

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO  
FACULDADE DE DIREITO  
CAMPUS PASSO FUNDO

Micheli Piucco

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS  
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Passo Fundo

2016

Micheli Piucco

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS  
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Sociais e Jurídicas, da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção de grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Doutora Patrícia Grazziotin Noschang.

Passo Fundo

2016

Ao meu noivo Fernando Pitton, que não mediu esforços para que eu chegasse até a conclusão do Curso de Direito, e pelo apoio durante este percurso.

E à minha orientadora, Professora Doutora Patrícia Grazziotin Noschang pela amizade, pela dedicação, pelo empenho e pela disponibilidade, o que fez possível a conclusão do presente trabalho.

## RESUMO

O presente trabalho monográfico versa sobre o controle de convencionalidade das leis, que prevê a compatibilização das leis internas com os tratados internacionais que versem sobre matéria de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro. Esse controle foi inserido no ordenamento jurídico nacional pelo §3º, no artigo 5º da Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional n. 45 do ano de 2004. Somente a partir do ano de 2006 é que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a cuja jurisdição o Estado brasileiro se submete desde o ano de 1998, passou a utilizar o termo controle de convencionalidade em seus julgamentos, condenando a partir de então, diversos Estados que se submetem à sua jurisdição a compatibilizarem suas normas internas à Convenção Americana e à jurisprudência que a Corte faz dela. O trabalho tem como objetivo analisar se o controle de convencionalidade é utilizado quando da produção normativa constitucional e infraconstitucional no Brasil e na jurisprudência de seus tribunais. Após análise, chega-se à conclusão de que o Estado brasileiro adotou em seu texto constitucional o controle de convencionalidade das leis, para que, assim, fossem os Tratados de Direitos Humanos utilizados como parâmetro às normas produzidas internamente, possuindo como intérprete última de suas leis em face aos tratados internacionais a Corte Interamericana de Direitos Humanos, e não se exaurindo o julgamento no Supremo Tribunal Federal. O comprometimento com os direitos humanos fortifica o compromisso internacional do Estado frente aos seus cidadãos, devendo, para isso, serem adotadas medidas que compatibilizem as leis internas aos tratados internacionais de direitos humanos, como forma de proporcionar aos seus cidadãos as normas adotadas internacionalmente por diversos Estados e que mais dignifiquem os seres humanos. Até o momento, visualizam-se pequenas iniciativas de adotar, efetivamente, esse controle, segundo os parâmetros internacionais, no contexto interno.

**Palavras-chave:** Controle de Convencionalidade. Corte Interamericana. Direitos Humanos.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>5</b>
<b>2 DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....</b>	<b>7</b>
<b>2.1 Controle de Constitucionalidade das Leis.....</b>	<b>7</b>
2.1.1 Controle Difuso de Constitucionalidade das Leis.....	8
2.1.2 Controle Concentrado de Constitucionalidade das Leis .....	11
<b>2.2 Controle de Convencionalidade sob ótica Constitucional .....</b>	<b>12</b>
<b>2.3 Julgados do Supremo Tribunal Federal.....</b>	<b>15</b>
<b>2.4 Direitos Fundamentais .....</b>	<b>18</b>
<b>3 TRATADOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....</b>	<b>25</b>
<b>3.1 Recepção dos Tratados.....</b>	<b>25</b>
<b>3.2 Hierarquia .....</b>	<b>31</b>
<b>3.3 Vigência, Validade e Eficácia .....</b>	<b>36</b>
<b>3.4 Diálogo das Fontes.....</b>	<b>40</b>
<b>4 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS .....</b>	<b>45</b>
<b>4.1 Artigo 5º, §3º da Constituição Federal.....</b>	<b>45</b>
<b>4.2 Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos .....</b>	<b>51</b>
<b>4.3 Caso Gomes Lund e outros <i>versus</i> Brasil .....</b>	<b>54</b>
<b>4.4 A Adoção pelo Brasil do Controle de Convencionalidade das Leis .....</b>	<b>57</b>
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>59</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>61</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O Controle de Convencionalidade das Leis é um instrumento que visa a compatibilizar as leis internas dos Estados com os tratados internacionais de direitos humanos que foram ratificados os quais os Estados comprometeram-se em observá-los.

Esse controle é visto por alguns autores como parâmetro às normas infraconstitucionais e constitucionais, pois, quando aprovados pelo *quorum* do §3º do artigo 5º da Carta Magna brasileira, os tratados de direitos humanos serão equivalentes às emendas constitucionais, sendo também parâmetros de controle das normas constitucionais, no mesmo âmbito dos controles de constitucionalidade difuso e concentrado.

O controle de convencionalidade foi inserido no Estado brasileiro pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004, com a inserção do §3º no artigo 5º da Constituição Federal, com a previsão de equivalências às emendas constitucionais aos tratados que passarem pelo *quorum* diferenciado de três quintos dos votos do Congresso Nacional, em dois turnos.

O Supremo Tribunal Federal, em manifestação sobre a prisão civil do depositário infiel, já se posicionou pela soberania dos tratados internacionais que mais protejam os direitos dos cidadãos, reconhecendo possuírem nível supralegal, estando acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição, segundo o Ministro Mendes. O Ministro Mello reconhece hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, divergindo, assim, as posições (STF, 2008).

Nesse contexto, cabe fazer a diferenciação entre direitos fundamentais e direitos humanos, identificando-se os primeiros como os direitos assegurados em âmbito interno e os direitos humanos como aqueles direitos protegidos em âmbito internacional, os quais o controle de convencionalidade vem a assegurar a efetivação interna.

Para adentrarem ao ordenamento jurídico brasileiro, os tratados internacionais passam pelo crivo dos Poderes Legislativo e Executivo, cabendo ao Poder Legislativo aprovar com *quorum* qualificado ou não os tratados de direitos humanos. Quando aprovados por esse *quorum*, serão equivalentes às emendas constitucionais, fazendo jus a todos os modelos de controles postos às normas constitucionais.

Como equivalentes às emendas constitucionais, os tratados de direitos humanos adentram o ordenamento jurídico interno como cláusulas pétreas, não podendo ser retirados e nem denunciados os tratados na esfera internacional, devendo, sempre que mais benéfico às pessoas, ser aplicado o tratado.

Quanto à hierarquia, os tratados internacionais, quando ratificados pelo Estado brasileiro, independentemente de passarem pelo *quorum* qualificado incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004, devem ser aplicados quando mais benéficos à pessoa humana.

Um importante instrumento para efetivação das normas que melhor protejam os seres humanos é o “Diálogo das Fontes” que emerge frente às diferentes fontes de direito existentes. Não se utilizando mais a revogação de uma lei pela outra, o diálogo das fontes propõe a análise das normas mais favoráveis aos direitos humanos, colocando a pessoa humana no centro do ordenamento jurídico. Já utilizado em determinados julgamentos sobre Direito do Consumidor e Direito de Família, até os dias atuais o diálogo das fontes não foi utilizado de forma explícita nos casos concretos referentes aos tratados internacionais.

Em âmbito internacional, somente em 2006 é que a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem a posicionar-se dessa forma, instruindo que os Estados façam a revisão de suas normas internas e que amoldem seus ordenamentos internos à Convenção Americana e à jurisprudência que dela faz a Corte Interamericana.

Como ocorreu em outros Estados, o Brasil foi condenado perante a Corte no que ficou conhecido como o “Caso do Araguaia”, no qual o Supremo Tribunal Federal entendeu ser constitucional a Lei de Anistia brasileira. A Corte condenou o Estado por não ter controlado a convencionalidade de suas leis. Logo, tratando-se de tratados internacionais de direitos humanos em âmbito dessa Corte, a última palavra não cabe mais ao Supremo Tribunal Federal e sim à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Esse controle mostra-se como um efetivo instrumento de proteção aos direitos humanos que são reconhecidos na esfera internacional por todos os Estados. Em um cenário de constantes transgressões aos direitos dos seres humanos, é de suma importância que os Estados se unam para assegurar os direitos essenciais aos indivíduos. Dessa forma, ao controlar a convencionalidade das leis, os Estados buscam fortificar seus compromissos com os seres humanos, colocando-os como centro dos ordenamentos jurídicos.

## **2 DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

Neste capítulo, serão apresentados os modelos de controle adotados pelo Brasil na Constituição Federal de 1988, sendo eles o controle difuso e o controle concentrado de constitucionalidade, e o modo como se operam.

Com isso, a Constituição, como norma fundamental do sistema jurídico brasileiro, regula a produção normativa doméstica. Quando não observada, contrariando as regras postas, as leis deverão passar pelos controles sobre os quais se passará a expor, o controle difuso e o controle concentrado.

Cabe salientar, que doutrinadores brasileiros, como Valerio de Oliveira Mazzuoli, trazem os controles difuso e concentrado de constitucionalidade como referencial de formas com as quais o controle de convencionalidade vai ser operado quando as normas internas forem incompatíveis com eles.

Neste capítulo, serão abordadas as características dos direitos fundamentais e dos direitos humanos no ordenamento jurídico interno, a importância de sua proteção na esfera interna, regional e global, como direitos que limitam o poder dos Estados e que permitem a evolução para um Estado constitucional moderno e humanista que evidencia a universalização dos direitos da pessoa humana.

### **2.1 Controle de Constitucionalidade das Leis**

Quando as leis infraconstitucionais, no momento de sua produção normativa, contrariarem as normas expressas na Carta Magna brasileira, serão analisadas por meio do controle difuso ou do controle concentrado de constitucionalidade, conforme suas características, para que sejam retiradas do ordenamento jurídico (BARROSO, 2012, p. 33).

Para Barroso, o controle difuso e o concentrado se referem somente ao órgão que exercerá o controle sobre a norma em análise e que contraria dispositivo constitucional (2012, p. 63).

O controle das normas em um ordenamento jurídico está ligado à supremacia de uma Constituição, em virtude de sua rigidez e da proteção aos direitos fundamentais que assegura. Além disso, o controle de constitucionalidade é parâmetro que a Casa Legislativa deve seguir, atuando como limitador ao Poder do Estado (MORAES, 2014, p.721).



Moraes refere que controlar a constitucionalidade é verificar se determinada norma ou lei é compatível com a ordem jurídica interna de determinado Estado, verificando, assim, os requisitos materiais e formais. No sistema brasileiro, somente as normas codificadas poderão ser paradigma de controle de constitucionalidade (2014, p. 723).

A Constituição Federal assegura, em seu artigo 5º, II, o princípio da legalidade. O Poder Legislativo tem limites em sua competência de legislar sobre leis e normas. Em caso de não serem observados os limites impostos pela Constituição e pelos tratados ratificados pelo Estado brasileiro, a ato produzido será inconstitucional formalmente, possibilitando que as leis e normas sejam objeto dos controles expostos (MORAES, 2014, p. 723).

O controle de constitucionalidade no Brasil pode ser exercido preventivamente, quando se busca que uma norma inconstitucional não ingresse no ordenamento jurídico pátrio e é realizado pelos Poderes Executivo e Legislativo. Já o controle repressivo ocorre quando a lei já foi editada e promulgada e busca que esta norma seja retirada do ordenamento quando desrespeite a Constituição. Via de regra, é exercido pelo Poder Judiciário de forma mista, pelos controles difuso ou concentrado de constitucionalidade, ou como forma excepcional pelo Poder Legislativo, por meio de Medidas Provisórias ou por Delegação (MORAES, 2014, p. 725 e 729).

### 2.1.1 Controle Difuso de Constitucionalidade das Leis

O controle difuso de constitucionalidade é também denominado por alguns doutrinadores de controle pela via de exceção ou defesa. Essa forma de controle de constitucionalidade permite que todos os juízes ou tribunais realizem, frente ao caso concreto, a análise de determinada lei do ordenamento jurídico interno, em face da Constituição Federal. Quando verificada a afronta, a declaração de inconstitucionalidade se dá de forma incidental em relação ao objeto principal da lide, prejudicando o exame do mérito. Essa declaração somente isentará o interessado de cumprir ato ou lei que estiverem em desacordo com a Lei Maior, permanecendo válido o ato ou lei em relação a sua força contra terceiros (MORAES, 2014, p. 733).

Frente ao caso concreto, o Judiciário deverá decidir de forma incidental se o ato ou a lei é inconstitucional, sendo necessária esta declaração para a solução do objeto principal da ação (MORAES, 2014, p. 735).

Revestido o julgamento pelo controle incidental de constitucionalidade das leis, sua eficácia subjetiva é limitada às partes do processo, não afetando terceiros. Já a eficácia objetiva da coisa julgada tem como limite ao que foi pedido e decidido, contemplando a parte dispositiva da sentença prolatada (BARROSO, 2012, p. 150).

Para Barroso, não se confundem o controle por via incidental e o controle difuso. O primeiro é realizado na apreciação em um caso concreto e o segundo é desempenhado por qualquer juiz ou tribunal no que tange à sua jurisdição. Ocorre que, no Brasil, eles se superpõem, sendo utilizado o controle incidental no exercício do modo difuso (2012, p. 72).

Moraes refere que a pronúncia do Judiciário só se dará em determinada lide em razão do pedido acessório que verse sobre uma norma inconstitucional, não sendo, desse modo, o objeto principal da ação. Por esse motivo é que, quando do julgamento pelo Tribunal, no sentido de que uma norma é inconstitucional, a decisão não produzirá efeitos *erga omnes*, não atingindo terceiros, mas somente as partes da lide em comento (2014, p. 733).

O artigo 97 da Constituição Federal brasileira de 1988 determina que somente com o voto da maioria absoluta dos membros do tribunal ou de órgão especial poderá ser declarada a inconstitucionalidade de ato normativo ou lei. Essa medida é denominada “cláusula de reserva de plenário”, que atua como condição de eficácia jurídica da declaração de inconstitucionalidade dos atos realizados pelo Poder Público, utilizando para os tribunais a via difusa e para o Supremo Tribunal Federal a via concentrada (MORAES, 2014, p. 735).

Segundo ainda Moraes, o Supremo Tribunal Federal dispensa a aplicação do artigo citado excepcionalmente em dois casos: na existência de pronunciamento anterior de inconstitucionalidade de ato ou lei pela Suprema Corte brasileira, no âmbito do tribunal *a quo*, e em relação àquele mesmo ato do Poder Público, de uma decisão plenária que haja apreciado a controvérsia constitucional, ainda que desse pronunciamento não tenha resultado o formal reconhecimento da inconstitucionalidade (2014, p. 736).

A Lei n. 9.756/98 que acrescentou o parágrafo único no artigo 481 do Código de Processo Civil de 1973 determinou que, quando a arguição de inconstitucionalidade já tiver sido apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, não será submetida ao plenário ou a órgão especial.

Quando declarada a inconstitucionalidade de uma lei pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro, pelo controle difuso, aplicada a regra da maioria absoluta determinada pelo artigo 97 da Constituição Federal, os artigos 176 e 177 do Regimento Interno deste Tribunal determinam que seja comunicado ao órgão interessado na decisão, e depois de ocorrido o

trânsito em julgado, será comunicado o Senado Federal, em decorrência do artigo 52, X, Constituição Federal para que suspenda a execução total ou parcial da lei ou ato declarado inconstitucional pela Corte Suprema (MORAES, 2014, p. 737).

A declaração de inconstitucionalidade é realizada pelo Supremo Tribunal Federal, mas a suspensão é função do Senado Federal (MORAES, 2014, p. 738). A competência é privativa do Senado, que, mediante resolução, deverá suspender a execução de lei declarada inconstitucional, quando se der por meio de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal em razão de exercício do controle difuso. O artigo 386 do Regimento Interno do Senado determina que após a decisão da Corte, o Senado conhecerá a decisão mediante comunicação do Presidente que, após leitura em plenário, a declaração de inconstitucionalidade analisada pela Suprema Corte brasileira será encaminhada para a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania para que formule projeto de resolução para a suspensão da lei, que poderá ser total ou parcial (MORAES, 2014, p. 737).

O Senado Federal poderá suspender a execução das leis em relação às de esfera federal, estadual, distrital e municipal, quando forem declaradas inconstitucionais pelo Supremo, de forma incidental, no controle difuso (MORAES, 2014, p. 738).

Sem a declaração do Supremo, não é dada ao Senado a possibilidade de suspensão de lei ou decreto. Mas, em sua atividade típica legiferante, compete a ele a produção dos efeitos suspensivos (MORAES, 2014, p. 738).

Quando declarada suspensa determinada lei, analisada em decorrência do controle difuso de constitucionalidade de forma incidental, a suspensão atingirá a todos, mas somente a partir do momento em que a resolução do Senado for publicada por imprensa oficial (MORAES, 2014, p. 740).

A partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, nas questões de repercussão geral de normas constitucionais, o Supremo Tribunal Federal poderá, em decorrência do artigo 103-A da Constituição Federal brasileira, editar súmula vinculante, não sendo necessária a aplicação do artigo 52, X, da Constituição. O próprio Supremo determina sobre a validade, interpretação e eficácia, de forma mais rápida, para não acarretar insegurança jurídica e múltiplos processos sobre a mesma questão (MORAES, 2014, p. 739).

Declarada a inconstitucionalidade por meio do controle difuso, os atos são nulos desde a sua origem, porém esses efeitos *ex tunc* têm aplicação somente para as partes envolvidas no processo em que ocorreu a declaração (MORAES, 2014, p. 739).

