



**PARA ALÉM DO DEBATE EM TORNO DA HIERARQUIA DOS TRATADOS: DO
DUPLO CONTROLE VERTICAL DAS NORMAS INTERNAS EM RAZÃO DA
INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS.**

Luiz Magno Pinto Bastos Júnior¹

Thiago Yukio Guenka Campos²

RESUMO

Nos últimos tempos, muito se tem escrito sobre a questão da incorporação dos tratados de direitos humanos. Para além do debate tradicional em torno do *status* de sua incorporação, este artigo pretende trazer à tona um problema que progressiva e paulatinamente tende a ganhar maiores proporções após a decisão (ainda provisória) acerca da supralegalidade dos tratados proferida pelo STF em 2008, qual seja: o problema da incorporação de um duplo controle vertical de compatibilidade da legislação ordinária (o controle de constitucionalidade e de convencionalidade). Dadas as limitações deste trabalho, seu propósito não consiste em discorrer sobre os contornos deste instrumento, nem enfrentar as dificuldades relacionadas à sua utilização concreta. O que se pretende aqui é identificar suas bases teóricas de sustentação e defender de que forma o posicionamento do STF concorre (independentemente da opção adotada) para o reconhecimento de um “dever” de empreender um duplo controle vertical das normas infraconstitucionais a ser empreendido pela jurisdição comum no exercício da jurisdição constitucional. Ao final, pretende-se identificar de que forma as posições antagônicas assumidas no âmbito do STF convergem para o reconhecimento de um “dever constitucional” do aqui chamado duplo controle vertical da legislação infraconstitucional a ser empreendido difusamente pelo Poder Judiciário.

Palavras-chave: bloco de constitucionalidade; controle de convencionalidade, duplo controle vertical de normas; Supremo Tribunal Federal; direitos humanos.

¹ Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Advogado em Direito Público. Sócio do Escritório Menezes Niebuhr Advogados Associados. Professor titular de Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional dos cursos de Direito e Relações Internacionais da Universidade do Vale do Itajaí – Univali. E-mail: lmagno@mnadvocacia.com.br

² Bacharel em Direito da Universidade do Vale do Itajaí - Univali. Bolsista de Iniciação Científica (2008-2010). E-mail: thiagoygc@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos, muito se tem escrito sobre a questão da incorporação dos tratados de direitos humanos. Se por um lado, é vertiginosa a produção sobre a temática, por outro lado, os inúmeros textos produzidos muitas vezes acabam por reproduzir as mesmas questões, refletem (pequenas) variações de uma mesma nota: qual deve ser o *status* dos tratados em matéria de direitos humanos?

Faz-se necessário ir adiante e discutir outras questões que permanecem obscuras e não-reveladas em torno do potencial emancipatório advindo da incorporação dos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos no plano doméstico. Neste contexto, há uma profusão de questões que se apresentam ao direito constitucional e à teoria geral do direito que são subdimensionadas nas abordagens que usualmente enfrentam a temática. Até mesmo a distinção defendida com tanta paixão em torno da natureza constitucional ou supralegal dos tratados em matéria de direitos humanos, pela falta de reflexão sobre suas implicações para além do óbvio (*importam em reforma formal ao texto da constituição?*), também encobrem questões importantes sobre a autoridade das decisões proferidas em tribunais supranacionais e as dificuldades práticas decorrentes do balanceamento de direitos propostos pelo chamado critério *pro homine*.

Apesar de reconhecer a riqueza de possibilidades que circunscrevem a discussão, os propósitos deste trabalho afiguram-se bem mais modestos. Nele pretende-se apontar para um problema que progressiva e paulatinamente tende a ganhar maiores proporções após a decisão (ainda provisória) proferida pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao caráter supralegal dos tratados em matéria de direitos humanos, qual seja: o problema da incorporação de um duplo controle vertical de compatibilidade da legislação ordinária dela decorrente.

