

## O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE E SUA APLICAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL<sup>1</sup>

Rodrigo Augusto Silveira Pedroso<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade analisar o instituto do controle jurisdicional de convencionalidade e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal, baseando-se em pesquisa doutrinária e jurisprudencial. O método utilizado é o dedutivo, analisando-se primeiro no que consiste o controle de convencionalidade, à luz da doutrina e da Constituição Federal de 1988, para após analisar alguns casos concretos enfrentados pela Corte Constitucional e averiguar se o controle de convencionalidade fora exercido. Inicia-se o estudo com uma breve análise dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição de 1988, passando-se a uma comparação entre direitos humanos e direitos fundamentais, bem como a expansividade do catálogo de direitos fundamentais, através da cláusula de abertura prevista na Constituição. Busca-se analisar o regime jurídico dos tratados de direitos humanos e sua hierarquia normativa no direito brasileiro, pois a partir da adoção pelo Supremo Tribunal Federal do grau hierárquico de suprallegalidade aos tratados internacionais de direitos humanos, tornou-se possível a aplicação do controle de convencionalidade no direito brasileiro. Em seguida, aborda-se a teoria do controle de convencionalidade, analisando-se a sua origem, seus fundamentos, seus efeitos e suas modalidades. Conceitua-se essa modalidade de controle como sendo a de compatibilizar normas domésticas com tratados de direitos humanos em vigor no Estado. Verifica-se não haver hierarquização entre tratados internacionais de direitos humanos e Constituição, pois ambas se unem a fim de servir como obstáculo a normas infraconstitucionais que visem violar direitos fundamentais e direitos humanos. Explora-se a aplicação do princípio pro homine ao conflito entre normas constitucionais e convencionais. Busca-se analisar, ao fim, casos concretos enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal, no intuito de verificar se a referida Corte aplica ou não o controle de convencionalidade em sua jurisprudência. Verifica-se que o Supremo Tribunal Federal exerce o controle jurisdicional de convencionalidade, ainda que em nenhum momento faça referência expressa ao termo.

**Palavras-chave: Controle de convencionalidade. Supremo Tribunal Federal. Aplicação. Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Constituição Federal de 1988.**

### 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar o instituto do controle de convencionalidade e sua aplicação na jurisprudência nacional, mais especificamente pelo Supremo Tribunal Federal. É necessário salientar, inicialmente, que o tema do controle de convencionalidade é ainda pouco abordado pela doutrina brasileira, apesar de constituir assunto de extrema relevância para o direito brasileiro, principalmente para o direito constitucional.

---

<sup>1</sup> Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e aprovado, com grau máximo, pela banca examinadora, composta pela Prof<sup>a</sup>. Dra. Márcia Andréa Bühring (orientadora), Prof<sup>a</sup>. Dra. Daniela Courtes Lutzky e Prof<sup>a</sup>. Dra. Liane Tabarelli.

<sup>2</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). E-mail: rodrigo.pedroso@edu.pucrs.br.

Em linhas gerais, o controle de convencionalidade consiste no exercício da compatibilização entre a legislação nacional e os tratados internacionais de direitos humanos, conforme primeiramente proposto na doutrina brasileira pelo ilustre jurista Valério de Oliveira Mazzuoli.

Tanto no Brasil como no exterior as relações entre as Constituições e o Direito Internacional vem ganhando lugar de destaque nos debates políticos e jurídicos, pois, diante de um mundo globalizado e que há constante fortalecimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, é necessário harmonizar a relação entre as diversas ordens jurídicas, sejam elas nacionais ou supranacionais.

Na experiência brasileira, não havia discussões sobre a influência dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio, de forma que somente com a redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988 reacendeu-se o debate quanto à internalização e aplicação de tais direitos, principalmente pelo fato de a Constituição de 1988 contar com extenso rol de direitos fundamentais a serem estritamente observados pelo Estado. Além disso, a Constituição estabeleceu a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República Federativa do Brasil (através do seu artigo 1º, inciso III), bem como que o Brasil deve reger-se em suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (conforme o artigo 4º, inciso II).

Dessa forma, diante das diretrizes já estabelecidas de respeito à dignidade da pessoa humana e prevalência dos direitos humanos, o constituinte originário fez constar após o rol de direitos fundamentais individuais o artigo 5º, parágrafo segundo, que diz: “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”. A maioria da doutrina sustentava que, a partir da Constituição, os tratados de direitos humanos adquiriram hierarquia constitucional, porém, o Supremo Tribunal Federal manteve seu já antigo entendimento de que os tratados internacionais eram incorporados ao ordenamento jurídico com força normativa de legislação ordinária.

No intuito de trazer um fim ao debate, a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 acrescentou o parágrafo terceiro ao artigo 5º da Constituição, estabelecendo um *quórum* qualificado de aprovação de tratados internacionais que versem sobre direitos humanos para que se tornem equivalentes às emendas constitucionais. O que inicialmente buscava solucionar um problema tornou o debate ainda mais complexo, pois nada foi referido pelo reformador constituinte sobre o *status* normativo dos tratados que já haviam sido ratificados e incorporados ao ordenamento jurídico interno. Somente em 2008 o Supremo Tribunal Federal foi novamente provocado a se pronunciar sobre a questão da hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos, no paradigmático caso da prisão civil do depositário infiel, oportunidade em que a Corte Constitucional conferiu o *status* de supralegalidade aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro, ou seja, acima da lei ordinária e abaixo da Constituição.

O advento desse novo entendimento do Supremo Tribunal Federal possibilitou o surgimento de um novo debate no meio jurídico brasileiro, a discussão acerca de um instituto de compatibilização do ordenamento jurídico interno com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e internalizados, instituto cunhado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como “controle de convencionalidade”.

A partir de então, a doutrina brasileira vem analisando o instituto do controle de convencionalidade, ainda que de forma breve, assim como há notícias de decisões judiciais que tenham aplicado essa nova modalidade de controle. Porém, alguns autores sustentam que ainda há forte resistência do Poder Judiciário brasileiro em reconhecer a existência dessa modalidade de controle entre nós pelos mais variados motivos, tais como a ausência de

positivação de tal modalidade, a ausência de diretrizes a serem seguidas na sua aplicação ou, ainda, a falta de conhecimento sobre a existência dessa possibilidade de controle jurisdicional.

Dessa forma, o presente estudo visa, primeiramente, analisar no que consiste o controle de convencionalidade, os seus procedimentos e efeitos, à luz da doutrina brasileira e do entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Após, buscará o presente estudo analisar a jurisprudência nacional a fim de identificar se o controle jurisdicional de convencionalidade é ou não aplicado pelo Poder Judiciário e como essa aplicação ocorre.

Destaca-se que o presente estudo priorizará analisar a jurisprudência no âmbito do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista ser o último grau de jurisdição no país, a quem a Constituição conferiu a última palavra em matéria constitucional, bem como foi o Tribunal que estabeleceu o entendimento vigente quanto à hierarquia dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

Logo, com o fim de melhor compreender o controle de convencionalidade, a presente monografia abordará, em primeiro lugar, a relação entre a Constituição Federal de 1988 e os direitos fundamentais, na sequência realizará um estudo comparativo entre direitos fundamentais e direitos humanos, verificando a expansividade do catálogo constitucional através do art. 5º, parágrafo segundo, da Constituição de 1988. Em seguida, ainda especificamente no âmbito do direito constitucional brasileiro, será estudada a hierarquia normativa dos tratados internacionais no ordenamento jurídico.

Encerrada a análise da forma como o direito constitucional brasileiro trata os direitos humanos e os tratados internacionais, passará o presente estudo para a análise do instituto do controle jurisdicional de convencionalidade, a fim de identificar a sua origem, seus fundamentos, suas modalidades e os seus efeitos.

Por fim, serão abordados alguns casos enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal onde os tratados internacionais de direitos humanos serviram de fundamento ou, ao menos, tiveram algum peso na fundamentação aplicada na decisão do caso concreto, no intuito de analisar se, diante do que a doutrina entende por controle de convencionalidade, ocorreu sua aplicação ou não.

## **2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS**

### **2.1 Direitos fundamentais e direitos humanos: breves considerações**

Antes de adentrarmos especificamente na seara do controle de convencionalidade, é de suma importância que, primeiramente, sejam abordados alguns aspectos constitucionais do direito brasileiro, possibilitando maior compreensão dessa nova modalidade de controle jurisdicional e a forma como o ordenamento jurídico-constitucional aborda este instituto. Dessa forma, é essencial discorrer, ainda que brevemente, sobre os direitos fundamentais assegurados pela Constituição de 1988 e, após, sobre a sistemática constitucional dos processos de formação e incorporação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro.

Primeiramente, cumpre destacar que a Constituição de 1988 foi a primeira que utilizou a expressão “Direitos e Garantias Fundamentais” para se referir às diversas espécies de direitos previstos na Constituição, tais como os individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos políticos, dentre outros<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup>SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 306.

Entretanto, embora a terminologia adotada pelo texto constitucional seja a de “direitos fundamentais”, há outras expressões que podem e seguem sendo utilizadas (inclusive na própria Constituição), tais como: “direitos humanos”, “direitos do homem”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”<sup>4</sup>. Porém, a maioria da doutrina entende que há diferenciação que deve ser estabelecida entre as expressões.

Nesse sentido, segundo Sarlet, há distinção entre os dois termos mais utilizados, ou seja, “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, pois o termo “direitos fundamentais” se aplica aos direitos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado. Enquanto, por sua vez, o termo “direitos humanos” deve ser relacionado com os documentos de direito internacional que reconhecem direitos ao ser humano, independentemente de qual ordem constitucional essa pessoa se encontra vinculada, eles são aqueles direitos que aspiram à validade universal, de caráter supranacional<sup>5</sup>.

Após a criação do sistema protetivo mínimo em âmbito global foram criados diversos outros pactos internacionais de proteção dos direitos humanos, bem como sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. No continente americano a Organização dos Estados Americanos (OEA) criou a chamada “Convenção Americana sobre Direitos Humanos” e estabeleceu um órgão judicial, de jurisdição contenciosa, a fim de assegurar a observância dessa Convenção, a Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>6</sup>. O sistema regional interamericano de proteção aos direitos humanos será abordado com maiores detalhes ao longo do trabalho, pois essencial para o desenvolvimento da temática principal do controle de convencionalidade, tendo em vista ser o órgão judicial que cunhou o termo.

Em suma, a doutrina tende a reconhecer que a expressão “direitos humanos” serve a definir os direitos estabelecidos na esfera do Direito Internacional e em tratados e normas sobre a matéria, enquanto os “direitos fundamentais” são aqueles reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional dos Estados, embora o conteúdo desses direitos seja o mesmo<sup>7</sup>.

Há autores que defendem não haver mais hoje em dia distinção quanto à carga normativa entre direitos fundamentais e direitos humanos, nesse sentido é o entendimento de Luiz Guilherme Arcaro Conci, sustentando que a única diferenciação existente é para dizer a fonte de cada direito, no sentido de que se originados de tratados estaríamos falando de direitos humanos, enquanto se originados da Constituição, falaríamos de direitos fundamentais<sup>8</sup>.

Em que pese os conceitos similares entre direitos fundamentais e direitos humanos, é essencial referir que compete a cada Estado, dentro de sua realidade social e cultural, determinar o que é fundamental, como bem aponta Ingo Wolfgang Sarlet:

Com efeito, o que é fundamental para determinado Estado pode não ser para outro, ou não sê-lo da mesma forma. Todavia, não há como desconsiderar a existência de categorias universais e consensuais no que diz com sua fundamentalidade, tais como os valores da vida, da liberdade, da igualdade e da dignidade humana. Contudo, mesmo estes devem ser devidamente contextualizados, já que igualmente suscetíveis de uma valoração distinta e condicionada pela realidade social e cultural concreta<sup>9</sup>.

---

<sup>4</sup>SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 306.

<sup>5</sup>Ibid., p. 307.

<sup>6</sup>RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p 313-316.

<sup>7</sup>Ibid., p 51-52.

<sup>8</sup>CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. **Revista de Processo**, [s.i], v. 39, n. 232, p.363-390, jun. 2014.

