

TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

INTERNATIONAL TREATIES ON HUMAN RIGHTS AND THE CONVENTIONALITY CONTROL IN BRAZILIAN LAW

Luiza Diamantino Moura*

Resumo: Os tratados de direitos humanos são um componente importante do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que se buscou analisar como esses instrumentos internacionais se inserem no direito brasileiro, apresentando a tese aceita pelo órgão supremo do Poder Judiciário do país, o Supremo Tribunal Federal, e também a tese divergente que tem se destacado na doutrina, haja vista sua convergência com a lógica internacionalista, representada pelo jurista Valerio de Oliveira Mazzuoli. Assim, a partir da apresentação das teses da supralegalidade e da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos e da avaliação da jurisprudência nacional e internacional é analisado como esses tratados influenciam a produção normativa do país enquanto paradigma de controle vertical material, que se denomina controle de convencionalidade, das leis. Da análise da jurisprudência nacional em casos emblemáticos que admitiam o controle de convencionalidade, observou-se que o Brasil ainda tem um caminho a trilhar no que se refere a desenvolver uma prática do controle de convencionalidade no país, prática essa necessária, uma vez que contribuirá para a efetivação da proteção aos direitos fundamentais prevista na ordem constitucional brasileira.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Controle de convencionalidade. Dupla compatibilidade vertical. Tratados de direitos humanos.

Abstract: The treaties of human rights are an important component of the Brazilian legal system, so that it was sought to analyze how these international instruments fall within the Brazilian law, presenting the thesis accepted by the supreme body of the country's Judiciary, the Supreme Court, and also the divergent thesis that has excelled in the doctrine, given their convergence with internationalist logic, represented by jurist Valerio de Oliveira Mazzuoli. Thereby, from the theses presentation of the "supra-legality" and of the constitutionality of the treaties on Human Rights and the assessment of national and international jurisprudence is analyzed how these treaties influence national normative production while paradigm of material vertical control, called conventionality control of laws. From the analysis of national jurisprudence in emblematic cases that allowed conventionality control, it was observed that Brazil still has a way to go to develop a practice of the conventionality control in the country; implementing this is necessary, since it will contribute to the completion of the fundamental rights protection expected on Brazilian constitutional order.

Keywords: Constitutionality Control. Conventionality Control. Double Vertical Compatibility. Human rights treaties.

* Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais; Bacharel em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Professora de Direito Internacional da Faculdade de Pará de Minas; Rua Ricardo Marinho, 110, São Geraldo, 35660-398, Pará de Minas, MG; lu.diamantino@hotmail.com

Introdução

É possível perceber nas últimas décadas a emergência de um sistema internacional de proteção aos direitos humanos. A este corresponde uma infinidade de instrumentos convencionais de índole global e regional, aos quais se denomina tratados de direitos humanos.

Os tratados de direitos humanos compreendem todos os instrumentos internacionais que de alguma maneira consagrem direitos às pessoas, protegendo-as de qualquer ato que atente contra sua dignidade.

Enquanto instrumentos característicos do Direito Internacional, mas que ganham destaque e notoriedade com o passar dos anos, mesmo quando o tema é a política interna dos Estados, levantam-se questionamentos acerca de como ocorre a sua inserção no Direito interno, ou seja, como esses instrumentos internacionais se relacionam com as normas domésticas do país.

Podem-se destacar duas teses principais em torno das quais gira a discussão atual sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos no direito brasileiro. A primeira delas é a tese adotada pelo Supremo Tribunal Federal, que se posicionou no sentido de que os tratados de direitos humanos têm posição supralegal no ordenamento jurídico brasileiro, estando situados abaixo da Constituição Federal, mas acima da legislação ordinária. A segunda tese, apresentada pela doutrina, com destaque para o trabalho do jurista internacionalista Valério de Oliveira Mazzuoli, diverge do posicionamento do órgão supremo do Judiciário nacional, defendendo a constitucionalidade desses instrumentos em face de seu conteúdo protetivo do ser humano e da sua convergência com a lógica prevalecente no direito internacional.

O objetivo deste artigo é justamente apreender, por meio de um estudo bibliográfico e do exame de jurisprudência nacional e internacional, bem como da análise da legislação existente, como os tratados de direitos humanos se inserem no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando, também, como esses instrumentos vão influenciar a produção normativa interna do país, o que se denomina teoria do controle jurisdicional da convencionalidade das leis no Brasil. O estudo, portanto, vai suscitar alguns pontos inovadores referentes à produção das leis, na tentativa de contribuir para discussões mais amplas sobre a questão da dupla compatibilidade vertical material das normas e o controle de convencionalidade dela decorrente.

1 O *status* hierárquico dos tratados de direitos humanos no direito brasileiro

Para entender como os tratados de direitos humanos se inserem no direito brasileiro é preciso aferir sobre o *status* hierárquico desses instrumentos no ordenamento jurídico. Nesse sentido, cabe, inicialmente, uma análise dos § 2º e § 3º do Artigo 5º da Constituição Federal.

De fato, a Constituição deu um passo extraordinário rumo à abertura do sistema jurídico brasileiro ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, quan-

do no § 2º do Artigo 5º estabeleceu que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Com base nesse dispositivo do § 2º, é possível defender que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, de modo que não podem ser revogados por lei ordinária posterior ou especial. Essa é a posição que a doutrina mais abalizada sobre o tema tem defendido – na qual se destaca o trabalho dos juristas Valerio de Oliveira Mazzuoli, Flávia Piovesan e Antônio Augusto Cançado Trindade – com base no argumento de que

[...] se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais “em que a República Federativa do Brasil seja parte”, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil “se incluem” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, a Constituição “os inclui” no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade”. (MAZZUOLI, 2011, p. 28-29).

De acordo com Piovesan (2012), o Artigo 5º, § 2º da Constituição assegura, por si só, a hierarquia de norma constitucional a tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, de modo que, em decorrência da natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais, os direitos internacionais passariam também a integrar o chamado “bloco de constitucionalidade”. Nesse sentido, é também o entendimento de Galindo (2002, p. 410), para quem “[...] deve-se defender a posição de que os tratados possuem estrutura hierárquica constitucional.”

Trindade (1993), membro da Corte Internacional de Justiça, também abaliza essa parte da doutrina, entendendo que não se pode legitimamente esperar que as disposições internacionais sejam subordinadas às soluções do Direito Público Interno, atribuindo a esses instrumentos hierarquia constitucional. Para ele,

[...] 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 pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar as suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é Parte, os direitos fundamentais nele 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. (TRINDADE, 2003, p. 513).

Essa não é, contudo, a posição adotada pela Corte Suprema do país.¹ Para o Supremo Tribunal Federal, o entendimento é de que os tratados de direitos humanos no Brasil seriam superiores à lei ordinária, mas inferiores à Constituição, tendo, portanto, *status* de norma supralegal.

Segundo esta corrente de pensamento, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, apesar de não possuírem hierarquia constitucional (ou seja, devem se subordinar à Constituição, sendo passíveis, portanto, de controle de constitucionalidade), possuem um status superior à legislação infraconstitucional, que deve como ele se conformar. Dessa forma, o tratado, ao ser incorporado ao Direito brasileiro, revoga a legislação infraconstitucional que não seja com ele compatível, mas não poderá ser revogado por uma lei infraconstitucional posterior.

Foi o Ministro Sepúlveda Pertence quem inaugurou esse raciocínio no Brasil, ao proferir o seu voto, em sessão plenária do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 79.785/RJ [29/03/2000]. (PRADO, 2010, p. 229).

A tese do Ministro não foi, contudo, acatada pelo Supremo nessa oportunidade, mas somente no Recurso Extraordinário 466.343-1/SP, de 3 de dezembro de 2008. Há de se destacar que nessa histórica decisão de 2008 estavam em pauta no Supremo Tribunal duas correntes. O Ministro Gilmar Mendes sustentava o valor supralegal dos tratados de direitos humanos, enquanto o Ministro Celso de Mello sustentava valor constitucional desses tratados,² amparado substancialmente na doutrina dos já citados Antônio Augusto Trindade, Flávia Piovesan e Valério Mazzuoli. A tese do Ministro Gilmar Mendes da supralegalidade saiu vencedora do julgamento, de modo que se reconhece que os tratados de direitos humanos vigentes no Brasil e em vigor internacionalmente valem mais do que a lei e menos que a Constituição.