O propósito do trabalho não consiste em discorrer sobre os contornos precisos deste instrumento, nem sobre as inúmeras dificuldades relacionadas à sua utilização concreta. O que se pretende aqui é apresentar sua base teórica de sustentação e reconhecer de que forma as recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal concorrem (independentemente da opção adotada) para o reconhecimento de um “dever” de empreender um duplo controle vertical das normas infraconstitucionais a ser empreendido



pela jurisdição comum no exercício da jurisdição constitucional, qual seja: o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade.

Para tanto, em um primeiro momento, serão discutidas duas concepções que, conjuntamente, concorrem para a ampliação do espectro de proteção dos direitos humanos e que fornecem instrumental teórico e base institucional para o enfrentamento da questão das zonas de contato entre o direito interno e o direito internacional (em matéria de direitos humanos): a noção de “bloco de constitucionalidade” e o mecanismo de “controle de convencionalidade”.

Em seguida, será feita uma sucinta abordagem em torno do enfrentamento da questão da incorporação dos tratados no Brasil, no sentido de desvelar as questões que usualmente são suscitadas doutrinária e jurisprudencialmente. Para então, identificar de que forma as posições antagônicas assumidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal convergem para o reconhecimento de um “dever constitucional” do aqui chamado duplo controle vertical da legislação infraconstitucional a ser empreendido difusamente pelo Poder Judiciário.

2. BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: FATORES DE AMPLIAÇÃO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Identifica-se, hodiernamente, uma progressiva interação e influxo recíproco entre as ordens jurídicas interna e internacional, intensificados, sobretudo, após a Segunda Guerra Mundial. Este processo de intensificação se deu em face da progressiva consagração dos direitos humanos como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea (PIOVESAN, 2007). No Brasil, o debate em torno da interação entre a ordem interna e a internacional, traduzido deve passar, inarredavelmente, pelo enfrentamento de temas correlatos: o “bloco de constitucionalidade” e o “controle de convencionalidade”.

Estes conceitos, sob perspectivas distintas, fortalecem a gramática de proteção dos direitos humanos e representam importantes mecanismos de interação entre as ordens jurídicas. Não obstante convergirem no escopo de expandir o parâmetro de controle da

atividade legiferante doméstica e de ampliar a tutela dos direitos humanos³, partem de perspectivas distintas: parodiando André Ramos Tavares (2002a), é possível asseverar que o bloco de constitucionalidade representa uma ferramenta de expansão na perspectiva de “como o direito interno vê o direito internacional”, ao passo que o controle de convencionalidade desenhado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos⁴, na perspectiva de “como o direito internacional vê o direito interno”.

2.1. O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE E O PROBLEMA DO STATUS DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS

No Brasil, o debate doutrinário sobre o sentido e alcance do bloco de constitucionalidade ainda é muito tímido e, quando se desloca a atenção para o enfrentamento da questão pelo Supremo Tribunal Federal, sua abordagem revela-se, no mínimo, casuística e (deliberadamente?) assistemática. Não obstante isto, esta figura jurídica tem potencial de apresentar-se como relevante forma de ampliação do parâmetro de controle de constitucionalidade, como se verá a seguir.

A noção de bloco de constitucionalidade (*bloc de constitutionnalité*) tem origem no direito constitucional francês⁵, no início dos anos setenta, tendo sido difundida pelo jurista

³ Expressiva doutrina distingue o termo “direitos fundamentais” do termo “direitos humanos”. O primeiro é empregado para se referir aos direitos do ser humano reconhecidos e positivados na constituição de determinado Estado; o segundo, por sua vez, diz respeito aos direitos do ser humano plasmado em documentos jurídicos internacionais (SARLET, 2006). Neste artigo, seguindo André de Carvalho Ramos (2005b, p. 28-29), utilizar-se-ão as terminologias indistintamente, tendo em vista o “processo de aproximação e mútua relação entre o Direito Internacional e o Direito interno na temática dos direitos humanos”, assim como com o escopo de reforçar “que os direitos são *de todos* e que não há distinção de origem (norma internacional ou interna)”.