<sup>9</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 76.

Ademais, o autor refere que o termo “direitos humanos” acabou por adquirir contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais, de forma que estes possuem sentido preciso e restrito, constituindo um conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos pelo direito positivo de um Estado, possuindo, portanto, delimitação espacial e temporal, bem como sua denominação decorre do caráter fundamentador do sistema jurídico de um Estado de Direito<sup>10</sup>.

## 2.2 A expansividade do catálogo constitucional de direitos fundamentais

O constituinte originário fez constar na Constituição Federal de 1988 um dispositivo que traduz o entendimento de que merece proteção constitucional não somente aqueles direitos formalmente previstos no corpo do texto constitucional, mas também aqueles que, por seu conteúdo, pertencem ao corpo fundamental da Constituição, ainda que não previstos expressamente<sup>11</sup>. O dispositivo em questão é o parágrafo segundo do artigo 5º da Constituição de 1988, que deixa bem estatuído:

“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”<sup>12</sup>.

Assim sendo, a doutrina constitucional é pacífica no sentido de que esse tema gera uma diferenciação entre direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material. Na esteira de Ingo Sarlet, os direitos fundamentais em sentido formal podem ser definidos como as garantias jurídicas da pessoa que foram alçadas a qualidade de direito fundamental por decisão expressa do constituinte, enquanto direitos fundamentais em sentido material são aqueles que não se encontram expressos no catálogo constitucional, mas que por sua substância e importância podem ser equiparados aos direitos formalmente constitucionais<sup>13</sup>.

Portanto, conforme lição de Sarlet, os direitos fundamentais englobam conceitos materiais e formais, de forma que existe a fundamentalidade formal, bem como a material, nesse sentido:

A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. Inobstante não necessariamente ligada à fundamentalidade formal, é por intermédio do direito constitucional positivo (art. 5º, §2º, da CF) que a noção da fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto e, portanto, apenas materialmente fundamentais, assim como a direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal [...]<sup>14</sup>.

Os direitos fundamentais, em sua perspectiva objetiva, são os valores objetivos da sociedade na busca de metas comuns<sup>15</sup>. Os direitos fundamentais constaram divididos e

<sup>10</sup>SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 307-308.

<sup>11</sup>Ibid., p. 328.

<sup>12</sup>BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 14 de setembro de 2018

<sup>13</sup>SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op.cit., p. 329.

<sup>14</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 77.

<sup>15</sup>BÜHRING, Marcia Andrea. **Direitos humanos e fundamentais: para além da dignidade da pessoa humana**. Porto Alegre: Editora Fi, 2014. p. 101.

classificados na Constituição de 1988 em direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos, sendo conceituados por Márcia Andrea Bühring da seguinte forma:

Direitos individuais são aqueles que ensejam autonomia e independência individual, já os classificados como direitos coletivos são aqueles que reconhecem o cidadão como parte integrante da sociedade. Outrossim, os direitos sociais são aqueles que incidem na esfera da prestação por parte do Estado à sociedade e nas relações culturais dos cidadãos. Ademais os direitos de nacionalidade são aqueles que identificam o cidadão na sua qualidade de nacional de um país específico. Por fim, os direitos políticos são aqueles que estipulam de que maneira a população deve exercer a soberania popular<sup>16</sup>.

Ao analisar o art. 5º, parágrafo segundo, da Constituição de 1988, bem concluiu Ingo Sarlet em relação à abertura do sistema de direitos fundamentais:

O que se conclui do exposto é que o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrado pelo art. 5º, §2º, da nossa Constituição é de uma amplitude ímpar, encerrando expressamente, ao mesmo tempo, a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente constitucionais não escritos (no sentido de não expressamente positivados), bem como de direitos fundamentais constantes em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais<sup>17</sup>.

A abertura constitucional para os direitos previstos em instrumentos internacionais de direitos humanos é de extrema relevância para a temática do controle de convencionalidade, pois é em razão dessa abertura constitucional que a maioria da doutrina entende que os direitos previstos em tratados internacionais de direitos humanos gozam de natureza e hierarquia constitucional<sup>18</sup>, permitindo, portanto, que esses direitos se tornem parâmetro de controle jurisdicional de convencionalidade das leis internas<sup>19</sup>, conforme será abordado de forma detida mais a frente no presente trabalho.

É necessário ressaltar que desde a promulgação da CF/88 ocorreram, e ainda ocorrem, diversos debates doutrinários e jurisprudenciais acerca da incorporação dos tratados de direitos humanos no direito brasileiro e sua hierarquia normativa, o que influencia diretamente na temática do controle de convencionalidade, porque a concepção do controle pressupõe, *a priori*, que os tratados internacionais de direitos humanos possuam *status* normativo superior à legislação ordinária. Por esse motivo, é imprescindível análise mais detida sobre o tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico aos tratados internacionais.

### 2.3 A hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional nº 45 de 2004

A Constituição Federal de 1988 consagrou, de forma inédita, que os direitos e garantias expressos na 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”, no seu art. 5º, §2º, como já referido no presente trabalho<sup>20</sup>. Dessa forma, a Constituição inovou ao incluir dentre os direitos constitucionalmente protegidos aqueles direitos constantes em tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro<sup>21</sup>. Nesse sentido, é o posicionamento de Flávia Piovesan:

<sup>16</sup> BÜHRING, Marcia Andrea. **Direitos humanos e fundamentais**: para além da dignidade da pessoa humana. Porto Alegre: Editora Fi, 2014. p. 101.

<sup>17</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 86.

<sup>18</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 202.

<sup>19</sup> Id., 2016, p. 81-83.

<sup>20</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 51.

<sup>21</sup> Ibid., p. 51

Ora, ao prescrever que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais”, *a contrario sensu*, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo dos direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos. [...] Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional (grifo do autor)<sup>22</sup>.

Na esteira do posicionamento de Flávia Piovesan, o ilustre jurista Antônio Augusto Cançado Trindade também se manifestou pela natureza constitucional das normas de direitos humanos previstas em tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro<sup>23</sup>:

O disposto no artigo 5 (2) da Constituição Brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação do Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a sua disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional de proteção dos direitos humanos em que o Brasil é Parte os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5 (2) e 5 (1) da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno<sup>24</sup>.

A abertura material da Constituição e o fato de a maior parte da doutrina começar a se ocupar desse tema, defendendo a doutrina majoritária, na esteira de Piovesan e de Cançado Trindade, o *status* constitucional dos direitos previstos em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, fez com que se acreditasse que haveria maior receptividade desse tema no âmbito da prática jurídico-judiciária, porém, ao menos durante as duas primeiras décadas de vigência da Constituição de 1988, tal receptividade não ocorreu<sup>25</sup>.

No Brasil não há previsão constitucional quanto à hierarquia de tratados internacionais no ordenamento jurídico interno, nem qualquer norma constitucional que resolva conflitos entre tratado internacional e norma interna<sup>26</sup>. Porém, a doutrina majoritária defende o

<sup>22</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 52.

<sup>23</sup> É digno de nota que a inclusão do artigo 5º, parágrafo segundo, à CF/88, resultou de proposta do Prof. Antônio Augusto Cançado Trindade, na audiência pública à Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais da Assembleia Nacional Constituinte, em 29 de abril de 1987. Nesse sentido, ver Antônio Augusto Cançado Trindade, *Direitos e garantias individuais no plano internacional*, *Assembleia Nacional Constituinte: Atas das Comissões*, v. 1, n. 66, p. 109-116.

<sup>24</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. In: \_\_\_\_\_. (Ed.). **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. San José da Costa Rica, Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto-comissariado das Nações Unidas Para Os Refugiados, Comissão da União Européia, 1996. p. 210.

<sup>25</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. O supremo tribunal federal e o controle interno de convencionalidade na base dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 42, n. 266, p.23-51, abr. 2017.

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 151-152.

monismo jurídico, com primazia para o direito internacional, no sentido de que o tratado prevalece sobre o direito interno, sendo capaz de alterar a lei anterior, mas não ser alterado por lei posterior<sup>27</sup>.

Por outro lado, por longo período a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (doravante STF) divergia da doutrina, de forma que a orientação da Corte Constitucional era a do monismo moderado, em que o tratado internacional deveria ingressar no ordenamento jurídico interno no nível hierárquico de lei ordinária, independentemente do assunto que versava o instrumento internacional<sup>28</sup>. O monismo moderado sustentado pelo STF em seus julgados permitia a ampla aplicação do princípio da lei posterior revoga lei anterior que com ela seja incompatível, inclusive em relação a tratados internacionais ratificados pelo Brasil, ou seja, tornava plenamente possível que lei interna revogasse norma prevista em tratado internacional, mesmo que de direitos humanos<sup>29</sup>. Segundo Piovesan, essa concepção adotada pelo STF comprometia o princípio da boa-fé, assim como configurava afronta à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados<sup>30</sup>.

O STF consolidou o raciocínio do monismo moderado e do princípio da *lex posterior derogat legi priori* no julgamento do Recurso Extraordinário 80.004 em 1977, firmando o entendimento de que os tratados internacionais possuem *status* hierárquico idêntico à legislação ordinária<sup>31</sup>.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o STF foi provocado a se pronunciar novamente sobre essa questão no julgamento do *HC* 72.131/RJ, em 22 de novembro de 1995, oportunidade em que manteve a jurisprudência anteriormente consolidada no sentido de equiparação de tratados internacionais com a legislação ordinária, independentemente da natureza dos direitos previstos no instrumento internacional<sup>32</sup>. Dessa forma, segundo André de Carvalho Ramos, desprezou-se o disposto no art. 5º, §2º, da Constituição de 1988<sup>33</sup>.

Em razão das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao tema, foi incluído um novo parágrafo ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, através da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 (EC 45/2004), estabelecendo que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”<sup>34</sup>.

O novo dispositivo veio a complementar o já referido §2º do art. 5º da Constituição de 1988, porém, ainda que o novo dispositivo tenha sido incluído com um bom propósito, acabou por gerar uma série de dúvidas tanto em questões procedimentais, como em questões materiais<sup>35</sup>.

<sup>27</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 152.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 153.

<sup>29</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 60.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 60.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 61-62.

<sup>33</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 507-508.

<sup>34</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 23 set. 2018.

<sup>35</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. O supremo tribunal federal e o controle interno de convencionalidade na base dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 42, n. 266, p.23-51, abr. 2017.



Dentre os principais problemas causados pelo novo dispositivo incluído pela EC 45/2004 estão: os tratados de direitos humanos aprovados antes da entrada em vigor do novo rito qualificado, os quais foram internalizados mediante Decreto Legislativo e por maioria simples; e se a adoção do rito qualificado do art. 5º, §3º é obrigatória ou opcional para o Poder Legislativo<sup>36</sup>.

Quanto aos efeitos da aprovação pelo rito do art. 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988, ensina Luís Roberto Barroso:

Não se trata da criação de uma nova espécie normativa, em acréscimo às do art. 59 da Constituição, mas de atribuição de eficácia *qualificada*, que dará ensejo à produção de três efeitos diferenciados: a) em caso de conflito entre lei e tratado de direitos humanos, aprovado em conformidade com o art. 5º, §3º, da CF, prevalecerá o tratado, em razão de sua equivalência com as emendas constitucionais (e independentemente do critério cronológico); b) os tratados de direitos humanos incorporados de acordo com o art. 5º, §3º, CF podem servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, ampliando o “bloco de constitucionalidade”; c) tais tratados não podem ser objeto de denúncia pelo Presidente da República, por força do art. 60, §4º, da CF (grifo do autor)<sup>37</sup>.

A doutrina majoritária sustenta, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o *status* normativo constitucional dos direitos previstos em instrumentos internacionais de direitos humanos, em virtude da abertura extraída do art. 5º, §2º, da Constituição<sup>38</sup>. Portanto, o entendimento da doutrina é, desde então, que os direitos e garantias previstos em tratados internacionais possuem *status* materialmente constitucional<sup>39</sup>. Dentre os principais autores que sustentam essa tese estão Flávia Piovesan, Valério de Oliveira Mazzuoli, Antônio Augusto Cançado Trindade e Ingo Wolfgang Sarlet<sup>40</sup>.