O controle jurisdicional também pode ocorrer quando da elaboração legiferante, sendo realizada sempre pela via difusa de controle, por meio de ajuizamento de mandado de segurança por parte dos parlamentares, cabendo ao Judiciário a análise da inconstitucionalidade (MORAES, 2014, p. 744).

### 2.1.2 Controle Concentrado de Constitucionalidade das Leis

Criado por Hans Kelsen, o controle concentrado de constitucionalidade tem como objetivo a declaração de inconstitucionalidade de uma determinada lei, mas independentemente da existência de um caso concreto, como objeto principal da lide. Desse modo, busca-se a declaração de inconstitucionalidade para que seja garantida a segurança e a observância dos direitos fundamentais assegurados constitucionalmente (MORAES, 2014, p. 748).

O controle de constitucionalidade por ação direta ou por via principal é um exercício atípico de jurisdição, pois não existe um litígio concreto para ser solucionado. Seu objeto é a manifestação acerca de uma lei (BARROSO, 2012, p. 180).

O controle concentrado por meio da ação direta limita-se a um número determinado de órgãos, tratando-se de competência originária de cada órgão, os quais se encontram elencados no artigo 103 da Carta Magna brasileira (BARROSO, 2012, p. 188).

Barroso menciona que, a partir da criação da Lei n. 9.882, de 03 de dezembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, possibilitou-se, no Estado brasileiro, a hipótese de exercício do controle incidental no modo concentrado, por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental (2012, p. 73). Esse controle é exercido pelo Supremo Tribunal Federal, que analisa a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo (MORAES, 2014, p. 749). Segundo Moraes, poderá ser verificado em cinco situações: na Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica (ADI), artigo 102, I, “a” Constituição Federal; na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), artigo 102, §1º; na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), artigo 103, §2º; por Representação Interventiva (ADI Interventiva), artigo 36, III, combinado com o artigo 34, VII; e na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), artigo 102, I, “a”, todos previstos na Carta Magna (2014, p. 748).

Barroso afirma que o controle pela via principal, associado no Brasil ao controle concentrado, consiste em tese em um pronunciamento. Esse controle independe de disputa entre partes, e tem como objeto principal a discussão acerca da validade de uma lei (2012, p. 73).

O objeto do controle concentrado é verificar se os atos normativos ou as leis produzidas pós-Constituição de 1988, que sejam da esfera Federal e Estadual, respeitaram a Constituição, sendo o Supremo Tribunal Federal competente para realizar o julgamento (MORAES, 2014, p. 749).

No controle concentrado de constitucionalidade a representação da inconstitucionalidade do ato normativo terá como objeto principal a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo que foi impugnado. O que se busca é saber se determinada lei é inconstitucional ou não. A manifestação do Poder Judiciário será de forma específica. Em regra, o controle concentrado irá retirar do ordenamento jurídico a lei ou o ato normativo viciado, buscando a sua invalidação e garantindo segurança nas relações jurídicas (MORAES, 2014, p. 749).

## **2.2 Controle de Convencionalidade sob ótica Constitucional**

O termo “controle de convencionalidade” tem origem francesa, datada de 1970, quando o Conselho Francês, na decisão n. 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975, entendeu não ser competente para analisar a convencionalidade das leis, em razão de não se tratar de um controle constitucional, o qual seria unicamente de competência do Conselho (MAZZUOLI, 2013a, p. 88).

Para uma norma ser vigente e válida no ordenamento jurídico, deverá passar pela dupla compatibilização, vertical e material. A primeira se refere à Constituição Federal e a segunda aos Tratados Internacionais ratificados e em vigor no País (MAZZUOLI, 2013c, p.14).

Para que uma lei tenha validade no ordenamento jurídico brasileiro, deverá passar pela dupla compatibilidade vertical, com a Constituição e os tratados de direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais será vigente, mas não será válida, pois não passará por um dos limites impostos (MAZZUOLI, 2013a, p. 111).

A partir da inserção do §3º no artigo 5º da Carta Magna brasileira, possibilitou-se a realização do controle de convencionalidade das leis, que, por sua vez, também poderá ser difuso ou concentrado, compatibilizando as normas infraconstitucionais com os tratados de direitos humanos que forem equivalentes às emendas constitucionais, passando, para isso, por um *quorum* qualificado de aprovação (MAZZUOLI, 2013a, p.154).

Segundo Mazzuoli, em virtude de os tratados internacionais de direitos humanos serem equivalentes a emendas à Constituição, seriam paradigmas de controle no ordenamento jurídico

pátrio. Desse modo, o controle de convencionalidade poder-se-ia operar na via de ação, ou seja, pelo controle concentrado, ou na via de exceção, pelo controle difuso. Dessa forma, além de um controle constitucional, tem-se um controle convencional das normas (MAZZUOLI, 2013a, p.14).

Os tratados e convenções internacionais ratificados pelo Estado brasileiro são incorporados com status de lei ordinária. No entanto, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se destacando o patamar hierárquico dos tratados de direitos humanos, reconhecendo serem supralegais, estando acima da legislação infraconstitucional, mas abaixo da Constituição Federal (BARROSO, 2012, p.207).

Quando incorporado, o tratado referente a matéria de direitos humanos pelo *quorum* qualificado do §3º do artigo 5º da Carta Magna brasileira, o controle de constitucionalidade será exercido sobre o tratado conforme as exigências das emendas, verificando-se apenas se seguem as exigências procedimentais e as cláusulas pétreas (BARROSO, 2012, p.207).

As cláusulas pétreas, segundo o Ministro Mello são princípios fundamentais da nova ordem jurídica advinda com a Constituição Federal de 1988, de forma que limitam o poder legislativo de revisar o texto constitucional que objetive a supressão das liberdades públicas, quais sejam, os direitos e garantias individuais (BRASIL, 2008, HC 87.585-8, p. 260).

Para o exercício dessa compatibilização das normas infraconstitucionais com os tratados internacionais, poder-se-á realizar o controle pela via incidente, controle difuso de convencionalidade ou pela via de ação direta, controle concentrado de convencionalidade. O controle difuso realiza-se referente aos tratados com status (artigo 5º, §2º da Constituição Federal) ou equivalência (artigo 5, §3º da Constituição Federal), enquanto o controle concentrado recai somente sobre os tratados equivalentes às emendas constitucionais (MAZZUOLI, 2013a, p. 154).

Para haver o controle pela via de ação (controle concentrado), os tratados de direitos humanos devem ser aprovados pela sistemática do artigo 5º parágrafo 3º, Constituição Federal, ou seja, serem equivalentes às emendas constitucionais (MAZZUOLI, 2013a, p. 152).

Já, para que haja o controle na forma de exceção (controle difuso), os tratados ratificados devem estar em vigor no ordenamento jurídico interno, pois, de acordo com o artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, teriam *status* de norma constitucional (MAZZUOLI, 2013a, p. 152).

É nessa visão que se coloca o controle de convencionalidade das leis, um parâmetro normativo de compatibilização com os tratados internacionais pelo qual as normas

infraconstitucionais devem passar para serem válidas, para além de vigentes, no ordenamento jurídico pátrio (MAZZUOLI, 2013a, p. 111).

Os tratados de direitos humanos que forem aprovados por essa sistemática, serão material e formalmente constitucionais, servindo, com isso, de paradigma para os controles concentrado e difuso (MAZZUOLI, 2013a, p. 16).

A partir da inserção do §3º no artigo 5º da Carta Magna brasileira, propiciando equivalências aos tratados de direitos humanos às emendas constitucionais quando aprovados pelo *quorum* diferenciado, foi disponibilizado ao Judiciário o controle de convencionalidade, que se pode dar, então, nos modelos difuso ou concentrado (ALVES, 2013, p. 327).

Para Mazzuoli, o controle de convencionalidade difuso existe desde a promulgação da Constituição de 1988 e a partir da entrada em vigor dos tratados internacionais de direitos humanos que foram sendo ratificados. Já o controle de convencionalidade concentrado, para além do difuso, nasceu com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, a qual inseriu o parágrafo 3º no texto constitucional (2013c, p. 34).

Além disso, conforme o controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade também deverá ser observado e realizado por meio dos direitos explícitos e implícitos previstos nos tratados de direitos humanos equivalentes às emendas à Constituição (MAZZUOLI, 2013c, p. 38).

Diferentemente do que ocorrerá no controle concentrado de convencionalidade, a propositura de recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal poderá ser em relação a qualquer tratado internacional de direitos humanos (MAZZUOLI, 2013a, p. 159).

Qualquer tratado que guarde nível constitucional no país passa a ser como no controle difuso de constitucionalidade, controle difuso de convencionalidade, e da mesma maneira devem ser observados como parâmetro frente às normas infraconstitucionais em determinados casos concretos, analisadas por juízes ou tribunais e somente produzindo efeito *inter partes* e *ex tunc* (MAZZUOLI, 2013a, p. 155).

Apenas os tratados de direitos humanos acolhidos na forma do artigo 5º §3º da Constituição Federal deveriam servir de paradigma de controle convencionalidade para Mazzuoli, tanto na via incidente (controle difuso) como na via direta (controle concentrado). Segundo o autor, os demais tratados, que não passassem por esse crivo, não valeriam como regra de compatibilização vertical, caso em que deveriam ser usados “pelo modo de apreciação da colidência entre lei especial e lei geral.” (2013b, p. 771).

Desse modo, se a Constituição possibilitou que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil tivessem patamar constitucional, com *status* de emenda constitucional, também lhes garantiu as formas protetivas para não serem violados por normas infraconstitucionais. Pode-se dizer que os tratados de direitos humanos, de acordo com o artigo 5º, §3, Constituição Federal, são meios de controle concentrado (convencionalidade) e servem de paradigma para o controle difuso (MAZZUOLI, 2013b, p. 773).

Quanto aos tratados de direitos humanos que não passaram pelo rito do *quorum* qualificado, passam a serem paradigmas apenas do controle difuso de constitucionalidade/convencionalidade. Esses tratados têm nível de normas constitucionais (MAZZUOLI, 2013b, p. 771).

Além disso, as normas que não passarem pela segunda etapa de compatibilização vertical material, que enseja a compatibilização com os tratados internacionais de direitos humanos, serão vigentes no ordenamento, mas serão inválidas, pois não exerceram todos os parâmetros de controle existentes no ordenamento jurídico (MAZZUOLI, 2013a, p. 133).

### **2.3 Julgados do Supremo Tribunal Federal**

Os tratados internacionais de direitos humanos já foram submetidos à análise do Supremo Tribunal Federal em diversas ocasiões, sendo a mais importante a declaração da Corte de não haver mais possibilidade de ser preso o depositário infiel em face de dívida civil, em razão de assim dispor o Pacto de San José da Costa Rica. Isso demonstra que as obrigações assumidas pelo Estado em esfera internacional fazem com que ele amolde suas leis internas em face das ratificações, sem reservas de tratados internacionais de direitos humanos.

Colocada em discussão no Supremo Tribunal Federal, a controvérsia da prisão civil do depositário infiel no Recurso Extraordinário (RE) n. 466.343-1/SP, no RE n.349.703/RS e no Habeas Corpus n. 87.585- 8/TO, foi discutida a possibilidade de haver prisão civil, em razão de o Brasil ter ratificado sem qualquer reserva a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que proíbem esta prisão (BRASIL, 2007, HC 87.585- 8, p. 250).

O Estado brasileiro aderiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica no ano de 1992, e ela foi incorporada ao ordenamento interno pelo Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992 (BRASIL, 2007, HC 87.585-8, p. 254).



Já o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Brasil sob o Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992, foi celebrado pela Organização das Nações Unidas em nível global, estabelecendo que ninguém poderá ser preso por não cumprir obrigação contratual, preceito estabelecido no artigo 11 (BRASIL, 2007, HC 87.585-8, p. 255).

Desde a ratificação do Brasil, no ano de 1992, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos- Pacto de San José da Costa Rica, não existe base de aplicação do inciso LXVII do artigo 5º da Carta Magna. Para Mendes, seria então conferido status de emenda constitucional, diferentemente de outros doutrinadores que preveem, conforme a Constituição, equivalência de emendas constitucionais (BRASIL, 2006, RE 466.343-1p. 29).

Para o Ministro Mello, quando da existência de antinomia entre os tratados internacionais comuns e a Constituição, deve haver procedência da última, ressalvadas as hipóteses dos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Carta Magna, que conferem hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos (BRASIL, 2008, HC 87.585-8, p. 299).

Dessa forma, quando da celebração dos tratados internacionais pelo Brasil, deve ser observado, para além da forma constitucionalmente descrita no conteúdo formal do tratado, respeito especialmente os direitos e garantias fundamentais inseridos no âmbito interno do Estado (BRASIL, 2006, RE 466.343-1, p. 05).

A relevância da matéria, que envolve o alcance e a precedência dos direitos fundamentais das pessoas, fez com que o processo de internacionalização dos direitos humanos e a relação do direito internacional com o direito interno fosse examinado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento de determinados casos, para enfrentamento da matéria pelo Corte Suprema brasileira, como no HC 87.585-8 (BRASIL, 2007, HC 87.585-8, p. 251).

Segundo o Ministro Mendes, deve-se ter em conta que se vive em um “Estado Constitucional Cooperativo”, de forma que se faz parte de uma comunidade internacional, na qual os direitos humanos e fundamentais ganham relevo (BRASIL, 2006, RE 466.343-1, p. 15).

Exige-se dos Estados uma contribuição efetiva para que as normas dispostas que contribuem para a cooperação entre as nações sejam eficazes e a proteção dos direitos humanos sejam a garantia da dignidade da pessoa humana, aproximando o direito interno do direito internacional (BRASIL, 2006, RE 466.343-1, p. 15).

A atuação do direito internacional passou a concentrar-se também na área subjetiva da pessoa humana, quando sua dignidade foi reconhecida em sucessivos atos internacionais.

Foram reafirmadas com os valores fundantes da ordem jurídica interna, reconhecendo o sentido de universalidade dos direitos humanos (BRASIL, 2007, HC 87.585-8, p. 260- 261).

O Ministro Mendes afirma, no que diz respeito à tese da legalidade ordinária dos tratados internacionais que permite que o Estado descumpra as normas internacionais de modo unilateral, afronta os princípios da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, que determina em seu artigo 27 que nenhum Estado pode invocar o direito interno para descumprir um tratado (BRASIL, 2006, RE 466.343-1, p. 21).

Ao ratificar um tratado internacional, o Estado vincula-se a ele, devendo garantir sua efetividade no plano doméstico, pois ele passa a fazer parte do arcabouço jurídico existente internamente (GUERRA, 2013, p.187).

Mendes entende que o mais apropriado é a característica de supralegalidade dos tratados e convenções de direitos humanos, de modo que são infraconstitucionais, mas, em razão do seu caráter especial frente aos demais atos internacionais, são dotados do atributo de supralegalidade. Para o Ministro, os tratados de direitos humanos não podem afrontar a Constituição, mas não devem ser equiparados à legislação ordinária, pois estar-se-ia subestimando a proteção à pessoa humana (BRASIL, 2006, RE 466.343-1, p. 21; RE 349.703, p. 36).

Mello refere ainda que a autonomia decisória deverá utilizar a normatividade dos tratados e das convenções internacionais, sendo o mais apropriado conferir hierarquia constitucional. Em razão disso, o Ministro reconhece natureza constitucional às convenções internacionais sobre matéria de direitos humanos (BRASIL, 2008, HC 87.585-8, p. 276).

Para o ex-Ministro Leitão Abreu, quando do julgamento do RE 80.004-SE no ano de 1976, hierarquicamente tratado e lei encontravam-se abaixo da Constituição. Afirmava o então Ministro que a lei não revoga os tratados, mas afasta a sua aplicabilidade enquanto estiver em vigor, podendo o tratado voltar a ser aplicado se a lei que o afastou for revogada (BRASIL, RE 80.004, 1976, p. 14).

Mendes diz ser necessário que os Estados adotem uma postura mais adequada para a efetivação da proteção dos direitos humanos, adequadas às realidades “emergentes em âmbitos supranacionais”, passando o ser humano a ocupar uma posição central na escala de valores (BRASIL, 2006, RE 466.343-1, p. 27-28).

Nesse entendimento, segue o Ministro Mello, afirmando que no direito comparado vem sendo abolida a ressalva da prisão do depositário infiel, derivada das observações que os demais

Estados fazem em relação aos tratados internacionais que ratificaram (BRASIL, 2008, HC 87.585-8, p. 262).

Diante do caráter especial dos direitos humanos na ordem jurídica interna, os tratados que versem sobre esta matéria têm o condão de paralisar a eficácia de leis e atos infraconstitucionais conflitantes (BRASIL, 2006, RE 466.343-1, p. 28).

Dessa forma, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel expressa no artigo 5º, inciso LXVII não foi revogada, mas deixou de ser aplicada em razão do efeito paralisante dos tratados ratificados em relação à legislação infraconstitucional. Diante do seu caráter supralegal, a legislação posterior conflitante também terá sua eficácia paralisada (BRASIL, 2006, RE 466.343-1, p. 28).

O Ministro Mello, quando proferiu seu voto no Habeas Corpus 87.585-8, considerou que a prisão civil inserida no texto constitucional, dependia de regulamentação para sua efetivação, sendo que então, o Brasil ratificou o Pacto de San José da Costa Rica, limitador desta prisão. Desse modo, para o Ministro, os parâmetros legais para a prisão civil do depositário infiel não são os da Constituição, pois o Pacto em questão não a alterou (BRASIL, 2008, HC 87.585-8, p. 246).