Foram votos parcialmente vencidos, no tocante ao estatuto normativo dos tratados de Direitos Humanos, os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie, que sustentaram a hierarquia constitucional de *todos* os tratados sobre Direitos Humanos, aprovados ou não pelo rito especial do art. 5º, § 3º. De fato, para Celso de Mello, trata-se de adaptar a CF/88, pela via interpretativa, ao novo contexto social de aceitação da internacionalização dos Direitos Humanos. Assim, o Ministro Celso de Mello, revendo sua posição anterior, sustentou que os tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil integram o ordenamento jurídico como norma de estatura constitucional. De acordo ainda com a posição do Ministro Celso de Mello, a CF/88 em sua redação original determina a prevalência dos Direitos Humanos (art. 4º, inc. II da CF/88) e reconhece o estatuto constitucional dos tratados internacionais de Direitos Humanos (art. 5º, § 2º da CF/88). Desta forma, os tratados de Direitos Humanos, mesmo que anteriores a EC 45/04, seriam normas consideradas constitucionais. (RAMOS, 2009, p. 244, grifo nosso).

¹ O entendimento de constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, antes do advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, mencionada a seguir, somente foi professada no Supremo Tribunal Federal pelo Ministro Carlos Velloso, em votos como o Habeas Corpus n. 73.131/RJ, Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1480/DF, e Recurso Extraordinário n. 206.482/SP (PRADO, 2010).

² Cabe destacar a radical mudança de entendimento por parte do Ministro Celso de Mello, que havia defendido nos julgamentos anteriores a posição de hierarquia infraconstitucional dos tratados de direitos humanos.

Dessa forma, tem-se que o entendimento jurisprudencial que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal não acompanhou a posição majoritária defendida pela doutrina especializada dos internacionalistas brasileiros, externada por autores como Mazzuoli (2011), Piovesan (2012), Galindo (2002) e Trindade (1993, 2001).

Ressalte-se que esse entendimento é, sim, considerado pela doutrina especializada um avanço da jurisprudência brasileira, haja vista que antes da decisão do RE 466.343-1/SP, de 03 de dezembro de 2008, o STF considerava que os tratados de direitos humanos teriam tão somente *status* de lei ordinária, o que implicava grande insegurança para qualquer país que tratasse com o Brasil, pois uma lei ordinária posterior ou especial poderia derogar um tratado internacional. Esse entendimento de que os tratados de direitos humanos possuíam nível infraconstitucional era balizado não somente pela jurisprudência nacional – em julgamentos como o Habeas Corpus n. 72.131/RJ (de 23/11/1995), Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480/DF (de 04/09/1997), Habeas Corpus n. 76.561/SP (de 27/05/1998), Recurso Extraordinário n. 206.482/SP (de 27/05/1998), Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 79.785/RJ (de 29/03/2000) e Habeas Corpus n. 81.319/GO (de 24/04/2002) – mas também por parte da doutrina, a exemplo dos constitucionalistas José Levi Mello do Amaral Junior (2005), Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2008), Alexandre de Moraes (2009) e Maurício Andreiuolo Rodrigues (2001) (PRADO, 2010).

Não obstante o entendimento, hoje, majoritário do Supremo Tribunal Federal de que os tratados de direitos humanos têm hierarquia supralegal, parece lógico que a cláusula aberta do § 2º do Artigo 5º da Constituição vem incluir os tratados de direitos humanos no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, o que equivale a dizer que todos os tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro e que estejam em vigor têm índole e nível constitucional, ou seja, são materialmente constitucionais.

Nesse sentido, Piovesan (2012) e Mazzuoli (2011) identificam que existiriam três modalidades de direitos e garantias individuais:

- a) os direitos e garantias expressos na Constituição (como os elencados nos incisos do Artigo 5º);
- b) os direitos e garantias implícitos, subentendidos nas regras de garantias e decorrentes dos princípios da Constituição;
- c) os direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

De forma expressa, a Carta de 1988 atribuiu aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos devidamente ratificados pelo Estado brasileiro a condição de *fontes* do sistema constitucional [...] de proteção de direitos no mesmo plano de eficácia e igualdade daqueles direitos, expressa ou implicitamente, consagrados pelo texto constitucional, o que justifica o *status* de norma constitucional que detêm tais instrumentos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. (MAZZUOLI, 2011, p. 30, grifo nosso).

Apesar de se admitir aqui que a cláusula do § 2º do Artigo 5º da Constituição sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, os diferentes posicionamentos apresentados indicam como o tema nunca foi pacífico na doutrina ou na jurisprudência, como se depreende das discussões de teses divergentes no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Assim, com o intuito de por fim às discussões doutrinárias e jurisprudenciais relativas à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento brasileiro, a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, adicionou ao Artigo 5º da Constituição o § 3º, pelo qual: “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.”

Esse dispositivo do Artigo 5º, § 3º da Constituição – cuja redação é semelhante à do Artigo 60, § 2º, que trata das emendas à Constituição – estabelece uma nova forma de aprovação para os tratados de direitos humanos. Assim, se antes da entrada em vigor da Emenda 45/2004, os tratados internacionais de direitos humanos para serem ratificados pelo Presidente da República, eram exclusivamente aprovados por meio de Decreto Legislativo, por maioria simples (nos termos do Artigo 49, inciso I, da Constituição), agora se tem a possibilidade desses tratados serem aprovados nas duas Casas do Congresso, em dois turnos, por três quintos dos votos antes de serem ratificados, o que os torna equivalentes às emendas constitucionais.³ Ora, os tratados de direitos humanos continuam devendo ser aprovados por decreto legislativo, mas pode o Parlamento decidir se com o quórum para equivalência de emenda constitucional (§ 3º do Artigo 5º da Constituição) ou sem ele.

Com efeito, apesar do propósito de colocar fim às controvérsias sobre o nível hierárquico dos tratados de direitos humanos no Brasil, a Emenda 45/2004 não parece ter alcançado esse objetivo. Isso porque, ao invés de reafirmar o sentido do § 2º, acaba por trazer novas incongruências ao induzir à conclusão de que apenas os tratados aprovados por maioria qualificada pelas duas Casas do Congresso Nacional teriam valor hierárquico de norma constitucional; e os aprovados sem esse procedimento específico teriam valor infraconstitucional. Mesmo quando o quórum para aprovação do decreto não for o do § 3º, ainda assim prevalece a lógica da constitucionalidade desses instrumentos internacionais (ou da supralegalidade no caso do entendimento do Supremo Tribunal Federal), visto que decorrem do preceito do § 2º do Artigo 5º.⁴

³ “[...] pode o Congresso Nacional aprovar o tratado pela sistemática do Artigo 5º, § 3º, [...] mas tal aprovação não coloca o tratado em vigor no plano interno com equivalência de emenda constitucional, o que somente irá ocorrer após ser o tratado ratificado e desde que este já vigore no plano internacional.” (MAZZUOLI, 2011, p. 49).

⁴ Além disso, a Emenda n. 45/2004 cria categorias jurídicas diferentes para instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, com ou sem o procedimento do § 3º, o que não faz o menor sentido e viola o princípio jurídico da isonomia quando trata diferentemente instrumentos que são iguais.

O quórum qualificado trazido pela EC n. 45 apenas reforça a natureza constitucional dos instrumentos, “[...] ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a constitucionalização formal dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno.” (PIOVESAN, 2012, p. 128). O que se verifica, portanto, é que “[...] o quórum que o § 3 do Art. 5º estabelece serve tão somente para atribuir eficácia 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.” (MAZZUOLI, 2011, p. 51).

O § 3º traz o procedimento específico pelo qual um tratado de direitos humanos se torna equivalente a uma emenda constitucional, independentemente da determinação de seu conteúdo constitucional. De acordo com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, portanto, apenas os tratados de direitos humanos aprovados com o quórum qualificado do §3º teriam nível constitucional, pois são equivalentes às emendas constitucionais.

Falar que um tratado tem “status de norma constitucional” é o mesmo que dizer que ele integra o bloco de constitucionalidade material (e não formal) de nossa Carta Magna, o que é menos amplo que dizer que ele é “equivalente a uma emenda constitucional”, o que significa que esse mesmo tratado já integra formalmente (além de materialmente) o texto constitucional. Assim, o que se quer dizer é que o regime material (menos amplo) dos tratados de direitos humanos não pode ser confundido com o regime formal (mais amplo) que esses mesmos tratados podem ter, se aprovados pela maioria qualificada ali estabelecida. (MAZZUOLI, 2011, p. 52).

Assim, decorrem do § 3º do Artigo 5º da Constituição efeitos mais amplos a serem atribuídos aos tratados de direitos humanos que equivalem a emendas constitucionais. São três esses efeitos:

- a) os tratados de direitos humanos equivalentes a emendas passam a reformar a Constituição, o que não é possível sendo apenas materialmente constitucionais;
- b) os tratados não poderão ser denunciados, uma vez que equivalem às emendas constitucionais que são, em matéria de direitos humanos, cláusulas pétreas do nosso ordenamento, podendo inclusive ensejar responsabilização do Presidente da República caso o faça;
- c) esses tratados de direitos humanos equivalentes a emendas serão paradigmas do controle concentrado de convencionalidade, como se verá detalhadamente a seguir.