Conforme leciona Flávia Piovesan, os direitos humanos previstos nos tratados internacionais são materialmente constitucionais, de forma que o *quórum* qualificado do art. 5º, §3º, visa tão somente a reforçar tal natureza, transformando os direitos previstos nos instrumentos internacionais em materialmente e formalmente constitucionais, propiciando a chamada “constitucionalização formal” dos tratados de direito humanos no âmbito interno<sup>41</sup>.

No mesmo sentido é o entendimento de Sarlet ao analisar a distinção entre os direitos previstos em tratados internacionais que são apenas materialmente constitucionais e aqueles que são materialmente e, também, formalmente constitucionais:

Com efeito, no que diz com a hipótese específica dos direitos previstos em tratados internacionais de direitos humanos, que, por via da abertura propiciada pelo art. 5º, §2º, da CF, passam a integrar o catálogo constitucional de direitos fundamentais (não importando aqui se de forma automática ou não), o problema da força normativa no plano interno tem sido objeto de intensa discussão doutrinária e mesmo jurisprudencial. Numa primeira aproximação, parece viável concluir que os direitos (desde logo materialmente fundamentais) oriundos das regras internacionais

<sup>36</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. O supremo tribunal federal e o controle interno de convencionalidade na base dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 42, n. 266, p.23-51, abr. 2017.

<sup>37</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 173-174.

<sup>38</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 510-511.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 510-511.

<sup>40</sup> Nesse sentido, ver: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010; RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

<sup>41</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 72.

– embora não tenham sido formalmente consagrados no texto da Constituição – se aglutinam à Constituição material e, por esta razão, acabam tendo *status* equivalente. [...] Assim, à luz dos argumentos sumariamente esgrimidos e de acordo com prevalente orientação doutrinária, verifica-se que a tese da equiparação (por força do disposto no art. 5º, §2º, da CF) entre os direitos humanos localizados em tratados internacionais, uma vez ratificados, e os direitos fundamentais sediados na Constituição formal é a que mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional, constituindo, ademais, pressuposto indispensável à construção e consolidação de um autêntico direito constitucional internacional dos direitos humanos<sup>42</sup>.

Ainda, no mesmo sentido de buscar atribuir eficácia constitucional material e formal, leciona Mazzuoli que:

O que se deve entender é que o *quorum* que o §3º do art. 5º estabelece serve tão somente para atribuir eficácia constitucional *formal* a esses tratados no nosso ordenamento jurídico interno e não para atribuir-lhes a índole e o nível *materialmente* constitucionais que eles já têm em virtude do §2º do art. 5º da Constituição (grifo do autor)<sup>43</sup>.

O regime material dos tratados internacionais de direitos humanos, que é menos amplo, não pode ser confundido com o regime formal, esse mais amplo, que esses mesmos tratados podem ter se aprovados pelo rito qualificado do art. 5º, §3º, da Constituição de 1988. Logo, leciona Mazzuoli que, se aprovado pelo quórum qualificado, o tratado será, além de materialmente constitucional (por força do art 5º, §2º, da CF/88), também formalmente constitucional<sup>44</sup>.

A fim de sustentar a tese do status constitucional, aponta Ingo Sarlet que a condição de direitos fundamentais é absolutamente incompatível com uma hierarquia normativa infraconstitucional, pois direitos fundamentais são sempre direitos constitucionais e não podem estar à disposição plena do legislador ordinário<sup>45</sup>.

O Supremo Tribunal Federal foi chamado a se manifestar novamente em relação ao *status* normativo hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos quando do julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, em 03 de dezembro de 2008, referente ao paradigmático caso da prisão civil do depositário infiel<sup>46</sup>. Nessa oportunidade, a despeito da doutrina, novamente o STF não acolheu a tese do *status* constitucional, mas houve avanços. A Corte Constitucional reconheceu o nível hierárquico superior dos tratados internacionais de direitos humanos, conferindo-lhes *status* de suprallegalidade, ou seja, acima da legislação ordinária e abaixo da Constituição<sup>47</sup>.

O STF negou provimento ao RE 466.343, estendendo a proibição da prisão civil por dívida à hipótese da alienação fiduciária em garantia, com fundamento no art. 7º, §7º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), reconhecendo a natureza suprallegal dos tratados internacionais de direitos humanos que o Estado brasileiro faça parte<sup>48</sup>. É importante destacar que no caso do depositário infiel foi a primeira oportunidade em que o STF realizou o assim chamado controle de convencionalidade, ainda que em nenhum momento assim o denomine, assim como a atribuição de hierarquia normativa superior aos tratados internacionais de direitos humanos inaugurou o debate sobre

<sup>42</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 347.

<sup>43</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 105.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 106-107.

<sup>45</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. O supremo tribunal federal e o controle interno de convencionalidade na base dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 42, n. 266, p.23-51, abr. 2017.

<sup>46</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 512.

<sup>47</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 76-78.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 76-78.

o controle de convencionalidade no direito brasileiro, pois tal modalidade de controle, a partir de então, tornou-se possível. Nesse sentido, a teoria do controle de convencionalidade propriamente dita será melhor analisada mais adiante na presente monografia.

A partir da decisão do STF de conferir suprallegalidade aos tratados internacionais de direitos humanos, o ordenamento jurídico passa a conviver com duas hipóteses de regimes jurídicos concomitantemente, o dos tratados com natureza constitucional, aprovados pelo rito qualificado do art. 5º, §3º, da Constituição, e o dos tratados com natureza suprallegal, ou seja, todos os demais tratados<sup>49</sup>.

### 3 A TEORIA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

#### 3.1 Os fundamentos e os tratados paradigmas do controle de convencionalidade

Analisados os pressupostos jurídicos para a existência do controle jurisdicional de convencionalidade no direito brasileiro, ou seja, a análise quanto aos direitos fundamentais e humanos previstos na Constituição, o *status* normativo desses direitos no ordenamento jurídico, com prevalência na doutrina para o entendimento de que todo direito humano previsto em tratado internacional ratificado pelo Brasil possui *status* normativo materialmente constitucional, por força do art. 5º, §2º, da Constituição de 1988. Assim como é possível que esse direito previsto em instrumento internacional ingresse no ordenamento interno com *status* materialmente e formalmente constitucional (como equivalente à emenda constitucional), desde que seja aprovado pelo Congresso Nacional através do rito qualificado previsto no art. 5º, §3º, da Constituição de 1988 (incluído pela EC 45 de 2004). Por fim, a exemplar e paradigmática decisão do STF no RE 466.343, julgado em 2008, que estabeleceu entre nós o *status* suprallegal das normas de direitos humanos previstas em instrumentos internacionais, mas que não foram aprovadas pelo rito qualificado, tornando possível no ordenamento jurídico brasileiro o exercício de uma nova modalidade de controle jurisdicional, o assim chamado controle de convencionalidade.

Segundo leciona Valério de Oliveira Mazzuoli, autor que foi pioneiro sobre o tema na doutrina brasileira<sup>50</sup>, o controle de convencionalidade consiste na compatibilização vertical das normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Estado, sendo obrigação convencional do Estado realizá-lo, por força dos arts. 1º e 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), tratado que foi discutido e redigido no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA)<sup>51</sup>, o qual a República Federativa do Brasil ratificou em 06 de novembro de 1992, internalizada através do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992<sup>52</sup>.

Afirma a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), nos seus artigos 1º e 2º:

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

<sup>49</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 512.

<sup>50</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. O supremo tribunal federal e o controle interno de convencionalidade na base dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 42, n. 266, p.23-51, abr. 2017.

<sup>51</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 39.

<sup>52</sup> BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)> Acesso em: 01 out. 2018.

origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social<sup>53</sup>.

Artigo 2. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades<sup>54</sup>.

Portanto, é possível extrair da Convenção que os Estados que aderiram ao texto convencional e realizaram a devida ratificação, conforme procedimentos legislativos próprios de cada Estado, se comprometeram a cumprir integralmente os direitos e garantias previstos no instrumento internacional, assim como se comprometeram a adotar quaisquer medidas legislativas necessárias a efetivar os direitos previstos no tratado internacional, sendo obrigados a adequar o ordenamento jurídico interno à Convenção<sup>55</sup>.

Nesse sentido, para Cambi, Margraf e Franco, o controle de convencionalidade trata dos assuntos referentes ao não cumprimento e aplicação de normas internacionais incorporadas no ordenamento jurídico interno, ou seja, para situações em que o Estado não observa internamente aquilo que pactuou no âmbito de suas relações internacionais<sup>56</sup>.

É certo que a hierarquia normativa superior à lei ordinária conferida aos tratados de direitos humanos, ao menos na maioria dos países, vem com o intuito de assegurar o cumprimento do disposto no artigo 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pois, conforme afirma Luiz Guilherme Marinoni, conferir aos tratados internacionais de direitos humanos idêntica hierarquia normativa que a lei ordinária apenas legitima o Estado signatário da Convenção Americana, ou de qualquer outro tratado internacional, a descumprir unilateralmente aquilo que se comprometeu em acordo internacional<sup>57</sup>.

A terminologia adotada para este formato de controle, de acordo com Sarlet, “busca evidenciar a distinção entre o controle de constitucionalidade, pois, independentemente de sua hierarquia constitucional, trata-se de afirmar que os tratados operam como parâmetro para o controle de outros atos normativos”<sup>58</sup>.

Cumpra ressaltar que a expressão controle jurisdicional de convencionalidade é reservado pela doutrina majoritária apenas para a compatibilização com os tratados internacionais de direitos humanos, de forma que o controle em relação aos demais tratados é denominado por Mazzuoli como “controle de supralegalidade”, pois o autor sustenta que os tratados que versem sobre temas comuns possuem, também, *status* normativo supralegal<sup>59</sup>.

É importante destacar que o controle de convencionalidade surgiu, primeiramente, na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante Corte IDH), no caso *Almonacid Arellano v. Chile*, onde o termo “controle de convencionalidade” foi cunhado pela

<sup>53</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção americana sobre os direitos humanos**: assinada na Conferência especializada interamericana sobre direitos humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em:

<[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 01 out. 2018.

<sup>54</sup> *Ibid.*, Acesso em: 01 out. 2018.

<sup>55</sup> MAZZUOLI, op.cit., 2016. p. 39-41.

<sup>56</sup> CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico; FRANCO, Tiago Arantes. Tratados internacionais de direitos humanos e o controle de convencionalidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 25, n. 102, p.245-268, jul./ago. 2017.

<sup>57</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 1402.

<sup>58</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. O supremo tribunal federal e o controle interno de convencionalidade na base dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 42, n. 266, p.23-51, abr. 2017.

<sup>59</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 79.

Corte e as linhas mestras desse novo modelo de controle foram desenhadas<sup>60</sup>. No caso acima citado, a Corte IDH definiu que não competia somente a ela o exercício do controle de convencionalidade, mas também aos juízes nacionais, apontando os efeitos vinculantes de sua própria jurisprudência, bem como a da interpretação que a Corte IDH faz da Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>61</sup>. O parágrafo 124 da sentença proferida em 26 de setembro de 2006 pela Corte IDH no caso *Almonacid Arellano e outros v. Chile* refere:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana<sup>62</sup>.

No mesmo ano, a Corte IDH manifestou-se novamente quanto ao assunto, complementando o entendimento quanto ao controle de convencionalidade, em sentença proferida em 24 de novembro de 2006, no caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) V. Peru*, sedimentando na jurisprudência internacional que, além de ser dever dos juízes nacionais realizar o controle de convencionalidade, ou seja, o controle jurisdicional de convencionalidade, os julgadores devem também aplicá-lo *ex officio*, sem necessidade de pedido das partes, ou qualquer autorização constitucional ou legislativa para tanto, decorrendo esse poder-dever da jurisprudência vinculante da Corte Interamericana de Direitos Humanos (tendo em vista que o Brasil, no exercício de sua soberania, decidiu por se submeter à jurisdição contenciosa da Corte IDH em 1998<sup>63</sup>, através do Decreto Legislativo nº 89, de 3 de dezembro de 1998<sup>64</sup>)<sup>65</sup>. Nesse sentido é o parágrafo 128 da sentença no caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) V. Peru*:

128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención

<sup>60</sup> CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. **Revista de Processo**, [s.i], v. 39, n. 232, p.363-390, jun. 2014.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p.363-390.