Para Mendes, a prisão civil do depositário infiel não se compatibiliza com os valores assegurados pelo Estado Constitucional que compartilha com os demais Estados o dever da efetiva proteção dos direitos humanos (BRASIL, 2006, RE 466.343-1, p. 61).

Com a nova percepção dada aos tratados e às convenções internacionais de caráter subordinante, quando relativos às matérias de direitos humanos, reconhece-se que a Corte Suprema brasileira evoluiu, ajustando-se às concepções que prevalecem no cenário internacional, em prol da defesa da integridade dos direitos dos seres humanos (BRASIL, 2007, HC 87.585-8, p. 289).

Com a finalidade de vincular a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, foi editada a Súmula Vinculante n. 25 que determina que “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009; ALVES, 2013, p. 325).

## **2.4 Direitos Fundamentais**

A Constituição Federal de 1988 consagrou-se por prever e resguardar os direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros, colocando, no seu artigo 5º, um grande arcabouço de

valores em posição de destaque, destacando os direitos fundamentais como direitos básicos em um Estado democrático de direito (PIOVESAN, 2008, 26).

Nesse sentido, a Carta Magna assegurou os valores da dignidade da pessoa humana e de seu bem-estar como elementos primordiais da justiça social (PIOVESAN, 2008, 27).

Além da Constituição Federal, os tratados internacionais em âmbito regional como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica –, evidencia a universalização dos direitos da pessoa humana, esbarrando na limitação dos Estados por esses direitos, formando-se um Estado constitucional moderno (ALVES, 2013, p. 312).

Segundo Lopes, os direitos fundamentais seriam definidos como “princípios jurídicos e positivamente vigentes” em determinada ordem constitucional “que traduzem a concepção de dignidade humana”. Para a autora, as principais características destes direitos são que eles possuem função dignificadora, natureza principiológica, elementos legitimadores, normas constitucionais e historicidade (2007, p.35).

Já Piovesan destaca que o princípio da dignidade da pessoa humana é consagrado pela Constituição Federal como um “superprincípio”, encontrando seu sentido na ordem jurídica posta, de forma que orienta a aplicação do direito interno e do direito internacional, unificando os sistemas e sendo prioritário (2008, 30-31).

Para Alexy, normas de direitos fundamentais são aquelas referentes a disposições de direitos fundamentais, sendo disposições os enunciados presentes na Constituição. Em análise à Constituição alemã, o autor afirma que é conveniente basear-se em um conceito formal de direito fundamental, relativo à sua positivação. A partir desse critério, seriam disposições de direitos fundamentais, em primeiro lugar as disposições no texto constitucional intitulados de “os direitos fundamentais” (ALEXY, 1986, p.65-68).

Para que direitos não sejam subtraídos no texto da Constituição que assegura serem fundamentais, eles foram regulamentados no artigo 60, §4º do texto Constitucional, que não permite serem reformados por se tratarem de direitos fundamentais, limitação material à reforma constitucional, as clamadas “cláusulas pétreas” (SARLET, 2013, p. 785).

Os direitos fundamentais, segundo Mendes, podem ser visualizados como direitos subjetivos e direitos objetivos. Quanto aos direitos subjetivos, trata-se de direitos fundamentais, e os indivíduos possuem a garantia de impor-se contra os órgãos obrigados. Já enquanto “elemento fundamental da ordem constitucional objetiva”, esses direitos fundamentais, incluindo os direitos subjetivos, são a base em um sistema jurídico de determinado Estado Democrático de Direito, como o Brasil (2007, p.02).

As normas que garantem um direito subjetivo estão ligadas ao fato de um sujeito deter o direito a um determinado ato, ser seu destinatário. E, como direito subjetivo, consagrado por direito fundamental, é reconhecida uma “relação trilateral”, contendo o titular, o destinatário e o objeto de direito. Quanto ao dever objetivo, ressalta o autor que uma norma vincula o sujeito de forma objetiva, quando os deveres não estão relacionados com titulares concretos (CANOTILHO, 2003, p. 1254).

A partir dessa observação, o Estado passa a ser o guardião da Constituição, devendo garantir a prestação desses direitos aos indivíduos e protegê-los em face de agressão de terceiros (MENDES, 2007, p. 11).

No que tange aos significados de direitos fundamentais e de direitos do homem, Canotilho distingue direitos do homem por serem válidos a todos os povos e em todos os tempos, possuindo caráter “inviolável, intemporal e universal”. Já os direitos fundamentais são direitos do homem garantidos e limitados em um determinado espaço de tempo e vigentes em uma determinada ordem jurídica (2003, p. 393).

Sarlet faz a diferenciação de direitos fundamentais e direitos humanos, seguindo os mesmos moldes. Para o autor, “direitos fundamentais” são direitos reconhecidos aos seres humanos e que fazem parte do ordenamento jurídico de determinado Estado, sendo que os “direitos humanos” têm caráter supranacional, se aplicam a todos os seres humanos, independentemente da vinculação com determinado ordenamento jurídico, são direitos internacionais (2009, p. 29).

Cabe transcrever, pela adequação, as palavras de Sarlet sobre o que entende por direitos fundamentais:

Neste contexto, de acordo com o ensinamento do conceituado jurista hispânico Pérez Luño, o critério mais adequado para determinar a diferenciação entre ambas as categorias é o da concreção positiva, uma vez que o termo “direitos humanos” se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direito fundamentais, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentados do sistema jurídico do Estado de Direito (SARLET, 2009, p. 31).

Por essa razão, segundo o autor, pode-se afirmar que os direitos fundamentais se originam e terminam na Constituição, ocorrendo por meio da junção de direitos naturais e da Constituição (SARLET, 2012, p. 31).

Sarlet argumenta quanto ao grau de aplicação e proteção dos direitos fundamentais em face dos direitos humanos, que os primeiros teriam maior grau de efetivação, em virtude da existência de instâncias principalmente, pois teriam o poder de efetivar estes direitos (2009, p. 33).

Para Canotilho, a primeira função dos direitos fundamentais é a de defender a pessoa e sua dignidade perante o Estado, constituindo a função de defesa ou de liberdade. A função de prestação social, como o direito das pessoas de obter algo por meio do Estado, como a saúde e a educação. A terceira função é a de proteção em face de terceiros, a fim de o Estado proteger perante outros, os titulares dos direitos fundamentais, como a proteção à vida das pessoas. Como quarta função, tem-se a não discriminação, garantindo a igualdade, assegurando o Estado o tratamento igualitário aos seus cidadãos (2003, p. 407-410).

Desde as primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, em razão de mudanças econômicas, culturais, políticas e sociais. Em razão dessas mudanças históricas, os doutrinadores elencam fases em que se encontram esses direitos fundamentais, são chamadas ora de “gerações” ora de “dimensões”. As palavras não mudam o sentido, somente ocorre a divergência quanto àquela que melhor expressaria essas fases. Nesse sentido, cabe salientar que a ideia de dimensões leva ao entendimento de que as fases se complementam, de forma que uma não subtrai a outra, não a supera (SARLET, 2012, p. 46).

Sarlet informa que existem três dimensões de direitos fundamentais: os de primeira dimensão; os direitos econômicos, sociais e culturais de segunda dimensão e os direitos de solidariedade e fraternidade, da terceira dimensão (2009, p. 46).

Quanto aos direitos fundamentais de primeira dimensão seriam direitos de cunho negativo, pois estes direitos são utilizados entre indivíduo e Estado, evitando a intervenção desse último na autonomia individual das pessoas, gerando, dessa forma, uma abstenção de conduta (SARLET, 2009, p. 46).

Os direitos econômicos, sociais e culturais, chamados de direitos de segunda dimensão, se distinguem em razão de ser exigido do Estado não mais uma abstenção e sim uma ação positiva, participando do bem-estar social, de forma a outorgar aos indivíduos direitos a prestações sociais e estatais (SARLET, 2009, p. 47).

Nessa segunda dimensão, também foram englobados os direitos denominados de “liberdades sociais”, como, por exemplo, o direito à limitação da jornada de trabalho. Os direitos de solidariedade e fraternidade da terceira dimensão trazem a diferenciação quanto às

demais dimensões, em razão de tratar-se de direitos coletivos ou difusos (SARLET, 2009, p. 48).

A doutrina traz como exemplo de direitos de terceira dimensão o direito à paz, ao meio ambiente e à qualidade de vida, dentre outros. É característica desses direitos pertencerem a todos, de forma coletiva, atuando de forma defensiva (SARLET, 2009, p. 49).

Para Adeodato, os direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão são calcados no “individualismo”, pela legalidade exegética iluminista e a separação dos poderes, sendo a “mão invisível do mercado” um marco dessa perspectiva. Os direitos de segunda geração surgem por meio do Estado social, que protege os direitos fundamentais sociais. A terceira geração é composta pelos direitos difusos, direitos que pertencem a toda a comunidade, são coletivos, pretendendo ter validade transnacional, oponíveis entre os Estados, como, por exemplo, o direito à integridade do meio ambiente (2010, p.178).

Diferentemente de Sarlet que prevê a existência de três gerações, Adeodato afirma que existe ainda uma quarta e uma quinta gerações de direitos fundamentais, esta última em formação. Os direitos de quarta geração incluem o direito à democracia, englobando também os biodireitos. Quanto à quinta dimensão, a doutrina ainda está criando critérios (2010, p.178).

Sarlet ressalta que existem doutrinadores, como Paulo Bonavides, que reconhecem a existência da quarta dimensão, a qual resultaria da “globalização dos direitos fundamentais” e seria composta pelos direitos à informação, à democracia e ao pluralismo. Para o autor, essa dimensão estaria longe do reconhecimento para positivação no ordenamento jurídico interno, sendo “profética” (2009, p. 50).

Bonavides ressalta essa ideia de que os direitos fundamentais de quarta geração englobam o direito à informação, à democracia e o direito ao pluralismo, e sua concretização depende da sociedade. Para ele, esses direitos compreendem o futuro da cidadania e da liberdade dos povos, pois somente com eles é “legítimo e possível a globalização política” (2011, p. 571-572).

Para o autor, a concepção da paz é um dos mais notáveis progressos alcançados tratando-se de direitos fundamentais, impulsionada pelo sentimento de humanismo. Elevou-se a paz ao grau de direito fundamental, de quinta geração, considerada como direito supremo da humanidade (BONAVIDES, 2011, p. 592-593).

A Constituição brasileira trouxe uma significativa mudança em comparação com as demais Cartas desse Estado em relação aos direitos fundamentais ao elencar uma gama enorme de direitos fundamentais, especialmente previstos no Título II artigos 5º a 17, além de outras

previsões esparsas dentro do texto constitucional como os artigos 150, 225 e 226. Além disso, tem-se o previsto no §2º do artigo 5º da Carta Magna, da possibilidade de outros direitos que sejam decorrentes do regime e dos princípios ou dos tratados internacionais de que o Brasil faça parte (ALVES, 2013, p. 316).

Com base no exposto, é importante ressaltar que as normas fundamentais no ordenamento jurídico interno foram elevadas à condição de cláusulas pétreas, não podendo ser abolidas.

O artigo 5º, §1º da Carta Magna brasileira prevê que têm aplicação imediata as normas que definam direitos e garantias fundamentais. Para Sarlet, a aplicação conforme prevê esse parágrafo tem aplicabilidade para além dos direitos elencados no artigo 5º, contemplando os direitos localizados em outras partes do texto da Constituição e, além disso, os que estejam previstos nos tratados internacionais (SARLET, 2009, p. 264-265).

Na lição de Alves, é importante ressaltar que os direitos e garantias fundamentais além de sua aplicação imediata, vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (2013, p. 317).

Alexy ressalta a importância da distinção entre princípios e regras, pois constitui a estrutura de uma teoria “normativa- material” dos direitos fundamentais, sendo um ponto de partida acerca da resposta sobre os limites da racionalidade dos direitos fundamentais (1986, p.85). Ambos, princípios e regras, são normas, em razão de dizerem o que deve ser. Para o autor, o ponto decisivo de distinção é que os princípios são normas que dispõem que algo deve ser realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas postas. São, dessa forma, “mandamentos de otimização”, que têm por característica a possibilidade de serem satisfeitos em graus variados e pelo fato de a sua satisfação não depender somente das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas, conforme determinado pelas regras e pelos princípios colidentes (ALEXY, 1986, p.85).

As regras são normas que serão sempre satisfeitas ou não; se a regra vale, então deve-se fazer exatamente o que ela exige. Regras possuem “determinações” em face daquilo que é jurídica e faticamente possível. Dessa forma, a diferenciação de regras e princípios é qualitativa, e não há distinção de grau (ALEXY, 1986, p.v91).

Nesse sentido, o previsto no parágrafo 1º do artigo 5º da Carta Magna brasileira trata-se de uma norma principiológica, considerada um “mandado de otimização”, devendo ter sua eficácia da forma mais abrangente possível quanto aos direitos fundamentais (SARLET, 2009, p. 270).



Importante ressaltar que o Direito Constitucional pátrio, enquanto reconhecimento da diferenciação de direitos formal e materialmente fundamentais, filiou-se à ordem de valores e princípios que não precisam estar elencados no texto constitucional, mas que surge com a “ideia de constituição e no senso jurídico coletivo” (SARLET, 2009, p. 80).

A diferenciação entre direitos fundamentais materiais e formais se dá em razão de que os direitos em sentido formal podem assim ser definidos:

De modo geral os direitos fundamentais no sentido formal podem, na esteira de Konrad Hesse, ser definidos como aquelas posições jurídicas da pessoa- na sua dimensão individual, coletiva ou social- que, por decisão expressa do Legislador-Constituinte foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais (aqui considerados em sentido amplo). Direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais (SARLET, 2009, p. 80).

Em virtude do §2º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira, existem duas espécies de direitos fundamentais: direitos formal e materialmente fundamentais, que estão presentes na Constituição, e direitos apenas materialmente fundamentais, sem estarem no texto constitucional. O autor resalta que parte da doutrina elenca uma terceira categoria, a dos direitos apenas formalmente fundamentais (SARLET, 2009, p. 80-81).

A Constituição de 1998 reforça a imperatividade dos direitos fundamentais, instituindo aplicabilidade imediata, conforme o §1º, artigo 5º da Constituição Federal. Dessa forma, os direitos e garantias fundamentais incidem em todo o ordenamento jurídico servindo como critério de interpretação de todas as normas (PIOVESAN, 2008, p. 35).

Para Canotilho, os direitos fundamentais não englobam apenas uma dimensão ou uma função, mas atribui-se a eles uma “multifuncionalidade”, incluindo todas as funções que diversas teorias dos direitos fundamentais captam (2003, p. 1.402).

Fica evidenciado que o Estado deve primar pela observância não só dos direitos fundamentais que estão inseridos no ordenamento jurídico interno, mas também aos direitos globalmente assegurados aos indivíduos, independentemente de onde estejam, os chamados direitos humanos, onde sejam buscados os verdadeiros aspectos de igualdade material e não apenas formal das normas constitucionais explícitas e implícitas.

### **3 TRATADOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Neste capítulo, será tratado sobre a recepção dos tratados no Brasil, demonstrando a forma de as normas ingressarem no ordenamento, para serem vigentes, válidas e eficazes, quando se referem à matéria de direitos humanos ou de tratados de direitos comum. Além disso, analisa-se o modo como ocorre essa recepção pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo.

Por meio do conflito doutrinário, alguns autores e até mesmo os Ministros do Supremo Tribunal Federal apresentam posicionamentos divergentes quando do conflito de normas internas com tratados internacionais. Frente a isso, duas teorias surgiram: a monista e a dualista. Existem ainda doutrinadores que preveem como melhor forma de resolução a prevalência das normas mais benéficas aos seres humanos, seguindo o posicionamento de que as teorias monista e dualista se tornaram supérfluas.

Será apresentado, a partir da tese de Hans Kelsen, o que concerne à vigência, à validade e à eficácia das leis, com enfoque nos tratados internacionais, quando recepcionado, pois, quando por ocasião da produção normativa infraconstitucional não se observem os tratados internacionais de direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais inseridas no ordenamento doméstico, por não passarem por um dos patamares de controle interno, as normas poderão ser consideradas vigentes, mas serão inválidas, cabendo aos operadores do direito deixar de aplicá-las, sendo assim inválidas e ineficazes.

Finalizando o capítulo, será apresentada a teoria do “Diálogo das Fontes”, de Erik Jayme, que propõe que o ordenamento seja interpretado de forma unitária, defasando com o entendimento dos adeptos das teorias monista e dualista.

#### **3.1 Recepção dos Tratados**

O progresso da sociedade internacional e a intensificação nas relações nesse âmbito propiciaram que os tratados internacionais fossem considerados a fonte mais importante para o Direito Internacional Público. A “vida internacional” funciona a partir de tratados que exercem funções semelhantes às leis internas dos Estados. São medidas adotadas pelos Estados de se organizarem e cooperarem entre si, para o desenvolvimento e a satisfação de suas necessidades comuns e globais (MAZZUOLI, 2011, p. 163).

Para além do procedimento internacional de celebração dos tratados, regulado pela Convenção de Viena de 1969 e 1986, deve haver um procedimento interno para a conclusão dos atos praticados na esfera internacional (MAZZUOLI, 2014, p. 359).

