

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO ESTADO

CARINA SILVEIRA DA SILVA

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO SISTEMA NORMATIVO
BRASILEIRO

Porto Alegre
2017

CARINA SILVEIRA DA SILVA

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO SISTEMA NORMATIVO
BRASILEIRO

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito à obtenção do título de Especialista em Direito do Estado.

Orientador: prof. Dr. Marcelo Schenk Duque.

Porto Alegre
2017

RESUMO

A presente análise tem como objeto o estudo do controle de validade das normas internas frente às convenções de direitos humanos, que são concebidas como normas com status materialmente constitucional pela doutrina e supralegais pela jurisprudência. Essa espécie de controle de validade das normas no Brasil é denominado controle de convencionalidade. O trabalho fará um deslinde da controvérsia do regime jurídico dos tratados de direitos humanos no sistema normativo brasileiro e analisará o controle de convencionalidade que é realizado nas Cortes nacionais por meio do controle difuso, a fim de compatibilizar as leis internas com os tratados internacionais de direitos humanos.

Palavras-chave: Tratados internacionais; Direitos Humanos; Controle de convencionalidade.

ABSTRACT

This monograph has as its subject of study the validity control of domestic statutes against human rights conventions, which are conceived by the doctrine as having constitutional status and by the jurisprudence as having supralegal (as in above-the-law but below-the-Constitution) status. This kind of control is known as conventionality control in Brazil. This work will focus on the theory of the human rights treaties in the Brazilian legal system and will analyze the conventionality control which is realized by the Brazilian Courts aiming to compatibilize the domestic statutes with the human rights conventions.

Keywords: International Treaties; Human Rights; Conventionality Control.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	Pg. 06
1. AS NORMAS DE DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....	Pg. 08
1.1 Os Direitos Humanos e a Dignidade da Pessoa Humana na História Ocidental e Constitucional Brasileira.....	Pg. 08
1.2 Status Normativo dos Direitos Humanos no Brasil.....	Pg. 14
2. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS NORMAS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL.....	Pg. 25
2.1 Origens e Fundamentos do Controle de Convencionalidade.....	Pg. 25
2.2 A Obrigatoriedade da Realização do Controle de Convencionalidade pelo Judiciário e a Jurisprudência brasileira.....	Pg. 32
CONSIDERAÇÕES FINAIS	Pg. 37
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	Pg. 38

INTRODUÇÃO

Este trabalho analisará o conceito e a relevância do controle de convencionalidade, por meio de uma investigação acerca da natureza das normas de direitos humanos convencionais internalizados no ordenamento pátrio e o consequente controle de validade que estas normas exercem sobre a ordem jurídica brasileira. Será demonstrada a essencialidade do controle de validade das normas internas frente às convenções de direitos humanos. Nesse contexto, apresentar-se-á a compreensão do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, e a militância da doutrina pelo reconhecimento, no regime jurídico brasileiro, da natureza constitucional dessas normas.

A importância desse campo de estudo é hoje preeminente. O vasto número de documentos internacionais produzidos e ratificados pelo Brasil, após a Constituição de 1988, só poderá alcançar a grandeza que contempla sua natureza normativa, caso existam ferramentas para que se aplique estas normas protetivas na prática jurisdicional brasileira. Desse modo, o controle de validade das normas internas frente aos tratados internacionais de direitos humanos deve ser adotado e compreendido pelos Tribunais pátrios.

Atualmente é compartilhada a ideia de que de nada adianta a internalização de diversos tratados sobre direitos humanos, se sua aplicação restar condicionada a adequação à legislação infraconstitucional brasileira. Não é mais possível aceitar a derrogação ou ineficácia de tratados internacionais de direitos humanos, com o argumento da incompatibilidade com a legislação ordinária. Essa concepção é compartilhada pela doutrina e jurisprudência nacional, que agora entendem que os tratados internacionais de direitos humanos, possuem, no mínimo, natureza de norma supralegal.

O controle de convencionalidade, que foi trazido ao Brasil por doutrinadores do Direito Internacional como Antônio Augusto Cançado Trindade, Valério Mazzuoli

e Flávia Piovesan, encontra há muito respaldo na jurisprudência das Cortes de Direitos Humanos, sendo inclusive disposto nessas decisões a obrigatoriedade dos Estados realizarem um controle de convencionalidade, sobretudo por meio do poder judiciário, que seria o órgão hábil a analisar a predominância hierárquica das normas de direitos humanos e dispor sobre sua eficácia em diferentes contextos fáticos, materializando na vida do cidadão as normas fundamentais e concretizando no mundo dos fatos o seu télos essencial, qual seja proteger o direito do homem.

Por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial realizar-se-á um deslinde acerca dos marcos teóricos e referenciais dos direitos humanos, no mundo ocidental, bem como da adoção por parte das constituições brasileiras dos avanços na área dos direitos das gentes. Além disso, será apresentado o histórico do status normativo dado às convenções de direitos humanos internalizadas frente à Constituição brasileira e a interpretação dada pela doutrina e pelo Supremo Tribunal Federal, que divergem quanto à hierarquia dos tratados de direitos humanos internalizados.

Outra perspectiva que será abordada é a questão da efetividade desses direitos humanos internalizados, por meio da atuação do judiciário brasileiro, em sua função jurisdicional. A utilização do controle de convencionalidade por meio da jurisprudência deveria ser obrigatória, pois assim dispõe os tratados dos quais o Brasil é parte. Contudo, a jurisdição brasileira está em fase inicial de aplicação do controle de convencionalidade. Não se pode mais negar que os juízes e Tribunais pátrios precisam compreender e aplicar os tratados internacionais de forma adequada e ampla, dando assim efetividade às conquistas históricas alcançadas nessa área.

1. STATUS DAS NORMAS DE DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO.

1.1 Os Direitos Humanos e a Dignidade da Pessoa Humana na História Ocidental e Constitucional Brasileira.

À luz do direito constitucional ocidental, os direitos humanos orientam os sistemas normativos contemporâneos, dotando-os de racionalidade. Nesse contexto, de soberania normativa e importância valorativa, estes direitos fundamentais irradiam sobre todo o sistema normativo, sendo o parâmetro para a interpretação das normas do ordenamento jurídico e possuindo caráter de norma de aplicabilidade imediata.¹

Das desastrosas experiências pelas quais passou a humanidade, de forma especial no decorrer do século XX, formulou-se um consenso político sobre a importância dos direitos humanos, tendo como norte a dignidade da pessoa humana, que hoje ocupa um lugar central no pensamento filosófico, político e jurídico da civilização ocidental². Os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade.³

Sobre as normas de direito fundamental e sua explícita previsão Constitucional é importante observar, conforme reflete Fábio Konder Comparato, que a concepção de que “todos os seres humanos tem direito a serem igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: a lei escrita.”⁴.

¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p.101 e 105.

²SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.48.

³ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 24.

⁴COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 12.

Durante o período axial da história (800 a.c a 200 a.c) os filósofos já moldavam o que hoje concebemos como direitos humanos. Contudo, foram necessários muitos séculos para que a Carta da Organização das Nações Unidas-ONU pudesse dispor sobre uma comunidade internacional, não só com Estados soberanos, mas também com indivíduos livres e iguais. Foi essa primeira organização internacional, que ao englobar a quase totalidade dos povos da terra, conseguiu proclamar, em uma Declaração Universal de Direitos Humanos, que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direito”.⁵

A Carta da ONU (1945) alterou a lógica da Paz de Westifália (1648) a qual propugnava a mútua abstenção entre nações soberanas, pois assim seria alcançada a paz.⁶ Hoje, sabe-se que em um mundo globalizado, onde há a facilidade de locomoção e graves problemas humanitários como os refugiados ambientais e de guerra, a paz só pode ser encontrada por meio da cooperação entre as nações, com o fim de garantir os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.⁷ Nesse contexto, de proteção humana frente às ingerências estatais observa-se que essa ultrapassada concepção de que a soberania estatal significa absoluta independência de outros estados não se coaduna mais com o direito das gentes, pois hoje a soberania é suscetível de limitação, se necessário para a proteção dos direitos humanos.⁸

Nesse sentido, a chegada dos direitos humanos no cenário internacional é, de fato, um evento marcante por ser uma teoria que modifica toda a estrutura até então construída, destinada a promover tensões e conflito entre os Estados. Essencialmente, seu objetivo é romper o véu que, no passado, protegia a soberania e permitia aos Estados serem vistos apenas por si sós. Hoje, a doutrina dos direitos humanos força os Estados a prestarem contas sobre o modo como tratam seus

⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 12.