<sup>62</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006 (Exceções Preliminares, Mérito e reparações e custas). Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)>. Acesso em: 01 out. 2018.

<sup>63</sup> ALVES, Waldir. Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 326.

<sup>64</sup> BRASIL. **Decreto Legislativo nº 89, de 3 de dezembro de 1998**. Aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional. Disponível em: <

<http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=537575&id=14269430&idBinario=15651233&mime=application/rtf>> Acesso em: 04 out. 2018.

<sup>65</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 40-41.

Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones<sup>66</sup>.

Segundo Mazzuoli, para a Corte Interamericana “o juiz nacional, como *longa manus* do Estado, tem o dever de compatibilizar a normativa doméstica com os ditames dos tratados de direito humanos ratificados e em vigor”<sup>67</sup>. Entretanto, a forma como tal controle ocorre não é meramente mecânica, segue o autor referindo que:

O exercício do controle de convencionalidade, porém, não é mecânico; não há de ser efetivado pelo simples cotejo, pela simplória sobreposição de uma norma (internacional) a outra (interna). Além de cotejo analítico, se requer do magistrado conhecimento do conteúdo eficaz da norma-paradigma (a norma internacional *mais benéfica*) e da interpretação que dela faz a Corte Interamericana [...] Tal reforça a tese de que o controle de convencionalidade a ser efetivado no Brasil tem como paradigma todo o *corpus juris* internacional de proteção, ou seja, todo o mosaico protetivo dos sistemas global (onusiano) e regional interamericano (grifo do autor)<sup>68</sup>.

Portanto, o juiz nacional deve rechaçar, de ofício, qualquer interpretação contrária aos objetivos e finalidades dos tratados internacionais, como se juiz internacional fosse, sendo vedado ao julgador interno deixar de aplicar o controle de convencionalidade sob o pretexto de não conhecer os mandamentos da jurisprudência internacional, eis que o direito presume-se conhecido pelo julgador (princípio *iura novit curia*), inclusive o *corpus juris* internacional<sup>69</sup>.

Nesse contexto os juízes nacionais se tornam protagonistas na proteção aos direitos humanos em seus Estados, pois o Poder Judiciário em cada país possui melhores condições de zelar por esses direitos que a própria Corte IDH<sup>70</sup>. Revela-se, portanto, que a jurisdição internacional é coadjuvante e complementar às jurisdições domésticas, de forma que a Corte IDH atuará somente quando a jurisdição interna deixar de fazê-lo ou for insuficiente, em estrita observância ao princípio da subsidiariedade vigente no âmbito do Direito Internacional<sup>71</sup>.

Para Marinoni, o inequívoco caráter especial dos tratados de direitos humanos, quando de sua internalização através do procedimento de ratificação previsto na Constituição, “tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante”<sup>72</sup>. Logo, entende o autor que a legislação infraconstitucional, para que esteja apta a produzir efeitos jurídicos no ordenamento jurídico interno, não deve mais estar apenas em consonância com a Constituição, mas também com os

<sup>66</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Peru**. Sentença de 24 de novembro de 2006 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_158\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf)> Acesso em: 01 out. 2018.

<sup>67</sup> MAZZUOLI, op.cit., p. 40-41.

<sup>68</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 40-41.

<sup>69</sup> Ibid., p. 40-41.

<sup>70</sup> Ibid., p. 40-41.

<sup>71</sup> Ibid., p. 40-41.

<sup>72</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 1406-1407.

tratados internacionais de direitos humanos<sup>73</sup>. Para Mazzuoli este duplo parâmetro de compatibilização das leis é denominado de “dupla compatibilidade vertical material”<sup>74</sup>.

Com efeito, não é apenas a Convenção Americana sobre Direitos Humanos que serve como paradigma para o controle de convencionalidade, mas todo e qualquer tratado internacional de direitos humanos em vigor no Estado<sup>75</sup>. A Corte IDH já efetuou o controle jurisdicional de convencionalidade de outro tratado para além da Convenção Americana, no Caso Gómez Palomino V. Peru, julgado em 22 de novembro de 2005, utilizando como tratado paradigma a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, aprovada em Belém do Pará em 1994<sup>76</sup>. Quanto ao entendimento sedimentado na jurisprudência da Corte IDH, Mazzuoli afirma:

[...] no *Caso Gudiel Álvarez e outros Vs. Guatemala*, de 20.11.2012, a Corte Interamericana reforçou o entendimento de que não somente a Convenção Americana é paradigma para o controle de convencionalidade, afirmando que ‘quando um Estado é parte de tratados internacionais como a Convenção americana sobre Direitos Humanos, a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e a Convenção de Belém do Pará, tais tratados obrigam a *todos os seus órgãos*, incluindo o Poder Judiciário, cujos membros devem zelar para que os efeitos das disposições desses tratados não sejam menosprezados pela aplicação de normas ou interpretações contrárias ao seu objeto e fim’ (grifo do autor)<sup>77</sup>.

Por fim, para Mazzuoli os direitos previstos em tratados de direitos humanos ratificados e em vigor no Estado forma o que ele denomina de “bloco de convencionalidade”, formando um *corpus juris* de observância obrigatória, em especial pelo Poder Judiciário nacional, no sentido de que esse bloco será paradigma do controle difuso de convencionalidade, assim como do controle concentrado abstrato de convencionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, na hipótese de aprovação pelo rito qualificado do art. 5º, §3º, da CF/88 e, portanto, equivalência às emendas constitucionais<sup>78</sup>.

### 3.2 Os efeitos jurídicos do controle de convencionalidade e a teoria da dupla compatibilidade vertical material

Conforme leciona Mazzuoli “a norma interna que não passa pelo crivo da convencionalidade, por ser incompatível com um tratado de direitos humanos mais benéfico e em vigor no Estado, será inconvenção”<sup>79</sup>. Portanto, a norma será inválida, ainda que possa ser vigente<sup>80</sup>. Ainda, a declaração que invalida terá efeito *ex tunc*, tendo em vista que a validade deve ser reconhecida desde o momento em que a norma entrou em vigência, pois, quando se declara a inconvenção de uma norma interna se reconhece que ela nunca foi capaz de produzir efeitos jurídicos<sup>81</sup>.

<sup>73</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 1407.

<sup>74</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 98, n. 889, p.105-148, nov. 2009.

<sup>75</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 67.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>77</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 68.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 68-69.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 70.

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 70.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 70.

A declaração de inconvenção pelo Poder Judiciário de determinada norma interna gera, segundo voto do Min. Gilmar Mendes no RE 466.343/SP, um efeito paralisante, que impede a eficácia de legislação superveniente em sentido contrário, bem como afasta a aplicação da legislação anterior incompatível com o tratado internacional<sup>82</sup>. Nesse sentido, merece destaque o voto do Min. Gilmar Mendes nos autos do processo acima referido, pois evidencia um dos mais importantes efeitos do controle de convencionalidade, assim como assenta que o efeito paralisante ocorre desde a internalização do tratado internacional:

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante<sup>83</sup>.

Entretanto, até o presente momento não há entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência se quando da declaração de inconvenção será declarada a nulidade da lei com base no tratado internacional, como ocorre nos casos de controle de constitucionalidade, ou se ocorrerá modificação apenas na esfera da validade ou, ainda, da eficácia da norma interna<sup>84</sup>.

Conforme já referido acima, a posição que até o presente momento é acolhida pela doutrina majoritária é a de Valério de Oliveira Mazzuoli, no sentido de que a declaração de inconvenção implicará na perda da validade da norma e, portanto, a consequente perda da sua eficácia<sup>85</sup>. Ainda, a declaração de inconvenção é declarada *ab initio*, reconhecendo-se que a norma inconvenção nunca foi capaz de produzir efeitos jurídicos<sup>86</sup>. Assim, o autor sustenta a necessidade de realizar um controle duplice da compatibilidade vertical material das normas de direito interno, sujeitando a produção normativa doméstica ao crivo tanto da Constituição, quanto dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro<sup>87</sup>.

A teoria da dupla compatibilidade vertical material, pioneiramente desenvolvida na doutrina brasileira por Mazzuoli, tem como fundamento:

[...] a produção normativa doméstica depende, para sua validade e consequente eficácia, em estar de acordo tanto com a Constituição como com os tratados internacionais (de direitos humanos ou não) ratificados pelo governo. Mas, para a melhor compreensão desta dupla compatibilidade vertical material, faz-se necessário, primeiro, entender como se dá (a) o respeito à Constituição (e aos seus direitos expressos e implícitos e (b) aos tratados internacionais (em matéria de direitos humanos ou não) ratificados e em vigor no país<sup>88</sup>.

<sup>82</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. O supremo tribunal federal e o controle interno de convencionalidade na base dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 42, n. 266, p.23-51, abr. 2017.

<sup>83</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 466.343/SP**. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>> Acesso em: 09 out. 2018

<sup>84</sup> SARLET, op.cit., p.23-51.

<sup>85</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Tratados internacionais de direitos humanos e o assim chamado controle de convencionalidade na ordem jurídico-constitucional brasileira na perspectiva do supremo tribunal federal. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v. 3, n. 5, p.183-220, jan./jun. 2017.

<sup>86</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 71.

<sup>87</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. O supremo tribunal federal e o controle interno de convencionalidade na base dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 42, n. 266, p.23-51, abr. 2017.

<sup>88</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 98, n. 889, p.105-148, nov. 2009.



Nesse sentido, conforme a tese apresentada por Mazzuoli, é possível a ocorrência de quatro situações distintas no ordenamento jurídico brasileiro quanto a dupla compatibilidade de normas internas com a Constituição e os tratados internacionais<sup>89</sup>.

A primeira possibilidade é se a lei conflitante é anterior à Constituição de 1988, de forma que ocorrerá a não-recepção, tornando inválida a norma em análise<sup>90</sup>.

A segunda situação hipotética é a da lei que entra em vigor após a Constituição de 1988 e entra em conflito com as normas constitucionais, podendo ser declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, tanto pela via difusa do controle de constitucionalidade, exercido por qualquer juiz, quanto pela via concentrada do controle de constitucionalidade, exercido pelo Supremo Tribunal Federal mediante propositura dos legitimados pelo art. 103 da Constituição Federal de 1988<sup>91</sup>.

A terceira hipótese é quando a lei anterior à ratificação e entrada em vigor de um tratado internacional gera incompatibilidade, situação que ocorrerá a revogação imediata da lei anterior incompatível, vez que o tratado é posterior e superior (*status* supralegal) à lei existente<sup>92</sup>.

Por fim, como última situação hipotética mencionada por Mazzuoli, é a de lei posterior ao tratado internacional e que seja incompatível com tal instrumento (ainda que possa ser compatível com a Constituição), será declarada sua invalidade e ineficácia<sup>93</sup>.

É importante ressaltar que Mazzuoli sustenta a aplicação do princípio *pro homine* em caso de conflitos entre os tratados internacionais e o direito interno, principalmente quando houver conflito com a Constituição<sup>94</sup>. Nesse sentido, leciona o autor quanto a sua aplicação:

E essa dualidade de fontes, que alimenta a completude do sistema, significa que em caso de conflito deve o intérprete *optar* pela fonte que proporciona a norma *mais favorável* à pessoa protegida (princípio *pro homine* ou *pro persona*), pois o que se visa é a *otimização* e a *maximização* dos sistemas (interno e internacional) de proteção dos direitos humanos (grifo do autor)<sup>95</sup>.

Portanto, o controle de convencionalidade a ser aplicado pelo juiz nacional não importa necessariamente em indistinta superioridade dos tratados internacionais sobre toda e qualquer norma interna<sup>96</sup>. Pelo contrário, o juiz ao ser instado a se manifestar sobre o controle de convencionalidade deve buscar interpretar as normas conflitantes e aplicar aquela que conceda melhor proteção à pessoa<sup>97</sup>. Ainda, segundo Mazzuoli, poderá inclusive aplicar ambas as normas aparentemente conflitantes conjuntamente, cada uma na parte em que é mais protetiva<sup>98</sup>.