Segundo Piovesan, como o critério para a celebração de tratados é seguido segundo os parâmetros internos de cada Estado, as exigências para a formalização variam de forma significativa entre eles (2008, p. 46).

Os Estados devem manter, em seu ordenamento interno, uma forma de integração das normas internacionais ratificadas. Essa forma processualística no Estado brasileiro é regulada pelo texto constitucional de 1988 (MAZZUOLI, 2014, p. 359). A Constituição Federal determina, em seu artigo 84, VIII, a competência exclusiva do Presidente da República para a celebração de tratados, convenções ou atos internacionais, mas que estão sujeitos ao referendo do Congresso Nacional. Em decorrência do artigo 49, I, da Carta Magna, é de competência exclusiva do Poder Legislativo resolver sobre atos internacionais assumidos pelo Poder Executivo (PIOVESAN, 2008, p. 48).

Em decorrência da ordem democrática de direito, passou-se a limitar o poder soberano do Chefe do Executivo, pois, para que um tratado seja válido com um ato jurídico perfeito no plano interno, tem que passar pelo crivo, além do Poder Executivo, também do Poder Legislativo, impedindo o arbítrio do primeiro na política externa (MAZZUOLI, 2014, p. 360).

Habilitado a ratificar um tratado internacional está o Poder Executivo, sendo, portanto, sua a última palavra, incumbindo ao Poder Legislativo aprovar ou rejeitar o tratado assinado (MAZZUOLI, 2014, p. 378).

Dessa forma, ressalta Mazzuoli que a celebração dos tratados no Estado brasileiro tem tratamento de um ato complexo, pois se dá por meio de dois Poderes: o Executivo e o Legislativo, conforme dispõe a Constituição Federal (MAZZUOLI, 2014, p. 360).

Promulgada pelo Estado brasileiro pelo Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro do ano de 2009, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados é uma das mais importantes normas internacionais, onde normas costumeiras referentes a tratados foram codificadas. Determina ela, em seu artigo 2º, “que “tratado” significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional”.

Para Araujo, uma vez celebrados, os tratados internacionais estabelecem relações jurídicas entres seus signatários e aplicam-se em todo o território estatal, desde sua internalização até, quando prevista no tratado, a sua vigência internacional (2011, p. 147).

No Estado brasileiro, as fases para incorporação de um tratado internacional iniciam-se com os atos de negociação, conclusão a assinatura, sendo, para isso, competente o Poder Executivo. Após a assinatura, o tratado passará para apreciação e aprovação do Poder Legislativo (PIOVESAN, 2008, p. 47).

O Presidente da República, a quem compete celebrar os tratados, tem a incumbência de participar desde as negociações até sua assinatura, sendo que o Congresso Nacional tem a competência de ratificar os tratados, pois denota a vontade nacional, fazendo o controle dos atos do Poder Executivo (MAZZUOLI, 2014, p. 371).

Dessa forma, após a assinatura, deverá o Presidente remeter os tratados ao Congresso Nacional para que possam ser apreciados, cabendo a este resolver sobre a definitiva aprovação do tratado. Aprovados por meio de Decreto Legislativo, os atos internacionais são remetidos ao Poder Executivo para sua ratificação (ARAUJO, 2011, p. 147).

Araujo informa que complementam a incorporação as fases de ratificação, promulgação, publicação e registro (2011, p. 147).

A competência *ad referendum* do Congresso Nacional está limitada à aprovação ou à rejeição do texto convencional, não podendo modificá-lo, mas pode o Congresso apresentar reservas. Com aprovação, por meio de decreto legislativo, o Congresso permite ao Presidente da República ratificar a assinatura já depositada ou aderir ao tratado, se ainda não o fez (MAZZUOLI, 2014, p. 374).

A ratificação é privativa e um ato discricionário do Presidente da República, pelo qual confirma às demais partes, em caráter definitivo, que o Estado cumprirá o tratado. Este propósito firmado, de pactuação do tratado, deve ser encaminhado às contrapartes estrangeiras, com o depósito do instrumento ratificado. Isso formaliza, perante os demais Estados, o início da exigibilidade do que foi pactuado, que pode ser imediatamente ou após o decurso do prazo que tenha sido determinado pelas partes (ARAUJO, 2011, p. 148).

O Congresso Nacional, quando da apreciação de um tratado, também segue algumas etapas. Primeiramente, será recepcionada a mensagem encaminhada pelo Presidente da República, contendo a exposição de motivos do Ministro das Relações Exteriores acompanhada do texto em inteiro teor do tratado que será submetido à apreciação desse Poder (MAZZUOLI, 2014, p. 383).

A mensagem que será capeada por aviso do Ministro Chefe do Gabinete Civil, será encaminhada ao Primeiro Secretário da Câmara dos Deputados, iniciando sua tramitação em conformidade com a Constituição Federal, artigo 64 (MAZZUOLI, 2014, p. 383).

A matéria do tratado é discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional de forma separada, devendo a aprovação dar-se por maioria simples dos membros presentes, estando presente a maioria absoluta conforme ressalta o artigo 47 da Carta Magna brasileira. Considera-se aprovado determinado tratado quando da deliberação positiva das duas casas do Congresso Nacional (MAZZUOLI, 2014, p. 383-384).

Após a Emenda Constitucional n. 45/2004, que instituiu o §3º no artigo 5º da Constituição Federal brasileira, quando os tratados versarem sobre direitos humanos e passarem pelo novo “*iter procedimental* de aprovação”, terão equivalência às emendas constitucionais. Esse procedimento diferenciado em relação com os tratados que versem sobre direitos humanos (ARAUJO, 2011, p. 154).

Observando o *quorum* diferenciado para aprovação, os tratados internacionais de direitos humanos deverão ser apreciados em dois turnos por ambas as Casas do Congresso Nacional e, se aprovados por três quintos dos votos dos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Os tratados internacionais em matéria de direitos humanos somente serão equivalentes às emendas constitucionais, detendo um status diverso dos demais, quando passarem na aprovação por *quorum* diferenciado.

Os tratados aprovados no Parlamento são edificados materialmente em forma de decreto legislativo. Após sua aprovação, o decreto seguirá para promulgação, de competência do Presidente do Senado, que também é o Presidente do Congresso Nacional, conforme artigo 57, §5º, da Constituição Federal. Quando de sua promulgação, o decreto será numerado e publicado no Diário do Congresso Nacional e no Diário Oficial da União (MAZZUOLI, 2014, p. 384-385).

Para Mazzuoli, o decreto deveria ser publicado somente no Diário do Congresso Nacional enquanto o texto não for ratificado, pois devem ser publicados no Diário Oficial da União somente os atos cuja vigência seja inquestionável, a fim de evitar confusões (MAZZUOLI, 2014, p. 385).

Em razão dessa sistemática, só passam a integrar o ordenamento jurídico pátrio os tratados internacionais que foram aprovados pelo Congresso Nacional e após promulgados pelo Presidente da República (ARAUJO, 2011, p. 153).

Piovesan refere que a Constituição é “lacunosa, falha e imperfeita” no sistema de ratificação, pois não previu um prazo para que o Poder Executivo submetesse os tratados assinados para o Congresso Nacional. Além disso, não existe previsão do prazo de análise pelo

Poder Legislativo e nem para a posterior ratificação do Chefe do Executivo. Tal fato gera ampla discricionariedade a ambos os Poderes e faz com que tratados fiquem durante anos pendentes de apreciação (PIOVESAN, 2008, p. 50).

Promulgado e publicado o Decreto Legislativo, estará o Presidente da República autorizado a ratificar o tratado internacional em questão. Passa-se, depois disso, aos procedimentos de entrada em vigor no plano interno dos tratados internacionais sujeitos a ratificação (MAZZUOLI, 2014, p. 386).

Desse modo, a troca ou o depósito dos atos internacionais é que lhes dará efeito nos sistemas internos. Por vezes, o depósito não será suficiente para entrar em vigor, em razão de os tratados preverem um determinado número de depósitos para que passem a vigorar na órbita internacional (MAZZUOLI, 2014, p. 387). Assim, o que determinará a entrada em vigor de determinado tratado será o número de depósitos mínimos estabelecidos no próprio tratado. Para iniciar a vigência na esfera interna brasileira, o Presidente firma, ainda, um decreto de promulgação, em cuja publicação indica a data de início de sua vigência no Estado brasileiro (ARAUJO, 2011, p. 148).

Depois de depositado o instrumento, o Presidente da República deve expedir um decreto de execução, promulgando e publicando no Diário Oficial da União o conteúdo do tratado, compondo a fase integratória da eficácia da lei (MAZZUOLI, 2014, p. 387-388).

Mazzuoli tem posição contrária ao entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Carta Rogatória n. 8.279 da República Argentina. O Supremo, quando do julgamento dessa Carta, entendeu ser imprescindível a promulgação de um tratado para que haja aplicabilidade interna. O autor afirma que não existe dispositivo constitucional determinando a necessidade de promulgação interna dos tratados, de forma que os juízes e tribunais, tendo conhecimento do tratado ratificado e em vigor no plano internacional, podem aplicá-los aos casos concretos, ainda que o instrumento não tenha sido promulgado no Brasil (MAZZUOLI, 2014, p. 388-389).

Para que a norma seja efetivamente promulgada, ela deve ser publicada em veículo oficial dando conhecimento a todos da existência do tratado. O que se publica é o ato de promulgação, contendo o texto do tratado em apenso (MAZZUOLI, 2014, p. 393).

Após a publicação, fixa-se o início da vigência do tratado no ordenamento interno. Quando nada dispuser o tratado quanto a esse momento, segue-se o comando da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que determinada em seu artigo 1º que sejam dados quarenta e cinco dias para início da vigência. Dispensa-se a *vacatio legis* somente

para os atos administrativos que digam respeito à administração e seus assuntos internos, que não atingem terceiros (MAZZUOLI, 2014, p. 394).

Em vigor no plano internacional e no plano interno, os tratados passam a integrar as normas jurídicas brasileiras e a produzir efeitos na esfera interna. O primeiro efeito da vigência de um tratado no ordenamento doméstico é o de alterar todas as disposições contrárias da legislação infraconstitucional, revogando ou modificando, quando se trate de tratado comum, tudo o que estiver abaixo da Constituição que com ele seja incompatível ou contrário. Segundo Mazzuoli, em razão de serem supralegais, quando em antinomia, sempre se resolve em favor dos tratados que são hierarquicamente superiores (2014, p. 395).

Para que o Estado pudesse revogar um compromisso internacional, unilateralmente, ele não pode fazer por meio da edição de lei que derogue o tratado. Para que ele seja revogado, é necessário fazer a denúncia. Caso o Estado permita a revogação, estará descumprindo uma obrigação internacional, acarretando sua responsabilidade no âmbito internacional (MAZZUOLI, 2014, p. 396).

Esse é o entendimento também de Piovesan, que afirma que, após estar completo o processo de formalização de um tratado, o seu descumprimento acarretará a responsabilização internacional do Estado que violar as disposições ratificadas (2008, p. 51).

Outro efeito dos tratados no âmbito interno é que autorizam aos particulares reclamarem perante o Poder Judiciário o cumprimento das obrigações assumidas na esfera internacional, quando os beneficie (MAZZUOLI, 2014, p. 396).

Vê-se que o processo continua o mesmo, mas, quando os tratados versarem sobre matéria de direitos humanos, na ocasião da aprovação pelo Congresso Nacional, por decreto legislativo, compete a este decidir se *quorum* será o de emenda constitucional ou não (MAZZUOLI, 2013a, p. 50).

Depois do decreto legislativo, poderá o Presidente da República ratificar o acordo ou não. Para que o tratado tenha vigência no ordenamento interno, após a sua ratificação, deverá produzir seus efeitos no sistema internacional (MAZZUOLI, 2013a, p. 54).

Cabe aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, dentro de suas competências, o dever de execução dos tratados no âmbito doméstico, pois a obrigação de cumpri-los pertence ao Estado, sob pena de ser responsabilizado internacionalmente. Se um cidadão não tiver seu direito assegurado pelo Judiciário interno, esgotando todos os recursos disponíveis, poderá socorrer-se a um tribunal internacional, utilizando-se do princípio da subsidiariedade da justiça internacional (MAZZUOLI, 2014, p. 396-397).

### 3.2 Hierarquia

Do conflito entre as relações de Direito Internacional e do Direito Interno surgem discussões que buscam identificar qual norma é hierarquicamente superior e que deve ser utilizada na resolução dos conflitos. Para solucionar tais questões, duas teorias surgiram: a dualista e a monista, que discutem sobre a relação de conflito do direito internacional e do direito interno (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 282).

O Ministro Leitão de Abreu entende que as teorias dualista e monista oferecem uma visão principiológica da realidade, podendo ser observado o direito objetivo, perante os seus traços dominantes (RE 80.004, 1976, p. 04).

Para a teoria dualista, sustentada por Triepel, existiriam dois sistemas distintos: a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica interna. O direito interno seria o estabelecido no Estado pela sua comunidade nacional. O direito internacional só trata dos direitos dos Estados. Desse modo, não haveria concorrência entre os dois modelos de normas (ARAUJO, 2011, p. 155).

Segundo a teoria Triepel, a diferença entre ambos os ordenamentos é relativamente às suas fontes jurídicas. Enquanto no ordenamento interno a origem se dá a partir da vontade de determinado Estado, na esfera internacional a fonte deriva da vontade coletiva dos Estados. Além disso, a lei interna de um Estado não pode obrigar aos demais (ARAUJO, 2011, p. 155).

Para que a norma internacional fizesse parte do sistema jurídico interno de um determinado estado, seria necessária a transposição por meio de manifestação do Poder Legislativo, não ocorrendo de forma direta. Por ser o sistema jurídico internacional superior ao interno, segundo esta visão, a norma internacional nunca poderia ser revogada por conta dessa origem (ARAUJO, 2011, p. 155; NOSCHANG, 2009, p. 98).

Esse novo ato de vontade que ocorreria no plano interno do Estado é diverso da vontade expressa na esfera internacional, que é, então, o que teria validade no plano interno. Além disso, ressalta Araujo, que até mesmo nos casos de recepção de tratados de forma mais simplificada, como a mera publicação do ato no Diário Oficial, o que seria obrigatório para o Estado, é a lei publicada e não o tratado internacional o qual lhe deu origem (2011, p. 156).

Já para a teoria monista, sustentada por Hans Kelsen, entende-se que existe apenas uma ordem jurídica, contemplando os planos interno e internacional. Assim, as leis são de ordem interna e os tratados expressões de ordem internacional. Não há necessidade de internalização dos tratados ratificados, pois não haveria a separação dos dois sistemas, lei interna e lei internacional. Diante disso, pode ocorrer confrontos entre as leis internas e internacionais. Para



isso, essa corrente ressalta que a solução seria aplicar ou a supremacia interna ou a internacional. No entendimento dos monistas, a ordem jurídica internacional seria incompleta, dependendo de normas internas, ocorrendo uma conexão entre os direitos (ARAUJO, 2011, p. 156 e 157).

Para Kelsen, seria insustentável a teoria dualista em razão de que o sistema internacional e o nacional não poderiam ser diferentes, pois as normas de ambos, quando válidas, são utilizadas no mesmo espaço e no mesmo tempo (ARAUJO, 2011, p. 157).

Na visão monista, o conflito de normas deve-se resolver pelo *pacta sunt servanda*, o qual Kelsen coloca no topo de sua pirâmide normativa, reconhecendo a hierarquia internacional (NOSCHANG, 2009, p. 98).

A partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004, o Supremo Tribunal Federal pode posicionar-se sobre a teoria dualista sustentada por Triepel. Segundo Noschang, analisando a posição dos ministros em suas fundamentações, observa-se que não foram claros a respeito do que seria a teoria dualista, pois as referências foram utilizadas de modo distorcido, não contemplando a ideia trazida pelo autor. Ressalta a autora que, atualmente, são o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça responsáveis por determinarem a vigência de uma norma internacional quando em conflito com a normativa interna, com exceção aos tratados de direitos humanos, devido à Emenda Constitucional n. 45/2004 (NOSCHANG, 2009, p. 111).

Quanto à superioridade dos tratados em relação à lei interna, o Brasil adotou a teoria dualista, pois é necessária a internalização do tratado para a sua vigência neste Estado. Mesmo com a Emenda Constitucional n. 45/2004, não foi dispensada a internalização. O que mudou foi quanto à recepção dos tratados sobre matérias de direitos humanos, que têm agora procedimento diferenciado para serem equivalentes às emendas constitucionais (ARAUJO, 2011, p. 159).

No Brasil, ambas as teorias tiveram adeptos que as interpretaram de forma extensiva, designando novas modalidades chamadas de dualismo extremado e moderado e monismo radical e moderado (ARAUJO, 2011, p.158).

O dualismo seria dividido em radical – para o qual haveria a necessidade da edição de uma lei para que o tratado fosse incorporado à ordem jurídica brasileira –, e o moderado, no qual seria dispensado tal ato para a incorporação de um tratado lei, mesmo com o seu *iter procedimental* complexo. O monismo divide-se também em radical e moderado. Para o monismo radical, tem prevalência o tratado internacional frente à norma interna, enquanto para o monismo moderado há equiparação hierárquica do tratado com as leis ordinárias, com

subordinação à Constituição Federal brasileira e os conflitos de aplicação são resolvidos por meio do critério cronológico (ARAUJO, 2011, p. 159).