⁶ LAFER, Celso. **Direitos Humanos: um percurso no direito do século XXI**. São Paulo: Atlas, 2015,p.3.

⁷ ZYGMUNT. Bauman. **Estranhos À Nossa Porta**. , Rio de Janeiro: Zahar, 2017, p.10.

⁸ ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de Direito Internacional Público**. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012,p. 214.

assuntos internos e, conseqüentemente, também a configuração tradicional da comunidade internacional.⁹

Além desta mudança da concepção da relação entre Estados e cidadãos, ponto crucial para a evolução da ideia de direitos humanos, foi a evolução da concepção de dignidade da pessoa humana. Esta que outrora, no pensamento filosófico da antiguidade clássica, era relacionada à posição social ocupada pelo indivíduo e seu grau de reconhecimento, existindo, portanto, indivíduos mais dignos que outros, passou a ser concebida como um direito natural do ser humano, sendo que todo homem nascia digno. Essa dignidade mais universal que nasce vinculada à religião, encontra, posteriormente, em Kant sua fundamentação científica, sendo concebida como um valor intrínseco ao ser humano. Assim, com uma dogmática densa e um acolhimento nos sistemas jurídicos a dignidade da pessoa humana passou a ser a pedra de toque dos estados democráticos de direitos modernos.¹⁰

A dignidade da pessoa humana no atual ordenamento jurídico brasileiro é o ponto basilar dos direitos humanos, sendo cada vez mais estudada e construída uma compreensão jurídica, uma vez que desta interpretação jurídica da dignidade é que são extraídas e concebidas determinadas conseqüências.¹¹ Quando se pensa na função dos direitos fundamentais parte-se da eficácia e conseqüência jurídica destes, pois em sua pretensão de defesa do cidadão eles devem garantir a equalização dos interesses dos particulares perante o Estado, mas também perante terceiros, pois hoje se contempla uma eficácia abrangente dos direitos fundamentais, abarcando inclusive as relações privadas, afinal os direitos fundamentais se efetivam por meio de regulamentações normativas e efetivam, desse modo, os valores vigentes na comunidade.¹²

Historicamente, as constituições brasileiras buscaram conter um rol de direitos fundamentais, A Constituição Imperial (1824) e a Republicana (1891) tinham

⁹ CASSESE, Antonio. **International Law**. 2. ed. New York: Oxford University, 2005. p. 375. (tradução nossa).

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.35-43.

¹¹ *Ibidem* 54.

¹² DUQUE. Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 81-83.

a inserção do rol de direitos, garantindo os direitos de primeira geração de liberdade, segurança individual e propriedade. A Constituição de 1934, todavia, foi a primeira a prever direitos fundamentais sociais e políticos. Posteriormente à Constituição de 1937, com o retorno da democracia formalizado na Constituição de 1946, foi estipulado pela primeira vez um rol dos “direitos e garantias individuais”, com cláusula de abertura destes e previsão de direitos sociais. Todavia, com a ditadura militar, em 1967, a Constituição previu de maneira formal um rol de direitos e garantias individuais, que muitas vezes não eram efetivados.¹³

Finalmente, na Constituição Cidadã, com a redemocratização, houve forte inserção de direitos e garantias, e para assegurar a evolução dos direitos fundamentais houve a aceitação da internalização dos direitos humanos, com a menção a tratados internacionais e também a um “tribunal internacional de direitos humanos”.¹⁴ Cançado Trindade comenta que diversas Constituições nacionais contemporâneas concedem um tratamento diferenciado aos direitos humanos no plano do direito interno, aceitando a cláusula de adoção global do direito internacional¹⁵, são exemplos dessas Cartas a atual Lei fundamental alemã, a Carta Francesa de 1993, a Magna Carta Italiana de 1948, A Constituição Americana e ainda na América Latina diversos países como Paraguai e Peru.¹⁶

A CRFB-1988 não faz exceção a essa nova realidade, dispondo sobre os tratados internacionais que o Brasil seja signatário¹⁷ A atual Constituição destacou-se por buscar alargar o rol de direitos fundamentais, incluindo além dos direitos civis e políticos, os direitos sociais como normas basilares do nosso sistema. Essa Carta foi o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no país. A Constituição Cidadã foi a primeira a atribuir a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais. De forma programática, esta Constituição, visando ao desenvolvimento e manutenção dos direitos

¹³RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 345-346.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil**. 2ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p.139

¹⁶MAZZUOLI. Valério de Oliveira. **Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais: Estudo Analítico da Situação e Aplicação do Tratado na Ordem jurídica Brasileira**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

¹⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **op. cit.**, p.139.

fundamentais¹⁸, estipulou que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.”¹⁹

O constituinte de 1988 dispôs sobre a observância dos tratados internacionais que o Brasil tenha internalizado, o fez de acordo com o sistema internacional, afinal está expresso na Convenção de Viena que “todo o tratado em vigor é obrigatório em relação às partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”.²⁰ Caberá, portanto, ao Estado brasileiro conferir plena observância aos tratados dos quais é parte.²¹

Nesse contexto, de valorização e incorporação de tratados, Flávia Piovesan observa que após a Constituição de 1988 diversos tratados de direitos humanos foram ratificados pelo Brasil. Posteriormente a promulgação da atual Constituição houve uma enorme produção normativa, na área dos direitos humanos. Grande parte das normas de proteção aos direitos humanos foi elaborada após a CRFB-1988, em sua decorrência e sob a sua inspiração.²²

Esse fenômeno de constitucionalização do direito brasileiro, ordenou todas as normas jurídicas de acordo com a Constituição, dando destaque para a tutela dos direitos humanos e, conseqüentemente, aumentando sobremaneira a interferência e controle do judiciário em diversas áreas, sobretudo na esfera do controle de constitucionalidade.²³ Afinal, em um ordenamento em que nenhuma lesão ou ameaça de direito pode ser afastada (artigo 5º XXXIV da CRFB-1988) e a Constituição irradia seus princípios e preceitos em todo o sistema, o judiciário possui um papel essencial na proteção das garantias constitucionais.

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 104, 107 e 112.

¹⁹ Artigo 5º, § 2º. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

²⁰ BRASIL. Decreto nº 7.030. **Convenção de Viena**. Brasília, 14 de dezembro 2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

²¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 115.

²² ANDRADE, Jair. [et al...]. **Múltiplos Olhares Sobre os Direitos Humanos**. Passo Fundo: IMED, 2008, p.65.

²³ LAFER, Celso. **Direitos Humanos: um percurso no direito do século XXI**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 225.

Assim, dispõe o doutrinador Marcelo Schenk Duque:

Nessa conectividade, os direitos fundamentais são normalmente formulados por meio de princípios jurídicos, com conteúdo marcado pela vagueza e abstração. Não fosse assim, dificilmente poderiam cumprir as funções a que se destinam, de acordo com a sua natureza. Entretanto, isso não significa que por meio da argumentação jurídica e da ponderação de bens não seja possível obter uma regra interpretativa, de que o Estado deva praticar certa conduta, seja na forma de uma ação positiva (perspectiva de proteção), seja na forma de uma simples omissão (perspectiva de defesa) em favor do cidadão.²⁴

Os direitos fundamentais, na concepção moderna, abarcam tanto o aspecto dos direitos objetivos, quanto dos direitos subjetivos, podendo o particular defender-se contra intervenções não autorizadas em seu status jurídico-constitucional, praticadas pelos poderes públicos, utilizando o poder negativo que contempla os direitos fundamentais.²⁵ O cidadão ainda pode, baseado na ideia de um Estado provedor de bem estar, demandar e exigir que seja cumprido o caráter positivo dos direitos fundamentais, que reconhece que o Estado tem a obrigação de agir, efetivando, em um estado social, o aspecto essencial da igualdade e inclusão.²⁶

O surgimento do direitos fundamentais que outrora esteve relacionado a ideologia liberal, posteriormente abarcou também a ideia do Estado social. Denota-se essa construção histórica ao observar os dois tratados que derivaram da Declaração Universal dos Direitos Humanos, quais sejam o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

²⁴ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 133.

²⁵ *Ibidem* 121.

²⁶ ANDRADE, Jair; REDIN, Giuliana. **Múltiplos Olhares Sobre os Direitos Humanos**. Passo Fundo: IMED, 2008, p.56.

1.2. O STATUS NORMATIVO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL.

Para a assinatura e vigência de um tratado pelo Brasil, há um moroso e complexo sistema, no qual participam o legislativo e o executivo, sem dúvida é um processo democrático, realizado pelos representantes da vontade popular. Percebe-se que esse sistema estipulado pela Constituição é uma autêntica expressão da sistemática de *'checks and balances'*, que busca descentralizar o poder de celebrar tratados²⁷, dotando-os de inquestionável legitimidade.