3 O controle de convencionalidade das leis no Brasil

De acordo com a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, exposta anteriormente, apenas os tratados de direitos humanos em vigor e ratificados pelo Brasil pelo quórum qualificado no § 3º do Artigo 5º da Constituição teriam nível constitucional,

sendo equivalentes às emendas constitucionais. Por outro lado, os demais tratados de direitos humanos que não cumpriram esse procedimento específico teriam nível supra-legal, localizando-se entre a Constituição e a legislação ordinária na pirâmide normativa.

Nesse sentido, em ambos os casos é possível aferir a possibilidade dos tratados de direitos humanos servirem de paradigma para o controle de convencionalidade no país, que compreende a compatibilização vertical das leis, tendo como parâmetro de controle as convenções internacionais de direitos humanos ratificadas e em vigor no Brasil.

Assim, se a compatibilidade das leis com a Constituição é feita por meio do controle de constitucionalidade, e como os tratados de direitos humanos no Brasil são materialmente constitucionais, a compatibilidade das leis com esses tratados deve ser feita por meio de um controle de convencionalidade. Desse modo, o controle de convencionalidade não se confunde com o controle de constitucionalidade.

3.1 A dupla compatibilidade vertical material

Como visto, o Artigo 5º da Constituição, em seu § 2º, traz três vertentes de direitos e garantias fundamentais: aqueles expressos no texto constitucional, os implícitos na Constituição e os provenientes de tratados internacionais que tratem de direitos humanos. Dessa forma, as normas infraconstitucionais que vierem a ser produzidas no Brasil, para serem compatíveis com o atual Estado Democrático de Direito brasileiro devem passar por dois níveis de aprovação.

Em consonância com o entendimento da Corte Suprema do país, o primeiro nível seria o relativo à Constituição e aos tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e aprovados com o quórum que os torna equivalentes às emendas, ou seja, aqueles tratados de direitos humanos formalmente constitucionais. O segundo nível seria o da aprovação quanto aos tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor, mas que não passaram pelo procedimento específico de aprovação do § 3º do Artigo 5º da Constituição, e que compreendem nível supralegal de acordo com o STF.

Já pelo entendimento apresentado pela doutrina de juristas como Mazzuoli (2011) e Piovesan (2012), expostos anteriormente, como todos os tratados de direitos humanos são ao menos materialmente constitucionais, sendo material e formalmente constitucionais quando aprovados com o quórum qualificado, a lógica dos níveis de compatibilidade vertical das normas é diferenciado.

Em decorrência desse entendimento, Mazzuoli (2011) coloca que o primeiro nível de aprovação vertical das leis compreende a Constituição e todos os tratados de direitos humanos ratificados e em vigor, independentemente de terem sido ou não aprovados pelo procedimento do § 3º do Artigo 5º; enquanto o segundo nível compreende os tratados internacionais comuns também ratificados e em vigor no país, os quais ele considera supralegais.⁵

⁵ Para Mazzuoli (2011), os tratados internacionais comuns, ou seja, que não versam sobre direitos humanos, também têm *status superior* ao das leis ordinárias, mas não se equiparam às normas constitucionais. Assim, esses tratados internacio-

Dessa dupla compatibilidade vertical decorre que a validade das leis no direito interno não é garantida apenas pela conformidade com o texto da Constituição, mas também pela conformidade com os tratados internacionais ratificados pelo país e que estejam em vigor. O simples fato de a norma ser vigente não mais equivale a dizer que ela é válida, o que derruba as proposições da dogmática positivista clássica que toma a norma vigente como válida e a norma válida como vigente.

[...] Caso a norma esteja de acordo com a Constituição, mas não como eventual tratado já ratificado e em vigor no plano interno, poderá ela ser até considerada *vigente* (pois, repita-se, está *de acordo* com o texto constitucional e não poderia ser de outra forma) – e ainda continuará perambulando nos compêndios legislativos publicados –, mas não poderá ser tida como *válida*, por não ter passado imune a um dos limites verticais materiais agora existentes: os tratados internacionais em vigor no plano interno. Ou seja, a incompatibilidade da produção normativa doméstica com os tratados internacionais em vigor no plano interno (ainda que tudo seja compatível com a Constituição) torna *inválidas* as normas jurídicas de direito interno. (MAZZUOLI, 2009, p. 108, grifo nosso).

Assim, não existe equivalência entre ser lei vigente e ser lei válida. Lei vigente é aquela que existe no plano legislativo, que está conforme as normas formais para a sua criação. Em contrapartida, lei válida é aquela coerente e compatível com as normas substanciais que orientam a produção do direito interno – a Constituição e os tratados internacionais em vigor ratificados pelo país.

Para ser eficaz, ou seja, para produzir efeitos na realidade social, a norma precisa ser válida, e para ser válida, deverá ser também vigente, mas a recíproca não é verdadeira – “[...] trata-se de uma escala de valores onde, em primeiro lugar, encontra-se a *vigência*, depois a *validade* e, por último, a *eficácia*.” (MAZZUOLI, 2009, p. 113, grifo nosso). Nesse sentido, não basta aferir que a norma é vigente para que possa ser aplicada em determinada situação. Somente se a lei for válida pode ser eficaz, e a lei somente será válida se compatível com a Constituição e com os tratados internacionais (de direitos humanos ou não, respectivamente, se pela tese do STF ou pela do MAZZUOLI) ratificados e em vigor.

Ante o exposto, a produção normativa no Brasil deve estar atenta a essa dupla compatibilidade vertical material, que compreende tanto o conhecido controle de constitucionalidade como o “novo” controle de convencionalidade.⁶

3.2 O controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade compreende a compatibilidade com o texto constitucional para fins de vigência e validade da produção normativa doméstica. Para

nais comuns têm *status* supralegal no Brasil, não podendo ser revogados por lei interna posterior, e corresponderia a eles um controle de suprallegalidade das normas infraconstitucionais.

⁶ A teoria completa do controle jurisdicional de convencionalidade das leis apresentada por Mazzuoli era inédita no Brasil quando foi apresentada em sua tese de doutoramento (2008). Alguns estudiosos utilizaram a expressão antes de Mazzuoli, como o Professor André de Carvalho Ramos, da USP, mas sem desenvolver uma teoria completa do controle da legislação interna para o Brasil.

o controle de constitucionalidade devem ser observados não somente os limites formais constantes da Constituição, mas também os limites materiais fornecidos por ela.

De fato, “De acordo com o novo paradigma do ECD [Estado Constitucional de Direito] a produção legislativa (agora) encontra limites formais e materiais, ou seja, não pode violar o núcleo essencial de cada direito, não pode fazer restrições desarrazoadas aos direitos fundamentais etc.” (GOMES apud MAZZUOLI, 2009, p. 121).

Assim, em consonância com o § 2º do Artigo 5º da Constituição, tem-se que a constitucionalidade das leis deve ser aferida quanto a dois aspectos: quanto aos direitos expressos na Constituição e quanto aos direitos implícitos no texto constitucional.

Tem-se, portanto, que para a norma ser válida, e posteriormente eficaz, é necessário que seja antes de tudo compatível com os direitos expressos na Constituição. Além disso, deve estar ainda de acordo com os direitos implícitos, ou seja, aqueles “[...] que provêm ou podem vir a provir ‘do regime e dos princípios por ela [Constituição] adotados’.” (MAZZUOLI, 2009, p. 124).

Nesse sentido, o controle de constitucionalidade é o primeiro limite vertical material a ser considerado quando da produção normativa, e sua não observância implica em vício jurídico a ser sanado pelo operador do Direito.

O vício de inconstitucionalidade pode ser combatido tanto pela via difusa quanto pela via concentrada. A via difusa pode ser utilizada por qualquer cidadão quando a inconstitucionalidade estiver presente em um caso concreto, arguida, portanto, como via de exceção ou de defesa em qualquer juízo ou tribunal. Já o controle pela via concentrada ocorre por meio das ações de controle abstrato, especialmente pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin) perante o órgão supremo do Judiciário – o Supremo Tribunal Federal – e ajuizada por um dos legitimados do Artigo 103 da Constituição Federal.

Há de se destacar que

[...] neste primeiro momento de compatibilidade das leis com o Texto Magno, a falta de *validade* normativa daquelas e sua expulsão do ordenamento jurídico contribui para o *diálogo das fontes*, na medida em que se retira da *conversa* normativa a lei que não tem *argumentos válidos* que a autorizem a continuar no diálogo (pois ela é *inconstitucional* e, portanto, *inválida*). Assim, retira-se da lei a possibilidade de continuar *conversando e dialogando* com as outras fontes jurídicas, autorizando-se a participação nessa *conversa* apenas fontes válidas e eficazes. (MAZZUOLI, 2009, p. 123, grifo nosso).

De fato, no diálogo das fontes somente resistem as normas dotadas de validade, ou seja, aquelas que passaram pelo crivo do controle de constitucionalidade, tanto aos direitos expressos quanto aos implícitos no Texto Constitucional.

Isso posto, passa-se ao segundo limite vertical material de produção normativa.