Logo, é possível estabelecer que a mera contrariedade entre as normas internas e as normas previstas no âmbito internacional não acarretam automaticamente a invalidação das

<sup>89</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro.

In: \_\_\_\_\_. (Coord.). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 20-21.

<sup>90</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 98, n. 889, p.105-148, nov. 2009.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p.105-148.

<sup>92</sup> *Ibid.*, p.105-148.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p.105-148.

<sup>94</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 84.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 84.

<sup>96</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 98, n. 889, p.105-148, nov. 2009.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p.105-148.

<sup>98</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 84.

disposições nacionais<sup>99</sup>. É necessário, pois, interpretar as normas conflitantes e manter os efeitos daquela que for mais favorável à pessoa, em observância ao princípio *pro homine* ou *pro persona*<sup>100</sup>.

Como já referido, a teoria da dupla compatibilidade vertical material estabelece dois limitadores materiais para a produção normativa doméstica, a Constituição (e os seus direitos expressos e implícitos) e os tratados internacionais ratificados e em vigor<sup>101</sup>.

A observância à Constituição ocorre por meio do controle de constitucionalidade, compatibilizando uma norma infraconstitucional com o próprio texto constitucional, sob pena de incorrer em vício de inconstitucionalidade<sup>102</sup>. A inconstitucionalidade pode ser combatida através da via difusa ou pela via concentrada do controle de constitucionalidade<sup>103</sup>.

Dentre os princípios constitucionais, o princípio da dignidade da pessoa humana possui especial relevância como critério material para identificar direitos fundamentais, tendo em vista que não se questionará a fundamentalidade do direito se decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>104</sup>.

Por sua vez, o princípio *pro homine* é o mais importante princípio no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, conferindo ao sistema de proteção dos direitos humanos um valor essencial: o da proteção à pessoa<sup>105</sup>. Nesse sentido, Conci leciona quanto à aplicação desse princípio ao controle de convencionalidade:

Em tema de controle de convencionalidade, o princípio *pro homine*, como se viu, impõe-se, pois se vive um momento em que se reforça o argumento da necessidade de se entender de forma aprofundada, caso a caso, qual a norma mais protetiva ao indivíduo, se a nacional ou a internacional, devendo prevalecer aquela que for mais expansiva, independentemente do status hierárquico interno que adquirem tratados internacionais de direitos humanos<sup>106</sup>.

Mazzuoli sustenta que o princípio *pro homine* está presente na Constituição de 1988, pois se compõe de dois princípios constitucionais reconhecidos pela ordem constitucional: a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos<sup>107</sup>. Segundo o autor, a adoção pela Constituição do princípio da dignidade da pessoa humana como valor fundante da ordem normativa atrai para si toda a gama dos direitos fundamentais, em razão do seu caráter expansionista, servindo como parâmetro hermenêutico de todo o sistema constitucional<sup>108</sup>. Portanto, conclui o autor que, em se tratando de conflito entre direitos humanos provenientes de tratados internacionais e outra norma interna, deverá ser aplicado o princípio *pro homine*, assegurado pelo art. 4º, II, da CF/88 (prevalência dos direitos humanos)<sup>109</sup>. Ademais, quanto ao princípio da prevalência dos direitos humanos, consagrado no mesmo artigo, o autor complementa:

O outro princípio a complementar a garantia *pro homine* é o da prevalência dos direitos humanos, consagrado expressamente no art. 4º, II, da CF/88 (LGL/1988/3).

<sup>99</sup> CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. **Revista de Processo**, [s.i], v. 39, n. 232, p.363-390, jun. 2014.

<sup>100</sup> MAZZUOLI, op.cit., p. 84.

<sup>101</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 98, n. 889, p.105-148, nov. 2009.

<sup>102</sup> Ibid., p.105-148.

<sup>103</sup> Ibid., p.105-148.

<sup>104</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 338.

<sup>105</sup> CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. **Revista de Processo**, [s.i], v. 39, n. 232, p.363-390, jun. 2014.

<sup>106</sup> Ibid., p.363-390.

<sup>107</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 98, n. 889, p.105-148, nov. 2009.

<sup>108</sup> Ibid., p.105-148.

<sup>109</sup> Ibid., p.105-148.

Este princípio faz comunicar a ordem jurídica internacional com a ordem interna, estabelecendo um critério hermenêutico de solução de antinomias que é a consagração do próprio princípio da norma mais favorável, a determinar que, em caso de conflito entre a ordem internacional e a ordem interna, a “prevalência” – ou seja, a norma que terá primazia – deve ser sempre do ordenamento que melhor proteja os direitos humanos<sup>110</sup>.

Assim como os direitos fundamentais expressos e implícitos na Constituição serão observados e, se necessário, controlados mediante controle de constitucionalidade, os direitos previstos em tratados internacionais de direitos humanos (que são materialmente fundamentais, como já abordado no subcapítulo 2.1.1 da presente monografia), deverão ser observados e, se necessário, poderão ser controlados mediante controle de convencionalidade<sup>111</sup>.

Com efeito, o controle jurisdicional de convencionalidade, ou seja, aquele exercido pelo Poder Judiciário, poderá ocorrer por duas modalidades: o controle difuso de convencionalidade e o controle concentrado de convencionalidade<sup>112</sup>. O controle difuso poderá ser efetuado por qualquer juiz ou tribunal, no caso concreto, enquanto o controle concentrado abstrato somente pode ser efetuado pelo Supremo Tribunal Federal<sup>113</sup>. Portanto, é essencial a lição de André de Carvalho Ramos quanto à dupla compatibilidade vertical material e os seus instrumentos de garantia, o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade:

Os direitos humanos, então, no Brasil possuem uma *dupla* garantia: o *controle de constitucionalidade* e o *controle de convencionalidade internacional*. Qualquer ato ou norma deve ser aprovado pelos dois controles, para que sejam respeitados os direitos no Brasil (grifo do autor)<sup>114</sup>.

Em suma, a teoria da dupla compatibilidade vertical material, primeiramente abordada na doutrina brasileira por Valério de Oliveira Mazzuoli, como exposto acima, conferirá ao operador jurídico brasileiro os parâmetros necessários a proceder à devida compatibilização entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno, sempre prevalecendo a norma mais favorável, em estrita observância ao princípio *pro homine*. Assim como os efeitos jurídicos do controle de convencionalidade serão similares ao do controle de constitucionalidade, ou seja, tornará inválida a norma controlada e, por consequência, deixará de produzir efeitos jurídicos.

### 3.3 As modalidades do controle jurisdicional de convencionalidade: o controle difuso e o controle concentrado

Como já abordado no presente trabalho, a compatibilidade de direito interno com os tratados internacionais de direitos humanos e em vigor no ordenamento jurídico interno ocorre através do controle de convencionalidade, que é coadjuvante e complementar ao controle de constitucionalidade, pois será aplicado somente se não for possível tal compatibilização com a Constituição<sup>115</sup>.

O controle de convencionalidade no ordenamento jurídico brasileiro possui duas modalidades: (i) o controle difuso, que pode ser realizado por qualquer juiz ou Tribunal, de

<sup>110</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 98, n. 889, p.105-148, nov. 2009.

<sup>111</sup> *Ibid.*, p.105-148.

<sup>112</sup> *Ibid.*, p.105-148.

<sup>113</sup> *Ibid.*, p.105-148.

<sup>114</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 530.

<sup>115</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 174.

forma incidental, no caso concreto<sup>116</sup>; (ii) e o controle concentrado de convencionalidade, que, da mesma forma que o controle de constitucionalidade, é reservado ao STF que o realizará de forma abstrata ou, ainda, de forma incidental em Recurso Extraordinário<sup>117</sup>.

Primeiramente, compete analisar em maiores detalhes o controle jurisdicional difuso de convencionalidade. É importante a lição de Waldir Alves quanto ao controle difuso de convencionalidade, pois o conceitua da seguinte forma:

O controle normativo *difuso* sempre é um *controle normativo incidental*, relacionado a algum conflito jurídico concreto, que tem *objeto* específico (v.g., a juridicidade de um ato estatal), devendo ser previamente esclarecida e decidida como questão prejudicial a questão da convencionalidade e vinculatividade da norma, relevante para a decisão (v.g., uma lei que esteja na base do ato estatal). O reconhecimento incidental da inconvenção e nulidade de uma lei, num primeiro momento, somente conduz a uma não aplicação ao caso concreto (grifo do autor)<sup>118</sup>.

Como já dito, os tribunais e juízes internos não necessitam de autorização legislativa para que realizem o controle de convencionalidade, tampouco de autorização internacional, pois tal poder-dever decorre diretamente da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>119</sup>. Portanto, desde um juiz singular (estadual ou federal), os tribunais estaduais e regionais federais, assim como os tribunais superiores, todos podem controlar a convencionalidade das leis pela via difusa e incidental<sup>120</sup>.

Logo, segundo leciona Mazzuoli, “a decisão judicial que invalida uma lei interna em razão do comando de um tratado só produz efeitos *inter partes*, isto é, somente entre aquelas intervenientes no caso concreto”<sup>121</sup>.

Ademais, importa reiterar que o controle de convencionalidade sempre terá como parâmetro a norma mais benéfica ao ser humano, sendo vedado controlar uma norma interna para aplicar norma internacional menos benéfica ou menos protetiva ao cidadão no caso *sub judice*<sup>122</sup>.

O julgador ao se deparar com uma situação de conflito entre normas domésticas e normas internacionais deverá basear-se no que Mazzuoli denomina de “diálogo das fontes”, em que o magistrado deverá compreender a lógica da dupla compatibilidade vertical material, a fim de fazer com que as fontes internas e internacionais “dialoguem” entre si para resolverem questões antinômicas entre tratados e legislação<sup>123</sup>. Nesse sentido, é importante destacar a lição de Mazzuoli quanto ao diálogo de fontes:

Como se percebe, a aplicação desse critério não exclui mutuamente uma ou outra ordem jurídica, mas antes as complementa, fazendo com que a produção do direito doméstico também “escute” o diálogo entre a Constituição e os tratados de direitos humanos, que estão em pé de igualdade com ela. Em outras palavras, a Constituição não exclui a aplicação dos tratados, nem estes excluem a aplicação dela, mas ambas as normas (Constituição e tratados) se unem para servir de obstáculo às normas

<sup>116</sup> ALVES, Waldir. Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 330-331.

<sup>117</sup> Ibid., p. 327-328.

<sup>118</sup> Ibid., p. 331.

<sup>119</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 175-176.

<sup>120</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 175-176.

<sup>121</sup> Ibid., p. 180.

<sup>122</sup> Ibid., p. 181.

<sup>123</sup> Ibid., p. 182.

infraconstitucionais que violem os preceitos ou da Constituição ou dos tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte<sup>124</sup>.

Cumpra ressaltar que o próprio STF pode realizar o controle difuso de convencionalidade, de forma incidental, através de Recurso Extraordinário<sup>125</sup>. Nessa hipótese há uma peculiaridade, pois, embora em regra o controle difuso aplique-se somente ao caso concreto e somente com efeitos *inter partes*, é possível que o STF conceda efeitos extensivos ao controle de convencionalidade exercido incidentalmente, como já o fez<sup>126</sup>. É possível citar como exemplo o paradigmático caso da prisão civil do depositário infiel, em que após declarar a inaplicabilidade da prisão civil no caso concreto, o STF editou a Súmula Vinculante nº 25, estendendo os efeitos do controle exercido pela via incidental para todos os casos em tramitação e futuros<sup>127</sup>.

O controle concentrado de convencionalidade, por sua vez, ocorrerá quando houver em causa os tratados internacionais de direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais, ou seja, quando o parâmetro de controle for normas internacionais incorporadas ao ordenamento jurídico interno através do rito qualificado do art. 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988<sup>128</sup>.