Além de legítimos, por representarem a vontade popular em um Estado democrático de direitos, os direitos humanos possuem uma natureza claramente constitucional material. Realizando a interpretação do artigo 5º, §2º, da CRFB-1988 que ao estipular que o rol do artigo quinto não é taxativo, uma vez que não excluí os direitos fundamentais decorrentes de tratados internacionais, assume que o conteúdo destes tratados é constitucional, caso contrário, não precisaria ser recepcionado com tal status, integrando o rol do artigo 5º, dos direitos fundamentais. Portanto, os direitos humanos internalizados integram o chamado “bloco de constitucionalidade”.²⁸

Enquanto os demais tratados internacionais tem força hierárquica infraconstitucional, os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos apresentam valor de norma materialmente constitucional para a doutrina (para o Supremo Tribunal Federal o status é de supralegalidade).²⁹ Quanto aos outros tratados a doutrina sustenta que estes sim tem hierarquia supralegal, uma vez que a Convenção de Viena, ratificada pelo Brasil, afirma que

²⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 120

²⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 124-125

²⁹ *Ibidem*, p. 129

não cabe ao Estado invocar disposições de seu direito interno, como justificativa para o não cumprimento de tratados.³⁰

André de Carvalho Ramos ensina que “os direitos humanos têm em comum quatro ideias-chaves ou marcas distintivas: universalidade, essencialidade, superioridade normativa (preferenciabilidade) e reciprocidade.”³¹ Essa preponderância e devido valor normativo aos direitos humanos foi uma construção histórica, uma vez que frente as graves violações que sofreram alguns grupos sociais, durante anos, fortaleceu-se a ideia de que a proteção aos direitos humanos não deve ser reduzida ao domínio reservado ao Estado, uma vez que a prevalência de normas fundamentais revela tema de legítimo interesse de todas as nações. O tratamento dado pelo Estado aos seus cidadãos é questão, também, de foro internacional.³²

Conforme ressaltou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ainda no ano de 1982, portanto, antes da CRFB-1988, o Estado quando aprova um Tratado sobre direitos humanos se subjugua a diversas obrigações em prol do bem comum, devendo cumprir essa norma que possui status constitucional.³³ Todavia, a jurisprudência do nosso Supremo Tribunal Federal negou as conquistas nessa área quando no Recurso Extraordinário 80.004³⁴, de 1977, dispôs que os tratados internacionais estão em paridade com lei federal, apresentando a mesma hierarquia. Na ocasião, os Ministros compreenderam que, sendo os tratados equivalentes às leis ordinárias, seria possível sua revogação por outras leis de igual ou maior

³⁰ BRASIL. Decreto nº 7.030. **Convenção de Viena**. Brasília, 14 de dezembro 2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

³¹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 25

³² ANDRADE, Jair; REDIN, Giuliana. **Múltiplos Olhares Sobre os Direitos Humanos**. Passo Fundo: IMED, 2008, p.51.

³³ **Opinião consultiva nº 2 da Corte Interamericana de Direitos Humanos-CIDH**, setembro de 1982. Disponível em: < https://www.apps.oas.org/publicsearch/act_doc_listado.asp > Acesso em 20 jan. 2017.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 80004**. Recorrente: Belmiro da Silveira Goes, recorrido: Sebastião Leão Trindade, Relator Ministro Xavier de Albuquerque. Julgado em 1 de jun. de 1977 Diário da Justiça da República Federativa do Brasil, Brasília, dez. 1977.

hierarquia. Após a Constituição Federal tal entendimento foi reafirmado pelo STF na ADIN- MC 1.480, de 2001.³⁵

A respeito desse posicionamento, o doutrinador Mazzuoli, criticamente afirma que o entendimento do STF era equivocado, uma vez que se pautava na seguinte premissa: “tratado não é lei, mas somente ato internacional que obriga o governo na ordem externa, mas não o povo na ordem interna”, com esse entendimento os Ministros equivocadamente “separaram a vontade do Governo da vontade da Nação”.³⁶ Todavia, se esta interpretação for considerada correta estaria sendo desconsiderado a teoria constitucional, que parte da premissa que todo poder emana do povo.³⁷

Para André Carvalho Ramos a decisão do STF era justificável, à medida que, o artigo 102, III, b, da CF/88, determina que o estatuto dos tratados é infraconstitucional, pois permite o controle de constitucionalidade deles. Ainda, os artigos. 47 e 105, III, a, da CF/88, cuidam dos tratados da mesma maneira que as leis em dois momentos: no quórum de aprovação (maioria simples para a lei e para o decreto legislativo) e na definição de um mesmo recurso (recurso especial), para a impugnação de decisões inferiores que os contrariarem ou lhes negarem vigência.³⁸

Contudo, a maioria dos doutrinadores não compartilha dessa visão. Em trechos da obra de Cançado Trindade, ele clarifica o debate ressaltando quanto à interpretação do artigo 5º, § 2º, da CRFB-1988, e da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, que o entendimento mais condizente dado a este artigo é o que amplifica o rol de direitos humanos, não podendo ser essa compreensão negada.

Os tratados de direitos humanos têm um caráter especial, e devem receber o adequado tratamento. O artigo 5º, § 2º, da CRFB-1988, teve a intenção de ampliar o

³⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo : Saraiva, 2014, p.367.

³⁶ MAZZUOLI. Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9ª edição. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015, p. 407 e 408.

³⁷ MAZZUOLI. Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9ª edição. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015, p.408.

³⁸ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo : Saraiva, 2014, p.368.

rol dos direitos humanos constitucionais, por meio dos tratados internalizados, tendo em vista que não é razoável dar aos tratados de proteção de direitos do ser humano igual tratamento dispensado a um acordo comercial de exportação de sapatos, ou a um acordo de isenção de vistos, para turistas estrangeiros. Se maiores avanços nesse âmbito ainda são limitados não tem sido em razão de obstáculos jurídicos, mas na falta de compreensão da matéria e da vontade de dar real efetividade às convenções no plano do direito interno.³⁹

A posição jurisprudencial, que entendia pela equivalência dos tratados às leis, só foi modificada quando o Supremo com relação ao entendimento do conflito entre tratado e leis internas, no julgamento do RHC 79.785/RJ, no ano de 2.000⁴⁰, entendeu ser possível considerar os tratados de direitos humanos como documentos de caráter supralegal. Entretanto, foi no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, no ano de 2008, que ganhou repercussão a tese da supralegalidade, uma vez que a maioria dos Ministros seguiu o voto do Ministro Gilmar Mendes, que entendeu que os tratados de direitos humanos ostentam uma hierarquia acima das leis mais abaixo da Constituição. Diversamente entendeu o Ministro Celso de Mello que restou vencido, ao defender o *status* constitucional às Convenções de direitos humanos internalizadas.

O Ministro Celso de Mello defendeu, na ocasião do julgado citado, que o artigo 5º, §2º, da CRFB-1988, ao dispor que “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” havia de fato inserido uma cláusula aberta de recepção de outros direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos. Embora esse

³⁹CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional**. In: Arquivos de Direitos Humanos 1. Rio de Janeiro: Renovar; 1999, p. 46-47.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus nº 79.785-RJ**. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Julgado 29 de março. 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo183.htm>> acesso em: 20 jan. 2017.

posicionamento não tenha prevalecido, ilustrou a evolução da interpretação dos Ministros acerca da temática.⁴¹

Desde a promulgação da atual Constituição, a normativa dos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte tem efetivamente nível constitucional e entendimento em contrário requer uma construção argumentativa, pois contraria o disposto no artigo 5º, § 2º da CRFB-1988. A tese da equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional representa um apego sem reflexão a uma tese anacrônica, já abandonada em alguns países.⁴²

Ocorre que desde a promulgação da Constituição de 1988, surgiram diversas interpretações que consagraram um tratamento diferenciado aos tratados relativos a direitos humanos, houve uma instigante discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o *status* normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, a qual pode ser sistematizada em quatro correntes principais: 1. O posicionamento que atribui caráter *constitucional* a esses diplomas internacionais; 2. A tendência que reconhece o *status* de *lei ordinária* a esse tipo de documento internacional; 3. Por fim, a interpretação que atribui caráter *supralegal* aos tratados e convenções sobre direitos humanos.⁴³

A nova posição prevalecente no STF, e que vige até o momento, é a consagração da teoria do duplo estatuto, que estabeleceu natureza constitucional, para os tratados aprovados pelo rito do art. 5º, § 3º, da CRFB-1988; e natureza supralegal, para todos os demais, quer sejam anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional nº 45/2004, e que tenham sido aprovados pelo rito comum. Conclui-se que as leis e atos normativos são válidos se forem compatíveis, simultaneamente,

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.343-SP**. Recorrente Banco Bradesco S/A, Recorrido Luciano Cardoso Santos, Relator Ministro Cezar Peluso. J. 03 dez. 2008. Diário da Justiça da República Federativa do Brasil, Brasília n. 104, jun. 2009.