⁴ O Estado Brasileiro aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos em 09/07/1992, mediante o depósito da respectiva carta de adesão em 25/09/1992, aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 27/92, tendo ela sido promulgada no território nacional pelo Decreto Presidencial nº 678, de 06/11/1992. No que concerne à aceitação da jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tem-se que ela se deu por meio do Decreto Legislativo nº 89, de 03/12/1998, pela autorização do Congresso Nacional, que se concretizou com a transmissão de Nota do Presidente da República ao Secretário-Geral da OEA, em 10/12/1998. (MENEZES, 2009).

⁵ À primeira vista, soa paradoxal o fato de o bloco de constitucionalidade ser uma contribuição do direito francês, que sempre teve uma marcante tradição legicêntrica e que, por muito tempo, foi dominado pelo dogma rousseauiano da “lei expressão da vontade geral”, cuja consequência era a aversão a qualquer controle sobre as leis elaboradas pelo Parlamento (MELLO, V., 2009). Contudo, o Conselho Constitucional, que já fora criado em 1958 com intuito de impor limites ao Parlamento, renasceu em 16/7/1971, quando, por meio da decisão D-44, operou uma verdadeira revolução política, pois definitivamente pôs fim à soberania da lei na

francês Louis Favoreu⁶, em trabalho publicado no ano de 1975, dedicado a explicar a decisão D-44 do Conselho Constitucional francês, de 16 de julho de 1971 (CARPIO MARCOS, 2005).

Esta inovadora decisão do Conselho Constitucional de 1971 é reputada, por muitos, como a mais relevante decisão do Conselho Constitucional francês⁷ (FAVOREU; PHILIP, 1995 *apud* OSPINA MEJÍA, 2006), desde sua criação em 1958, além de representar o marco para construção do conceito de bloco de constitucionalidade (FAVOREU, 1990). Nesta decisão, o Conselho Constitucional declarou a inconstitucionalidade de uma lei que limitava o regime de associações. Para tanto, ante a inexistência de expressa previsão do direito de liberdade de associação no texto constitucional, o Conselho Constitucional tomou como normas paramétricas os “princípios fundamentais da República” – dentro dos quais se insere o direito de liberdade de associação – mencionados pelo Preâmbulo da Constituição e cuja normatividade foi expressamente reconhecida pela decisão paradigmática.

França (ROUSSEAU, 2001), não obstante o controle de constitucionalidade ser restringido, pois que de caráter preventivo (OSPINA MEJÍA, 2006), com a ressalva de que, com a reforma constitucional de 13/07/2008, introduziu-se o controle *a posteriori*. Justamente pela circunstância de a vigente Constituição Francesa de 1958 (V República) encerrar, ao lado da predominante parte orgânica – normas voltadas à regulamentação da estrutura e funcionamento do poder –, uma parte dogmática muito modesta, com parca previsão de direitos fundamentais – à igualdade e ao respeito a todas as crenças (art. 1º) – e raras normas substantivas, delegando à lei o regramento dos direitos cívicos e das garantias fundamentais para o exercício das liberdades fundamentais (art. 34), o Conselho teve de outorgar valor jurídico ao Preâmbulo da Carta de 1958, para fundamentar sua decisão: assentou que a liberdade de associação é um princípio fundamental da República, que possui valor constitucional, e que, portanto, no caso *sub judice*, a lei que o contrariava era inconstitucional. (OSPINA MEJÍA, 2006; PAIVA, 1999; ROUSSEAU, 2004).

⁶ Adverte Carpio Marcos (2005) que há quem questione a atribuição da paternidade da expressão “bloco de constitucionalidade” (*bloc de la constitutionnalité*) a Favoreu, uma vez que a terminologia teria sido empregada por Claude Emeri em sua obra de 1970 – cinco anos antes, portanto, da publicação de Favoreu. Neste ensaio, Claude Emeri comentava uma decisão de 1959 do Conselho Constitucional Francês, em que se analisou a validade constitucional do Regulamento da Assembleia Nacional, tomando não apenas a Constituição como norma paramétrica, senão também o Decreto n.º 58-1100, de 17/11/1958, expedido pelo Poder Executivo. Portanto, o uso feito da expressão por Emeri diverge no escopo e abrangência do sentido atribuído por Favoreu, ademais, afigura-se inquestionável que sua delimitação conceitual, sua projeção e difusão para além da juspublicística francesa da expressão resulta da obra do jurista de Marselha.