A fim de esclarecer o motivo pelo qual somente os tratados equivalentes às emendas constitucionais (aqueles aprovados pelo rito qualificado) podem ser paradigma do controle concentrado de convencionalidade, é essencial a lição de Mazzuoli:

O motivo pelo qual *apenas* os tratados “equivalentes” às emendas constitucionais podem ser paradigma do controle concentrado de convencionalidade liga-se à importância que atribuiu a Constituição Federal de 1988 ao controle abstrato de normas, invertendo a lógica dos textos constitucionais anteriores, nos quais a preponderância era para a fiscalização difusa (concreta) de constitucionalidade. Prova disso é que a Carta de 1988 destinou legitimados específicos para o exercício do controle abstrato, constantes do seu art. 103. [...] Isso significa, em outras palavras, que a Constituição de 1988 deu particular ênfase à fiscalização abstrata de normas, em detrimento do controle de constitucionalidade difuso. Daí se entender, em suma, que apenas os instrumentos de direitos humanos “equivalentes” às emendas constitucionais (aprovados por três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos) podem ser paradigma ao controle abstrato de convencionalidade perante o STF, por se tratar de normas internacionais de direitos humanos que, igualmente, guardam maior importância na nossa ordem constitucional (equivalentes que são às próprias normas formalmente constitucionais)<sup>129</sup>.

Portanto, o art. 5º, §3º, da CF/88 tão somente atribuiu formalmente equivalência de emenda constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo *quórum* qualificado, eis que os direitos previstos nos tratados internacionais já detinham o *status* material de norma constitucional, por força do art. 5º, §2º, da própria Constituição Federal de 1988<sup>130</sup>. Logo, a abertura constitucional dos direitos fundamentais no sistema constitucional brasileiro, inclusive para os direitos previstos em instrumentos internacionais, adquiriu com o advento da “equivalência” às emendas constitucionais, tanto *status*

<sup>124</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 183.

<sup>125</sup> ALVES, Waldir. Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 330-331.

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 330-331.

<sup>127</sup> *Ibid.* p. 330-331.

<sup>128</sup> MAZZUOLI, op.cit., p. 189.

<sup>129</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 190.

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 191-192.

materialmente constitucional (aplicável para todos os direitos humanos previstos na ordem internacional e devidamente ratificados), como também *status* formalmente constitucional (somente para os direitos aprovados pelo *quórum* qualificado)<sup>131</sup>.

Assim, a partir do momento em que os tratados internacionais de direitos humanos passam a ser equivalentes às emendas constitucionais, ou seja, adquirem força normativa constitucional material e formal, fica autorizada a propositura de todas as ações constitucionais existentes perante o Supremo Tribunal Federal (ADI, ADPF, ADC), “a fim de garantir a estabilidade da Constituição e das normas a ela equiparadas, a exemplo dos tratados de direitos humanos formalmente constitucionais”<sup>132</sup>.

Qualquer dos legitimados do art. 103 da Constituição Federal de 1988 poderá questionar o STF diretamente, em controle concentrado abstrato de convencionalidade, tendo como objeto norma que desrespeitar instrumento internacional ratificado e em vigor, que tenha sido aprovada pelo rito qualificado do art. 5º, §3º, da Constituição<sup>133</sup>.

Quanto aos efeitos do controle concentrado de convencionalidade, torna-se possível invalidação *erga omnes* das leis domésticas incompatíveis com as normas previstas em tratados de direitos humanos<sup>134</sup>.

Ademais, cumpre destacar que embora o procedimento, os efeitos, e o rol de legitimados sejam todos os mesmos do controle de constitucionalidade concentrado, não há que se confundir os dois métodos de controle, pois como já analisado na teoria da dupla compatibilidade vertical material, é possível que determinada norma seja compatível com a Constituição, mas viole tratado internacional e, ainda, que o tratado internacional constitua norma mais protetiva, hipótese em que deverá ser declarada não a inconstitucionalidade de determinada lei, mas sim sua inconvenção<sup>135</sup>. Nesse sentido é a lição de Mazzuoli:

A rigor, não se estaria, aqui, diante do controle de *constitucionalidade* propriamente dito (porque, no exemplo dado, a lei infraconstitucional é *compatível* com a Constituição), 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 (v.g., uma ADIn, uma Adecon ou uma ADPF), na medida em que um tratado-paradigma em causa é *equivalente* a uma norma constitucional. O exercício do controle de convencionalidade deve paralisar a aplicação de uma lei mesmo quando ela seja constitucional (grifo do autor)<sup>136</sup>.

Cumpre ressaltar que até o presente momento somente a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York em 30 de março de 2007, possuem equivalência às emendas constitucionais, pois aprovados pelo *quórum* qualificado do art. 5º, §3º, da Constituição de 1988, conforme o Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008<sup>137</sup>. Portanto, os direitos previstos nesse tratado internacional e

<sup>131</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Tratados internacionais de direitos humanos e o assim chamado controle de convencionalidade na ordem jurídico-constitucional brasileira na perspectiva do supremo tribunal federal. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v. 3, n. 5, p.183-220, jan./jun. 2017.

<sup>132</sup> MAZZUOLI, op.cit., p. 191-192.

<sup>133</sup> ALVES, Waldir. Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 328.

<sup>134</sup> MAZZUOLI, op.cit., p. 192-193.

<sup>135</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 192-193.

<sup>136</sup> Ibid., p. 193.

<sup>137</sup> ALVES, Waldir. Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 328.

seu protocolo facultativo são, até então, os únicos que possibilitam o controle concentrado de convencionalidade, a ser proposto perante o STF<sup>138</sup>.

As razões pelas quais tal modalidade de controle existe são brilhantemente abordadas por Mazzuoli, ao analisar o exercício do controle de convencionalidade concentrado:

Ora, se a Constituição possibilita sejam os tratados de direitos humanos alçados ao patamar constitucional, com *equivalência de emenda*, por questão de lógica deve também garantir-lhes os meios que prevê a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional (grifo do autor)<sup>139</sup>.

Em suma, todos os tratados que formam o *corpus juris* convencional dos direitos humanos, os quais o Brasil faz parte, servem como paradigma para o controle de convencionalidade. Todos os tratados internacionais de direitos humanos são aptos a ser paradigma do controle difuso, em razão de sua condição de suprallegalidade, enquanto os tratados internacionais que forem aprovados pelo rito qualificado e, portanto, adquirirem equivalência às emendas constitucionais, estarão aptos a atuar como paradigma para o controle concentrado perante o Supremo Tribunal Federal.

## 4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E CASOS CONCRETOS DE APLICAÇÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE

### 4.1 O Recurso Extraordinário 466.343/SP: o caso da prisão civil do depositário infiel

Encerrada a análise do que a doutrina e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos entendem por controle de convencionalidade, incluindo seus fundamentos, procedimentos e efeitos, podemos passar à análise de alguns casos enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal que o controle interno tenha sido exercido de alguma forma, seja em razão de ter sido o direito interno interpretado à luz dos ditames estabelecidos por tratados internacionais de direitos humanos ou, ainda, seja em razão de a legislação interna não ter sido aplicada por estar em dissonância com tais tratados internacionais.

O primeiro caso a ser analisado será o Recurso Extraordinário 466.343/SP, que consiste no paradigmático caso da prisão civil do depositário infiel, o qual inovou na jurisprudência brasileira ao conferir aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro o *status* normativo de suprallegalidade.

Trata-se no caso acima mencionado de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que havia negado provimento à apelação, consignando entendimento no sentido da inconstitucionalidade da prisão civil do devedor fiduciante em contrato de alienação fiduciária em garantia, em face do que prescreve o art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal de 1988<sup>140</sup>.

O Relator Min. Cezar Peluso, ao proferir seu voto, negou provimento ao recurso extraordinário, sob o fundamento de que havia evidente distinção entre os contratos de alienação fiduciária e de depósito, motivo pelo qual embora tenha reconhecido a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, entendeu não ser possível seu

<sup>138</sup> ALVES, Waldir. Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 328.

<sup>139</sup> MAZZUOLI, op.cit., p. 195.

<sup>140</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 466.343/SP**. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>> Acesso em: 22 out. 2018

emprego ao contrato de alienação fiduciária, pois não poderia ser equiparado ao contrato de depósito<sup>141</sup>.

Em seguida, o Min. Gilmar Mendes foi o primeiro a incluir em seu voto a questão da compatibilidade do instituto da prisão civil do depositário infiel em face da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos<sup>142</sup>. Após tratar da relação entre os tratados internacionais e a legislação ordinária, abordando as diversas correntes sobre o tema (a supraconstitucionalidade, a constitucionalidade, a equiparação à lei ordinária e, por fim, a supralegalidade), o Ministro decidiu em seu voto por acolher a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, que os tratados de direitos humanos estariam acima da legislação ordinária, mas abaixo da Constituição<sup>143</sup>.

O Min. Gilmar Mendes fundamenta em seu voto que o art. 7º, item 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece que “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”<sup>144</sup>, assim como o art. 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos determina que “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”<sup>145</sup>. Dessa forma, entende que a ratificação dos referidos tratados em 1992 gerou um efeito paralisante de qualquer norma infraconstitucional que estivesse em desacordo com tais tratados e, nesse ponto, a prisão civil do depositário infiel seria um desses casos<sup>146</sup>.

É importante ressaltar que o voto do Min. Gilmar Mendes reconhece a necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos, tornando medida imperativa a mudança no *status* normativo dos tratados internacionais que versem sobre tais direitos<sup>147</sup>. Nesse sentido refere em seu voto:

É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano. [...] Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação

<sup>141</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. O Supremo Tribunal Federal e a prisão civil. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Controle de Convencionalidade**: Um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 287.

<sup>142</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 466.343/SP**. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>> Acesso em: 22 out. 2018

<sup>143</sup> ARENHART, op.cit., p. 287.

<sup>144</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção americana sobre os direitos humanos**: assinada na Conferência especializada interamericana sobre direitos humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em:

<[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 22 out. 2018

<sup>145</sup> BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)> Acesso em: 22 out. 2018.

<sup>146</sup> BRASIL. op.cit., Acesso em: 22 out. 2018.

<sup>147</sup> BRASIL. op.cit., Acesso em: 22 out. 2018.



infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969<sup>148</sup>.

Cumpra ressaltar que o posicionamento adotado pelo Min. Gilmar Mendes encontra amparo na doutrina, que igualmente entende que a ratificação do tratado internacional possui efeito paralisante das normas infraconstitucionais que forem manifestamente contrárias, ainda que Mazzuoli vá além e entenda que os efeitos da declaração de inconvenção devem ser reconhecidos *ab initio*<sup>149</sup>.

Acompanham o Relator e o voto do Min. Gilmar Mendes os Ministros Ricardo Lewandowski, Carmém Lúcia, Carlos Britto, Marco Aurélio, Joaquim Barbosa, Menezes Direito e Celso de Mello, negando provimento ao recurso extraordinário por unanimidade<sup>150</sup>.

Cumpra destacar os votos dos Ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello, pois trouxeram contribuições importantes ao tema. O Min. Joaquim Barbosa, ao proferir seu voto e acompanhar o Relator, destacou a importância de conferir *status* normativo diferenciado aos tratados de direitos humanos, em observância à proteção da dignidade humana, bem como trouxe ao julgamento seu posicionamento por aplicar, em caso de conflitos entre norma internacional e norma interna, a prevalência da norma mais favorável, conforme afirma em seu voto:

Para mim, porém, o essencial é que a primazia conferida em nosso sistema constitucional à proteção à dignidade da pessoa humana faz com que, na hipótese de eventual conflito entre regras domésticas e normas emergentes de tratados internacionais, a prevalência, sem sombra de dúvidas, há de ser outorgada à norma mais favorável ao indivíduo<sup>151</sup>.

Portanto, o Min. Joaquim Barbosa trouxe ao julgamento do RE 466.343/SP o posicionamento sustentado na doutrina por Mazzuoli de aplicação do princípio *pro homine*, aplicando sempre a norma que for mais favorável à proteção da pessoa em casos de conflitos entre normas internacionais e normas internas<sup>152</sup>.