⁴² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional**. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Brasília, nº 113-118, 1998, p. 88-89.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.343-SP**. Recorrente Banco Bradesco S/A, Recorrido Luciano Cardoso Santos, Relator Ministro Cezar Peluso. J. 03 dez. 2008. Diário da Justiça da República Federativa do Brasil, Brasília n. 104, jun. 2009.

com a Constituição e com os tratados internacionais de direitos humanos incorporados.⁴⁴

Embora o ordenamento pátrio tenha evoluído, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal em poucas décadas modificou consideravelmente seu posicionamento acerca dos tratados internacionais sobre direitos humanos, ainda não chegamos ao patamar que vige internacionalmente. Contudo, não é por falta de adesão às convenções que o Brasil ainda tem que evoluir, mas pelo aspecto de controle de convencionalidade. Atualmente já se encontram ratificados pelo Brasil quase todos os tratados significativos no âmbito dos direitos humanos, no que tange aos tratados relativos ao sistema interamericano de direitos humanos a situação não é diferente. O Brasil também já é parte de todos os tratados existentes nesse contexto. Todos esses tratados possuem como ponto de partida o cidadão e não os Estados.⁴⁵

Resta claro que hoje vige um novo paradigma a guiar a cultura ocidental e também a latino-americana, pois no trapézio normativo, a Constituição e os Tratados internacionais de direitos humanos estão no ápice, estes compõe as cláusulas constitucionais abertas, que permitem a constante troca e permeabilidade entre a ordem constitucional e a ordem internacional, sobretudo no âmbito dos direitos humanos, realizando uma mutabilidade constitucional positiva.⁴⁶ Nesse contexto latino-americano, o diálogo entre as constituições e o Direito Internacional dos Direitos Humanos estipulam aos tratados de Direitos Humanos hierarquia privilegiada na ordem jurídica, uma vez que estabelecem cláusulas constitucionais abertas que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional.⁴⁷

Ao analisar o nosso sistema normativo denota-se que este privilegia, em diversas ocasiões, as convenções frente à ordem jurídica interna. O código de

⁴⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 376 e 377.

⁴⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9ª edição. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015, p. 911-912.

⁴⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p.187.

⁴⁷ *Ibidem*, p.186.

processo penal estabelece que *“aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional”*⁴⁸. Essa orientação da lei penal brasileira, de dar superioridade dos tratados internacionais, foi seguida e reafirmada em 1941 pelo Código de Processo Penal. Ademais, o Código de Defesa do Consumidor dispõe que *“os direitos previstos nesse Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costume e equidade”*⁴⁹. Por fim, ainda necessário ressaltar o estipulado no Código Tributário Nacional que explicita que *“Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.”*⁵⁰

Observa-se que a supremacia do direito internacional é amplamente difundida, nos diferentes estatutos normativos. Esta ideia vem revolucionando a lógica normativa, pelo fato do ser humano, de maneira inédita, ser colocado em um dos pilares até então reservado aos Estados, alçando à categoria de sujeito de Direito Internacional Público. O Direito Internacional para os Estados, agora trata da proteção internacional dos direitos humanos contra o próprio Estado. Busca-se resignificar o direito internacional frente ao princípio *pro persona*. Ademais, o direito das gentes além de proteger os particulares frente ao Estado e a qualquer conduta violadora dessas garantias, também expandiu suas fronteiras, tornando imperativo pela comunidade internacional a observância dos direitos humanos.⁵¹

Nesse contexto, de prevalência dos direitos humanos internacionais, defendido na Constituição brasileira, nas décadas seguintes à edição da Carta de

⁴⁸BRASIL. **Código Penal**. Brasília, 7 de dez. de 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 20 jan. 2017.

⁴⁹ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, 11 de setembro de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm > Acesso em: 20 jan. 2017.

⁵⁰ BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Brasília, 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm> Acesso em: 20 jan. 2017.

⁵¹ MAZZUOLI. Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9ª edição. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015, p.908-909.

1988 houve a ratificação de diversos Pactos Internacionais, podendo citar: o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, às Convenções contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e, ainda, a Convenção Americana de Direitos Humanos. Ademais, o país, em 1998, reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e, em 2002, a jurisdição do Tribunal Penal Internacional.⁵²

A doutrina dos direitos humanos teve grande mérito ao projetar, nas legislações internas, os temas dos direitos humanos discutidos em nível internacional, forçando, assim, o reconhecimento global de certos valores básicos até então apenas assegurados por poucos países. A Organização das Nações Unidas também merece seu crédito nessa questão, pois promove um profundo senso de justiça social e de indignação contra a “violência estrutural”, sobretudo contra aquelas situações históricas (como a dominação colonial ou neo-colonial, o *apartheid*, bem como a pobreza, a subnutrição e a fome em diversos países pobres) que têm privado diversos grupos ou pessoas dos direitos e liberdades básicas.⁵³

De fato, basta analisar os documentos produzidos nesses últimos anos pelos organismos internacionais para perceber as inovações que revelam. Além dos processos de conversão em direitos positivos vem ocorrendo uma crescente especificidade dos direitos humanos, podemos citar, por exemplo, a Declaração dos Direitos da Criança (1959), a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação da Mulher (1967), a Declaração dos Direitos dos Deficientes Mentais (1971), entre outras convenções que deram tutela diferenciada para determinados grupos. Olhando para o futuro já podemos prever a extensão da esfera do direito à vida as gerações futuras, por meio da proteção ao meio ambiente.⁵⁴

Entretanto, frente à tendência internacional de alargamento dos direitos fundamentais, bem como a busca pela efetividade dessas garantias, o constituinte derivado andou para o sentido oposto, colocando um óbice para a internalização das

⁵² RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo : Saraiva, 2014, p.349.

⁵³ CASSESE, Antonio. **International Law**. 2. ed. New York: Oxford University, 2005. p. 397. (tradução nossa).

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 59.

Convenções sobre direitos humanos como normas constitucionais, assim foi promulgado o artigo 5º, §3º, na CRFB-1988⁵⁵, pela emenda nº 45 de 2004. A redação final aprovada foi recebida com pouco entusiasmo pelos defensores de direitos humanos, uma vez que condicionou a hierarquia constitucional às convenções que passassem pelo rito idêntico ao das emendas constitucionais, tornando mais dificultosa a recepção dos Tratados com status constitucional. A redação também nada mencionou quanto às convenções anteriores à Emenda.⁵⁶

Cançado Trindade, em contundente voto em separado no Caso Damião Ximenes, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, criticou duramente o citado parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição de 1988 “[...] mal concebido, mal redigido e mal formulado, representa um lamentável retrocesso em relação ao modelo aberto consagrado pelo parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.”⁵⁷. Nesse Contexto, parte da doutrina entendeu que a batalha pela natureza constitucional a todos os tratados internacionais fora perdida, agora somente alguns teriam hierarquia equivalente à Constituição.⁵⁸

Necessário ressaltar, que como o Supremo Tribunal Federal entendeu pelo *status* supralegal dos tratados de direitos humanos, não recepcionados na sistemática constitucional do artigo 5º, §3º, criou diferenciações de uma categoria de norma idêntica, ou seja, os tratados de direitos humanos recepcionados com quórum de emenda teriam natureza constitucional e os tratados não recepcionados com esse quórum apenas estariam acima das leis. Essa insubsistência ainda não foi analisada pela Corte Constitucional Brasileira, todavia a doutrina majoritária

⁵⁵ Art 5º § 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”. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

⁵⁶ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo : Saraiva, 2014, p.374 e 375.

⁵⁷ Parágrafos 30 e 31. Damião Ximenes Lopes contra A República Federativa do Brasil- Caso 12.237 **da Corte Interamericana de Direitos Humanos- CIDH**. Out. de 2004. Disponível em :

<<http://www.cidh.org/demandas/12.237%20Ximenes%20Lopez%20Brasil%201oct04.pdf>> Acesso em: 20 jan. 2017.