⁷ A decisão D-44 de 16 de julho de 1971, decerto, não foi a primeira a consagrar o Preâmbulo e a Declaração de 1789 como parâmetros para o controle de constitucionalidade, que já havia sido feita pelo Conselho na sentença D-39 de 19/6/1970 (CARPIO MARCOS, 2005; OSPINA MEJÍA, 2006). Rubio Llorente (1989) lembra da decisão de 8 de julho de 1966 do *Conseil* como a primeira a fazer menção ao conjunto de normas paramétricas para o controle prévio de constitucionalidade. Contudo, a decisão de 1971 é a mais destacada e conhecida, pois, conforme proclamam Louis Favoreu e Loïc Philip (1995 *apud* OSPINA MEJÍA, 2006), nela o Conselho reconheceu, de forma definitiva, o valor jurídico do Preâmbulo; ampliou a noção de conformidade da Constituição; aplicou os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República; assentou a função do Conselho Constitucional como protetor das liberdades fundamentais; e arraigou a liberdade de associação como uma liberdade constitucional.

De acordo com a construção interpretativa feita pelo Conselho Constitucional, estes princípios comporiam o “bloco de constitucionalidade” pela cadeia sucessiva de remissões a que remete o preâmbulo da constituição de 1958: o mesmo refere-se ao Preâmbulo da Carta de 1946 que, por sua vez, faz remissão aos “princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República”⁸. Desta forma, todos estes elementos, porque integrante do bloco constitucionalidade, poderiam ser utilizados como parâmetro para o controle vertical de constitucionalidade da legislação. (OSPINA MEJÍA, 2006).

É imperioso assentar que, conquanto relevante a mencionada decisão do Conselho de 1971, a noção de “bloco de constitucionalidade”, na França, é produto do esforço doutrinário e não foi resultou de uma construção jurisprudencial direta. Por duas razões: tanto porque o Conselho não a utiliza em suas decisões, quanto porque não diferencia muito claramente a natureza destes elementos integrantes deste “bloco”, referindo-se, frequentemente, de forma genérica a “princípios e regras de valor constitucional”, a partir da qual indica o conglomerado de normas dotadas de status constitucional. (FAVOREU, 1990).

Ao perscrutar as consequências da supracitada decisão, Favoreu (1990) valeu-se da noção de “bloco de legalidade”, já consagrada no direito administrativo francês, para desenvolver sua teoria. Maurice Hauriou utilizou a expressão *bloc legal* para designar o arcabouço de regras ao qual a Administração Pública está adstrita, como corolário do princípio da legalidade (*apud* FAVOREU, 1990). Trasladando esta noção para o direito constitucional, Favoreu (1990, p. 47) desenvolveu a figura do bloco de constitucionalidade “para designar o conjunto de princípios e regras de valor constitucional” que serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade. Segundo o autor (1990), seria conveniente o empréstimo da expressão, porquanto a ideia de bloco evocaria a noção de solidez e de unidade, como um conjunto que não pode ser cindido.

Arremata o jurista francês (1990, p. 59-60) que:

Pode considerar-se que a noção de bloco de constitucionalidade tem cumprido sua missão: fazer que se tome consciência desta unidade e provocar a fusão progressiva das diferentes peças do conjunto.

⁸ Dispõe o Preâmbulo da vigente Constituição de 1958 (V República): “O povo francês proclama solenemente sua vinculação aos direitos do homem e aos princípios da soberania nacional, tal como os define a **Declaração de 1789**, confirmada e completada pelo **Preâmbulo da Constituição de 1946**” (sem grifos no original). O Preâmbulo da Constituição de 1946 (IV República), por sua vez, remete aos “princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República”. (OSPINA MEJÍA, 2006, p. 187).

Em última análise, poderia vir a desaparecer se os franceses se acostumassem a falar globalmente da Constituição para designar o conjunto de textos que formam o bloco de constitucionalidade.