3.3 O controle de convencionalidade das leis

O segundo limite vertical material consiste no controle de convencionalidade das leis, que compreende a compatibilidade do direito interno com os tratados interna-

cionais em vigor do país (notadamente os de direitos humanos, mas não somente eles), e significa que a norma doméstica deve também ser compatível com a ordem jurídica internacional, ou seja, que não viole os preceitos de Direito Internacional que obrigam o país. Tem-se, portanto, que o controle de convencionalidade é complementar ao tradicional controle de constitucionalidade das leis.

Sagués (2012) identifica três fundamentos principais que envolvem o controle de convencionalidade:

- a) o princípio da boa-fé no cumprimento das obrigações internacionais por parte dos Estados, ou seja, a obrigação de cumprir com o que foi pactuado (*pacta sunt servanda*);
- b) o princípio do efeito útil dos convênios, cuja eficácia não pode ser afastada por normas ou práticas dos Estados;
- c) a não alegação do direito interno para eximir-se dos deveres pactuados internacionalmente, constante da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados.

Apesar de ainda pouco difundida a expressão “controle de convencionalidade” no Brasil, o fato é que a compatibilização vertical das normas internas com os tratados de direitos humanos é essencial para a validade das normas.

Nesse sentido, entende-se que o controle de convencionalidade deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional relativamente aos tratados aos quais o país se encontra vinculado. Trata-se de *adaptar* ou *conformar* os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para este deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano de seu direito interno. (MAZZUOLI, 2009, p. 129, grifo nosso).

À medida que o “[...] fato de serem os tratados internacionais (notadamente os de direitos humanos) imediatamente aplicáveis no âmbito doméstico garante a legitimidade dos controles de convencionalidade e de supralegalidade [...]” (MAZZUOLI, 2009, p. 130), o controle de convencionalidade das normas infraconstitucionais pelos tribunais locais não requer qualquer autorização especial.

Na prática, isso significa que o controle de convencionalidade das leis pode se dar mesmo em caráter difuso (como o controle difuso de constitucionalidade), com qualquer juiz ou tribunal se manifestando sobre ele quando levantado como defesa ou exceção frente a um caso concreto. “À medida que os tratados forem sendo incorporados ao direito pátrio os tribunais locais [...] podem, desde já e independentemente de qualquer condição ulterior, compatibilizar as leis domésticas com o conteúdo dos tratados (de direitos humanos ou comuns) vigentes no país.” (MAZZUOLI, 2009, p. 130-131).

Ainda, existe também o controle de convencionalidade concentrado, que ocorre perante o Supremo Tribunal Federal. De fato, pelo controle de convencionalidade concentrado, os legitimados do Artigo 103 da Constituição podem propor ao STF as ações de controle abstrato (ADIN, ADECON, ADPF, etc.) para compatibilizar a legislação infra-

constitucional com o disposto nos tratados internacionais de direitos humanos. Assim, se para o controle de constitucionalidade admite-se, por exemplo, a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade ou a Ação Declaratória de Constitucionalidade, nos termos do controle de convencionalidade pode-se pensar em Ação Declaratória de Inconvencionalidade ou em Ação Declaratória de Convencionalidade.

Há de se destacar que para os tratados que cumpriram o rito do § 3º do Artigo 5º da Constituição – e que equivalem a emendas constitucionais – admite-se o controle de convencionalidade difuso ou o controle de convencionalidade concentrado. Já para os tratados de direitos humanos que não cumpriram o §3º, enquanto instrumentos materialmente constitucionais, seria possível apenas o controle difuso de convencionalidade.

Assim, é bom deixar claro que o controle de convencionalidade *difuso* existe entre nós desde a promulgação da Constituição, em 05.10.1988, e desde a entrada em vigor dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil após esse período, não obstante jamais qualquer doutrina no Brasil ter feito referência a esta terminologia. Já o controle de convencionalidade *concentrado*, este sim, nascera apenas em 08.12.2004, com a promulgação da EC 45/2004. (MAZZUOLI, 2009, p. 131, grifo nosso).

Ademais, a compatibilidade das normas infraconstitucionais com os tratados internacionais em vigor no país, que caracteriza o controle de convencionalidade, deve acontecer, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, apenas quanto aos tratados de direitos humanos. Assim, os direitos expressos e implícitos nos tratados de direitos humanos devem ser paradigmas da produção das normas internas no país, para que, assim, possam ser vigentes e válidas em nossa ordem jurídica.

Por outro lado, Mazzuoli (2011)⁷ considera que também o controle de convencionalidade deve ocorrer em dois âmbitos. Assim, para além do controle de convencionalidade relativamente aos direitos previstos nos tratados de direitos humanos, o renomado jurista considera que deve ser realizado um controle relativamente aos direitos previstos nos tratados comuns. A estes, que se encontram em nível abaixo da Constituição, mas acima da legislação ordinária – nível supralegal – corresponderia um controle de supralegalidade. Por não ser objeto deste estudo, não se deterá mais sobre esse ponto (MAZZUOLI, 2011), mas o que interessa aqui é perceber como a questão dos tratados internacionais no direito brasileiro ainda não é pacífica em nosso país.

De qualquer forma,

A falta de compatibilização do direito infraconstitucional com os direitos previstos nos tratados de que o Brasil é parte [somente os tratados de direitos humanos na posição do STF] *invalida* a produção normativa doméstica, fazendo-a cessar de operar no mundo jurídico. Frise-se que tais normas infraconstitucionais, que não passaram incólumes à segunda etapa da primeira compatibilização vertical material, deixam de ser *válidas* no plano jurídico, mas ainda continuam *vigentes* nesse mesmo plano, uma vez que sobreviveram ao primeiro momento da primeira compatibilidade vertical material (a compatibilidade

⁷ Mazzuoli (2011) foi o primeiro na doutrina a falar em controle difuso e concentrado de convencionalidade.

com a Constituição). Por isso [...] dever-se-á ter em conta que nem toda lei *vigente* é uma lei *válida*, e o juiz estará obrigado a deixar de aplicar a lei inválida (contrária a um direito previsto em tratado de direitos humanos em vigor no país), não obstante ainda vigente (porque de acordo com a Constituição). (MAZZUOLI, 2009, p. 134, grifo nosso).

Também Ramos (2009, p. 245) se posiciona a favor de um controle de convencionalidade de Direitos Humanos, entendido como “[...] a análise da compatibilidade das normas internas às normas de tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.” Um dos primeiros autores a utilizar a expressão “controle de convencionalidade” e defender sua existência no Brasil, ele aborda tal controle como uma técnica legislativa em que se “[...] deixa de adotar uma determinada lei que viole um Tratado Internacional de Direitos Humanos aderido pelo Estado, no intuito de afastar a responsabilidade internacional do Estado por ato do Poder Legislativo.” (MAZZUOLI apud GONÇALVES, 2013, p. 403).

Nas palavras de Ramos (2009, p. 258-259, grifo nosso):

[...] o controle de convencionalidade analisa, sim, *apenas se a norma internacional foi violada por meio da própria aplicação da norma constitucional*. Em 2001, em livro sobre a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos [...] sustentei também que era possível o controle de convencionalidade em abstrato, pugnando que houvesse o crivo das normas internas, mesmo sem qualquer aplicação concreta, com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Percebe-se que Ramos (2009), contudo, não aprofunda a discussão dos controles concentrados e difusos desenvolvida por Mazzuoli (2011), a partir da qual inova na doutrina para alçar o controle de convencionalidade a meio judicial de declaração de invalidade de leis incompatíveis com tais tratados, tanto por via de exceção quanto por meio de ação direta; tampouco sustenta a possibilidade do controle de convencionalidade com relação aos tratados de direito comum, ao que Mazzuoli (2011) denomina controle de supralegalidade.

Com efeito, a grande diferença entre os trabalhos desenvolvidos pelos dois autores acerca do controle de convencionalidade está em que para Mazzuoli (2011) não se trata de técnica legislativa de compatibilização dos trabalhos do Legislativo com os instrumentos de direitos humanos ratificados, nem de mecanismo internacional para apurar atos de descumprimento do Estado em relação às suas obrigações internacionais, mas meio para declarar a validade ou invalidade de leis internas em relação aos compromissos internacionais pactuados e em vigor no Estado.

Dessa forma, enquanto Mazzuoli (2011) destaca que o controle de convencionalidade deve ser empreendido por qualquer juiz ou tribunal na modalidade difusa, e pelo Supremo nas modalidades difusa ou concentrada, Ramos (2009) coloca que o controle de convencionalidade deve ser feito no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal, vinculando sua tese ao “[...] dever do Brasil de cumprir, *in totum*, as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ficando sempre tal obrigação acima de eventuais dificuldades

de ordem legal, uma vez que o Pacto de San José no mínimo terá natureza *supralegal*.” (RAMOS, 2009, p. 259, grifo nosso). Ainda,

[...] este controle de convencionalidade não pode se limitar a meramente citar o texto da convenção ou tratado de Direitos Humanos: urge que o Brasil, por meio do seu tribunal maior – o Supremo Tribunal Federal, exercite um *controle de convencionalidade aplicado*, ou seja, que utilize a interpretação realizada pelos intérpretes finais destas normas de tratados de Direitos Humanos que são os órgãos internacionais de Direitos Humanos instituídos por estes citados tratados. (RAMOS, 2009, p. 245, grifo nosso).