Embora criticada pela doutrina brasileira, os tribunais internos adotaram a posição do Supremo Tribunal Federal no RE n. 80.004 de 1977, atribuindo o mesmo nível hierárquico ao tratado internacional e à lei ordinária, em que a prevalência se daria em razão da sucessão no tempo (ARAUJO, 2011, p. 163).

Para o Ministro Mendes, quando da apreciação do Recurso Extraordinário n. 466.343-1, a polêmica existente entre as teorias monista e dualista é supérflua no tocante à proteção dos direitos humanos, devendo ser examinada a relação hierárquico-normativa entre os tratados e o direito interno. Esse mesmo posicionamento do Ministro repetiu-se no julgamento do RE n. 349.703 (BRASIL, 2006, RE 466.343-1, p. 02; BRASIL, RE 349.703, 2006, p. 11).

É o mesmo posicionamento de Guerra, o qual ressalta que as teorias monista e dualista não devem ser objeto de considerações, pois o ser humano é que está em um local privilegiado (2013, p.189).

Existe uma exceção quanto às matérias de direito tributário, porque o Código Tributário Nacional, em seu artigo 98, expressamente dispõe que os tratados têm posição hierárquica diferenciada quanto às normas internas, revogando ou modificando a legislação que for diversa. Esse dispositivo não configura a teoria monista, pelo fato de que, por força do dispositivo invocado, a posição hierárquica seria diversa dos demais tratados, teria equivalência a uma lei complementar e não de lei ordinária (ARAUJO, 2011, p. 164).

Para Mendes, fica evidente a incongruência do ordenamento jurídico interno quando posta a legislação tributária nacional. Nesta, admite-se a prevalência do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional, reconhecendo a característica especial e superior dos tratados. Mas, com relação aos tratados referentes aos direitos humanos, pode haver a possibilidade de que sejam suspensos por uma simples lei ordinária (BRASIL, 2006, RE 466.343-1, p. 23).

Dessa forma, o Estado quando da ratificação de um tratado internacional, segundo o autor, deveria utilizar um controle prévio, para verificar o que dispõe no texto e as possíveis reservas que poderiam ser realizadas (BRASIL, RE 349.703, 2006, p. 16).

Araujo informa que os tratados poderiam ser submetidos à interpretação do critério da especialidade das regras que dispõe sobre a mesma matéria internamente. Sobre esse tema, posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça de que o tratado não é revogado por lei, mas pode perder sua eficácia, quando prevaleceria a norma posterior (2011, p. 164).

Não existem regras para a utilização dos métodos cronológico ou da especialidade. Atualmente, o Superior Tribunal de Justiça entende que deve ser aplicada a regra do critério cronológico da lei posterior (ARAÚJO, 2011, p. 165).

Ocorre que, no Supremo Tribunal Federal, algumas questões foram decididas seguindo o critério da especialidade, aplicando a Convenção de Varsóvia quanto à indenização de transporte de carga, fazendo-a prevalecer frente ao Código de Defesa do Consumidor. Verifica-se, assim, que ambos os critérios são utilizados indistintamente, sendo aplicados frente ao caso concreto (ARAÚJO, 2011, p. 166).

Desse modo, a incorporação dos tratados dá-se em primeiro lugar e a hierarquia desses tratados no ordenamento pátrio ocorre posteriormente (ARAÚJO, 2011, p. 169).

A partir da disposição do §2º do artigo 5º do texto Constitucional, verifica-se que o sistema de garantias e direitos possui uma dupla fonte normativa: uma advinda do direito interno e outra do direito internacional, decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos de que o Estado brasileiro faça parte (MAZZUOLI, 2013a, p. 36).

Pelo disposto no §2º do artigo 5º da Constituição, os tratados internacionais que o Brasil tenha ratificado incluem-se no catálogo de direitos constitucionais que são protegidos. Dessa forma, esses tratados têm natureza de norma constitucional, e os tratados de direitos humanos partem dos direitos constitucionalmente consagrados (PIOVESAN, 2008, p. 52).

Para Mazzuoli, com base no dispositivo citado, defende-se que os tratados internacionais no Estado brasileiro têm nível e índole constitucionais, pois se incluem no arcabouço jurídico existente internamente, de forma que não poderão ser modificados por leis ordinárias posteriores (2013a, p. 34).

A posição que prevalece até hoje na Suprema Corte brasileira é no sentido de que os tratados têm paridade com as normas infraconstitucionais, tendo caráter de lei ordinária, em exceção aos que passarem pelo *quorum* qualificado do §3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (ARAÚJO, 2011, p. 173).

Mazzuoli afirma que desde 1988, com o ingresso do §2º do artigo 5º na Constituição, admite-se a proteção dos direitos humanos em grau igualitário das normas constitucionais, possuindo *status* de normas constitucionais (2013a, p. 37).

Piovesan afirma que a Constituição confere natureza de norma constitucional aos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte, integrando o catálogo de direitos nela previstos, consoante o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais (2008, p. 58).

O primeiro e imediato efeito dos tratados promulgados pelo Estado brasileiro é de revogar todas as disposições contrárias ou que sejam incompatíveis com ele, compreendidas as legislações infraconstitucionais, tratando-se de tratados comuns, pois os de matéria de direitos humanos, quando passarem pelo *quorum* qualificado do §3º do artigo 5º da Carta Magna brasileira, serão equivalentes às emendas constitucionais (MAZZUOLI, 2014, p. 395).

Quando presente a antinomia, resolve-se sempre em favor do tratado que é supralegal, sendo hierarquicamente superior às normas infraconstitucionais domésticas (MAZZUOLI, 2014, p. 395).

A norma que revogará pode ser manifesta (expressa) quando indicar o que será revogado, ou implícita (tácita e global) quando a norma posterior for incompatível com a anterior, sendo tácito ou ainda regular a matéria de que tratava a lei anterior, essa de forma global (MAZZUOLI, 2014, p. 395).

Caso o Estado permitisse que uma lei infraconstitucional revogasse um tratado, o Estado estaria permitindo que, de modo unilateral, uma obrigação internacional fosse descumprida em seu âmbito interno. Contudo, para permitir a revogação de um tratado, é necessário que o Estado a denuncie. Caso o Estado permita que a norma seja revogada por lei interna posterior, por estar descumprindo com a obrigação internacional assumida, será responsabilizado internacionalmente (MAZZUOLI, 2014, p. 396).

Fica claro que os sistemas nacional e internacional, no Estado brasileiro, são sistemas separados (ARAUJO, 2011, p. 176).

Araujo refere que, frente à inexistência de uma norma constitucional que permita a prevalência dos tratados internacionais sobre as leis internas, não podem os juízes inventá-las, devendo considerar a última palavra do Congresso Nacional, mesmo que isso seja uma forma de confissão pública de que o Estado está cometendo um ilícito internacional (2011, p. 178).

Um tratado pode deixar de ser cumprido na esfera interna brasileira se o Congresso Nacional legislar sobre o mesmo assunto e de forma contrária ao tratado, realidade que somente poderá ser mudada se houver alteração na Carta Magna (ARAUJO, 2011, p. 178).

Piovesan refere que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à EC 45/2004 possuem hierarquia constitucional. Segundo a autora, os tratados anteriores, por força dos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Carta Magna, são material e formalmente constitucionais. Os tratados posteriores, em razão do disposto no §2º, independentemente de *quorum* de aprovação, são materialmente constitucionais, mas, para serem formalmente constitucionais, devem passar pela aprovação do *quorum* qualificado do §3º (2008, p. 75).

Conforme ensinamento de Araujo, a evolução no sistema interno brasileiro ocorreu com a incorporação do §3º no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004. Agora, uma nova classe de tratados tem patamar constitucional, em face do *quorum* qualificado de votação, a critério do Poder Executivo, o qual define por qual procedimento vai enviar os tratados ao Congresso Nacional (2011, p. 179).

### 3.3 Vigência, Validade e Eficácia

Os atos e as normas jurídicas comportam a análise de três planos que se distinguem: o da existência, o da validade e o de sua eficácia. Integrantes da teoria geral do direito, esses planos não foram explorados pelo direito público, sendo sua valia inestimável (BARROSO, 2012, p. 34).

Para Kelsen, a norma é um ato dirigido intencionalmente à conduta das pessoas, sendo algo diferente da vontade “cujo ato se constitui”. Logo, norma é um dever-ser, sentido do ato, e o sentido do ato de vontade que a constitui é um ser, cuja norma irá descrever como os indivíduos devem portar-se (2000, p. 06).

Para o autor, uma norma não necessariamente precisa estar positivada, pois ela pode estar inserida no pensamento da sociedade e de seus indivíduos, não precisando estar efetivamente posta (KELSEN, 2000, p. 10).

Quando se fala em vigência de determinada norma, quer-se referir à sua existência. Quando determinada norma é posta para a sociedade, independentemente de permitir ou não permitir determinada conduta, a vigência da norma vai demonstrar se o ato deve ou não ser realizado. Não se pode confundir a vigência da norma com o ato de vontade que a constituiu, pois, a norma pode ser vigente e o ato que a constitui não ser mais existente (KELSEN, 2000, p. 11).

Em virtude de nem todos os fatos da vida serem relevantes para o direito, alguns deles passam pelo fenômeno da judicialização, passando do mundo dos fatos para o jurídico. A existência desse fato ocorre quando verificados que estão presentes os elementos constitutivos definidos em lei (BARROSO, 2012, p. 34).

Para Barroso, a ausência, a deficiência ou a insuficiência de qualquer elemento impede que uma norma ou ato ingressem no mundo jurídico, pois é um ato inexistente, o qual o Direito deve repelir de forma adequada quando necessário (2012, p. 35).

Em razão de a vigência estar no plano do dever-ser e não na ordem do ser, não se pode confundi-la com a eficácia da norma, pois esta está relacionada à ordem dos fatos, das condutas humanas, do fato de ser aplicada e observada pelos indivíduos, ou seja, a norma eficaz é aplicada e respeitada. Para o autor, pode haver uma conexão entre vigência e eficácia, pois, para que uma norma seja vigente e válida, precisa ser observada e respeitada, ou seja, para ser vigente ela precisa ser, mesmo que minimamente, eficaz (KELSEN, 2000, p. 11).

Cronologicamente vigência e eficácia não coincidem, pois, uma norma torna-se vigente antes mesmo de ser eficaz, pois somente posteriormente é que poderá ser aplicada. E mesmo que essa norma não seja eficaz, será uma norma válida no ordenamento jurídico (KELSEN, 2000, p. 12).

Kelsen ressalta que as normas vigentes são relativas às condutas humanas, pois podem haver normas que não se refiram a condutas humanas. É uma vigência “espaço-temporal”, no sentido de expressar que determinada norma vale por um espaço qualquer ou para um período de tempo qualquer, referindo-se a condutas que são determinadas em um determinado lugar em um determinado período. Quanto a essa previsão de tempo em que a norma deve-se fixar, poderá ser determinado ou indeterminado. Com respeito ao seu conteúdo, também poderá ocorrer de uma norma superior determinar a vigência desta norma, quando inferior (KELSEN, 2000, p. 12).

As normas também podem ter vigência quanto a fatos retroativos, antecedentes a elas, desde que faça expressa menção. Via de regra, as normas referem-se somente a fatos futuros (KELSEN, 2000, p. 14).

Existindo o ato quando da presença de todos os elementos constitutivos, deve passar pelo segundo plano, o da validade. Constatam-se, nesse nível, se estão presentes os elementos do ato para completarem seus atributos e requisitos (BARROSO, 2012, p. 35).

Há também que se diferenciar o domínio de validade pessoal do de validade material. O indivíduo não fica submetido à norma, mas sim a sua conduta, condizente com o expresso na norma. Logo, o domínio pessoal de validade está a referir-se à conduta que foi fixada pela norma. Para o autor, o domínio material de validade está relacionado a diversos aspectos da conduta humana que estão sob o enfoque da norma. Por isso, pode-se ter diferentes formas e diferentes objetos regulamentados (KELSEN, 2000, p. 15-16).

Uma norma jurídica tem validade quando seguir a forma determinada por uma norma fundamental pressuposta, sendo criada em conformidade com ela. Para Kelsen, “as normas de uma ordem jurídica têm de ser produzidas por meio de um ato especial de criação”. Em relação

à Constituição, tem-se que não é uma norma posta, pois não houve nada anterior posto por uma autoridade superior. Deve, portanto, ser considerada pressuposta, pois a instância constituinte é a autoridade mais elevada (KELSEN, 2000, p. 221).

Somente a partir do momento em que os indivíduos entenderem que devem seguir a Constituição, que é global, é que será interpretado o sentido subjetivo de suas normas quando de sua elaboração e a então dos atos em objetivos, ou seja, ter esta norma, como objetivamente válida (KELSEN, 2000, p. 226).

O vício de inconstitucionalidade, para Barroso, está aferido no plano de validade da norma, pois norma inconstitucional não pode ser aplicada. Quando passar pelo plano da validade, a norma seguirá para o próximo plano o da eficácia (2012, p. 35).

A fundamentação da validade de uma norma positiva dá-se por meio de um processo “silogístico”, sendo, dessa forma, a afirmação de validade da norma de que os indivíduos devem-se conduzir de determinada maneira (KELSEN, 2000, p. 226).

Segundo refere Barroso,

[...] se estiverem presentes os elementos agente, forma e objeto, suficientes à incidência da lei, o ato será existente. Se, além disso, estiverem presentes os requisitos competência, forma adequada e licitude- possibilidade, o ato, que já existe, será também válido (2012, p. 35).

Quando da ausência de algum dos requisitos identificados pelo autor, a norma ou ato será invalida, cominando em sua nulidade ou anulabilidade (BARROSO, 2012, p. 35).

Para Kelsen, uma norma é vigente quando determinada conduta de um indivíduo “vale”, ou seja, é vinculativa ao que nela está delimitado. Uma norma pode ser vigente somente por que exista outra superior que fundamente sua vigência. Para o autor, esse escalonamento não pode ser interminável. Dessa forma, vai haver uma norma que se pressuponha a última e mais elevada, sendo então determinada como uma norma fundamental (2000, p.215).

Todas as normas que são conduzidas por sua validade a uma norma fundamental, formam uma ordem normativa. Em razão de essas normas pertencerem a esse ordenamento jurídico, possuem fundamento de validade na norma fundamental da ordem (KELSEN, 2000, p. 217).

Com o termo vigência, designa-se a existência de determinada norma, da forma como é dada ou apresentada. A vigência está na ordem do dever-ser e não do ser. Para Kelsen, uma determinada norma tem que ser um mínimo eficaz para ser tida como vigente, sendo a eficácia condição para a vigência (KELSEN, 2000, p. 11-12).

Para Mazzuoli, Hans Kelsen confunde vigência com validade, afirmando que norma vigente é válida e o reverso também seria aceito. Para o autor brasileiro, esta afirmação não é verdadeira, pois nem todas as normas vigentes poderão ser válidas (2013a, p. 112).

No ordenamento jurídico brasileiro, as leis vigoraram até que sejam derogadas, ou até que seja terminada sua vigência quando imposta pela lei, nos casos de leis excepcionais e temporárias. Para que seja vigente, é necessário que tenha sido após aprovada, publicada em imprensa oficial e que tenha passado o período da *vacatio legis*. Quando não expresso este período no texto da norma, segue-se o artigo 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que determina o período de 45 dias (MAZZUOLI, 2013a, p. 115).

O reconhecimento de que uma norma é ineficaz, segundo Barroso, não se confunde com a sua revogação, pois esta refere-se à retirada de uma norma do mundo jurídico, atingindo o plano de existência. Logo, ocorrerá com a manifestação dos órgãos que a editaram, produzindo efeitos *ex nunc*. Diferentemente ocorre quando uma norma é declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, sendo seus efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos (2012, p. 37).

Mesmo sendo vigente no ordenamento jurídico interno brasileiro, isto não significa que a norma seja válida e eficaz. Ser vigente é existir no plano legislativo (MAZZUOLI, 2013a, p. 117).

A eficácia das leis e dos atos normativos é relativa à aptidão para produção dos efeitos e das consequências que estão inseridas na norma, atingindo a finalidade em razão da qual foi gerada. Para Barroso, “Eficácia diz respeito, assim, à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma” (2012, p. 36).

Determinada norma somente se torna aplicável na medida em que é eficaz, segundo Silva. Quando falta algum requisito à norma, ela não dispõe de aplicabilidade. Para que se torne aplicável, a norma precisa ser capaz de produzir seus efeitos jurídicos (2012, p. 59).

Para Mendes, a aplicabilidade dos tratados internacionais somente ocorre a partir do momento em que forem cumpridos todos os requisitos solenes para a sua integração na ordem jurídica interna, passando a obrigar e a vincular o Estado (2007, p. 05- 06).

Ser eficaz, para Mazzuoli, é a norma estar ligada à “realidade social” em que foi inserida para regular algo. O poder estatal é quem detém o poder para, frente ao caso concreto, aplicá-la. A norma, para ser eficaz, precisa ser efetivada frente à sociedade, pois, caso isso não ocorra, ela não será utilizada frente aos casos concretos (2013a, p. 118).