No mais, é importante destacar também o voto proferido pelo Min. Celso de Mello, pois foi o único magistrado do Supremo Tribunal Federal a reconhecer o *status* normativo constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, ainda que tenha sido vencido, conforme referiu em seu voto:

Como precedentemente salientei neste voto, e após detida reflexão em torno dos fundamentos e critérios que me orientaram em julgamentos anteriores (RTJ 179/493-469, v.g.), evoluo, Senhora Presidente, no sentido de atribuir, aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, superioridade jurídica em face da generalidade das leis internas brasileiras, reconhecendo, a referidas convenções internacionais, nos termos que venho de expor, qualificação constitucional. [...] tornou-se possível, agora, atribuir, formal e materialmente, às convenções internacionais sobre direitos humanos, hierarquia jurídico-constitucional, desde que observado, quanto ao processo de incorporação de tais convenções, o “iter” procedimental concernente ao rito de apreciação e de aprovação das propostas de emenda à Constituição, consoante prescreve o §3º do art. 5º da Constituição<sup>153</sup>.

Por fim, é possível identificar no voto do Min. Gilmar Mendes, que foi acompanhado pela unanimidade dos magistrados que compõe a Corte Constitucional, a utilização dos tratados internacionais de direitos humanos como parâmetro de compatibilização em face das

<sup>148</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 466.343/SP**. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>> Acesso em: 22 out. 2018.

<sup>149</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 71.

<sup>150</sup> BRASIL. op.cit., Acesso em: 22 out. 2018

<sup>151</sup> BRASIL. op.cit., Acesso em: 22 out. 2018

<sup>152</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro.

**Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 98, n. 889, p.105-148, nov. 2009.

<sup>153</sup> BRASIL. op.cit., Acesso em: 22 out. 2018

normas infraconstitucionais. No caso em tela, especificamente, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, gerando a “paralisação” das normas que conflitam com os tratados, resultando na inaplicabilidade de toda e qualquer hipótese legal anterior referente à prisão civil do depositário infiel, assim como também impedindo a criação de novas hipóteses de prisão civil do depositário infiel<sup>154</sup>.

Ora, as características dessa compatibilização são idênticas ao controle de convencionalidade, conforme conceituado pela doutrina<sup>155</sup>, revelando que no presente caso tal modalidade de controle foi exercida, ainda que em nenhum momento tenha sido utilizado o termo “controle de convencionalidade” na fundamentação dos votos.

#### **4.2 O Recurso Extraordinário 511.961/SP: do afastamento da exigência de diploma de ensino superior para o exercício da profissão de jornalista**

Um segundo caso de considerável importância, e que teve o Pacto de San José da Costa Rica como parâmetro, foi o Recurso Extraordinário 511.961/SP, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 17 de junho de 2009, que consiste em recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que negou provimento à apelação do Ministério Público Federal (MPF) nos autos de Ação Civil Pública proposta pelo órgão ministerial em face da União.

Em resumo, o MPF sustenta na Ação Civil Pública que a exigência de diploma de curso superior de jornalismo para o exercício da profissão de jornalista é inconstitucional, diante da não-recepção do art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº 972 de 1969 pela Constituição de 1988. Além do mais, o MPF sustentou em suas razões que tal exigência violava o artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (liberdade de expressão), a qual o Brasil ratificou em 1992.

Refere o art. 13 do Pacto de San José da Costa Rica que:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de freqüências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões<sup>156</sup>.

O Ministro-Relator para o caso era o Min. Gilmar Mendes, que proferiu seu voto no sentido de acolher os argumentos apresentados pelo MPF e declarar a não-recepção do art. 4º, V, do Decreto-Lei nº 972/1969, sob diversos fundamentos, os quais serão abordados a seguir.

O primeiro argumento apresentado no voto foi o fato de a ordem constitucional proteger uma esfera de livre expressão, no intuito de evitar alguma forma de intervenção estatal no direito fundamental à livre expressão. Nesse sentido, o Relator refere que o jornalismo é profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao exercício das liberdades de expressão e informação, sendo o jornalismo a própria manifestação e difusão de

<sup>154</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. O supremo tribunal federal e o controle interno de convencionalidade na base dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 42, n. 266, p.23-51, abr. 2017.

<sup>155</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 39.

<sup>156</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção americana sobre os direitos humanos**: assinada na Conferência especializada interamericana sobre direitos humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em:

<[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 24 out. 2018.

pensamento<sup>157</sup>. Nesse sentido, o Min. Gilmar Mendes fundamentou a inconstitucionalidade da exigência de diploma da seguinte forma em seu voto:

Por isso, não obstante o acerto de todas essas considerações, que explicitam uma análise de proporcionalidade, o certo é que, mais do que isso, a questão aqui verificada é de patente inconstitucionalidade, por violação direta ao art. 5º, inciso XIII, da Constituição. Não se trata apenas de verificar a adequação de uma condição restritiva para o exercício da profissão, mas de constatar que, num âmbito de livre expressão, o estabelecimento de qualificações profissionais é terminantemente proibido pela ordem constitucional, e a lei que assim proceder afronta diretamente o art. 5º, inciso XIII, da Constituição. [...] Assim, no caso da profissão de jornalista, a interpretação do art. 5º, inciso XIII, em conjunto com o art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e o art. 220 leva à conclusão de que a ordem constitucional apenas admite a definição legal das qualificações profissionais na hipótese em que sejam elas estabelecidas para proteger, efetivar e reforçar o exercício profissional das liberdades de expressão e de informação por parte dos jornalistas. Fora desse quadro, há patente inconstitucionalidade da lei<sup>158</sup>.

Ademais, o Relator utiliza em sua fundamentação o artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a interpretação que a Corte Interamericana de Direitos Humanos confere a esse dispositivo, que se pronunciou sobre essa questão no caso “*La colegiación obligatoria de periodistas*”, na Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985<sup>159</sup>.

A OC-5/85 foi solicitada pela República da Costa Rica à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), a fim de que a Corte se manifestasse sobre a interpretação dos artigos 13 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação à obrigatoriedade de inscrição em ordem ou conselho profissional de jornalistas, mediante apresentação de título universitário<sup>160</sup>.

Conforme bem referiu o Min. Gilmar Mendes em seu voto, a decisão da Corte de San José foi ao sentido de que tal exigência viola a Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo<sup>161</sup>.

Por essas razões o Min. Gilmar Mendes deu provimento ao recurso do MPF a fim de declarar a não-recepção do art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº 972/1969 pela Constituição Federal de 1988.

O Relator foi acompanhado integralmente em seu voto pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Carmém Lúcia, Eros Grau, Carlos Britto, Cezar Peluso e Ellen Gracie. Restou vencido apenas o Min. Marco Aurélio, que votou por declarar a recepção do referido artigo e

<sup>157</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 511.961/SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de junho de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>> Acesso em: 24 out. 2018

<sup>158</sup> Ibid., Acesso em: 24 out. 2018

<sup>159</sup> Ibid., Acesso em: 24 out. 2018

<sup>160</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985**. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_05\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_ing.pdf)> Acesso em: 24 out. 2018.

<sup>161</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 511.961/SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de junho de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>> Acesso em: 24 out. 2018

reconhecer sua constitucionalidade, destacando-se que em seu voto não há nenhuma menção à Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>162</sup>.

No presente caso, ainda que o STF tenha declarado a inconstitucionalidade da lei ordinária que exigia o diploma de ensino superior de jornalismo devidamente registrado pelo Ministério da Educação, para tornar lícito o exercício da profissão, a Corte também declarou que tal lei ordinária era incompatível com o artigo 13 do Pacto de San José da Costa Rica, utilizando o tratado internacional e a interpretação que a Corte IDH faz dele (através da Opinião Consultiva OC-5/95) como fundamento em sua decisão, ou seja, para além de declarar sua inconstitucionalidade, também declarou sua inconvenção.

Portanto, extrai-se da decisão proferida no RE 511.961/SP que o STF utilizou da *ratio decidendi* e da interpretação atribuída pela Corte IDH ao artigo 13 do Pacto de San José da Costa Rica para acolher o recurso extraordinário e declarar que a exigência do diploma de ensino superior para o exercício da profissão viola a liberdade de expressão protegida pela Constituição e pela Convenção Americana de Direitos Humanos, aplicando a teoria da dupla compatibilidade vertical material de Mazzuoli<sup>163</sup>.

### 4.3 A Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240/SP: a audiência de custódia

Um terceiro caso digno de nota que foi enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, agora na área criminal, foi a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240/SP (doravante ADI 5240/SP), julgada em 20 de agosto de 2015, que tratava sobre a audiência de custódia.

A ADI 5240/SP foi ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL-BRASIL), arguindo a inconstitucionalidade do Provimento Conjunto 03/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e da Corregedoria-Geral de Justiça, que disciplinou as audiências de custódia no âmbito daquele Tribunal<sup>164</sup>.

O autor da ADI sustentou que o provimento inovou na ordem jurídica, de forma que tal regramento deveria ser através de lei federal, motivo pelo qual o TJSP haveria inconstitucionalmente extrapolado o seu poder regulamentar. O TJSP, por sua vez, sustentou que o Provimento visava regulamentar direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>165</sup>.

O Relator da ADI, Min. Luiz Fux, votou por conhecer em parte da ação e, na parte conhecida, julgar improcedente<sup>166</sup>. Em suma, o Relator fundamentou seu voto no sentido de a Convenção Americana sobre Direitos Humanos prever a audiência de custódia no seu artigo 7º, item 5, norma esta que possui *status* normativo supralegal, diante da internalização do tratado internacional através do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, assim como conforme jurisprudência do STF<sup>167</sup>. Ainda, referiu que a audiência de custódia já está prevista na legislação ordinária nos artigos 656 e 657 do Código de Processo Penal, motivo pelo qual o TJSP não inovou na ordem jurídica, apenas regulamentou a referida audiência no âmbito de sua competência<sup>168</sup>.

<sup>162</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 511.961/SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de junho de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>> Acesso em: 24 out. 2018.

<sup>163</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 98, n. 889, p.105-148, nov. 2009.

<sup>164</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5.240/SP**. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>> Acesso em: 28 out. 2018

<sup>165</sup> Ibid., Acesso em: 28 out. 2018.

<sup>166</sup> Ibid., Acesso em: 28 out. 2018.

<sup>167</sup> Ibid., Acesso em: 28 out. 2018.

<sup>168</sup> Ibid., Acesso em: 28 out. 2018.

O Min. Luiz Fux traz ao debate alguns argumentos que merecem destaque, pois revelam a sua intenção de aplicar ao presente caso a teoria do controle de convencionalidade:

Destarte, também o item 5 do artigo 7º da referida convenção deve ser tido por norma supralegal, sendo imperioso passar em revista a legislação ordinária à luz do seu conteúdo normativo [...] Não há, aqui, qualquer inovação na ordem jurídica. A apresentação da pessoa detida é determinada diretamente pelo artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos do Homem e, ainda, pelos artigos 656 e 657 do CPP, assinalando-se que estas normas processuais tiveram sua eficácia paralisada naquilo que contrariam a norma convencional – especificamente as expressões ‘*se julgar necessário*’ e ‘*em dia e hora que designar*’. Assim, a apresentação do preso vem fundada na ordem legal e convencional, que a todos vincula, inclusive à Autoridade Policial (grifo do autor)<sup>169</sup>.

O efeito paralisante referido na decisão ocorre justamente em razão da Convenção Americana determinar que a apresentação do preso é obrigatória e deve ocorrer em no máximo vinte e quatro horas após sua prisão, em dissonância com o que determinava o Código de Processo Penal até então. Ora, tal argumento de efeito paralisante revela justamente a ocorrência de um controle de convencionalidade, eis que houve compatibilização entre a norma internacional prevista no tratado de direitos humanos e a legislação interna, conforme conceito apresentado por Mazzuoli<sup>170</sup>.