⁵⁸ RAMOS, André de Carvalho. **op. cit.**, p. 374 e 375.

considera equivocado colocar certos tratados abaixo da Constituição e outros ao mesmo nível desta.⁵⁹

Com essa mutação constitucional o poder constituinte derivado alçou a alguns tratados internacionais sobre direitos humanos, agora um caráter formalmente constitucional.⁶⁰ Deste modo, embora a emenda constitucional que incluiu o artigo 5º, §3º, tenha sido um retrocesso para a questão da recepção dos tratados internacionais como um todo, não se pode ignorar que também concedeu a alguns tratados maior legitimidade, dotando-os de natureza formalmente constitucional.⁶¹ Contudo, talvez melhor tivesse sido que o reformador constitucional tivesse estipulado a incorporação constitucional automática após prévia ratificação.⁶²

A maioria dos doutrinadores como Antônio Augusto Cançado Trindade, Valério Mazzuoli e Flávia Piovesan compartilham da crítica quanto ao retrocesso que representou essa emenda constitucional.⁶³ Eles também defendem que embora deva ser atribuída hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, ainda assim, caso algum tratado seja menos protetivo que o disposto nos direitos fundamentais internos, deverá ser garantida a prevalência da norma mais favorável, interpretação esta em completa consonância com a Constituição de 1988. Não importa a origem da norma, mas sim o resultado, pode ser uma norma internacional ou nacional, o que deve prevalecer é a proteção ao indivíduo.⁶⁴

Nesse contexto, vislumbra-se, que embora nossa Constituição tenha nascido progressista no âmbito dos direitos humanos, com o que dispôs o artigo 5º, §2º, os percalços jurídicos e políticos atrasaram nossa evolução nessa área. No início dos anos noventa, ainda não havia ocorrido à adesão do Brasil aos três tratados gerais de proteção dos direitos humanos: a Convenção Americana e os dois Pactos das

⁵⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9ª edição. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015, p. 414.

⁶⁰ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 376

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.7.

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. **Considerações a Respeito das Relações entre a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de direitos humanos**. Joaçaba: Espaço Jurídico, v. 12, n. 2, p. 325-344, jul./dez. 2011, p.19.

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. **op. cit**, p.3.

⁶⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 97.

Nações Unidas, que só foram ser internalizados em 1992, depois de mais de seis anos da espera da aprovação parlamentar.⁶⁵ Entretanto, com a atual adesão ampla pelo Brasil dos tratados internacionais de direitos humanos a situação pode mudar, caso seja realizado o correto controle de convencionalidade das normas.

A Constituição de 1988 em seu artigo 1º já fez alusão à existência de um Estado democrático de direito, tanto os direitos fundamentais, como o Estado de Direito são concepções conectadas. Ocorre que o Estado de direito tem como parâmetro a Constituição, sendo que todos seus âmbitos por ela são regidos. A essência desse Estado é observar a Constituição e garantir mecanismos para efetivar seus mandamentos, deste modo esse Estado de Direito deve assegurar que as garantias fundamentais sejam efetivadas na vida social.⁶⁶

Observa-se que a Constituição de 1988 foi um marco no processo democrático e na implementação do Estado de Direito, pois estipulou como fundamento a dignidade da pessoa humana e como orientação em suas relações internacionais a prevalência dos direitos humanos. “Longe de operarem de modo estanque ou compartimentalizado, o direito internacional e o direito interno passaram a interagir”.⁶⁷ Nesse contexto, resta claro o papel do Estado em tutelar os direitos humanos e efetivá-los por meio da proteção jurisdicional e política.

⁶⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil**. 2ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 71.

⁶⁶ DUQUE. Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 54-56.

⁶⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil**. 2ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 26.

2. ORIGENS E FUNDAMENTOS DO CONTROLE DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE.

2.1 Origens e Fundamentos do Controle de Convencionalidade.

A expressão controle de convencionalidade é um processo de compatibilização vertical das normas internas com os tratados. Afinal, as convenções, com natureza de norma constitucional, que o Estado se obrigou a cumprir, devem adequar a produção legislativa interna aos parâmetros estipulados nestes acordos internacionais.⁶⁸ Embora atualmente tenha vigência a prevalência dos direitos humanos no mundo ocidental, esta espécie de controle de validade dos atos normativos internos ainda raramente consta nos manuais nacionais de Direito Constitucional, sendo indubitável a necessidade de tratar do tema.⁶⁹

É de se ressaltar que o controle de convencionalidade poderá ser realizado tanto na esfera internacional como na nacional. Na esfera nacional o poder judiciário está internacionalmente obrigado a exercer o controle de convencionalidade, inclusive de ofício, entre as normas internas e a Convenção Americana. Nesse controle o poder judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a corte interamericana.⁷⁰ Lembra-se que no caso do julgamento da lei de anistia, embora a Corte Interamericana tenha entendido pela invalidade desta Lei, no na Corte Constitucional brasileira apenas dois Ministros compreenderam, na oportunidade deste julgamento- ADPF 153, que em matéria de

⁶⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9ª edição. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015, p.420.

⁶⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 88.

direitos humanos é obrigatório ser feito um controle de convencionalidade. Desse modo, restou mantida a constitucionalidade da Lei de anistia.⁷¹

A Constituição de 1988 estipulou uma cláusula aberta sobre os tratados de direitos humanos, dando ensejo a um possível controle de convencionalidade. A legislação infraconstitucional deve ser compatível com os tratados de direitos humanos. Todavia, com a reforma constitucional dada pela Emenda Constitucional nº 45/04, que acrescentou o § 3º ao art. 5º na CRFB-1988, os tratados internacionais de direitos humanos para garantirem status constitucional devem ser aprovados com um quórum qualificado. Agora, tratados de direitos humanos ou são materialmente constitucionais (art. 5º, § 2º, CRFB-1988) ou material e formalmente constitucionais (art. 5º, § 3º, CRFB-1988), é necessário entender que, para além do clássico “controle de constitucionalidade”, deve ainda existir um “controle de convencionalidade” das leis, que é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo.⁷²

No âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, a obrigação de controlar a convencionalidade foi declarada pela Corte Interamericana, em 26 de setembro de 2006, no julgamento do caso “Almonacid Arellano e outros contra Governo do Chile”, restou disposto que é necessário que o Poder Judiciário exerça uma espécie de controle de convencionalidade, entre as normas jurídicas internas e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Da referida decisão, merece destaque o seguinte trecho:

A Corte está ciente de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes do ordenamento jurídico. Contudo, quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus Juízes, como parte do aparato do Estado, também se submetem a ela, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam comprometidos pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e finalidade, e que desde sua origem carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas

⁷¹ GUERRA, Sidney. **O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 184-185.

⁷² MAZZUOLI. **Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro**. Brasília a. 46 n. 181 jan./mar. 2009, p.2

internas que aplicam e os casos concretos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação do mesmo pela Corte Americana, intérprete final da Convenção Americana.⁷³

Entende-se que o controle de convencionalidade ou supralegalidade deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional relativamente aos tratados aos quais o país se encontra vinculado, de forma obrigatória. Trata-se de adaptar ou conformar os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado. Não somente os tribunais devem realizar esse tipo de controle, mas também os tribunais internos. O fato de serem os tratados internacionais imediatamente aplicáveis no âmbito do direito doméstico, garante a legitimidade dos controles de convencionalidade e de supralegalidade das leis no Brasil, efetivando as garantias dispostas na Constituição e nos tratados, transformando-as de normas abstratas para normas concretas que realizem a justiça também nos casos concretos.⁷⁴

Em tempos de crises institucionais e econômicas em que vivemos, resguardar os direitos humanos é um desafio constante, mas o crescente debate dos direitos humanos no âmbito acadêmico é uma evolução.⁷⁵ Conforme reflete o Filósofo Karl Jaspers “somos testemunhas de um tempo em que o conhecimento do universo e da vida conseguiram surpreendentemente progresso; somos testemunhas também de acontecimentos que impedem o homem de ignorar as conquistas alcançadas”⁷⁶

Contemporaneamente, grandes pensadores como Norberto Bobbio ressaltam que o problema grave dos nossos tempos, com relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-los, mas sim o de protegê-los. Ele afirma que a grande questão hoje, quanto aos direitos humanos, não é mais a de cunho filosófico, mas sim a do jurídico, bem como do político. Não se trata mais de saber quais são os direitos humanos ou quais são os seus fundamentos. Considera-se que com a

⁷³ Parágrafo 124. **Almonacid Arellano e Outros contra Governo do Chile- Caso 12.057 da Corte Interamericana de Direitos Humanos- CIDH.** 11 de jul. de 2005. Disponível em : <<http://www.cidh.org/demandas/12.057%20Almonacid%20Arellano%20Chile%2011jul2005%20ESP.pdf>> Acesso em: 20 jan. de 2017.