A partir desta construção, é possível identificar, com Canotilho (2003), duas acepções para determinação do parâmetro constitucional, em relação ao qual todos os atos normativos devem guardar conformidade: (a) o parâmetro constitucional equivalente à constituição escrita ou leis com valor constitucional formal, caso em que a aferição da conformidade dos atos normativos, sob o prisma de sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, somente pode ser feita com base em normas e princípios escritos na constituição ou em outras leis formalmente constitucionais; (b) o parâmetro constitucional equivalente à ordem constitucional global, hipótese em que o juízo de legitimidade constitucional dos atos normativos pode ser feito não apenas com fundamento nas normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas levando em conta também princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global.

Neste diapasão, o bloco de constitucionalidade insere-se na segunda acepção, que alarga o parâmetro constitucional para além das normas e princípios constantes do texto constitucional. Em outros termos, “[o] bloco de constitucionalidade excede a Constituição escrita, buscando valores maiores que servirão de orientação para as normas constitucionais escritas” (COELHO, 1994, p. 263).

A despeito desta imprecisão, a noção acerca do bloco de constitucionalidade vem sendo paulatinamente incorporada por diversos países, inclusive do continente americano (COELHO, 1994), com destaque para Colômbia (REY CANTOR, 2006). Se por um lado, a ideia central evocada pela noção de bloco de constitucionalidade permanece a mesma (a existência de outros elementos normativos não previstos textualmente na constituição, mas que podem, todavia, serem adscritos ao texto constitucional). Por outro lado, inúmeras são as leituras sobre “o que” pode ser compreendido como elemento integrante deste bloco de constitucionalidade.

Sem deixar de reconhecer esta plurivocidade, esta categoria “tem servido para dar solução a problemas reais que se têm apresentado em matéria de controle jurisdicional da constituição”, permitindo a integração de “normas, princípios e valores que formalmente não são parte da constituição, mas que devem ser considerados para a evolução e determinação

da supremacia constitucional” (MUÑOZ NAVARRO, 2009, p. 14). Nessa ordem de ideias, Canotilho (2003, p. 921) advoga que

[...]. o programa normativo-constitucional não se pode reduzir, de forma positivística, ao “texto” da constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, alargando o “bloco de constitucionalidade” a princípios não escritos desde que reconduzíveis ao programa normativo-constitucional como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas.

Com efeito, o bloco de constitucionalidade é um conceito que cada país desenvolve em seu ordenamento de acordo com o que estabelece o texto constitucional, e que vai sendo determinado, sobretudo, pelo Tribunal Constitucional, o qual assume papel essencial neste desenvolvimento, haja vista que, por ser o intérprete supremo da Carta e o órgão máximo da justiça constitucional, compete a ele estabelecer e identificar as normas que compõem o bloco de constitucionalidade e definir o seu alcance no respectivo ordenamento⁹ (REY CANTOR, 2006; AGRA, 2008; MUÑOZ NAVARRO, 2009).

Esta submissão do conteúdo e abrangência do bloco de constitucionalidade às singularidades de cada realidade constitucional ocorre porque, conforme categoricamente assentou a Corte Constitucional colombiana na sentença C-578 de 1995 (REY CANTOR, 2006, p. 303), “sempre que se fala em bloco de constitucionalidade, faz-se porque na Constituição uma determinada norma assim o ordena exigindo sua integração”.

Dito de outro modo, o bloco de constitucionalidade pressupõe a abertura constitucional, um franqueamento, pela Carta, de sua integração por outras normas, denominadas normas de reenvio¹⁰ (REY CANTOR, 2006), frequentes nas constituições recentes com vistas à proteção de direitos humanos¹¹.

⁹ Na América Latina, por exemplo, as Cortes Constitucionais da Argentina, da Bolívia, da Colômbia, da Costa Rica, do Chile, do Peru, da Guatemala, de El Salvador, do Equador (NOGUEIRA ALCALÁ, 2010), e da Venezuela (REY CANTOR, 2006) já arrogaram para si este mister e, conquanto por vezes de forma deficiente, definiram a existência do bloco de constitucionalidade no respectivo ordenamento.