Nesse ponto, há de se ressaltar o destaque que tanto Ramos (2009) quanto Mazzuoli (2011) atribuem a que seja agregada ao debate da convencionalidade no país a discussão sobre a interpretação dos tratados pelos órgãos em relação aos quais o Brasil já reconheceu a jurisdição obrigatória. Assim, ao empreender o controle de convencionalidade, os juízes e os tribunais brasileiros devem estar atentos também à interpretação que é dada aos tratados de direitos humanos pelos tribunais internacionais competentes.

Com efeito, há de se notar que o controle jurisdicional da convencionalidade das leis vem complementar o mecanismo internacional de apuração dos atos estatais quanto ao cumprimento de suas obrigações internacionais, de modo que trabalhos como o de Ramos (2009) não devem ser desprezados, mas somados à concepção de convencionalidade das leis.⁸

É interessante ainda observar que o controle de convencionalidade das leis tem um *plus* em relação ao seu controle de constitucionalidade. Isto porque enquanto o controle de constitucionalidade só é possível de ser exercido por parte de tribunais internos, o de convencionalidade tem lugar tanto no plano internacional como no plano interno. Em outras palavras, o controle de constitucionalidade das leis é *menos amplo* que o seu controle de convencionalidade, o qual pode ser exercido tanto por parte de tribunais internacionais como por parte de tribunais internos. (MAZZUOLI, 2011, p. 137, grifo nosso).

Assim, a expressão “controle de convencionalidade” é também utilizada para se referir à compatibilização das normas locais com os tratados internacionais feita por meio de mecanismos internacionais unilaterais ou coletivos, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Corte Europeia de Direitos Humanos ou a Corte Internacional de Justiça. Essa modalidade de controle é, inclusive, fruto da criação jurisprudencial, principalmente por meio dos tribunais protetores dos direitos humanos, ou seja, da Corte Europeia e da Corte Interamericana (SAGUÉS, 2012). Esses órgãos internacionais serão, dessa forma, fonte importante para o desenvolvimento da doutrina do controle de convencionalidade nos países, que vai sendo construída de “fora para dentro” nos

⁸ Além do trabalho Ramos (2009), pode-se localizar outros autores latino-americanos que seguem a mesma linha de pesquisa. Assim, por exemplo, o argentino Bazán (2001) trabalha o controle de convencionalidade em relação à Corte Interamericana e o diálogo com a Corte da Argentina, e Sagués (2014) faz uma síntese do sistema interamericano de direitos humanos, apresentando observações sobre diferentes países latino-americanos em relação ao controle de convencionalidade, inclusive sobre o Brasil.

sistemas de proteção aos direitos humanos, com destaque para a Corte Interamericana no âmbito da América Latina. Tanto é assim que

É importante frisar que esse controle de convencionalidade por parte dos tribunais internos, da maneira como estamos a defender neste estudo, tem sido ordenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos desde 2006, cujas decisões o Brasil se comprometeu (desde 1998, pelo Decreto Legislativo 89) a respeitar e a fielmente cumprir.

[...] Esta [a Corte Interamericana] (desde 2006) tem entendido que devam os juízes e tribunais internos proceder ao exame da compatibilidade das leis com a Convenção Americana, levando em conta não somente a Convenção, mas também a interpretação que dela faz a Corte Interamericana, intérprete última e mais autorizada do Pacto de San José. (MAZZUOLI, 2011, p. 84).

Nesse sentido, pode-se identificar a posição da Corte Interamericana não somente em seu *Relatório Anual sobre Direitos Humanos referente ao Exercício de 2006* (Washington, D.C., 29 de março de 2007), mas também em algumas decisões paradigmáticas.

A título de exemplo, pode-se destacar, primeiramente, sua decisão no *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, julgado em 2006, na qual se ressaltou o dever dos Estados-parte da Convenção Americana de velar pela observância da Convenção, inclusive quanto à aplicação interna de leis contrárias ao objeto e à finalidade do Pacto de San José. De maneira explícita, os juízes se manifestaram quanto ao dever do Poder Judiciário “[...] exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’ entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.” (MAZZUOLI, 2011, p. 84).

Pouco depois, a Corte voltou a tratar a questão, quando no *Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso Vs. Peru* especifica como o controle de convencionalidade deve ser realizado, reforçando sua posição anterior. Nessa oportunidade, os juízes julgaram que

[...] os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não somente um controle de constitucionalidade, senão também ‘de convencionalidade’ *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e dos regulamentos processuais correspondentes. (MAZZUOLI, 2011, p. 86, grifo nosso).

No *Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México*, a Corte consolidou a doutrina sobre controle de convencionalidade em sua sentença de 2010, reafirmando a necessidade de se realizar esse controle, além de citar decisões de diferentes Cortes Supremas de países da região que incorporaram internamente a obrigatoriedade da interpretação da Corte Interamericana sobre a Convenção. Assim, países como Costa Rica, Bolívia, República Dominicana, Peru, Argentina e Colômbia reiteraram em decisões internas a vinculação às interpretações da Corte quanto aos direitos humanos e a obrigatoriedade de respeito aos tratados firmados.

De fato, como coloca Mazzuoli (2011, p. 85-86), o julgamento do *Caso Almonacid Arellano* inaugura a doutrina do controle de convencionalidade no continente americano, indicando a intenção da Corte de tomar o controle de constitucionalidade como questão de *ordre public* internacional. Essa lógica vem se difundindo em alguns países da América

Latina, demonstrando a existência no subcontinente de uma “[...] interação inter-cortes [...] para a promoção e proteção dos direitos humanos.” (MAZZUOLI, 2011, p. 90-91).

A afirmação da obrigatoriedade dessa interpretação da Corte Interamericana quanto ao controle de convencionalidade, contudo, ainda está longe de se concretizar no Brasil, como destaca Valerio Mazzuoli (2011, p. 88). De fato, não existem pronunciamentos explícitos no Brasil sobre a aceitação ou rechaço do Supremo Tribunal Federal sobre o controle de convencionalidade, apenas pronunciamentos da doutrina, que acompanha a posição de Mazzuoli (2011), como demonstrado nos trabalhos de Bastos Junior e Campos (2011), Teixeira (2012), Russowsky (2012) e Sagués (2014), por exemplo.

Dessa forma, e ante a não manifestação expressa do próprio Supremo Tribunal Federal sobre o tema, é interessante avaliar como é tratada a questão do controle de convencionalidade no país nos casos concretos. Assim, analisa-se a seguir três situações em que se delineiam a possibilidade/necessidade do controle de convencionalidade e como isso aconteceu (ou não) na prática.

4 O controle de convencionalidade na prática no direito brasileiro

Como foi visto, o ordenamento jurídico brasileiro traz o controle de convencionalidade das leis enquanto limite vertical material para a produção normativa, ao lado do tradicional controle de constitucionalidade, quanto aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil e em vigor internacionalmente.

Admitindo a tese do Supremo Tribunal Federal de que, em regra, os tratados de direitos humanos contam com valor supralegal, eles servem apenas para o controle difuso de convencionalidade. Já os tratados aprovados com a maioria qualificada do § 3º do Artigo 5º da Constituição servirão de paradigma de controle difuso ou concentrado, pois são equivalentes às emendas constitucionais. Admitindo a tese de Mazzuoli (2011), como todos os tratados de direitos humanos têm nível constitucional, é preciso, ainda, acrescentar a existência de um controle de supralegalidade no que se refere aos tratados comuns ratificados pelo Brasil e em vigor no país.

Percebe-se, assim, não somente que a questão da hierarquia dos tratados de direitos humanos não é pacífica no país, mas que o Brasil não tem acompanhado a tendência de seus vizinhos latino-americanos referente ao controle de convencionalidade e a necessidade de sua vinculação à interpretação da Corte Interamericana. Desse modo, pode-se questionar como esse controle de convencionalidade pode ser operado no país, o que leva à análise de três casos emblemáticos em que o controle de convencionalidade pode ser pensado no contexto brasileiro.

4.1 A prisão civil por dívida nos contratos de alienação fiduciária em garantia – Recurso Extraordinário (RE) n. 466.343-1/SP

O RE n. 466.343-1/SP foi o julgamento pelo qual o Supremo Tribunal Federal definiu seu entendimento atual de que os tratados de direitos humanos ratificados pelo

Brasil e que estejam em vigor têm *status* supralegal em nosso ordenamento, estando hierarquicamente abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional.