⁷⁴ MAZZUOLI, Valério. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.** 2ª ed. V. 4. São Paulo: RT, 2011, p. 133-134.

⁷⁵ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.58.

⁷⁶ JASPERS, Karl. **Introdução ao Pensamento Filosófico.** 13ª edição. São Paulo: Editora Cultrix, 2005, 35.

Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia das Nações Unidas, foram mitigados os problemas dos fundamentos desses direitos.⁷⁷

Embora nem sempre na história o indivíduo tenha tido seus direitos e garantias respeitados, hoje em um estado democrático de direito o indivíduo tem um valor em si mesmo, sendo que é reconhecido que “A finalidade de toda associação política é a preservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem”⁷⁸. Neste estado de direitos os seres humanos não possuem apenas direitos privados, mas também resguardam, em face do Estado, direitos públicos⁷⁹.

Contudo, as cartas de direitos, enquanto permanecem no âmbito do sistema internacional, são muito mais expressões de boas intenções, ou diretivas programáticas que podem orientar legislações futuras, sem nenhuma garantia que vá além da boa vontade dos Estados.⁸⁰ Utiliza-se nas Convenção sobre direitos humanos com um grande equívoco a palavra “direito”, pois, se os Estados não os reconhecerem, estes direitos não terão efetividade e não serão verdadeiros direitos, sendo desconsiderados ou precariamente tutelados. Há uma enorme defasagem entre a amplitude dos debates teóricos sobre os direitos humanos e os limites dentre os quais ocorre a efetiva proteção dos mesmos.⁸¹

De importância indispensável nesta dinâmica de proteção dos direitos humanos vem sendo o papel exercido pelo processo dinâmico de interpretação das Cortes internacionais. A crescente construção de jurisprudências protetiva, que realizam o controle de convencionalidade, em diversos órgãos de supervisão, tanto nacionais como internacionais, vem mostrando-se convergentes em afirmar a obrigatoriedade dos Estados em observar o disposto em tratados e convenções. Esse fenômeno revela a complementaridade entre o âmbito internacional e nacional,

⁷⁷ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.25 e 26.

⁷⁸ Artigo 2º. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 26 de agosto de 1789. Disponível em <https://www.senat.fr/lng/pt/declaration_droits_homme.html>. Acesso em: 20 jan. 2017.

⁷⁹ BOBBIO, Norberto. **op. cit.**, p.58

⁸⁰ *Ibidem*, p. 72

⁸¹ *Ibidem*, p. 76

para que as convenções sejam observadas e cada vez mais tratadas como obrigações vinculantes.⁸²

Nesse contexto, cabe ao Poder Judiciário realizar o chamado controle de convencionalidade nacional das leis frente aos tratados. Os tratados recepcionados pelo rito especial previsto no art. 5º, § 2º, da CRFB-1988 são materialmente constitucionais, contudo entendendo o Supremo Tribunal Federal pela supralegalidade, estas convenções podem servir apenas de parâmetro para avaliar a validade de uma norma infraconstitucional. Já os tratados recepcionados conforme do artigo 5º, §3º, CRFB-1988, sendo formalmente constitucionais, podem ser parâmetro de controle de constitucionalidade concreta.⁸³

De fato é dever dos órgãos do Poder Público, respeitar e promover a efetivação dos direitos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais e assegurados pelas declarações internacionais. Garantindo um desenvolvimento Constitucional, que abarque um processo democrático aberto à crescente internacionalização dos direitos da pessoa humana.⁸⁴ Portanto, todos os tratados que formam o *corpus juris* convencional, dos direitos humanos de que um Estado é parte, servem como paradigma ao controle de convencionalidade, sendo que tratados de direitos humanos internalizados com quórum equivalentes as emendas constitucionais podem ser paradigma inclusive do controle concentrado, cabendo, por exemplo, uma ADIn no STF a fim de invalidar norma infraconstitucional incompatível.⁸⁵

A própria convenção Americana de Direitos Humanos, estabeleceu regras de interpretação e dispôs que nenhuma interpretação da Convenção deve ser utilizada

⁸² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil**. 2ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 26

⁸³ MAZZUOLI, Valério. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2ª ed. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 133-134.

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em **Habeas Corpus nº 91.361**. Relator. Ministro Celso de Mello, julgamento em 23. set. de 2008. Diário da Justiça da República Federativa do Brasil, Brasília, fev. 2009.

⁸⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes**. Tese de Doutorado em Direito. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul/Faculdade de Direito, 2008, p. 236.

para limitar o gozo das liberdades individuais, pois deve vigor a ideia da norma mais favorável, mais benéfica aos indivíduos.⁸⁶ Nesse sentido, o julgador possui um grande rol de normas protetivas dos direitos humanos para fundamentar suas decisões, tendo em vista a ampla gama de tratados de direitos humanos, ratificados e internalizados pelo Brasil.⁸⁷

André de Carvalho Ramos também destaca que “a interpretação conforme aos direitos humanos é complexa, fruto da interdependência e indivisibilidade desses próprios direitos.” Os desafios interpretativos constitucionais estendem-se para essa seara, além de não ser possível aplicar isoladamente uma norma constitucional violando outros dispositivos da mesma Constituição⁸⁸ é necessário utilizar mecanismos da dogmática dos direitos fundamentais, quando da sua interpretação. Nesse sentido, deverá ser escolhida uma teoria que conduza ao método de interpretação mais adequado ao problema concreto, os direitos fundamentais embora muitas vezes possam ser contraditórios devem ter seu conflito solucionado por meio de uma argumentação jurídica racional.⁸⁹

É necessário ressaltar que a Constituição vincula a legislação inferior, a fim de tornar o sistema infraconstitucional coeso e sistemático, em conformidade com o texto da Constituição.⁹⁰ Do mesmo modo é que as normas convencionais atuam sobre o sistema, pois todos os tratados que formam o corpus juris convencional dos direitos humanos de que um Estado é parte servem como paradigma ao controle de convencionalidade, para tornar o sistema normativo harmônico. Os tratados de direitos humanos internalizados com quórum qualificado serão paradigma do controle concentrado, para além, obviamente, do controle difuso; já tratados de direitos humanos que têm somente “status de norma constitucional” são paradigma apenas do controle difuso sendo exercido por qualquer juiz ou tribunal num caso

⁸⁶ Artigo 2º. BRASIL. Decreto nº 678. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos -Pacto de São José da Costa Rica**. Brasília, 06 de dez de 1992. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm> Acesso em: 20 jan. 2017.

⁸⁷ CANOTILHO. J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves Correia; CORREIA, Érica Paula Barcha Correia (Org.) . **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.56

⁸⁸ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 92

⁸⁹ DUQUE. Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.86

⁹⁰ FREITAS Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**- São Paulo: Malheiros, 2004, p. 33-34.

concreto. Nesse último caso, os juízes e tribunais invalidam norma infraconstitucional que contra os textos dos tratados vem a se insurgir, dando coerência ao sistema.⁹¹

Mais do que nunca, portanto, justifica-se a importância dos tribunais pátrios realizarem o controle de convencionalidade, para garantir a efetividade dos direitos humanos dispostos em convenções internacionais. Observa-se que a Constituição de 1988 representou um imenso avanço. Hoje há uma mobilização nacional em torno dos direitos humanos, além de uma Constituição progressista, temos parte da sociedade civil engajada na causa.⁹² Portanto, essas obrigações gerais provenientes dos tratados, vinculam todos os poderes do Estado, seus órgãos e agentes.⁹³ Deste modo, além do legislativo o poder judiciário tem o dever de utilizar recursos e ferramentas eficazes contra violações, tanto dos direitos consignados na Constituição, como nos consagrados nos tratados. Já é entendimento consolidado que o descumprimento das normas convencionais gera responsabilidade aos Estados.⁹⁴

O Ministro Celso de Mello, em histórico acórdão, dispôs que os órgãos jurisdicionais no exercício da apreciação dos Tratados Internacionais devem observar o princípio *pro persona* que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica, extraindo a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana.⁹⁵

⁹¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O Controle Jurisdicional Da Convencionalidade Das Leis**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011, p. 66-69.

⁹² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil**. 2ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 135.

⁹³ *ibidem*, p. 138.

⁹⁴ *ibidem*, p. 139.

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em **Habeas Corpus nº 91.361**. Relator. Ministro Celso de Mello, julgamento em 23. set. de 2008. Diário da Justiça da República Federativa do Brasil, Brasília, fev. 2009.

