STF. Quando não prevalecer a decisão do Supremo, estaremos muito mal. É uma decisão tomada no âmbito internacional, não no interno. Na prática não terá efeito nenhum.⁹⁰

Segundo a mesma orientação, o então Ministro da Defesa brasileiro, Nelson Jobim, afirmou que a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos “é meramente política e sem efeitos jurídicos. O processo de transição no Brasil é pacífico, com histórico de superação de regimes, não de conflito”.⁹¹

⁸⁹ Petição inicial. ADPF n. 320. STF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpup/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4574695>. Acesso em 26 de julho de 2016.

⁹⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Crimes da ditadura militar e o “Caso Araguaia”: aplicação do direito internacional, dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros**. Apud: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (Org.). **Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai**. São Paulo: RT, 2011, p. 73-86.

⁹¹ Idem.

Em outras palavras, ministro e ex-ministro do STF justificam a inaplicabilidade da decisão da CIDH em virtude de disposições de ordem interna, contrariando os compromissos internacionais firmados pelo Brasil em âmbito internacional, especialmente a disposição legal assinalada no art. 27 da Convenção de Viena: “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

O STF nega toda uma corrente de diálogo proposta em âmbito internacional e recebe o apoio de importantes figuras públicas do Brasil, sedimentando o pensamento arcaico que predomina entre os intérpretes do direito, a ponto de subordinar crimes gravíssimos de lesa-humanidade a anistias e prescrições.

Pedro Ribeiro Agustoni Feilke é cirúrgico em sua observação sobre a recalcitrância do STF com relação à aplicação das normas e decisões de direito internacional em matéria de direitos humanos:

Não basta mais à Corte Constitucional de um Estado tão somente assimilar a legislação internacional de direitos humanos. A conjectura atual clama por uma nova forma de encarar o tema. Assim, resta imprescindível que se considere a jurisprudência da Corte que tem a palavra final em termos da interpretação dos instrumentos jurídicos do sistema interamericano de direitos humanos, a fim de que se promova o diálogo entre as Cortes, à semelhança da ideia do diálogo das fontes proposta por Erik Jay.⁹²

Portanto, resta claro que a ADPF n. 320 é um exemplo da chance histórica que o STF tem de rever o seu posicionamento não só quanto à constitucionalidade da Lei n. 6.683/79, como também de reavaliá-lo em consonância com os ditames da legislação e jurisprudência internacionais⁹³ e,

⁹² FEILKE, Pedro Ribeiro Agustoni. **O controle de convencionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Revista do departamento de ciências jurídicas e sociais da Unijuí, ano XXIII, n. 41, edição jan-jun 2014, p. 173.

⁹³ O juiz brasileiro Roberto Caldas, então presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, afirma em entrevista que os motivos pelos quais a decisão do Caso Gomes Lund vs. Brasil não ter sido aplicada no Brasil devem ser questionados ao STF, uma vez que a decisão da CIDH é de observância obrigatória. Neste sentido, ressalta a importância de ser acompanhar o andamento da ADPF n. 320, ajuizada pelo PSOL. Disponível em:

assim, efetivar, finalmente, um controle de convencionalidade entre uma norma interna e uma norma internacional em matéria de direitos humanos.

Em seu discurso de posse⁹⁴ como presidente do STF e em entrevistas recentes⁹⁵, o Ministro Ricardo Lewandowski ressalta a importância das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos para a consolidação e o fortalecimento dos direitos humanos no Brasil, o que mostra um aceno institucional do tribunal em direção ao reconhecimento da prevalência das decisões da CIDH nessa matéria e, consequentemente, à abertura da instância máxima brasileira ao exercício do controle de convencionalidade.

<http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/02/20/lei-da-anistia-agora-e-a-vez-do-stf-diz-presidente-de-corte-interamericana.htm>. Acesso em 26 de julho de 2016.