O Recurso Extraordinário foi interposto pelo Banco Bradesco S.A. contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento ao recurso de apelação, entendendo pela inconstitucionalidade da prisão civil do devedor fiduciante em contrato de alienação fiduciária em garantia, em face do disposto no Artigo 5º, LXVII, da Constituição.⁹

O Supremo negou provimentos ao Recurso,¹⁰ entendendo que

[...] desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (Art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (Art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém, acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. Assim, ocorreu com o Art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei n. 911/69, assim como em relação ao Art. 652 do Novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002). (SÃO PAULO, 2008, p. 60).

Tem-se que o Supremo realiza um verdadeiro controle de compatibilidade de norma doméstica quanto a normas internacionais constantes de tratados de direitos humanos - Artigo 11 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos¹¹ e Artigo 7º, 7, da Convenção Americana.¹² Assim, por mais que o STF não utilize a expressão “controle de convencionalidade”, de fato realizou um controle de convencionalidade (difuso) quando afirmou a incompatibilidade da prisão civil por dívida com as obrigações sobre direitos humanos pactuadas pelo Brasil por meio de tratados e, portanto, com o próprio ordenamento jurídico brasileiro.

Em outros termos, a previsão da prisão civil por dívida do depositário infiel, apesar de ainda vigente (pois permanece compatível com a Constituição), é inválida no direito brasileiro em face dos tratados internacionais de direitos humanos, deixando de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados.

Tanto é assim que o Supremo conclui que a prisão civil por dívida não é compatível com os “valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional”, que “[...] compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos.” (SÃO PAULO, 2008, p. 61). Reconhece-se, desse modo, que o Brasil é parte de um sistema internacional de proteção

⁹ Art. 5º, LXVII. Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel (BRASIL, 1988).

¹⁰ Além dos tratados internacionais de direitos humanos também foram analisadas as questões do princípio da proporcionalidade e do princípio da reserva legal proporcional.

¹¹ Art. 11. Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual (PACTO, 1966).

¹² Art. 7º, 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de obrigação alimentar (CONVENÇÃO, 1969).

de direitos humanos, e que seu ordenamento interno deve adaptar-se aos compromissos internacionais assumidos pelo país.

É nesse sentido que é reconhecida a necessidade de reformar o entendimento anterior sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos no país – pelo qual eram equiparados à legislação ordinária. Com efeito, o STF assumiu nessa oportunidade uma postura jurisdicional mais adequada ao quadro internacional de proteção ao ser humano, configurando uma verdadeira evolução jurisprudencial.

4.2 A Lei Maria da Penha

A Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006) foi resultado de recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos em face à denúncia contra o Brasil em caso relativo à violência doméstica praticada contra a Sra. Maria da Penha Maia Fernandes, pelo seu então marido.

Entendeu a Comissão que a delonga do Estado do Ceará na persecução penal contra o criminoso deveria ser atribuída ao Estado brasileiro, por ter permitido (com a sua inércia) a instalação de um ambiente propício à violência doméstica, uma vez que não houve evidência socialmente percebida da vontade e efetividade do Estado, como representante da sociedade, em punir esses atos. (BIANCHINI; MAZZUOLI, 2009, p. 365).

Com efeito, a omissão do Estado por mais de 17 anos na prestação da justiça e punição do responsável pela violência praticada durante o convívio matrimonial foi considerada violação à Convenção Americana de Direitos Humanos, o que levou a Comissão a recomendar ao Brasil diferentes medidas, entre as quais se destaca:

(a) medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica; (b) simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo; (c) estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera; (d) multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais; e (e) incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará de 1994, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares. (BIANCHINI; MAZZUOLI, 2009, p. 365).

Diante dessas recomendações, foi editada a Lei Maria da Penha – como ficou conhecida – preconizando uma atuação preventiva, psicossocial e punitiva. O objetivo é justamente pôr fim a um complexo quadro que envolve a vulnerabilidade da mulher quando da agressão, tanto física quanto psicológica, e uma cultura patriarcal ainda arraigada, compreendendo uma violência cruel e perversa, que tende a afligir todos os membros da família.

A validade da Lei Maria da Penha depende, como exposto, do duplo exame hierárquico, ou seja, dos controles de constitucionalidade e convencionalidade. No que diz respeito ao controle de constitucionalidade, o Artigo 226 da Constituição Federal traz que “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.” (§ 5º do Artigo 226 da Constituição) e que “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.” (§ 8º do Artigo 226 da Constituição). (BRASIL, 1988).

Assim, à medida que a Lei Maria da Penha reconhece o ciclo de violência doméstica e seu potencial para criar danos irreversíveis, apreende a complexidade do problema e concretiza o mandamento da Constituição de criar mecanismos para conter a violência nas relações domésticas.

Em outras palavras, a Lei Maria da Penha preenche o comando constitucional que atribui ao Estado o dever de coibir a violência no contexto familiar, daí advindo sua plena e irrestrita constitucionalidade. Pode-se então dizer que o art. 226, §8º, da CF/1988 é norma-suporte que legitima a intervenção do legislador ordinário no sentido de erradicar toda e qualquer violência no âmbito das relações domésticas (em geral) e a envolver a figura da mulher (em especial). (BIANCHINI; MAZZUOLI, 2009, p. 374).

De fato, a violência praticada no foro íntimo das relações domésticas não pode mais ser vista como assunto meramente privado. Enquanto problema social de natureza grave, é dever do Estado tratá-lo e erradicá-lo, o que tem buscado fazer por meio da Lei n. 11.304/2006.

Foi bastante discutida a questão da inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha, tendo inclusive a 2ª Turma Criminal do TJMS declarado a Lei inconstitucional com o argumento de que ela teria tratado tão somente da problemática da mulher, não abrangendo o marido que for agredido pela esposa – seria, nesse sentido, discriminatória. Tal justificativa, contudo, não procede. Tanto que o Órgão Especial do TJMS, em 07 de janeiro de 2009, acolheu o parecer do Ministério Público Estadual e julgou improcedente a Arguição de Inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI MARIA DA PENHA - OBEDIÊNCIA À ISONOMIA REAL - AUSÊNCIA DE VÍCIOS FORMAIS OU MATERIAS - VALIDADE DO DIPLOMA PERANTE A CARTA POLÍTICA - CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. Não prospera a imputação de inconstitucionalidade à Lei Maria da Penha, pois do seu exame tem-se que: desequipara todo um grupo de pessoas; tal grupo é estremado em razão de características especiais; existe uma correlação lógica entre as diferenças e a diversidade do regime jurídico e a distinção decorre de diretriz firmada em comando constitucional. Foi editada pelo organismo competente e em sua substância trata os desiguais de maneira diferenciada, na medida de suas desigualdades, dando amparo à igualdade real, justificada em razão do alarmante aumento da violência contra as mulheres, ponderada a facilidade do cometimento e a fragilidade psicológica das vítimas se-

viciadas, que não encontravam um remédio específico apto a tutelar e coibir eficazmente as particularidades da situação delituosa. (MATO GROSSO DO SUL, 2009, grifo nosso).

Na oportunidade dessa Arguição de Inconstitucionalidade, nenhuma menção foi feita à convencionalidade da Lei, indicando como essa questão ainda não é muito conhecida e difundida no país. Apesar disso, quanto ao controle de convencionalidade da Lei Maria da Penha, já em seu preâmbulo, dois importantes instrumentos internacionais de proteção à mulher são mencionados. Trata-se da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção de Belém do Pará, ambas ratificadas pelo Brasil.

Pela Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, ratificada mediante o Decreto n. 4.377/2002, tem-se o compromisso do Brasil de adotar as medidas necessárias para suprimir essa discriminação em todas as suas formas e manifestações. Já pela Convenção de Belém do Pará, promulgada no Decreto n. 1.979/1996, o Brasil se comprometeu a “[...] incluir em sua legislação interna normas penais, civis e administrativas, assim como as de outra natureza que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, e adotar medidas administrativas apropriadas que venham ao caso.” (Art. 7º, c, Convenção de Belém do Pará).

A questão da constitucionalidade da Lei Maria da Penha seria, contudo, resolvida de forma definitiva com o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal em fevereiro de 2012. Em votação unânime o Plenário do Supremo declarou a constitucionalidade da Lei Maria da Penha, dando procedência à Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 19, ajuizada pela Presidência da República com o objetivo de propiciar uma interpretação uniforme dos dispositivos da Lei pelo Judiciário nacional (BRASIL, 2012).