O diálogo das fontes, teoria trazida ao Brasil por Cláudia Lima Marques⁹⁶, como método de uma nova teoria geral do direito, é uma peça chave para materializar o controle de convencionalidade, pois todas as normas estando inclusos nessa categoria os tratados de direitos humanos recepcionados como emenda constitucional; e o controle de convencionalidade dos tratados com hierarquia de normas supralegais. O controle de convencionalidade é complementar, jamais subsidiário do controle de constitucionalidade, sendo obrigação dos Tribunais pátrios realizarem essa desafiadora tarefa de dar aplicabilidade aos tratados que disponham sobre os direitos humanos.⁹⁷

2.2 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO JUDICIÁRIO E OS LEADING CASES DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Estabelecidas as premissas do controle de convencionalidade, bem como identificados os fundamentos de sua aplicação em nosso ordenamento jurídico, passa-se a identificação das suas características na jurisdição e jurisprudência nacional. A análise dos julgados das Cortes brasileiras é necessária para a compreensão do papel do judiciário na internalização e efetivação do disposto nos tratados internacionais. No novo modelo de Estado de direito, ganha primazia a garantia dos direitos fundamentais, uma vez que é indispensável o estudo dos direitos humanos interpretados pelos tribunais nacionais.⁹⁸

No nosso sistema normativo, é de obrigação da União a responsabilidade pelas violações de direitos humanos, afinal é sempre a União que dispõe de personalidade jurídica na ordem internacional. A federalização dos direitos humanos é questão prevista como meta do programa nacional dos direitos humanos, desde

⁹⁶ MARQUES, Cláudia Lima (Org). **Diálogo das Fontes como Método de Interpretação e Aplicação das Leis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 15

⁹⁷ GUERRA, Sidney. **O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 190 e 191.

⁹⁸ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo : Saraiva, 2014, p.94.

1996. Esse mecanismo busca a concentração de temas que tratem de direitos humanos, nas instituições de competência nacional. Assim, a reforma Constitucional da emenda 45/2004 permitiu ao Procurador-Geral da República, nas hipóteses de grave violação aos direitos humanos, postular um incidente em que se retira a competência do Estado-membro para passar à Justiça Federal, sob a competência da União.⁹⁹

Com a federalização resta aperfeiçoada a sistemática de responsabilidade nacional e internacional em face de graves violações de direitos humanos, mas ela só se efetiva para os estados que não tenham eficiência em lidar com as próprias violações perpetradas. A responsabilidade primária de proteção dos direitos humanos, em alguns casos, cabe aos estados federados, enquanto a responsabilidade subsidiária, caso o Estado não cumpra sua obrigação, será da União.¹⁰⁰ Do mesmo modo que a União exerce um papel subsidiário aos estados federados, o sistema de proteção internacional de direitos humanos é adicional e subsidiário ao dos Estados, sendo essencial que as nações não se mostrem omissas ou falhas na tarefa de proteger os direitos fundamentais.¹⁰¹

Nesse sentido, analisa-se o paradigmático acórdão, do Recurso Especial nº 1.640.084 – SP, no qual em decisão unânime a Quinta Turma, do Superior Tribunal de Justiça, ressaltou que o Supremo Tribunal Federal (STF) firmou entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm natureza supralegal devendo servir de parâmetro para validar as leis infraconstitucionais. Para a turma, a condenação por desacato, baseada em lei federal, é incompatível com O Pacto de São José da Costa Rica. O ministro Ribeiro Dantas destacou que a decisão não invade o controle de constitucionalidade reservado ao STF, já que se trata de adequação de norma legal brasileira a um tratado internacional, o que pode ser feito na análise de um Recurso Especial.

⁹⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p.420.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 421.

¹⁰¹ *Ibidem*, p.425.

O voto dispôs que a adequação das normas legais aos tratados e convenções internacionais adotados pelo Direito Pátrio configura controle de convencionalidade, o qual, no caso concreto, por não se cuidar de convenção votada com o quórum de emenda constitucional, não invade a seara do controle de constitucionalidade e pode ser feito de forma difusa, até mesmo em sede de recurso especial. Os ministros partiram do pressuposto a lei não inibe a atuação do Poder Judiciário na verificação de possível inconformidade do art. 331 do Código Penal, que prevê a figura típica do desacato, com o art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, que estipula mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e de expressão.¹⁰²

Quanto às Leis que dispõe sobre desacato é necessário ressaltar que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já se manifestou a respeito do tema¹⁰³, em casos que envolveram Argentina, Chile, Panamá, Peru e Venezuela, resultando, sempre, em decisões pela prevalência do art. 13 do Pacto de São José¹⁰⁴ sobre normas internas que tipificam o crime em exame, pois os direitos humanos partem da ideia de igualdade e o desacato à autoridade, dá direitos diferenciados à funcionários públicos, como se essa categoria merecesse mais respeito que outras. Sendo certo que a Legislação nacional já protege todos os indivíduos de ofensas, não é necessária uma lei específica para os agentes públicos.¹⁰⁵

A Corte Interamericana de Direitos Humanos já havia ressaltado em diversos acórdãos, como no caso Caso Velásquez Rodríguez, que em toda a circunstância pela qual um órgão ou funcionário do Estado ou de uma instituição de caráter

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1640084-SP**. Relator Ministro Ribeiro Dantas. julgado em 15 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=+1640084&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em 20.04.2017.

¹⁰³ Relatório Anual da CIDH, 2000, Volume III, Relatório da Relatoria para a Liberdade de Expressão, Capítulo II (OEA/Ser. L/V/II.111 Doc.20 rev. 16 abril 2001).

¹⁰⁴ Artigo 13. BRASIL. Decreto nº 678. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos -Pacto de São José da Costa Rica**. Brasília, 06 de dez de 1992. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm> Acesso em: 20. 04. 2017.

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1640084-SP**. Relator Ministro Ribeiro Dantas. julgado em 15 dez. 2016. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=+1640084&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em 20.04.2017.

público desrespeite os direitos consagrados na Convenção, o Estado responderá pelos atos desse agente e também pelas omissões dos mesmos, ainda que atuem fora dos limites de sua competência ou violação do direito interno.¹⁰⁶

Não está a se afirmar que o legislador não pode delinear os direitos fundamentais, mas sim que este não pode neutraliza-los. É compreensível que os direitos fundamentais devam se desenvolver de forma institucional, por meio de regulamentações normativas, confere-se ao legislador determinados espaços para gerir e delinear os direitos fundamentais, para assim efetivar acesso à direitos a todos.¹⁰⁷ Não é possível, todavia, que determinadas categorias de direitos neutralizem ou impossibilitem o completo exercício de outras categorias, sobretudo quando se trata de direitos fundamentais, o exercício de um desses direitos pelo cidadão não pode aniquilar outro direito fundamental do resto da sociedade.

Contudo, se não houver respeito à dignidade da pessoa humana, pela sua vida integridade física e moral, onde as condições mínimas não sejam asseguradas e o poder não seja limitado, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e o seu conseqüente rol de direitos fundamentais, pois a qualidade intrínseca e distintiva em cada ser humano o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado. Como afirma Ingo Sarlet “o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais”¹⁰⁸ O ser humano não pode ser um objeto de arbítrios e injustiças, uma vez que a história já demonstrou as conseqüências que uma ordem jurídica que não individualiza o ser e o trata como um meio pode representar.

Não restam dúvidas que todos os órgãos e funções estatais se encontram vinculados a efetivar a dignidade da pessoa humana, por meio dos direitos constitucionais e convencionais. Nesse contexto, é louvável, que além do Superior

¹⁰⁶ Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Velásquez Rodríguez**. Sentença de 29 de julho de 1988, Série C Nº 4, p. 170.

¹⁰⁷ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 83.

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.71-73.

Tribunal de Justiça estar demonstrando sua sensibilidade com o tema do controle de convencionalidade, cumprindo assim seu papel no sistema jurisdicional, outros Tribunais pátrios seguem materializando as obrigações internacionais da União.

Nesse sentido, colaciona-se trecho do acórdão do processo nº TST-RR-773-47.2012.5.04.0015:

[...] CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF QUANTO AO EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INTERNAS EM DESCOMPASSO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. CONVENÇÕES NOS 148 E 155 DA OIT. NORMAS DE DIREITO SOCIAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. NOVA FORMA DE VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTEGRANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO.¹⁰⁹

Após o relator ressaltar a supralegalidade das normas provenientes de tratado de direitos humanos, observou que é inquestionável que as Convenções da Organização Internacional do Trabalho- OIT, por tratarem de direitos sociais, possuem equivalência a tratados internacionais de direitos humanos. A segunda geração dos direitos humanos trouxe o reconhecimento dos direitos sociais e sua posterior estipulação em diversas normas, como o artigo 6º da CRFB-1988.¹¹⁰

Os direitos sociais indubitavelmente fazem parte dos direitos humanos e, portanto, ostentam uma natureza especial se comparados aos tratados de direitos internacionais comuns, ressalta que os direitos sociais hoje são amplamente reconhecidos como direitos fundamentais, acionáveis perante o judiciário. O cidadão tem o direito subjetivo de postular o cumprimento dessas garantias. De fato, a Ordem Constitucional instituída em 1988 alargou as tarefas do Estado, incorporando fins econômico-sociais positivamente vinculantes. Ademais, a ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 1992, e do protocolo

¹⁰⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 773-47.2012.5.04.0015**. Recorrente Centro Clínico Gaúcho, Recorrida Denise Dubina. Relator Cláudio Brandão. Brasília 22 de Abril de 2015. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/validador> sob código 1000E68E2350D6134C> Acesso em: 20 jan.2017.