Importante salientar que, dependendo do controle que foi exercido, a ineficácia se dará somente em determinado processo no controle difuso, ou para todas as partes indistintamente



no controle concentrado. Quando declarada inconstitucional, a norma não deverá mais ser aplicada, mas não existe uma forma que a elimine do mundo jurídico, não sendo retirada expressamente sua vigência (BARROSO, 2012, p. 37).

A norma, para ser válida, tem que passar pela compatibilização com a Constituição Federal e com os Tratados de direitos humanos em vigor no Estado. Antes de obter validade, precisa passar pela dupla compatibilização vertical, obedecendo ao princípio da hierarquia (MAZZUOLI, 2013a, p. 219- 124).

Afastada a confusão feita pela doutrina clássica, é importante ressaltar a existência na produção jurídica de duas classes de normas: as formais, que seriam condicionamentos da vigência das leis, e as substanciais ou materiais, que condicionam a validade dessas leis (MAZZUOLI, 2013a, p. 120).

Nas palavras de Mazzuoli, “para que uma norma seja eficaz, dependerá ela também ser válida, sendo certo que para ser válida deverá ser ainda vigente.” Afirma ainda o autor que a recíproca não é verdadeira (2013a, p. 121).

Em decorrência do controle de convencionalidade, pelo fato de as normas de direito internacional não estarem escritas na Constituição, a compatibilidade de uma lei com a Constituição Federal não lhe irá assegurar que a mesma seja válida no ordenamento jurídico interno. Para que isso ocorra, a norma deverá passar pela compatibilização além da Constituição com os tratados de direitos humanos de que o Brasil faça parte (MAZZUOLI, 2013a, p. 111).

Quando uma norma passar pelo crivo da Constituição, mas não observar os parâmetros de compatibilidade com os tratados internacionais de direitos humanos, a mesma será vigente no plano interno, pois estará sendo publicada como as demais normas em livros jurídicos, mas não poderá ser tida como uma norma válida, pois deixou de observar um dos limites impostos (MAZZUOLI, 2013a, p. 111).

### **3.4 Diálogo das Fontes**

Na pós-modernidade do direito internacional e das ordens jurídicas internas, um fenômeno importante é a solução das controvérsias quando existentes conflitos entre leis. Quando Erik Jayme analisou a comunicação do direito, observou que emerge agora, diante desse conflito de leis, um diálogo entre as fontes que possuem naturezas distintas (MARQUES, 2012, p. 18-19).

Os direitos humanos, os direitos fundamentais e os tratados internacionais são fontes que quando conflitam não se excluem ou se revogam, mas que “falam” entre si, devendo os juízes, operadores do direito, coordenar essas fontes e escutá-las, buscando o diálogo das fontes (MARQUES, 2012, p. 19).

O conflito entre normas, principalmente nacionais e internacionais, ocorre em razão da divisão entre as ordens jurídicas nacionais, que criam suas próprias normas domésticas, em um processo de descentralização normativa. Diante desse conflito de leis no espaço, é necessária uma coordenação do direito internacional (MARQUES, 2012, p. 20).

Para Marques, a teoria do diálogo das fontes é um método da nova teoria do direito, em face do pluralismo pós-moderno de fontes, sendo uma técnica metodológica (2012, p. 21).

A teoria de Erik Jayme traz uma visão mais humanista das normas, como se os sistemas interno e internacional formassem uma visão unitária e coerente, ordenados pelos direitos humanos, valores maiores de todas as ordens. Nos conflitos entre normas de direito interno e de direito internacional, prevaleceriam os direitos humanos e a interpretação *pro homine* (MARQUES, 2012, p. 24).

Afirma Marques que o diálogo das fontes também pode ser utilizado nos conflitos de valores e princípios, tornando-se uma teoria “humanista e humanizadora”, em razão de se utilizar de um sistema de valores para reordenar o conflito de leis existente (2012, p. 25).

A teoria propõe que as fontes dialoguem entre si, de forma harmoniosa guiadas pelos valores constitucionais e principalmente à luz dos direitos humanos, criando uma coordenação das leis. Em decorrência disso, as normas não mais se revogam em um sistema de “tudo ou nada”, pois essa solução de priorizar uma norma e excluir outra é uma visão reducionista de valores (MARQUES, 2012, p. 27).

Para resolver o conflito de leis no espaço, tradicionalmente existem os critérios da anterioridade, da especialidade e da hierarquia. Para Erik Jayme, em tempos pós-modernos, não mais se permite que sejam utilizados esses meios de solução, mas apenas deve-se utilizar valores constitucionais (MARQUES, 2012, p. 27).

Para Guerra, o diálogo das fontes permite que o aplicador do direito, ao tutelar a proteção em favor dos indivíduos, utilize-se de mais de uma norma, podendo ser interna ou internacional, alcançando um resultado que seja o melhor para os interesses da pessoa humana (2013, p. 190).

O diálogo das fontes vem como um método a ser utilizado que prioriza os direitos humanos e os valores constitucionais das ordens jurídicas, propondo uma solução para o

sistema, que coloca a pessoa humana em seu centro, assegurando uma aplicação normativa favorável ao ser humano (MARQUES, 2012, p. 28).

O que a teoria do diálogo das fontes traz é uma mudança de paradigmas, pois não se utiliza mais a forma de revogar uma lei quando em conflito com outra. Em vez disso, propõe-se a convivência de ambas em um mesmo sistema jurídico, de modo que possam, ambas, alcançar sua finalidade, sob a luz dos valores constitucionais e humanistas (MARQUES, 2012, p. 29).

Daí a importância dessa teoria, pois haverá a aplicação de ambas as leis conflitantes, apenas variando a ordem e o tempo dessa aplicação, de forma a deixar o sistema jurídico coerente (MARQUES, 2012, p. 34).

Um método que se destine a coordenar as leis é mais preferível que outro que exclua uma delas. Esse diálogo permite que as fontes mais heterogêneas se comuniquem, fazendo com que os juízes as coordenem, escutando-as (MIRAGEM, 2012, p. 74).

Quando determinada lei infraconstitucional não passe pelos modelos de controle postos pelo ordenamento jurídico, será inválida a norma edificada, e o diálogo das fontes, faz com que essa norma seja retirada da conversa, pois a lei não tem argumentos válidos que a autoriza a permanecer no diálogo. Dessa forma, somente é permitido que participem do diálogo as fontes jurídicas válidas e eficazes (MAZZUOLI, 2013c, p. 25).

Segundo Mazzuoli, o ordenamento jurídico brasileiro eleva a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos a princípios fundamentais da República (2013a, p. 34). E o princípio da dignidade da pessoa humana é um pilar de primazia da norma mais favorável, podendo se considerar por dignidade humana (MAZZUOLI, 2013a, p. 762). Constitui o princípio máximo do Estado Democrático de Direito. O principal aspecto advindo deste princípio é o reconhecimento de que todos são iguais. Trata-se de um princípio aberto e essencial a todos os demais direitos fundamentais, ocupando um grau de superioridade na ordem jurídica brasileira (MAZZUOLI, 2013c, p. 28-29).

O princípio da prevalência dos direitos humanos, consagrado pela Constituição Federal, faz comunicar a ordem jurídica internacional com a interna, devendo sempre prevalecer, o ordenamento que consagre a norma mais favorável, e que melhor proteja os direitos humanos (MAZZUOLI, 2013c, p. 29).

Por meio do diálogo entre as fontes interna e internacional, busca-se a convivência entre ambos os ordenamentos, permitindo-se encontrar a verdadeira norma que proteja o ser humano (MAZZUOLI, 2013a, p. 66).

Esse princípio soberano e essencial a todas as ordens jurídicas atribui primazia as normas que no caso concreto sejam mais garantidoras às pessoas, encontrada essa norma mais protetiva e garantidora, por meio do diálogo travado entre as diferentes fontes normativas, papel que compete ao aplicador do direito (MAZZUOLI, 2013c, p. 26).

O princípio internacional *pro homine* pode ser aplicado no Estado brasileiro, pois a Constituição permite que o seja como resultado do diálogo entre as fontes que mais protejam os seres humanos (MAZZUOLI, 2013c, p. 31).

Importante salientar, que a Constituição Federal brasileira, por meio dos princípios da dignidade da pessoa humana e o da prevalência dos direitos humanos, garantiu que, em seu ordenamento, mesmo que de forma implícita, fosse assegurada a aplicação do princípio *pro homine* (MAZZUOLI, 2013c, p. 28).

Surge um problema em relação aos tratados de direito comuns, em razão da falta das cláusulas de diálogo em seus textos. Os tratados referentes aos direitos humanos trazem em seus textos dispositivos que determinam a aplicação da norma mais favorável, seja interna ou internacional, em consagração ao princípio *pro homine* (MAZZUOLI, 2013c, p. 49).

Segundo Mazzuoli, o diálogo seria veiculado nos próprios vasos comunicantes ou cláusulas de diálogo, previstos nas normas internacionais e nas normas internas (2013b, p. 777).

A solução do conflito entre normas internas e tratados comuns ocorrerá pelo critério hierárquico, devendo os tribunais e os juízes aplicar o tratado internacional e não a norma infraconstitucional que o viola, sendo este o controle de supralegalidade das leis no direito brasileiro em face aos tratados de direito comum (MAZZUOLI, 2013c, p. 50).

O Estado brasileiro dá mostras de que aceita as soluções pós-modernas sobre os conflitos de leis, principalmente no que tange aos tratados internacionais de direitos humanos e as leis internas. Isso faz com que as normas de direito interno e de direito internacional se complementem, de forma que o direito interno escute o diálogo que provém da Constituição e dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos (MAZZUOLI, 2013c, p. 40).

Abre-se a possibilidade de construção de um Estado Constitucional e Humanista, de modo que toda a normativa interna seja compatível com a internacional de direitos humanos, formando assim, uma ordem jurídica “perfeita” que tem os direitos humanos como “sua maior racionalidade, principiologia e sentido” (MAZZUOLI, 2013c, p. 41).

Esse método de Erik Jayme passou a ser norma de ordem pública interna, além se deu caráter de *jus cogens* no direito internacional, em razão de as normas de direitos humanos e

suas cláusulas de diálogo serem aceitas pela sociedade internacional de Estados (MAZZUOLI, 2013c, p. 46).

No Estado brasileiro, o método do diálogo das fontes vem sendo aplicado pela jurisprudência no direito privado, especialmente nas relações entre o Código de Direito Civil e o Código de Defesa do Consumidor. Nos casos concretos, é aplicável a norma mais favorável, fundamentada na maximização dos direitos fundamentais protetivos (MIRAGEM, 2012, p. 95).

Miragem, traz o exemplo do Recurso Especial n. 1.037.759-RJ, no qual o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela indenização em face de ofensa a personalidade, em virtude da recusa de uma clínica conveniada com plano de saúde em realizar determinados exames em uma criança, em que sustentavam a não aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso. A Ministra Nancy Andriighi utilizou-se do método do diálogo das fontes para indicar diversos fatores que resultariam na proteção à criança consumidora tendo em face sua condição de dupla vulnerabilidade em que no momento se encontrava. Pode-se dizer que o Superior Tribunal de Justiça, assim, já se utilizou do diálogo das fontes para indicar as proteções legais às crianças consumidoras, em vista da condição dúplici de vulnerabilidade delas (MIRAGEM, 2012, p. 97).

Além disso, também se manifestou o Superior Tribunal de Justiça para utilização desse método no direito administrativo, examinando o exercício sindical de servidores estaduais, entendendo as normas que disciplinam a matéria proporcionais e que asseguram liberdades individuais (MIRAGEM, 2012, p. 105).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também já se manifestou em diversas ocasiões sobre a aplicação do diálogo das fontes, invocando-o frente a conjuntos contratuais (SOARES, 2012, p. 297).

## **4 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS**

Neste capítulo, será abordada a inserção do §3º no artigo 5º da Carta Magna brasileira inserida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que permite após votação diferenciada, que os Tratados Internacionais que versem sobre a matéria de Direitos Humanos sejam equivalentes às emendas constitucionais, adentrando no ordenamento jurídico de forma implícita, o Controle de Convencionalidade das Leis.

A partir da inserção do §3º no texto constitucional, autores com Valerio de Oliveira Mazzuoli e Ingo Wolfgang Sarlet divergem em diversos aspectos fundamentais do controle de convencionalidade.

Com a inserção deste controle, a Constituição Federal não é mais a única normativa a ser analisada quando da produção normativa, pois os tratados mesmo que não estejam codificados no texto constitucional serão parâmetros de controle as normas infraconstitucionais e constitucionais da mesma forma que a Constituição Federal.

O Brasil é signatário e está sob a jurisdição da Corte e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Quando o Estado não controlar a convencionalidade de suas leis frente a Convenção Americana e a jurisprudência que a Corte faz dela, a própria Corte e a Comissão farão, pois, o país está obrigado na esfera internacional a realizar este controle em virtude de que o Estado se submete a jurisdição da Corte.

Um caso prático de não exercer este controle e a Corte Interamericana de Direitos Humanos controlar a convencionalidade na omissão do Estado brasileiro, foi o caso conhecido como “Guerrilha do Araguaia”, em que a Corte Interamericana controlou a convencionalidade a partir da Convenção Americana em face à Lei de Anistia brasileira a qual foi considerada como constitucional pelo Supremo Tribunal Federal

Dessa forma se faz mister analisar se o ordenamento brasileiro adotou o controle de convencionalidade das leis e, se está se utilizando deste parâmetro que observa os tratados internacionais de direitos humanos, de forma a efetivar os direitos e garantias aos seus cidadãos.

### **4.1 Artigo 5º, §3º da Constituição Federal**

A Emenda Constitucional n. 45/2004 acrescentou ao artigo 5º da Constituição Federal o §3º, que dispõe: “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”.

Esses tratados quando passarem por este crivo não mais detêm somente o status de materialmente constitucionais e sim passam também a ter a condição de formalmente constitucionais e equivalentes às emendas constitucionais (MAZZUOLI, 2013c, p. 05).

Com esta reforma, ficou destacado o caráter dos tratados internacionais sem matéria de direitos humanos no âmbito interno brasileiro, sendo que para ingressarem como emendas constitucionais os tratados de matérias que versem sobre direitos humanos deverão passar por um *quorum* qualificado (BRASIL, 2006, RE 466.343-1, p. 11).

Piovesan observa que ao passarem por esta aprovação diferenciada, a qual se aplica também ao procedimento de inserção de uma emenda constitucional, conforme determina o artigo 60, §2º da Constituição, os tratados internacionais passam a integrar formalmente o texto constitucional (PIOVESAN, 2008, p. 76).

Esse novo modelo de controle normativo visa compatibilizar as normas internas com os tratados internacionais de direitos humanos que foram ratificados e estão em vigor no Estado brasileiro (ALVES, 2013, p.320).

Afirma Sarlet, que o controle de convencionalidade é um parâmetro de controle tendo os tratados de direitos humanos à índole de controlar as normas produzidas e hierarquicamente inferiores (SARLET, 2015).

Mazzuoli ressalta a importância da existência no Brasil do controle de convencionalidade inserido desde 2004, sendo uma inovação a compatibilização das leis domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado que passem por uma aprovação diferenciada (MAZZUOLI, 2013b, p. 745).

Em contrapartida, Sarlet afirma que a inovação trazida pela emenda constitucional número 45 seria inconstitucional, pois acabou por dificultar o processo material de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos (SARLET, 2013, p. 784).

Ocorreria que, ao ressaltar no dispositivo legal que “os tratados que forem incorporados”, abriria margem a interpretações que sustentariam o entendimento de que a adoção do procedimento de emendas constitucionais poderia ser opcional (SARLET, 2013, p. 784).

Outra divergência entre os autores é quanto à equivalência dos tratados internacionais de direitos humanos e os tratados internacionais de direitos comuns. Mazzuoli afirma que os tratados de direitos humanos independentemente de passarem pelo *quorum* qualificado têm

status de normas constitucionais. Enquanto os tratados que versem sobre matéria de direito comum terão status supralegal, com a única diferença de que os últimos não servirão de parâmetros para o controle de convencionalidade das leis, pois a este somente compete aos tratados internacionais de direitos humanos que têm nível constitucional (MAZZUOLI, 2013b, p. 746).

Sarlet, afirma que os tratados incorporados pelo rito do §3º do artigo 5º da Constituição, quanto aos tratados ratificados por maioria simples e aprovados anteriormente a inovação da EC 45 possuem hierarquia supralegal (SARLET, 2013, p. 796).

Além disso, é causa de divergência entre os doutrinadores citados a aplicação normativa quando do conflito entre as normas. Para Mazzuoli, quando as normas conflitarem, em face do princípio *pro homine* consagrado no ordenamento jurídico no artigo 4º, II da Constituição Federal, deverá ser aplicada a norma mais favorável ao ser humano, como resultado do diálogo travado entre as fontes, exercício que compete aos aplicadores do direito (MAZZUOLI, 2013b, p. 760).

Sarlet posiciona-se de forma que se houver um eventual conflito entre o texto constitucional e os tratados de direitos humanos ratificados, resolve-se a favor da Constituição, podendo resultar na declaração de inconstitucionalidade do texto aprovado pelo Congresso Nacional (SARLET, 2013, p. 797).

Mazzuoli conclui que se as normas infraconstitucionais passarem pelos parâmetros somente frente à constituição e não quanto aos tratados de direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais serão vigentes as normas, mas não serão válidas. De forma que competirá aos operadores do direito adaptar seus posicionamentos de forma a não proporcionar efetividade a essas normas que são inválidas (2013b, 764).