O Relator concluiu o seu voto pela improcedência no seguinte sentido:

Os artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º do Provimento Conjunto 03/2015 do TJSP apenas explicitam disposições esparsas da Convenção Americana sobre Direitos do Homem e do Código de Processo Penal, permitindo, assim, a sua compreensão clara e sistemática, indispensável ao seu fiel cumprimento. [...] De fato, não é o ato normativo emanado do Tribunal de Justiça que cria obrigações para os Delegados de Polícia (civis e federais), mas sim a Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, os quais, por força dos artigos 3º e 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, têm efeito imediato e geral, ninguém se escusando de cumpri-los<sup>171</sup>.

Portanto, o Min. Luiz Fux reconhece em seu voto a superioridade da Convenção Americana sobre a lei ordinária, a sua capacidade de produzir direitos individuais e sua eficácia vinculante para todos os órgãos do Estado, inclusive indicando sua capacidade de paralisar qualquer norma infraconstitucional conflitante com os ditames do tratado internacional, ainda que não tenha sido tal argumento apresentado por nenhuma das partes do processo. O Relator procedeu ao controle de ofício, conforme leciona Mazzuoli “o Poder Judiciário interno não deve se prender à solicitação das partes, senão controlar a convencionalidade das leis *ex officio*”<sup>172</sup>.

O voto do Min. Luiz Fux foi acompanhado integralmente pelos Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski<sup>173</sup>. Restou vencido o Min. Marco Aurélio, que votou por não conhecer da ADI

<sup>169</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5.240/SP**. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>> Acesso em: 28 out. 2018.

<sup>170</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 98, n. 889, p.105-148, nov. 2009.

<sup>171</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5.240/SP**. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>> Acesso em: 28 out. 2018

<sup>172</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 49.

<sup>173</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5.240/SP**. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>> Acesso em: 28 out. 2018.

e, no mérito, pela sua procedência, por entender que o Tribunal inovou em regras de direito processual, que são de iniciativa privativa do Poder Legislativo da União<sup>174</sup>.

Os votos proferidos revelam, ao menos, que já há no STF magistrados que acolhem a teoria do controle de convencionalidade com o mesmo conceito proposto entre nós por Mazzuoli<sup>175</sup>, ou seja, de compatibilização entre a norma advinda do direito internacional, mas internalizada no ordenamento jurídico brasileiro com *status* supralegal nos termos da jurisprudência do próprio STF, e a norma interna. Portanto, a ADI 5240/SP é um excelente exemplo de aplicação dessa modalidade de controle jurisdicional pelo Supremo Tribunal Federal.

## 5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo principal analisar o instituto do controle jurisdicional de convencionalidade e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do direito brasileiro. Para tanto, fora abordado, primeiramente, a forma como a Constituição Federal de 1988 disciplina os tratados internacionais de direitos humanos, analisando a relação entre direitos fundamentais e direitos humanos, assim como o *status* normativo dessas regras advindas do direito internacional no nosso ordenamento jurídico. Após, adentrou-se no estudo do instituto do controle de convencionalidade, abordando a sua origem, seus fundamentos, suas modalidades e seus efeitos. Por fim, buscou-se analisar alguns julgados, especificamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em razão de ser a Corte que estabeleceu o *status* supralegal dos tratados de direitos humanos, a fim de identificar se essa nova modalidade de controle é ou não aplicada no direito brasileiro.

Encerrado o estudo proposto, é possível apresentar algumas considerações finais sobre a pesquisa realizada. Assim, é possível avaliar se o Supremo Tribunal Federal, como Tribunal de última instância e incumbido com o dever de zelar pela Constituição, aplica ou deixa de aplicar essa forma de controle, nos termos do que a doutrina o conceitua, conforme apresentado na presente pesquisa.

Constatou-se que no período Pós-Guerra surge o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos, assim como se formou um novo modelo de constitucionalismo no ocidente. Na Constituição Federal de 1988, o Brasil buscou se aproximar dessa moderna tendência constitucional fundada na prevalência dos direitos humanos e no princípio da dignidade humana.

Após, verificou-se que há distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, no sentido de que o primeiro é previsto em instrumentos internacionais e o segundo consta formalmente nas Constituições, embora o conteúdo desses direitos seja o mesmo.

Analisou-se a expansividade do catálogo de direitos fundamentais através da cláusula de abertura contida no art. 5º, parágrafo segundo, da Constituição de 1988, com a necessária distinção entre direitos fundamentais em sentido material e em sentido formal. Os direitos fundamentais em sentido formal podem ser definidos como as garantias jurídicas da pessoa que foram alçadas a qualidade de direito fundamental por decisão expressa do constituinte, enquanto direitos fundamentais em sentido material são aqueles que não se encontram expressos no catálogo constitucional, mas que por sua substância e importância podem ser equiparados aos direitos formalmente constitucionais. Nesse ponto, os direitos humanos

---

<sup>174</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5.240/SP**. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>> Acesso em: 28 out. 2018.

<sup>175</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 98, n. 889, p.105-148, nov. 2009.

previstos em tratados internacionais podem ser considerados direitos fundamentais em sentido material.

Ainda, verificou-se o procedimento de ratificação dos tratados internacionais e sua hierarquia normativa no ordenamento jurídico brasileiro, concluindo-se que, para a doutrina majoritária, os direitos previstos em instrumentos internacionais ingressam no ordenamento com *status* normativo constitucional e, se aprovados pelo quórum qualificado previsto no parágrafo terceiro do art. 5º da Constituição, adquirem também *status* formalmente constitucional, pois se tornam equivalentes às emendas constitucionais. Porém, em dissonância com a doutrina, o Supremo Tribunal Federal assentou no julgamento do RE 466.343/SP, em 03 de dezembro de 2008, o entendimento de que os tratados de direitos humanos não aprovados pelo quórum qualificado possuem força normativa supralegal, ou seja, acima da legislação ordinária, mas abaixo da Constituição. Verificou-se, portanto, que tal entendimento consolidou no sistema jurídico o duplo estatuto dos tratados de direitos humanos, conferindo força constitucional para alguns tratados e supralegal para outros.

Com a decisão do STF de conferir grau hierárquico diferenciado aos tratados de direitos humanos, tornou-se possível no direito brasileiro uma nova modalidade de controle jurisdicional, o controle de convencionalidade. Esse novo modelo de controle restou conceituado, conforme proposto por Valério de Oliveira Mazzuoli, como uma forma de compatibilização vertical das normas domésticas com as normas previstas em tratados de direitos humanos em vigor no Estado.

Essa nova modalidade de controle foi cunhada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, tendo suas linhas mestras desenhadas no caso *Almonacid Arellano Vs. Chile*.

Constatou-se que os tratados de direitos humanos, quando internalizados pelo procedimento de ratificação, possuem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer norma infraconstitucional que seja com eles conflitante. Portanto, a legislação deve estar de acordo tanto com a Constituição como também com os tratados internacionais de direitos humanos devidamente ratificados, conforme teoria da dupla compatibilidade vertical material. Dessa forma, a declaração de inconvecionalidade gera a perda da validade da norma e, conseqüentemente, a perda da sua eficácia.

A dupla compatibilidade vertical material consiste na união entre a Constituição e os tratados de direitos humanos, com o objetivo de servir de obstáculo a toda e qualquer norma infraconstitucional que viole seus preceitos, não havendo hierarquização entre a Constituição e os tratados. Nesse sentido, aplica-se ao controle de convencionalidade o princípio *pro homine* ou *pro persona*, ou seja, em caso de conflito entre norma constitucional e a norma prevista em tratado internacional, aplica-se sempre a norma mais benéfica ao ser humano.

Verificou-se que o controle de convencionalidade pode ser exercido em duas modalidades: o difuso e o concentrado. O controle difuso pode ser exercido por qualquer juiz ou Tribunal, inclusive de ofício, enquanto o controle concentrado pode ser exercido somente pelo STF, nos casos em que o parâmetro de controle são tratados internacionais aprovados pelo quórum qualificado e, portanto, são equivalentes às emendas constitucionais.

Por fim, buscou-se analisar alguns casos enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal, oportunidade em que foi possível identificar que o STF aplica o controle jurisdicional de convencionalidade, ainda que em nenhum momento conste expressamente que o controle tenha sido exercido.

Em todos os casos o STF utilizou normas previstas em tratados internacionais de direitos humanos como parâmetro para compatibilizar normas infraconstitucionais, seja para retirar a eficácia dessa norma, ou seja, para manter a eficácia de uma norma que tenha sido questionada. Portanto, ainda que em nenhum momento os julgadores tenham expressamente referido que estavam exercendo o controle de convencionalidade nos casos analisados, essa

forma de compatibilização é precisamente o que a doutrina conceitua como controle jurisdicional de convencionalidade.

Conclui-se, assim, o estudo do presente trabalho com a certeza de que o controle de convencionalidade é ainda pouco utilizado na prática jurisprudencial brasileira, contando com poucos casos em que ele tenha sido efetivamente aplicado. O receio de sua utilização geralmente decorre do fato de ter sido objeto de poucos estudos no âmbito acadêmico brasileiro, bem como de não ser um instrumento previsto na legislação. Entretanto, ainda assim essa modalidade de controle consiste em importante mecanismo de proteção dos direitos humanos, o que reforça a necessidade de maiores estudos sobre o tema, a fim de resolver algumas controvérsias conceituais, bem como estabelecer um modelo brasileiro de controle de convencionalidade.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Waldir. Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. O Supremo Tribunal Federal e a prisão civil. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

BÜHRING, Marcia Andrea. **Direitos humanos e fundamentais: para além da dignidade da pessoa humana**. Porto Alegre: Editora Fi, 2014.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 02 nov. 2018

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 89, de 3 de dezembro de 1998**. Aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=537575&id=14269430&idBinario=15651233&mime=application/rtf>> Acesso em: 04 out. 2018.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 186, de 10 de julho de 2008**. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em:



<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm)> Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)> Acesso em: 22 out. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)> Acesso em: 01 out. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Diário Oficial da União. Brasília, 15 dez. 2009. p. 59.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5.240/SP**. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>> Acesso em: 21 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 72.131/RJ**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 23 de novembro de 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573><http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28466343%2EENUME%2E+OU+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hvf5ssf>> Acesso em: 21 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 97.256/RS**. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 01 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>> Acesso em: 21 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 143.641/SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>> Acesso em: 21 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 466.343/SP**. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>> Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 511.961/SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de junho de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>> Acesso em: 21 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 25**. Brasília, 12 de fevereiro de 2010. Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=25.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>> Acesso em: 04 out. 2018.

CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico; FRANCO, Tiago Arantes. Tratados internacionais de direitos humanos e o controle de convencionalidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 25, n. 102, p.245-268, jul./ago. 2017.  
CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. **Revista de Processo**, [s.i], v. 39, n. 232, p.363-390, jun. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006 (Exceções Preliminares, Mérito e reparações e custas). Disponível em:  
<[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)>. Acesso em: 01 out. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gelman Vs. Uruguay**. Sentença de 24 de fevereiro de 2011(Fundo e Reparções). Disponível em:  
<[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_221\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf)> Acesso em: 01 out. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Peru**. Sentença de 24 de novembro de 2006 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas). Disponível em:  
<[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_158\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf)> Acesso em: 01 out. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985**. Disponível em: <  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_05\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_ing.pdf)> Acesso em: 24 out. 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In:\_\_\_\_\_. (Coord.). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 98, n. 889, p.105-148, nov. 2009.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção americana sobre os direitos humanos**: assinada na Conferência especializada interamericana sobre direitos

humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm)>. Acesso em: 01 out. 2018.

PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade, direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SANTIAGO, Jaime Ruiz de. Atualidade do Direito Internacional dos Refugiados. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (Ed.). **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. San José da Costa Rica, Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto-comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, Comissão da União Européia, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. O supremo tribunal federal e o controle interno de convencionalidade na base dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 42, n. 266, p.23-51, abr. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Tratados internacionais de direitos humanos e o assim chamado controle de convencionalidade na ordem jurídico-constitucional brasileira na perspectiva do supremo tribunal federal. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v. 3, n. 5, p.183-220, jan./jun. 2017.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. In: \_\_\_\_\_. (Ed.). **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. San José da Costa Rica, Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto-comissariado das Nações Unidas Para Os Refugiados, Comissão da União Européia, 1996.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.