⁹⁴ LEWANDOWSKI, Ricardo. Discurso de posse. Presidência do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoMinistroRL.pdf>. Acesso em 26 de julho de 2016.

⁹⁵ Justiça em Foco. **Lewandowski ressalta importância da Corte Interamericana de Direitos Humanos para consolidação dos direitos humanos no Brasil.** Disponível em: <http://www.justicaemfoco.com.br/desc-noticia.php?id=113858&nome=Lewandowski-ressalta-importancia-da-Corte-Interamericana-de-Direitos-Humanos-para-consolidacao-dos-direitos-humanos-no-Brasil>. Acesso em 26 de julho de 2016.

CONCLUSÃO

A conclusão que pode ser feita após investigarmos as circunstâncias que levam o Direito brasileiro, em especial o Poder Judiciário nacional, a rechaçar o controle de convencionalidade em meio a um panorama jurídico em que as normas de direito internacional são cada vez mais influentes sobre os sistemas jurídicos internos, é a tradição essencialmente interna e a falta de uma visão macro por parte dos juízes brasileiros.

Verificou-se que tal posicionamento dos tribunais é agravado pelo fato de que o Brasil está sujeito ao império da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, portanto, a renitência em subordinar-se aos ditames de ambos os órgãos configura expresso descumprimento aos compromissos internacionais previamente assumidos pelo país.

É por tal razão que o Estado brasileiro já possui condenações no âmbito da Corte Interamericana, uma vez que os reiterados descumprimentos das normas dispostas no Pacto de San José da Costa Rica traduzem o descaso do Direito pátrio em atender as correntes neoconstitucionalistas das últimas décadas, que convocam à uma abertura do ordenamento jurídico doméstico ao Direito Internacional.

No entanto, a resistência ao controle de convencionalidade no Brasil não deve ser creditada exclusivamente aos tribunais, ainda que eles exerçam papel primordial nesse fator, não só por negar eficácia à norma internacional sobre direitos humanos, como também por adotar entendimentos advindos de interpretações excessivamente elásticas dos dispositivos normativos internos, como foi o caso do julgamento do STF no RE 466.343-1/SP.

Nesta linha, a evolução legislativa do Direito brasileiro manteve sua tradição conservadora ao privilegiar preceitos e premissas de ordem interna, em contrapartida ao que vem sendo desenvolvido nas casas legislativas mundo afora. Fala-se, é claro, da Emenda Constitucional n. 45, cuja redação dada ao

§3º do art. 5º da Constituição Federal acabou por trazer problemas ainda mais complexos do que aqueles que existiam antes de sua edição.

O que foi possível perceber ao longo deste trabalho é que a doutrina brasileira é a responsável por manter o debate acerca do controle de convencionalidade, visto que os tribunais continuam negando-o. Com efeito, é a doutrina que procura desenvolver conceitos, modalidades e formas de aplicação do referido controle no âmbito interno, num exercício hercúleo que não encontra vozes naqueles que são responsáveis pela efetivação dos direitos.

Embora o cenário brasileiro seja desanimador quando se trata de controle de convencionalidade, não se pode negar que há uma promessa de que os tribunais nacionais, o STF em específico, dão sinais de uma maior abertura aos preceitos e diretrizes traçados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, consoante discursos públicos recentes proferidos por membros do órgão jurisdicional máximo do nosso Judiciário.

Trata-se, porém, de mera expectativa, a qual ainda não foi levada a cabo por seu promitente, o que nos faz aguardar pelos próximos caminhos a serem trilhados pelos tribunais brasileiros no tocante a essa matéria. Em linhas gerais, parece-nos que não há outro rumo a ser adotado pelo STF a não ser aquele que enfim reconheça a devida eficácia dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro e, consequentemente, exerça o controle de convencionalidade diante de um conflito entre a norma interna e a norma internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da reação entre Direito Internacional e Direito interno.** Apud: MARINONI, Luiz Guiherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle de convencionalidade – Um panorama latino-americano.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CAMPOS, Bárbara Pincowsca Cardoso. **Controle de convencionalidade: aproximação entre o Direito Internacional e o constitucionalismo?.** Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, 2013.