¹⁰ No caso francês, esta norma de reenvio é o Preâmbulo, ao qual foi atribuído valor normativo pelo Conselho Constitucional, e que faz referência (reenvio) ao Preâmbulo da Constituição de 1946 e à Declaração de 1789. No Brasil, a despeito de vozes contrárias, prevalece o entendimento na Corte Constitucional de que o Preâmbulo da Constituição Cidadã não possui força normativa (ARÁUJO, 2010).

¹¹ A propósito, aduz Mazzuoli (2010a, p. 793) que “[s]ão várias as Constituições de países latino-americanos que, seguindo a tendência mundial de integração dos direitos humanos ao Direito interno, incorporaram em seus respectivos textos regras bastante nítidas sobre a hierarquia desses instrumentos nos seus ordenamentos internos”. Exemplificativamente, o autor cita as Constituições de Guatemala (art. 46), Chile (art. 5, inc. II), Colômbia (art. 93), Argentina (art. 75, inc. 22) e Venezuela (art. 23).

Neste ponto encontra-se a grande relevância da construção teórica do bloco de constitucionalidade, para além da expansão do parâmetro do controle de constitucionalidade: o robustecimento da proteção de direitos fundamentais, ensejada pela conjugação da multiplicação de documentos jurídicos internacionais destinados à tutela dos direitos humanos no segundo pós-guerra, com a abertura das constituições recentes à incorporação destas normas internacionais protetoras (PIOVESAN, 2002; 2007).

Enfatizando esta relação indissociável e defendendo a necessidade de interpretação da constituição nacional à luz das disposições de direito internacional dos direitos humanos, Nogueira Alcalá (2006, p. 244-245) identifica a existência de um “bloco constitucional de direitos fundamentais”, no Chile¹², nos seguintes termos:

Por **bloco constitucional de direitos fundamentais** entendemos o conjunto de direitos da pessoas (atributos) assegurados por fonte constitucional ou por fontes de direitos internacional dos direitos humanos (tanto o direito convencional como o direito consuetudinário e os princípios de *ius cogens*) e os direitos implícitos, expressamente incorporados a nosso ordenamento jurídicos por via do artigo 29 literal c) da CADH, todos os quais, no ordenamento constitucional chileno, constituem limites à soberania, como especifica categoricamente o artigo 5º inciso segundo da Constituição chilena vigente.

Consoante destaca Rey Cantor (2006), ao considerar que os direitos humanos integram o bloco de constitucionalidade afigura-se intuitivo reconhecer que estas normas não se prestam a servir apenas como parâmetro para o controle de constitucionalidade, mas, sobretudo, a servir de paradigma para a proteção reforçada de direitos constitucionais.

Diante do exposto, é possível concluir que, atualmente, o conceito de bloco de constitucionalidade evoca uma íntima identificação à gramática dos direitos humanos, conseqüência da ordinária reciprocidade entre ordem internacional e constitucional na busca pela maior proteção destes direitos – expansão de normas internacionais aliada à abertura constitucional.

A afirmação, no início desta seção, do caráter incipiente da discussão travada no Brasil, se sustenta pela ênfase atribuída, entre nós, à discussão em torno da definição da posição hierárquica conferida aos tratados de direitos humanos – se constitucional ou não.

¹² De acordo com o constitucionalista chileno, esta construção é possível a partir da interpretação da cláusula de abertura da Constituição chilena (art. 5º, inc. II) – que reconhece como limite da soberania o respeito aos direitos humanos, inclusive aqueles previstos em tratados vigentes – bem como do artigo 29, alínea “c”, da Convenção Americana de Direitos Humanos – que estabelece que nenhuma disposição da Convenção pode ser interpretada no sentido de excluir outros direitos inerentes ao ser humano

Aqueles que defendem a existência de um bloco de constitucionalidade escoram-se na cláusula de abertura do texto constitucional nacional, o § 2º do art. 5º da Constituição¹³ (AGRA, 2010; PIOVESAN, 2007; MAZZUOLI, 2010b; MELLO, V., 2009; LOPES, 2009).