Sarlet afirma ainda, que a iniciativa para propositura do processo de equivalência das emendas constitucionais será do presidente da República em face no disposto no artigo 60, II da Constituição Federal (SARLET, 2013, p. 788).

Para o autor, quando incorporados via emenda constitucional os tratados de direitos humanos, agora sendo também formalmente constitucionais, além de reformarem a Constituição assumem a condição de limites a própria reforma, não podendo receber limitações e retrocessos, pois assumem a condição de cláusulas pétreas (SARLET, 2013, p. 785-786).

Além disso, Sarlet afirma que os tratados incorporados pelo rito do §3º do artigo 5º da Constituição Federal seriam impossíveis de denúncia pelo Brasil (SARLET, 2013, p. 786).



Desde que devidamente incorporados ao ordenamento pátrio os tratados devem sempre sofrer a limitação pela Constituição, concluindo pela supremacia da Constituição em relação aos Tratados Internacionais. Assegura o autor, que os tratados são normas infraconstitucionais (MORAES, 2014, p. 757).

Quando da edição de uma lei, primeiramente faz-se necessária sua compatibilização com o texto constitucional, quando contrária a norma, ela será inconstitucional podendo ser combatido pela via difusa ou concentrada de controle (MAZZUOLI, 2013c, p. 22).

Essa compatibilização deverá ser feita sob dois âmbitos, referente aos direitos expressos na Constituição e também em relação aos direitos implícitos na Constituição (MAZZUOLI, 2013c, p. 23).

Dispõe o §2º, do artigo 5º da Carta Magna de 1988: “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.”

Segundo o dispositivo, além dos direitos expressos na Constituição existem também nela os direitos implícitos que são decorrentes do regime e dos princípios adotados, além dos direitos que advém de tratados que não estão nem explicitamente e nem implicitamente, mas que provém de acordos realizados pelo Estado brasileiro na esfera internacional (MAZZUOLI, 2013c, p. 23).

Os direitos e garantias constitucionais fazem parte do núcleo intangível da Constituição Federal, que são protegidos pelas cláusulas pétreas, inseridas no artigo 60, §4º. IV da Constituição, que determina que não poderão ser objeto de deliberação de emenda constitucional que tente os abolir (MAZZUOLI, 2013c, p. 23).

Rezek observa, que após inseridos pelo rito do §3º do artigo 5º da Constituição, o tratado terá estatura constitucional desde a sua promulgação. Não havendo possibilidade de denúncia pelo Poder Executivo e nem pelo Congresso Nacional, visto a imutabilidade dos direitos desta natureza (REZEK, 2011, p. 133).

Sarlet afirma que após serem incorporados, os tratados de direitos humanos com *status* de emenda constitucional além de reformarem a constituição assumem a condição de limites materiais a própria reforma, não podendo ser esvaziados por qualquer outra emenda nova, pois, são protegidos pelo fundamento de serem direitos fundamentais, o que justifica tal limitação (SARLET, 2013, p. 785).

Para Silva, conforme entendimento de Piovesan, somente quando passarem pelo *quorum* qualificado de aprovação do §3º do artigo 5º da Constituição é que os tratados internacionais

de direitos humanos serão constitucionalmente formais, adquirindo supremacia que é própria da Constituição, sendo que constitucionalmente material sempre serão, como são todas as normas referentes a direitos humanos (SILVA, 2012, 179).

Piovesan afirma que somente podem ser denunciados os tratados de direitos humanos materialmente constitucionais, sendo que os tratados de direitos humanos material e formalmente constitucionais são insuscetíveis de denúncia, sendo quando passarem pelo *quorum* qualificado (PIOVESAN, 2008, p. 79).

Às emendas constitucionais podem ser declaradas inconstitucionais caso entrem em conflito ou violem as cláusulas pétreas, segundo Sarlet. Além disso, afirma que os tratados incorporados mediante o sistema do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal por terem um *status* de emenda constitucional seriam mais fortes que os anteriores, os quais segundo a orientação do Supremo Tribunal Federal gozam de hierarquia supralegal, desse modo, o autor questiona a recepção dos tratados como equivalentes a emendas constitucionais, os anteriores à Emenda Constitucional n. 45 (SARLET, 2013, p.790).

Segue linha doutrinária diversa Rezek, que afirma que ao promulgar a Emenda Constitucional n. 45, datada de 08 de dezembro de 2004, sem nenhuma ressalva aos tratados anteriores sobre direitos humanos inseridos no ordenamento jurídico brasileiro de forma simples, o Constituinte elevou estes tratados a nível constitucional. Afirma o autor, que esta equação segue a mesma natureza utilizada no caso do Código Tributário, que foi promulgado como lei ordinária, mas foi promovido a lei complementar à Constituição “desde o momento em que a carta disse que as normas gerais de direito tributário deveriam estar expressas em diploma dessa estatura” (REZEK, 2011, p. 133).

Para o ministro Mendes, a discussão do status dos tratados internacionais de direitos humanos, após a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, restou esvaziada, em razão do disposto no artigo 5º, §3º da Carta Magna, que segundo o autor determina que os tratados anteriormente ratificados pelo Estado brasileiro e não submetidos ao processo legislativo especial para a aprovação do Congresso Nacional não podem ser comparados as normas dispostas na Constituição Federal (BRASIL, 2006, RE 466.343-1, p. 11).

Silva ressalta que a grande diferença trazida pelo §3º é a de que as normas infraconstitucionais que violem as disposições dos tratados inseridos no ordenamento interno nesta forma são inconstitucionais, ou seja, não passam pelo segundo controle ao qual estão sujeitas: o de convencionalidade (SILVA, 2012, p. 179).

Somente com a declaração formal de inconstitucionalidade de uma lei que afetará a sua vigência, de forma que quando não passar pelos controles em razão dos tratados internacionais de direitos humanos ou de direitos comuns, serão as normas vigentes, mas inválidas, não sendo utilizadas frente aos casos concretos (MAZZUOLI, 2013c, p. 25).

Quando da compatibilidade vertical material, primeiramente se visualizará a compatibilidade com o texto constitucional, além do direito expresso, também se levará em consideração o direito implícito, ou direitos decorrentes, que podem ser provenientes do regime de princípios adotados pela Constituição (MAZZUOLI, 2013c, p. 26).

Importante salientar que o princípio *pro homine* foi adotado pela Constituição Federal consagrado no artigo 4º, II, sendo aplicada a norma mais favorável ao ser humano (princípio *pro homine*), sendo que frente ao caso concreto deve ser aplicada a norma que mais proteja o ser humano, encontrada no diálogo travado entre as fontes (MAZZUOLI, 2013c, p. 26).

Em uma situação que o tratado fosse menos benéfico para a pessoa humana, em observância do tratado com a Constituição, não deveria ser incorporado ao sistema jurídico doméstico, pelo fato de ferir antes mesmo de entrar no ordenamento jurídico interno um direito fundamental, uma cláusula pétrea (SARLET, 2013b, p. 786).

Dessa forma, os tratados internacionais devem ser utilizados e adaptados pelos operadores do direito interno, exercendo o controle de convencionalidade pelos órgãos da justiça, em razão às obrigações assumidas na esfera internacional pelo Estado brasileiro, sendo sua aplicação somente o reflexo do compromisso assumido. Este controle quando passar pela sistemática do artigo 5º, §3º da Carta Magna, igualmente ao controle de constitucionalidade, passa a ter caráter de controle difuso e de controle concentrado. (MAZZUOLI, 2013c, p. 32-33).

Segundo Mazzuoli, diferentemente de outras posições de doutrinadores brasileiros, o §3º, do ar. 5º da Constituição somente atribuiu equivalência de emenda constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos que passarem pelo *quorum* qualificado que determina. Ressalta o autor, que estes tratados já têm status de normas constitucionais, tanto os de direitos humanos como os de direitos comuns (MAZZUOLI, 2013c, p. 42).

À medida que tais instrumentos internacionais passam a ter equivalências às emendas constitucionais, fica autorizada a propositura de todas as ações existentes para garantir sua eficácia, podendo ser utilizando os controles pela forma difusa e também pela forma concentrada (MAZZUOLI, 2013c, p. 42).

Quanto aos tratados de direitos humanos que não passarem por esse *quorum*, como os tratados de matérias comuns, são paradigma apenas de controle difuso de convencionalidade no primeiro caso, ou de supralegalidade no segundo (MAZZUOLI, 2013c, p. 44).

Para Mendes, os tratados ratificados anteriormente a Emenda Constitucional n. 45/2004 e dessa forma não submetidos ao §3º do artigo 5º da Constituição, até então inexistente, não podem ser comparados às normas constitucionais (BRASIL, RE 349.703, 2006, p. 19).

Uma vantagem trazida por Sarlet se daria quando o tratado já incorporado, não poderia mais ser denunciado, o que fortaleceria os direitos humanos internos e ressaltaria a vinculação assumida pelo Estado em esfera internacional, desse modo, haveria um empecilho amparado pelos princípios democrático e do da proibição do retrocesso social, em virtude dessa proteção aos direitos humanos (SARLET, 2013, p. 787).

Além disso, a iniciativa para o processo de emenda constitucional de tais tratados de direitos humanos seria sempre do Presidente da República, em suporte o artigo 60, inciso II, da Constituição Federal, mas seria dispensada a ratificação do presidente pela razão do artigo 60, §3º, da Carta Magna brasileira.

Quando da apreciação dos projetos de lei pelo Poder Legislativo, este deve utilizar os tratados internacionais como parâmetros para a edição destas novas leis, principalmente observando os tratados de direitos humanos, seguindo os que estejam em vigor na esfera supranacional e dos quais o Estado brasileiro seja signatário. Caso passe despercebido pelo Legislativo compete ao Poder Executivo vetar a lei aprovada, quando visualizar afronta de tratado internacional (SARLET, 2015).

## **4.2 Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**

A Convenção Americana de Direitos Humanos também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, foi recepcionada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, incorporado pelo Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992.

Essa Convenção reiterou os princípios já proclamados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e pela Carta de Bogotá que criou a Organização dos Estados Americanos- OEA, reafirmando o compromisso dos Estados Americanos de consolidar um regime que preserve a liberdade pessoal e a justiça social, respeitando os direitos do homem (BRASIL, 2007, HC 87.585-8, p. 246).

De acordo com a Convenção Americana, são competentes para conhecer do cumprimento de normas pelos Estados em matéria de direitos humanos que fazem parte, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Comissão sempre tentará resolver os fatos de forma amistosa, quando não conseguir, redigirá um relatório com suas conclusões, determinando as recomendações e o prazo para os Estados tomarem as medidas cabíveis. A Corte pode ser provocada somente pela Comissão ou pelos Estados Partes (MARINONI, 2013, p. 72).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é um órgão jurisdicional da Convenção Americana, sendo sua atribuição resolver questões que versem sobre a violação de direitos humanos nos Estados que façam da OEA (Organização dos Estados Americanos) e que ratificaram a Convenção (MAZZUOLI, 2011, P. 888).

Por meio destes dois órgãos, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos acompanha as condutas dos Estados Partes, mas, além disso, a Corte pode julgar casos prolatando sentenças que se não cumpridas acarretam sanções políticas perante a Organização dos Estados Americanos. Assim, este sistema, visa à efetiva garantia dos direitos humanos (GUERRA, 2013, p. 197).

Marx afirma que a Corte Interamericana está inclinada na utilização e estipulação de critérios que sejam observados de forma universal, para a efetiva aplicação dos direitos humanos (MARX, 2014, p. 142).

No caso do Brasil, a internalização dos Tratados, pode ocorrer de duas formas, por meio do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, referente aos tratados de direitos humanos que têm um enfoque privilegiado na Constituição, atribuindo eficácia constitucional formal, e sob o prisma do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, que engloba os tratados gerais ratificados com índole e nível material (MAZZUOLI, 2013a, p. 59).

Para Sarlet, não somente os tratados, como também o conjunto de diretrizes emanadas por órgãos internacionais ou regionais servem de parâmetro para o controle de convencionalidade no ordenamento doméstico. Pois reforçariam a “eficácia e efetividade dos direitos sociais”, seria extremamente importante, quando não houvesse “legislação específica em nível interno ou para a concretização de cláusulas gerais” (SARLET, 2013, p. 100).

O Ministro Celso de Mello quando do julgamento do HC 87.585-8, destacou que o Poder Judiciário é o concretizador dos direitos que são assegurados pelas convenções internacionais que o Brasil faça parte. Sendo confiada aos juízes e tribunais esta missão de observar e atuar

conferindo aos direitos humanos inseridos nos tratados internacionais efetividade (BRASIL, 2008, HC 87.585-8, p. 256).

Dessa forma, ao se tornar signatário da Convenção Americana, o Estado brasileiro assumiu o compromisso de adequar a legislação e a jurisdição interna em consonância com as normas e jurisprudência da Corte Interamericana (GUERRA, 2013, p. 198).

Dispôs a Corte ser competente, em face de que o Estado brasileiro reconheceu a jurisprudência da Corte a qual poderia conhecer de violações continuadas ou permanentes, mesmo quando iniciadas antes do reconhecimento da competência da Corte Interamericana. Logo, em face da natureza dos crimes serem permanentes, pois não foram achados os corpos das vítimas a Corte reconheceu sua competência para julgar a demanda (CIDH, 2010, p. 8).

Seguindo a doutrina do controle de convencionalidade, quando o direito local for contrário às disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, segundo a interpretação que a Corte Interamericana de Direitos Humanos faz, a norma mesmo que constitucional deverá ser inaplicada (MARX, 2014, p. 131).

Assim, os juízes internos deverão além de controlar a constitucionalidade controlar a convencionalidade das leis e, para além das normas a interpretação que a Corte Interamericana realiza da Convenção Americana (MARX, 2014, p. 133).

O controle de convencionalidade autêntico é o que se realiza pelos juízes e tribunais internos em primeiro plano adequando a normatividade segundo os tratados internacionais e a interpretação da Corte, só se manifestando os tribunais internacionais quando os Estados não realizarem o controle de convencionalidade frente a estes tratados e a jurisprudência da Corte Interamericana (ALVES, 2013, p. 326).

O exercício do controle de convencionalidade sempre foi utilizado pela Corte Interamericana, mas somente a partir do ano de 2006 é que este termo foi utilizado pela Corte. Também foi a partir desse ano que a Corte posicionou-se pelo entendimento de que os juízes e tribunais têm obrigação de compatibilizar as normas internas com a Convenção Americana, e com a interpretação que a Corte dela faz (MAZZUOLI, 2013a, p. 95).

Foi nesse sentido a decisão da Corte no Caso Almonacid Arellano e outros *versus* Chile, julgado em 26 de setembro de 2006 quando a Corte inaugurou seu posicionamento sobre o controle de convencionalidade das leis. O caso dizia respeito ao homicídio de Almonacid Arellano pelo regime militar chileno em 1976, em razão da denegação de justiça por lei que anistiou as Forças Armadas daquele país (MAZZUOLI, 2013a, p. 95).

Em 24 de novembro de 2006, a Corte volta a referir-se a esse controle no Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso *versus* Peru, reforçando seu entendimento e especificando que os órgãos do Poder Judiciário devem exercer o controle de convencionalidade no ordenamento interno (MAZZUOLI, 2013a, p. 97).

Foi no julgado de 26 de novembro de 2010, no Caso Cabrera García e Montiel Flores *versus* México que a Corte definiu sua doutrina jurisprudencial sobre o controle de convencionalidade. A partir desse julgamento, a Corte, por unanimidade fixou o entendimento de que os juízes e tribunais internos devem aplicar a Convenção Americana e a interpretação que a Corte Interamericana de Direitos Humanos dela faz (MAZZUOLI, 2013a, p. 101).

A Corte Suprema de Justiça Argentina, até o ano de 2009, proferiu 42 decisões conferindo aplicação interna aos tratados de direitos humanos, aplicando a jurisprudência da Corte Interamericana. A Corte Argentina reconhece, com isso, ser a jurisprudência da Corte Interamericana de direitos humanos um guia de interpretação convencional (PIOVESAN, 2013, p. 136).

### **4.3 Caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil**

O Estado brasileiro já foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em virtude de não ter exercido o controle de convencionalidade em face da Convenção Americana no caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil, conhecido como “Guerrilha do Araguaia”, cuja sentença foi proferida em 24 de novembro de 2010 (CIDH, 2010, p. 01).

Com esse julgamento, foi trazida para debate a eficácia que detêm os tratados internacionais no ordenamento jurídico interno brasileiro (GUERRA, 2013, p. 169).

A demanda se referia à incompatibilidade da Lei de Anistia do Brasil em relação à Convenção Americana. O pedido foi para que o Estado brasileiro fosse responsabilizado pelo desaparecimento forçado de cerca de 70 pessoas resultado de operações do exército brasileiro entre os anos de 1972 e 1975, objetivando exterminar a Guerrilha do Araguaia, de que faziam parte membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região amazônica brasileira, ao longo do rio Araguaia (CIDH, 2010, p. 03- 04).