Especificamente, os dispositivos que se pretendia ver declarados harmônicos com a Constituição Federal eram os Artigos 1º, 33 e 41 da Lei, todos os quais considerados constitucionais, como se depreende da ementa do julgado:

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - LEI N. 11.340/06 - GÊNEROS MASCULINO E FEMININO - TRATAMENTO DIFERENCIADO. O artigo 1º da Lei n. 11.340/06 surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros - mulher e homem -, harmônica com a Constituição Federal, no que necessária à proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e à cultura brasileira. COMPETÊNCIA - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - LEI N. 11.340/06 - JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. O artigo 33 da Lei n. 11.340/06, no que revela a conveniência de criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, não implica usurpação da competência normativa dos estados quanto à própria organização judiciária. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER - REGÊNCIA - LEI N. 9.099/95 - AFASTAMENTO. O artigo 41 da Lei n. 11.340/06, a afastar, nos crimes de violência doméstica contra a mulher, a Lei n. 9.099/95, mostra-se em consonância com o disposto no § 8º do artigo 226 da Carta da República, a prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coibam a violência no âmbito das relações familiares. (BRASIL, 2012, p. 1-2).

Em relação a um controle de convencionalidade da Lei Maria da Penha, percebe-se que foi feita uma análise de forma tímida pelo Supremo na ADC n. 19, sem considerar a jurisprudência da Corte Interamericana – e apesar de não haver-se utilizado tal denominação – quando da análise dos artigos da Lei Maria da Penha, que fazem referência às Convenções sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e de Belém do Pará. É o que se depreende do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, quando coloca que

Na seara internacional, a Lei Maria da Penha está em harmonia com a obrigação, assumida pelo Estado brasileiro, de incorporar, na legislação interna, as normas penais, civis e administrativas necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, tal como previsto no artigo 7º, item “c”, da Convenção de Belém do Pará e em outros tratados internacionais ratificados pelo país. (BRASIL, 2012, p. 15).

Também o Ministro Luiz Fux tratou da conformidade da Lei Maria da Penha com os instrumentos internacionais assumidos pelo Brasil:

[...] não é possível sustentar, *in casu*, que o legislador escolheu errado ou que não adotou a melhor política para combater a endêmica situação de maus tratos domésticos contra a mulher. Vale lembrar que a Lei Maria da Penha é fruto da Convenção de Belém do Pará, por meio da qual o Brasil se comprometeu a adotar instrumentos para punir e erradicar a violência contra a mulher. Inúmeros outros compromissos internacionais foram assumidos pelo Estado brasileiro nesse sentido, a saber, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), o Plano de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher (1995), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, dentre outros. (BRASIL, 2012, p. 41, grifo nosso).

Por sua vez, o Ministro Celso de Mello não somente lembra a afronta que a ausência da Lei Maria da Penha representava aos compromissos internacionais que o Brasil pactuou, mas destaca como essa ausência colocava o país na contramão da tendência de proteção à mulher observada na América Latina (BRASIL, 2012).

Assim, existe nos votos dos Ministros uma preocupação de ressaltar as convenções internacionais assumidas pelo Brasil referentes à proteção da mulher e comentar a conformidade da Lei Maria da Penha com esses compromissos, de modo que se tem um controle, ainda que “embrionário”, da convencionalidade de tal Lei, haja vista que a interpretação dada pelo sistema interamericano de direitos humanos não foi nem mesmo mencionada.

Ressalte-se que, na oportunidade, o Ministro Celso de Mello aproveitou para destacar em seu voto que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos teve uma importante participação no surgimento da Lei Maria da Penha, tendo a Comissão se manifestado na época em que Maria da Penha Maia Fernandes sofreu a violência por parte do então marido, no sentido de que o crime deveria ser visto sob a ótica de crime de gênero e, ainda, que esse tipo de violência era reflexo da ineficácia do Judiciário, recomendando à Comissão uma investigação séria, a responsabilização penal do autor, a

reparação da vítima e a adoção de medidas nacionais pelo Brasil para coibir a violência contra a mulher (BRASIL, 2012).

Além disso, mencionando importantes declarações internacionais que trataram a temática feminina, o decano Celso de Mello coloca que “[...] o processo de afirmação da condição feminina há de ter, no Direito, não um instrumento de opressão, mas uma fórmula de libertação.” (BRASIL, 2012, p. 66).

Vale destacar que além das convenções sobre discriminação e a de Belém do Pará, como decorre de recomendação da Comissão Interamericana, a Lei Maria da Penha também se encontra em acordo com os preceitos da Convenção Americana de Direitos Humanos, notadamente com o previsto em seu Artigo 2º, pelo qual os Estados-parte se comprometem a adotar disposições de direito interno para tornar efetivos os direitos e liberdades previstos na Convenção. Inclusive, em seu Artigo 17, a Convenção traz a proteção da família como um desses direitos a serem garantidos, prevendo que os Estados “[...] devem tomar medidas apropriadas no sentido de assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidade dos cônjuges.” (Artigo 17, 4) (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 1969).

Diante do exposto, a Lei Maria da Penha não contraria os documentos internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, ao contrário, vem concretizá-los, sendo, portanto, também convencional.

Nesse sentido, com a Lei Maria da Penha, o Brasil vem cumprir sua responsabilidade internacional no que se refere à violência doméstica contra a mulher, já que pelo princípio da boa-fé quando um Estado ratifica um tratado internacional ele aceita as consequências que advirão dele, como adaptar sua legislação interna – que é ainda obrigação específica constante do Artigo 2º da Convenção Americana. Assim, a falta de aplicação da Lei Maria da Penha ou sua invalidação pelo Judiciário seriam causa para responsabilização internacional do país por violação de seus compromissos.

4.3 O Caso Gomes Lund e Outros vs. Brasil

Em 26 de março de 2009, o Brasil foi demandado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos em nome das vítimas e de seus familiares da Guerrilha do Araguaia, em virtude da execução extrajudicial de Maria Lúcia Petit da Silva e da responsabilidade brasileira pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, no contexto das operações do Exército Brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975, com o objetivo de erradicar a Guerrilha durante a Ditadura Militar no país.

O Brasil foi demandado perante a Corte porque, em virtude da Lei de Anistia, não foi realizada uma investigação penal com o objetivo de julgar e punir os responsáveis pelo desaparecimento forçado das vítimas e pela execução extrajudicial de Maria Lúcia Petit da Silva; porque os recursos judiciais de natureza civil disponíveis para a obtenção de dados a respeito da Guerrilha do Araguaia não foram efetivos para assegurar informações aos familiares das vítimas; porque medidas administrativas e legislativas adotadas

pelo Estado Brasileiro acabaram por restringir de forma indevida o direito de acesso à informação pelos familiares; e porque o desaparecimento das vítimas, a execução de Maria Lúcia Petit da Silva, a impunidade dos responsáveis e a falta de acesso à justiça, à verdade e à informação tiveram efeitos negativos sobre a integridade pessoal dos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada. Nesse sentido, também os familiares das vítimas são considerados vítimas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

A sentença da Corte (24 de novembro de 2010) concluiu pela responsabilidade do Estado brasileiro pelo desaparecimento forçado de 62 vítimas e, conseqüentemente, pela violação dos direitos aos reconhecimentos da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal (estabelecidos nos Artigos 3º, 4º, 5º e 7º da Convenção Americana), em relação à obrigação do Estado de respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção (Artigo 1.1).

Nesse sentido, parte importante do julgamento foi a discussão de se a Lei de Anistia brasileira (Lei n. 6.683/1979), referente ao *Caso Gomes Lund e Outros*, seria compatível com os direitos consagrados na Convenção Americana apesar das graves violações aos direitos humanos perpetradas pela Ditadura Militar no Brasil.

Com efeito, leis de anistia que incluam graves violações de direitos humanos são contrárias às obrigações pactuadas na Convenção e à jurisprudência da Corte Interamericana, de modo que são desprovidas de qualquer efeito jurídico – como reiterado no *Caso Barrios Altos Vs. Peru*, sentença em 14 de março de 2001, no *Caso Almonacid y Outros Vs. Chile*, sentença em 26 de setembro de 2006, e no *Caso La Cantuta Vs. Peru*, sentença em 29 de novembro de 2006.

Desse modo, a Corte Interamericana, ao julgar o caso, teve de se pronunciar sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal quanto à ADPF n. 153, de 29 de abril de 2010, que manteve a interpretação de que a Lei de Anistia teria sido ampla, geral e irrestrita, estando integralmente amparada pela Constituição brasileira.

A Corte Interamericana considera que a forma na qual foi interpretada e aplicada a Lei de Anistia aprovada pelo Brasil [...] afetou o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, ao impedir que os familiares das vítimas no presente caso fossem ouvidos por um juiz, conforme estabelece o artigo 8.1 da Convenção Americana, e violou o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 do mesmo instrumento, precisamente pela falta de investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo também o artigo 1.1 da Convenção. Adicionalmente, ao aplicar a Lei de Anistia impedindo a investigação dos fatos e a identificação, julgamento e eventual sanção dos possíveis responsáveis por violações continuadas e permanentes, como os desaparecimentos forçados, o Estado descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno, consagrada no artigo 2 da Convenção Americana. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, p. 64).