Na doutrina brasileira, predomina a orientação de viés internacionalista, defendida por Flávia Piovesan (2007), no sentido de que o bloco de constitucionalidade brasileiro é integrado por todos os tratados de direitos humanos anteriores à promulgação da Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, independentemente de sua aprovação pelo quórum qualificado arraigado pelo novel § 3º¹⁴.

No entanto, “a doutrina brasileira ainda não construiu uma base sólida do que venha a ser o bloco de constitucionalidade”, haja vista que se limita “a defendê-lo em aplicações pontuais a temas determinados, quer como reforço de uma teoria, quer como elemento de proteção de algum direito fundamental”. (MELLO, 2009, p. 147)

Em sua vez, o Supremo Tribunal Federal, a partir da leitura desta disposição dialógica da *Magna Charta*, indubitavelmente reconhece sua existência, ainda que timidamente (AGRA, 2008)¹⁵. No entanto, não há uma clara posição da Corte sobre a abrangência e extensão do bloco.

No julgamento da ADI n.º 514/PI (BRASIL, 2008a), de relatoria do Ministro Celso de Mello, por exemplo, a Corte cingiu-se a assentar que o parâmetro de controle de constitucionalidade deve levar em conta o bloco de constitucionalidade, sem, contudo, identificar seus elementos e aprofundar-se no tema¹⁶. Já na emblemática decisão do HC

¹³ Dispõe o § 2º do art. 5º da CRFB/88: “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.”

¹⁴ A porfia orbita em torno dos tratados anteriores à EC n.º 45/2004, uma vez que, concernente aos tratados de direitos humanos submetidos ao rito especial de aprovação, nos termos do § 3º do art. 5º da CRFB/88, a Constituição é inequívoca em integrá-los ao bloco de constitucionalidade, passando a configurar, para todos os efeitos, parâmetro de controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais (MENDES, 2005 *apud* MAZZUOLI, 2009b). É o caso, *verbi gratia*, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, ambos assinados em Nova Iorque, em 30/03/2007, e promulgados pelo Decreto 6.949, de 25/08/2009, os quais ingressaram no ordenamento jurídico pátrio com valor de emenda constitucional, pois que submetidos e aprovados pelo procedimento qualificado do § 3º art. 5º (GOMES; MAZZUOLI, 2010).

¹⁵ Afigura-se fundamental, para este reconhecimento, as posturas assumidas pelo ministro Celso de Mello (BRASIL, 2008a; 2008b)

¹⁶ Na oportunidade, estabeleceu o Tribunal: “A definição do significado de bloco de constitucionalidade – independentemente da abrangência material que se lhe reconheça – reveste-se de fundamental importância no processo de fiscalização normativa abstrata, pois a exata qualificação conceitual dessa categoria jurídica

87.585-8/TO (BRASIL, 2008b), de relatoria do ministro Marco Aurélio, a vertente defensora do Pacto de San Jose da Costa Rica como diploma integrante do bloco de constitucionalidade brasileiro, acaudilhada pelo ministro Celso de Mello, não prevaleceu, apesar de já representar um importante sinal de melhor definição sobre o sentido a ser atribuível a esta concepção¹⁷ (BRASIL, 2008).

Como se vê, a definição de bloco de constitucionalidade ainda carece de aprimoramento no país, tanto em relação aos seus elementos integrantes, quanto em relação ao debate em torno das consequências advindas do seu reconhecimento.

2.2. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO OBRIGAÇÃO INTERNACIONAL DECORRENTE DO DEVER DE ASSEGURAR GARANTIA JUDICIAL EFETIVA

O controle de convencionalidade constitui uma relevante construção jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁸ voltada a conferir maior efetividade à

projeta-se como fator determinante do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais contestados em face da Carta Política” (BRASIL, 2008).

¹⁷ Esta decisão e o posicionamento do STF sobre a hierarquia dos tratados será estudado adiante.