A Guerrilha do Araguaia foi um movimento de resistência ao regime militar instaurado no Brasil. Durante os quatro anos, o Exército, a Marinha, a Força Aérea, integrantes da Polícia Federal e da Polícia Militar realizaram diversas campanhas de repressão contra os membros da Guerrilha. A partir do ano de 1973, sob a Governança do Presidente Emílio Garrastazu Médici,

a ordem oficial era de exterminação dos guerrilheiros. No ano de 1974, não existiam mais guerrilheiros e o Governo impôs silêncio e proibição de divulgação do acontecido. O Exército negava que havia existido o movimento (CIDH, 2010, p. 33- 34).

O Estado brasileiro informou que, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153, foi declarado pelo Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade da Lei de Anistia brasileira (CIDH, 2010, p. 18).

A Corte, em sua consideração, afirmou que a violação dos Estados com suas obrigações internacionais pode levar este Tribunal a examinar a compatibilidade das normas internas com a Convenção Americana. Dessa forma, o que cabe à Corte Interamericana é a realização do controle de convencionalidade, analisando a incompatibilidade da Lei de Anistia com as obrigações assumidas pelo Estado brasileiro na esfera internacional. Quanto à compatibilidade da lei referida com a Constituição interna, não é matéria de competência da Corte e sim questão de direito interno (CIDH, 2010, p. 20).

A Corte realiza o controle de convencionalidade não só das normas infraconstitucionais, mas das normas constitucionais, ou seja, todos os atos jurídicos estão sujeitos ao controle de convencionalidade exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, posicionamento também adotado por Marx (MARINONI, 2013, p. 78; MARX, 2014, p. 131).

Segue também nesta linha Abreu, ressaltando que o controle de convencionalidade exercido perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, intérprete última da Convenção Americana, pode confrontar esta com a Constituição (GUERRA, 2013, p.181).

Os atos de desaparecimento forçado têm caráter permanente até que não sejam encontrados os restos mortais das pessoas, e constituem ofensa à Convenção Americana, devendo os Estados investigar e punir os responsáveis em decorrência das obrigações assumidas quando da ratificação desta Convenção, verificando o *corpus juris* interamericano e internacional (CIDH, 2010, p. 41).

Quando o tipo do crime é classificado como crime contra a humanidade ele é imprescritível, encaixando-se nessa classificação a Guerrilha do Araguaia, segundo Guerra (2013, p. 170).

A Corte afirma que, além da Convenção os Estados devem observar seus precedentes, ou seja, a eficácia vinculante dos fundamentos utilizados. De modo que os juízes e tribunais internos fiquem obrigados a adotar o posicionamento à norma convencional que dela faz a Corte Interamericana (MARINONI, 2013, p. 82).



A Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou que o Estado brasileiro descumpriu sua obrigação de adequar o ordenamento interno em face da Convenção Americana, carecendo de efeitos jurídicos a lei de anistia brasileira, considerando o ocorrido no Brasil como uma violação múltipla da Convenção Americana (CIDH, 2010, p. 45-65).

Cabe ao Poder Judiciário, segundo a Corte, em razão de o Estado estar obrigado internacionalmente, exercer o controle de convencionalidade entre as normas internas e a Convenção Americana, devendo observar não somente o tratado, mas a interpretação que a Corte Interamericana confere, em razão de ser a intérprete última da Convenção (CIDH, 2010, p. 65- 66).

Dessa forma, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sua sentença, acusou o Estado brasileiro de não ter controlado a Convencionalidade da Lei de Anistia, que considerou incompatível com a Convenção e violadora de Direitos Humanos, deixando, então, de ter valor jurídico. Desse modo, o Estado brasileiro não pode mais impedir a apuração dos crimes cometidos por seus agentes em razão desta lei, devendo ser eliminados os obstáculos jurídicos que impediram as famílias das vítimas de terem acesso “à informação, à verdade e à justiça.” (MAZZUOLI, 2013a, p. 186).

A determinação da Corte não nulifica e nem derroga as normas internas, devendo os Estados fazer a compatibilização de suas leis com a Convenção Americana. Mas, a decisão de inconvenção pode impor a reforma da legislação ou até mesmo da Constituição (MARINONI, 2013, p. 79).

Importante salientar que o controle de convencionalidade não ocorre somente em âmbito da Convenção Americana, pois também servem de paradigma de controle qualquer tratado internacional de que o Estado brasileiro seja signatário (MAZZUOLI, 2013a, p.28).

O controle de convencionalidade poderá ser exercido internamente frente aos tratados internacionais de direitos humanos que deverão ser observados quando da produção normativa infraconstitucional. E, quando isso não ocorrer, poderão as leis e atos sofrer o controle de convencionalidade internacional. Quando isso ocorre relativamente à Convenção Americana, o controle será exercido perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. No último caso, é como se fosse um controle concentrado de convencionalidade, pois se dará em um caso específico e seus efeitos irão gerar as modificações impostas perante todos, visando a benefícios para a pessoa humana (GUERRA, 2013, p.181; MAZZUOLI, 2013a, p. 94).

#### 4.4 A Adoção pelo Brasil do Controle de Convencionalidade das Leis

O texto constitucional de 1988 possibilitou a abertura do ordenamento jurídico interno ao sistema de proteção dos direitos humanos, a partir do que é estabelecido pelo §2º do artigo 5º da Carta Magna, que determina que os direitos e garantias abarcam os elencados em tratados internacionais (MAZZUOLI, 2013a, p.34).

Com a promulgação da Constituição de 1988, o Brasil definitivamente assume compromisso com a comunidade internacional de proteger e promover os direitos humanos. Dessa forma, foram reconhecidos diversos dispositivos que vinculam o Estado frente às obrigações assumidas em esfera internacional, como exemplo o artigo 4º (ABREU, 2012, p. 174).

A partir desse momento, passou-se a ter uma dupla fonte normativa: a advinda do direito interno e a advinda do direito internacional. Isso significa que, quando as duas ordens se conflitarem, os operadores do direito interno devem aplicar a fonte mais favorável à pessoa humana, seguindo o princípio *pro homine* (MAZZUOLI, 2013a, p.37).

Em razão da grande discussão doutrinária, foi acrescentado ao artigo 5º da Carta Magna o §3º, por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004, que determina que os tratados de direitos humanos aprovados pelo *quorum* de três quintos em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, serão equivalentes às emendas constitucionais (MAZZUOLI, 2013a, p.40).

A redação deste novo parágrafo inserido no texto constitucional é materialmente semelhante ao disposto no artigo 60, §2º da Constituição, o qual determina o modo de aprovação de uma emenda constitucional.

Já os tratados internacionais de direitos comuns são supralegais, estando acima das leis e abaixo da Constituição, mas também servem de paradigma de controle das normas infraconstitucionais domésticas (MAZZUOLI, 2013a, p. 176).

Importante diferenciar, de forma precisa, os significados de constitucionalidade, convencionalidade e supralegalidade. Os controles de constitucionalidade e de convencionalidade se referem à compatibilidade que as normas internas devem ter em face da Constituição e dos tratados internacionais de direitos humanos, podendo quando incompatíveis serem exercidos os controles difuso e concentrado de constitucionalidade ou de convencionalidade. O controle de supralegalidade é exercido em face das leis ordinárias, que estão abaixo dos tratados internacionais comuns (MAZZUOLI, 2013a, p. 177).

No Estado brasileiro, os tratados internacionais que foram aprovados pelo *quorum* do §3º do artigo 5º da Constituição até o presente momento são somente a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, inseridas no Brasil sob o Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009 e publicado no Diário Oficial da União na mesma data.

A proteção dos direitos humanos não somente na esfera interna, mas também na internacional exige uma contribuição mais efetiva por parte dos Estados para a máxima eficácia das normas, que propõe a cooperação internacional e a proteção dos direitos humanos como efetivação da garantia da dignidade da pessoa humana (BRASIL, RE 349.703, p. 23- 24).

É evidente que o Brasil adotou o controle de convencionalidade das leis, corroborando para um avanço na proteção dos direitos humanos em âmbito interno. Para além disso, deve-se ter como parâmetro este controle para as normas infraconstitucionais, pois, além do controle interno, poderá ocorrer o controle de convencionalidade no âmbito internacional a partir do exercício pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual o Brasil comprometeu-se em cumprir as decisões (PIUCCO, NOSCHANG, 2015; MAZZUOLI, 2013a, p. 187).

O Estado, por meio dos juízes e dos tribunais, utiliza o termo controle de convencionalidade raras vezes para fundamentar suas decisões. Em pesquisa ao *site* do Superior Tribunal de Justiça, aparecem apenas nove decisões que se referem ao controle de convencionalidade (STJ, 2016).

No tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, quando da pesquisa pelo termo “controle de convencionalidade” já existem dezoito registros para a procura. Contudo, a aplicação do termo ao controle de “convencionalidade dos tratados são apenas dez casos e a primeira decisão a referir o controle de convencionalidade é de 2016 (TJRS, 2016). A execução dos tratados incumbe a todos os órgãos do Estado, em seu conjunto, aplicá-lo (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003, p.233).

É chegado o momento em que os Estados desenvolvam ações no plano interno e internacional para a efetiva proteção dos direitos humanos. E o exercício do controle de convencionalidade pelo Brasil fortifica o compromisso desse Estado com seus indivíduos, colocando-os como centro do ordenamento, avançando em um sentido humanista de direito (PIUCCO, NOSCHANG, 2015; GUERRA, 2013, p. 199).

## 5 CONCLUSÃO

O Controle de Convencionalidade das Leis surgiu para fortificar a relação dos Estados na esfera internacional visando a uma maior proteção e efetivação dos direitos humanos, partindo de cima para baixo.

Com esse modelo de controle, os Estados passam a efetivar direitos assumidos na esfera internacional frente aos demais Estados, de forma a criar uma obrigação para que todos observem direitos humanos que devem ser efetivados internamente por todos, posto que mais benéficos aos seus cidadãos.

Por meio do controle de convencionalidade, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde o ano de 2006, vem solicitando que os Estados partes que ratificaram a Convenção Americana controlem a convencionalidade das leis domésticas frente à Convenção e a jurisprudência que a Corte faz dela. Assim fez a Corte uma inovação inédita, pois está “obrigando” que os Estados adêquem seus ordenamentos domésticos às obrigações que assumiram em esfera internacional.

O Brasil adotou esse instrumento de controle das normas internas a partir da inserção do §3º no artigo 5º da Constituição Federal, no ano de 2004, por meio da Emenda Constitucional n. 45. Desde então, quando os tratados internacionais de direitos humanos passarem pelo *quorum* diferenciado previsto nesse parágrafo, serão equivalentes às emendas constitucionais, sendo, então, parâmetros a serem analisados quando da produção normativa doméstica.

O Brasil, antes mesmo de a Corte posicionar-se pela observação dos Estados frente à Convenção Americana e a jurisprudência que dela faz a Corte Interamericana de Direitos Humanos, esse Estado já previa que suas leis internas deveriam observar os tratados internacionais de direitos humanos. Sendo assim, adota-se um sistema em que uma norma que não se sobressai às outras, mas é aplicada, dentre as conflitantes, a norma mais favorável ao ser humano frente ao caso concreto, assegurando uma maior dignidade às pessoas que se submetem a sua jurisdição.

O Brasil se submete à jurisdição da Corte Interamericana, de forma que a última análise realizada, tratando-se de matéria de direitos humanos em face da Convenção Americana, não cabe mais ao Supremo Tribunal Federal e sim à Corte. Assim sendo, se não cumprir com as obrigações assumidas perante a Corte, ela irá controlar a convencionalidade das leis internas, como o fez no caso *Gomes Lund versus Brasil*.

Pelo exercício desse controle, os Estados devem realizar a compatibilização de suas normas com os tratados internacionais de direitos humanos, colocando os indivíduos como centro de proteção nos ordenamentos, de forma a reservar a eles as possibilidades que mais os dignifiquem.

O controle de convencionalidade vem como uma forma de os Estados garantirem a seus cidadãos normas que sejam visualizadas pelos demais Estados como as mais benéficas para a dignidade humana. É um instrumento importante frente aos cometimentos de graves violações internacionais contra a pessoa humana. Assim, esse controle coloca-se como uma forma de a Corte Interamericana observar as “atitudes” internas dos governantes que assumiram determinadas obrigações internacionais e que deverão observá-las em seus planos internos.

Conclui-se que o controle de convencionalidade das leis é um instrumento que proporciona mais eficácia na proteção aos direitos humanos, fazendo com que seja aplicada a norma mais benéfica aos seres humanos quando da antinomia dos tratados com normas internas. Mostrando-se como uma ação dos Estados para construir um sistema interno, mas em consonância com o sistema internacional, compromete-se com a dignidade humana de seus cidadãos e fortifica a criação de uma globalização de proteção aos direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1986.

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

ARAÚJO, Nádia. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 4. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502170360/cfi/0!/4/4@0.00:8.57>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, CF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. *Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)>. Acesso em: 10 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 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: 10 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. *Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de introdução as Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 80.004*. Relator Ministro João Leitão de Abreu. Voto. 1976. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=31>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Notícias: *Depositário infiel: jurisprudência do STF muda e se adapta ao Pacto*. 23 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116379>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Notícias: *Íntegra do voto do ministro Celso de Mello sobre a prisão civil do depositário infiel*. 13 mar. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=84880>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Notícias: *Íntegra do voto do ministro Gilmar Mendes no RE 466343*. 22 nov. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=68454>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Notícias: *STF restringe a prisão civil por dívida a inadimplente de pensão alimentícia*. 3 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=100258>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmulas Vinculantes. *Súmula Vinculante n. 25*. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=jurisprudenciasumulavinculante>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. *Tratados equivalentes as emendas constitucionais*. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/internacional/tratados-equivalentes-a-emendas-constitucionais-1>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Portugal: Almedina, 2003.

CORTE IDH. *Caso Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) e outros Vs. Brasil*. 2010. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)>. Acesso em: 21 nov. 2015.

DINH, NguyenQuoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Tradução de Vítor Marques Coelho. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GUERRA, Sidney. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Martins Fontes: São Paulo, 2000.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os Direitos Fundamentais como Limites ao Poder de Legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI; Valerio de Oliveira (Coords.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano*. Brasil/ Argentina/ Chile/México/Peru/Uruguai. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

MARQUES, Claudia Lima. *O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme*. In: MARQUES, Claudia Lima Marques (Coord.). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARX, Ivan Cláudio. *Justiça de Transição Necessidade e Factibilidade da Punição aos Crimes da Ditadura*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI; Valerio de Oliveira (Coords.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano*. Brasil/ Argentina/ Chile/México/Peru/Uruguai. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013c.

\_\_\_\_\_. *O controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013a.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria Geral do controle de convencionalidade no Direito Brasileiro. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Direitos Humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013b.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRAGEM, Bruno. “Eppur si muove”: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima Marques (Coord.). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NOSCHANG, Patrícia Grazziotin. A Teoria de Triepel e o Recurso Extraordinário 80.004. *Revista Ius Gentium*, Florianópolis, ano 2, n. 1, UFSC, 2009, p. 97-114. Disponível em: <[http://www.iusgentium.ufsc.br/revista/ed2/5\\_Patricia\\_Noschang.pdf](http://www.iusgentium.ufsc.br/revista/ed2/5_Patricia_Noschang.pdf)>. Acesso em: 22 jan. 2016.



PIOVESAN, Flávia. Controle de Convencionalidade Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI; Valerio de Oliveira (Coords.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano. Brasil/ Argentina/ Chile/México/Peru/Uruguai*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

\_\_\_\_\_. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIUCCO, Micheli; NOSCHANG, Patrícia Grazziotin. *A Importância do Controle de Convencionalidade no Brasil*. 2015. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/13075/2217>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. Curso Elementar. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo. A Constituição Federal de 1988, os tratados internacionais de Direitos Humanos e o assim chamado controle de convencionalidade dos atos normativos internos analisada à luz do caso dos direitos sociais, econômicos e culturais. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Direitos Humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

\_\_\_\_\_. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. *Controle de convencionalidade dos tratados internacionais*. Sarlet. 10 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-controle-convencionalidade-tratados-internacionais>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos na perspectiva do assim chamado Controle de Convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI; Valerio de Oliveira (Coords.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano. Brasil/ Argentina/ Chile/México/Peru/Uruguai*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOARES, Ardyllis Alves. O contrato de *time sharing* e o direito do consumidor: um necessário diálogo das fontes. In: MARQUES, Claudia Lima Marques (Coord.). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Jurisprudência*. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?acao=pesquisar&novaConsulta=true&i=1&data=&livre=CONTROLE+DE+CONVENCIONALIDADE&opAjuda=SIM&tipo\\_visualizacao=R ESUMO&thesaurus=null&p=null&operador=e&processo=&livreMinistro=&relator=&data\\_i](http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?acao=pesquisar&novaConsulta=true&i=1&data=&livre=CONTROLE+DE+CONVENCIONALIDADE&opAjuda=SIM&tipo_visualizacao=R ESUMO&thesaurus=null&p=null&operador=e&processo=&livreMinistro=&relator=&data_i)>

nicial=&data\_final=&tipo\_data=DTDE&livreOrgaoJulgador=&orgao=&ementa=&ref=&sigl  
ajud=&numero\_leg=&tipo1=&numero\_art1=&tipo2=&numero\_art2=&tipo3=&numero\_art3  
=&nota=&b=ACOR&b=SUMU&b=DTXT&b=INFJ>. Acesso em: 22 abr. 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Pesquisa de  
jurisprudência. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 22 abr. 2016.