CAMPOS, Thiago Yukio Guenka. **O controle de convencionalidade como mecanismo de interação entre ordem interna e ordem internacional: por um diálogo cooperativo entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o tribunal constitucional brasileiro.** Monografia (Conclusão de Curso) – Universidade do Vale do Itajaí, São José, 2010.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI.** In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). **Desafios do direito internacional contemporâneo.** Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana.** Revista de Processo, 2014, vol. 232.

FEILKE, Pedro Ribeiro Agustoni. **O controle de convencionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Revista do departamento de ciências jurídicas e sociais da Unijuí, ano XXIII, n. 41, edição jan-jun 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantias: la ley del más débil.** Madri: Trotta, 1999.

GUERRA, Sidney. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos no Âmbito da Corte Interamericana e o Controle de Convencionalidade.** p. 359. UFC. Revista Nomos. v. 32.2, jul./dez. 2012. Disponível em: <http://mdf.secret.com.br/dmdocuments/Sidney%20Guerra.pdf>. Acesso em 05 de junho de 2016.

_____. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade.** São Paulo: Atlas, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Crimes da ditadura militar e o “Caso Araguaia”: aplicação do direito internacional, dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros.** Apud: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (Org.). **Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai.** São Paulo: RT, 2011.

Justiça em Foco. Lewandowski ressalta importância da Corte Interamericana de Direitos Humanos para consolidação dos direitos humanos no Brasil. Disponível em: <http://www.justicaemfoco.com.br/desc-noticia.php?id=113858&nome=Lewandowski-ressalta-importancia-da-Corte-Interamericana-de-Direitos-Humanos-para-consolidacao-dos-direitos-humanos-no-Brasil>. Acesso em 26 de julho de 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006, 7^a edição.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais.** 1. ed. São Paulo: Manole, 2005.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Discurso de posse.** Presidência do STF. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoMinistroRL.pdf>. Acesso em 26 de julho de 2016.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. **O Brasil é dualista?** Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194945/000881701.pdf?sequence=3>. 2009. Acesso em 19 de julho de 2016.

MAEOKA, Erika; MUNIZ, Tânia Lobo. **A responsabilidade internacional do Poder Judiciário e o controle da convencionalidade da jurisprudência nacional.** Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Brasília, 2008, p. 10. Disponível em:

http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasilia/05_13_0.pdf. Acesso em 31 de julho de 2016.

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

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.** São Paulo: RT, 3^a edição, 2013.

_____. **Teoria geral do controle de convencionalidade no Direito Brasileiro.** Brasília a. 46 n. 181 jan./mar. 2009, p. 2. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3>. Acesso em 05 de junho de 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4^a ed. atual. até a EC n. 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. **Cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no âmbito interno**. 2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6491. Acesso em 31 de julho de 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos**. Brasília: R. CEJ, n. 29, 2005.

_____. **Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos**. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 104, 2009.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público – Curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 10^a ed., 2007.

RUSSOWSKY, Iris Saraiva. **O controle de convencionalidade das leis: uma análise na esfera internacional e interna**. Revista do CAAP, Belo Horizonte, n. 2, v. XVIII, p. 62 e 63, 2012. Disponível em: <http://www2.direito.ufmg.br/revistadocaap/index.php/revista/article/viewFile/305/294>. Acesso em 06 de junho de 2016.

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**. Apud: MARINONI, Luiz Guiherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle de**

convencionalidade – Um panorama latino-americano. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 35^a edição, 2012.

SILVA, Júlia Lenzi; ORMELESI, Vinicius Fernandes. **A resistência do STF ao exercício do controle de convencionalidade.** Rio de Janeiro: Revista Direito & Práxis, vol. 06, n. 12, 2015.