O que se percebe desse julgamento é que o Supremo não exerceu o controle de convencionalidade quando decidiu sobre a ADPF 153, não considerando as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil, notadamente aquelas constantes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Artigos 8º e 25 em relação aos Artigos 1.1 e 2º da Conven-

ção). Nessa oportunidade, o STF desconsiderou o dever contraído pelo Estado brasileiro de garantir o cumprimento das disposições do tratado no âmbito doméstico, ensejando inclusive sua responsabilização internacional caso continue o não cumprimento.

O controle de convencionalidade em relação à Lei de Anistia brasileira teria concluído pela sua vigência, visto que de acordo com a Constituição, mas pela sua não validade no ordenamento, visto que claramente inconvencional. Infelizmente, aqui o Supremo deixou de realizar o controle de convencionalidade da Lei, contribuindo para que as vítimas da Ditadura Militar não consigam concretizar seu acesso à justiça.

Essa foi também a conclusão da Corte Interamericana, que mais uma vez reiterou a necessidade de se realizar o controle de convencionalidade entre as normas internas e a Convenção Americana.

No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*). Como já salientou esta Corte e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados Parte vinculam todos seus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu direito interno. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, p. 66).

Fica patente mais uma vez, nesse caso, que o Brasil ainda tem um caminho a percorrer no que se refere ao desenvolvimento da prática do controle de convencionalidade. No caso *Gomes Lund*, particularmente, ficou evidenciada inclusive a violação do país quanto ao sistema interamericano de direitos humanos, o que ainda pode trazer consequências negativas para o país.

Conclusão

Em relação ao tema dos tratados internacionais no Brasil, existem duas grandes discussões: a do posicionamento hierárquico destes, e a decorrente possibilidade do controle de convencionalidade. Quanto ao nível hierárquico dos tratados de direitos humanos, podem ser identificadas as teses da infraconstitucionalidade, da supralegalidade e da constitucionalidade desses instrumentos. A esse respeito, divergências existem na doutrina e na jurisprudência; atualmente o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal situou os tratados de direitos humanos em nível supralegal, contrariando

a posição majoritária da doutrina especializada que os considera tendo *status* constitucional e superando o entendimento anterior de que seriam infraconstitucionais.

A tese da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro, encabeçada por juristas como Mazzuoli (2009, 2011), Piovesan (2012) e Trindade (1993), pela qual todos esses tratados têm índole e nível constitucional – quer sejam somente materialmente constitucionais, quer sejam material e formalmente constitucionais, no caso da equivalência às emendas (§ 3º do Artigo 5º da Constituição) – parece estar um tom acima da tese da supralegalidade aceita pelo Supremo Tribunal Federal, mas já representa um avanço importante se comparada à posição anterior.

Apesar das divergências sobre o seu nível hierárquico, sendo considerados no mínimo supralegais, é possível afirmar que os tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados e em vigor no Brasil são paradigma de controle da produção normativa doméstica, o que se denomina controle de convencionalidade das leis e será empreendido paralelamente ao tradicional controle de constitucionalidade.

O controle jurisdicional da convencionalidade das leis, com a possibilidade dos tratados de Direitos Humanos serem paradigma dos controles na modalidade difusa e concentrada (para os aprovados no quórum do § 3º do Artigo 5º da Constituição), é uma perspectiva inovadora do direito brasileiro justamente por se tratar da possibilidade de compatibilização das normas locais quanto às normas internacionais pela via judiciária interna, inserindo o Brasil na perspectiva internacionalista do sistema de Estados.

Em sentido prático, a Constituição e os tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil se unem para a construção de um direito que seja compatível tanto com a ordem interna quanto com a ordem internacional com a qual o Estado se comprometeu. Em caso de incompatibilidade com um ou com os outros, tem-se a invalidade do direito infraconstitucional e o respeito a uma ordem jurídica construída com base no respeito aos Direitos Humanos.

Com efeito, a promulgação da Constituição brasileira de 1988 foi um marco para o processo de redemocratização do país e também para o processo de institucionalização dos Direitos Humanos, permitindo a abertura para a nova ordem internacional de proteção do ser humano. Tanto é assim que, paralelamente a essa abertura, foi ocorrendo a ratificação crescente pelo Brasil de diferentes tratados internacionais protetivos dos direitos humanos, em âmbito regional e global.

Esses tratados vêm agregar novos direitos e garantias ao ser humano, ao ordenamento jurídico brasileiro e representam um arsenal enorme do direito pátrio para invalidar normas que venham a violar os direitos humanos. Com efeito, o jurista brasileiro, atualmente, não pode deixar de reconhecer a existência desses novos controles e buscar utilizá-los na defesa dos direitos e garantias do indivíduo, mas ainda há um longo caminho a ser percorrido em se tratando da observância desses tratados no país. É preciso mais vontade e interesse em efetivar esses tratados no Brasil, inclusive por parte do Judiciário pátrio, no sentido de incorporar de fato o controle de convencionalidade na prática jurisdicional do país, necessidade que decorre da própria ordem constitucional de 1988.

REFERÊNCIAS

AMARAL JUNIOR, J. L. M. do. Reforma define *status* jurídico de tratados de direitos humanos. *Consultor Jurídico*, 26 jan. 2005. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-jan-26/reforma_define_status_juridico_tratados_internacionais>. Acesso em: 03 maio 2014.

BASTOS JUNIOR, L. M. P.; CAMPOS, T. Y. G. Para além do debate em torno da hierarquia dos tratados: do duplo controle vertical das normas internas em razão da incorporação dos tratados de direitos humanos. *RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 1, n. 19, jun./dez. 2011.

BAZÁN, V. O controle de convencionalidade e a necessidade de intensificar um adequado diálogo jurisprudencial. Tradução Paulo Paiva. *DPU*, n. 41, set./out. 2011.

BIANCHINI, A.; MAZZUOLI, V. de O. Lei de violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei Maria da Penha): constitucionalidade e convencionalidade. *Revista dos Tribunais*, ano 98, v. 886, p. 363-385, ago. 2009.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 nov. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação declaratória de constitucionalidade 19: dispositivos da Lei Maria da Pena são constitucionais*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 de fev. de 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/texto_217154893.pdf>. Acesso em: 01 maio 2014.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. San José, Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 21 nov. 2012.

CONVENÇÃO Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, “Convenção de Belém do Pará”. Belém do Pará, Brasil, 09 jun. 1994. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em: 22 nov. 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Sentença Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. 24 nov. 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2012.

FERREIRA FILHO, M. G. *Direitos humanos fundamentais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GALINDO, G. R. B. *Tratados internacionais de direitos humanos e Constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

- MATO GROSSO DO SUL (Estado). Arguição de Inconstitucionalidade em Recurso em Sentido Estrito: 23422 MS 2007.023422-4/0002.00. Relator: Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins. Arguente: 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Arguido: Ministério Público Estadual. *Jus Brasil*, Campo Grande, 07 jan. 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5528256/arguicao-de-inconstitucionalidade-em-recurso-em-sentido-estr-23422-ms-2007023422-4-000200-tjms/inteiro-teor>>. Acesso em: 21 nov. 2012.
- MAZZUOLI, V. de O. *Controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MAZZUOLI, V. de O. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, ano 98, v. 889, p. 105-147, nov. 2009.
- MORAES, A. de. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. Nova York, 16 dez. 1966. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2012.
- PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PRADO, W. J. A hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos no Brasil. *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundial*, Brasília, DF, v. 7, n. 1, p. 223-259, jan./jun. 2010.
- RAMOS, A. de C. Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de Direitos Humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 241-286, jan./dez. 2009.
- RODRIGUES, M. A. Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição. In: TORRES, R. L. (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- RUSSOWSKY, I. S. O controle de convencionalidade das leis: uma análise na esfera internacional e interna. *Revista do CAAP*, Belo Horizonte, v. 18, n. 2, p. 61-96, 2012.
- SAGUÉS, N. P. *El "control de convencionalidad" en el sistema interamericana, y sus anticipo en el ámbito de los derechos económico-sociales: Concordancias y diferencias con el sistema europeo*. Ciudad de México: UNAM, 2012. Disponível em: <www.juridicas.unam.mx>. Acesso em: 03 maio 2014.

SÃO PAULO. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 466.343-1*. Recorrente: Banco Bradesco S.A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. São Paulo, 03 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

TEIXEIRA, C. G. O controle da convencionalidade das leis pelo poder judiciário. *RIDB*, ano 1, n. 2, p. 1127-1174, 2012. Disponível em: <<http://www.idb-fdul.com/>>. Acesso em: 08 maio 2014.

TRINDADE, A. A. A interação entre direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 182, p. 27-54, 1993.

TRINDADE, A. A. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003.

Data da submissão: 27 de novembro de 2012
Avaliado em: 25 de abril de 2013 (Avaliador A)
Avaliado em: 22 de maio de 2014 (Avaliador B)
Aceito em: 28 de maio de 2014