¹¹⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 773-47.2012.5.04.0015**. Recorrente Centro Clínico Gaúcho, Recorrida Denise Dubina. Relator Cláudio Brandão. Brasília 22 de Abril de 2015. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/validador> sob código 1000E68E2350D6134C> Acesso em: 20 jan.2017.

de San Salvador em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 1996, reforçou a esfera de proteção destes direitos.¹¹¹

Não se pode olvidar que os juízes dispõem de mecanismos para proteger as diretrizes constitucionais que estipulam direitos sociais. No âmbito interno os tribunais muitas vezes ressaltam que não lhes cabe intervir nas políticas públicas. Contudo, o magistrado não pode permitir que os direitos constitucionalmente garantidos fiquem neutralizados pelas omissões legislativas e executivas. Desse modo, o poder judiciário deve sanar as omissões dos poderes, dando efetividade aos tratados internacionais na esfera dos direitos sociais.¹¹²

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, como ramo novo na história jurídica, possui atualmente grandes desafios.¹¹³ Todos os juízes submetidos à autoridade da Convenção Americana e submetidos à administração da justiça nacional devem, interpretando o direito pátrio, realizar *ex officio* o controle de convencionalidade das normas. Ocorre que as Cortes Internacionais somente controlam a convencionalidade de uma norma interna caso o Poder Judiciário de origem não tenha realizado a correta interpretação das normas, à luz dos tratados relativo aos direitos humanos. Cabe aos operadores do direito, cada vez mais, estudar e aplicar o direito internacional no ordenamento jurídico doméstico, pois assim a jurisdição atuará em consonância com o princípio da supremacia dos direitos humanos disposto na Constituição brasileira de 1988.¹¹⁴

¹¹¹ ANDRADE, Jair; REDIN, Giuliana. **Múltiplos Olhares Sobre os Direitos Humanos**. Passo Fundo: IMED, 2008, p.56

¹¹² CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves Correia; CORREIA, Érica Paula Barcha Correia (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 30.

¹¹³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9ª edição. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015, p.910.

¹¹⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9ª edição. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015, p. 424-425

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que vige no mundo ocidental um consenso sobre a prevalência dos direitos humanos, que após os desastres da segunda guerra mundial uniu força política para que entes soberanos assinassem tratados internacionais, a fim de afirmar a proteção aos direitos fundamentais do homem e à dignidade humana. Foi também por meio do Direito Internacional e seus instrumentos, que os países democráticos progressivamente foram aceitando as jurisdições internacionais e ampliando o seu rol de direitos fundamentais. Essa recepção ocorreu por meio de cláusulas abertas de adoção às normas convencionais, estipuladas na Constituição de diversas nações.

Com a crescente produção de Convenções e a ratificação por diversos países, o problema passou a ser a efetivação dos direitos dispostos nelas. Nesse contexto, o controle de convencionalidade tanto pelas Cortes Internacionais, como pelas jurisdições internas, é essencial para um sistema normativo coeso, que efetive os direitos humanos. Afinal, as convenções sobre direitos humanos, que possuem natureza norma constitucional e que o Estado obrigou-se a cumprir devem adequar à produção legislativa interna aos parâmetros estipulados nestes acordos internacionais. Esse processo de compatibilização vertical das normas internas com os tratados é essencial para dar efetividade às garantias fundamentais.

É necessário compreender que a manutenção das liberdades e do bem estar social, perseguidos como um ideal em Estados Democráticos de Direito são frutos de um sistema internacional de democratização progressiva e de constante amplitude e respeito aos direitos humanos. A tutela desses direitos tanto no âmbito internacional, como pelos Estados, possui um papel central na efetivação das normas fundamentais internalizadas. Não é possível proteger os direitos convencionais apenas no âmbito internacional, os Estados devem buscar cada vez com mais amplitude e eficiência garantir a todos os indivíduos uma tutela jurisdicional efetiva e um real alcance de políticas públicas voltadas para a proteção do indivíduo, com fundamento e inspiração no direito das gentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de Direito Internacional Público**. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ALMEIDA. Fernando Barcellos de Almeida. **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.
- ANDRADE, Jair; REDIN, Giuliana (Org.). **Múltiplos Olhares Sobre os Direitos Humanos**. Passo Fundo: IMED, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CANOTILHO. J.J. Gomes; MARCUS Orione Gonçalves Correia; CORREIA, Érica Paula Barcha Correia (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Memorial em Prol de Uma Nova Mentalidade Quanto à Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Internacional e Nacional**. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Brasília, nº 113-118, 1998, pp. 88-89.
- DUQUE. Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- GUERRA, Sidney. **O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.
- JASPERS. Karl. **Introdução ao Pensamento Filosófico**. 13ª edição. São Paulo: Editora Cultrix, 2005.
- KONDER, Fábio Comparato. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.
- LAFER, Celso. **Direitos Humanos: um percurso no direito do século XXI**. São Paulo: Atlas, 2015.
- MAZZUOLI. Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9ª edição. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015.
- _____. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 2ª ed. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. **Rumo às Novas Relações entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Interno: da Exclusão à Coexistência, da Intransigência ao Diálogo das Fontes**. Tese de Doutorado em Direito. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul/Faculdade de Direito.

_____. **Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais: Estudo Analítico da Situação e Aplicação do Tratado na Ordem jurídica Brasileira.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

_____. **Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro.** Brasília a. 46 n. 181 jan./mar. 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional.** 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos.** São Paulo : Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil.** 2ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

Relatório Anual da CIDH, 2000, Volume III, Relatório da Relatoria para a Liberdade de Expressão, Capítulo II (OEA/Ser. L/V/II.111 Doc.20 rev. 16 abril 2001).

Almonacid Arellano e Outros contra Governo do Chile- Caso 12.057 da Corte Interamericana de Direitos Humanos- CIDH. jul. de 2005. Disponível em:<<http://www.cidh.org/demandas/12.057%20Almonacid%20Arellano%20Chile%2011jul2005%20ESP.pdf>> Acesso em 20 jan. 2017.

Damião Ximenes Lopes contra A República Federativa do Brasil- Caso 12.237 **da Corte Interamericana de Direitos Humanos- CIDH.** Out. de 2004. Disponível em:
<<http://www.cidh.org/demandas/12.237%20Ximenes%20Lopez%20Brasil%201oct04.pdf>> Acesso em 20 de abril de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.343-SP.** Recorrente Banco Bradesco S/A, Recorrido Luciano Cardoso Santos, Relator Ministro Cezar Peluso. Julgado em 03 dez. 2008. Diário da Justiça da República Federativa do Brasil, Brasília n. 104, jun. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus nº 79.785-RJ.** Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Julgado 29 de março. 2000. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo183.htm>> Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1640084-SP.** Relator Ministro Ribeiro Dantas. julgado em 15 dez. 2016. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=+1640084&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 773-47.2012.5.04.0015**. Recorrente Centro Clínico Gaúcho, Recorrida Denise Dubina. Relator Cláudio Brandão. Brasília 22 de Abril de 2015. Disponível em <http://www.tst.jus.br/validador_sob_codigo_1000E68E2350D6134C> Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 80004**. Recorrente: Belmiro da Silveira Goes, recorrido: Sebastião Leão Trindade, Relator Ministro Xavier de Albuquerque. Julgado em 1 de jun. de 1977 Diário da Justiça da República Federativa do Brasil, Brasília, dez. 1977.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em **Habeas Corpus nº 91.361**. Relator. Ministro Celso de Mello, julgamento em 23. set. de 2008. Diário da Justiça da República Federativa do Brasil, Brasília, fev. 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. **Código Penal**. Brasília, 7 de dez. de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Brasília, 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. Decreto nº 678. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica**. Brasília, 06 de dez de 1992. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. Decreto nº 7.030. **Convenção de Viena**. Brasília, 14 de dez. 2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.