¹⁸ Saliente-se que serão explorados, sumariamente, os contornos do controle judicial de convencionalidade desenvolvido no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, especialmente da Convenção Americana, cujo surgimento é recente, no ano de 2006 (caso *Almonacid Arellano vs. Chile*). De fato, não houve um pioneirismo da Corte Interamericana em relação ao controle de convencionalidade, uma vez que a confrontação normativa entre normas de fonte interna dos Estados-membros frente às normas internacionais cumpre-se na França desde 1975, além deste controle assemelhar-se ao próprio e precedente “controle de comunitariedade”, realizado no âmbito da União Europeia. Contudo, estas constatações não desestimam a construção pretoriana da Corte como relevante mecanismo de proteção aos direitos humanos e que, em solo americano, representa uma inovação. Registre, ademais, a noção de controle judicial de convencionalidade esboçada pela doutrina pátria, nomeadamente por Valério de Oliveira Mazzuoli (2009a; 2009b) e, também, por Luiz Flávio Gomes (2009), não se identifica, exatamente, com o instituto desenvolvido pela Corte Interamericana, a qual será objeto de análise deste capítulo. Em que pese ambas as ópticas tratem-no como técnica judicial de confrontação das normas de fonte interna frente às normas de proteção de direitos humanos de fonte internacional, ou, especificamente, à Convenção Americana de Direitos Humanos, partem de perspectivas distintas, do que resultam conclusões dissonantes. Parodiando o já citado André de Carvalho Ramos (2002a), pode-se afirmar que os autores brasileiros abordam o controle de convencionalidade na perspectiva de “como o direito interno vê o direito internacional”, ao passo que a Corte o faz na de “como o direito internacional vê o direito interno”. Os primeiros fundamentam o controle de convencionalidade na Constituição (art. 5º, §§ 2º e 3º); a Corte, como se verá, em disposições de direito internacional, especialmente na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 e na própria Convenção Americana de Direitos Humanos. Como conclusão, os primeiros tratam a Convenção como norma com status equivalente à Constituição (MAZZUOLI, 2009a; 2009b) ou supralegal (GOMES, L. 2009), enquanto que a Corte parte da premissa de que o Pacto de San Jose da Costa Rica goza de supremacia, prevalecendo, inclusive, sobre as

proteção dos direitos humanos. E se coaduna com a busca pela efetividade destes diplomas consagradores de direitos humanos que consistem em sua tônica atual, como se depreende da lição muitas vezes repetidas de Norberto Bobbio (2004, p. 43) “[o] problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*”.

Assim, o controle judicial de convencionalidade é expressamente assumido “como uma ferramenta sumamente eficaz para o respeito, a garantia e a efetivação dos direitos descritos no Pacto [de San José da Costa Rica]” (SAGÜES, 2010, p. 118), resultado da construção pretoriana da Corte Interamericana (REY CANTOR, 2009). Por este controle, “as normas locais passam a ter a compatibilidade aferida diante das normas internacionais”¹⁹ (RAMOS, 2003, p. 86).

O marco histórico de assentamento do controle judicial de convencionalidade, no contexto interamericano, é a decisão da Corte Interamericana, no caso “*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*”, de 26.9.2006, em que, pela primeira vez, o plenário²⁰ da Corte fez alusão à terminologia “controle de convencionalidade”²¹ (HITTERS, 2009). Nos parágrafos 123 e 124 da decisão, a Corte (2006a) ponderou:

constituições dos Estados. De qualquer forma, em ambas as visões o controle de convencionalidade apresenta-se como um importante mecanismo de integração entre o direito interno e o direito internacional, na busca da maior proteção do ser humano. Feitas estas advertências, passa-se, em seguida, a analisar o controle judicial de convencionalidade desenvolvido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

¹⁹ A propósito, impende destacar que André de Carvalho Ramos (2003, p. 86), em artigo publicado no ano de 2003, desenvolveu a noção do “controle de convencionalidade das normas nacionais” antes mesmo dos pronunciamentos da Corte Interamericana e das recentes publicações sobre o tema no Brasil.

²⁰ Conquanto o termo “controle de convencionalidade” tenha sido empregado pela primeira pelo plenário da Corte em 2006, Juan Carlos Hitters (2009), fazendo uma percuciente análise da jurisprudência da Corte Interamericana sobre o tema, recorda que o juiz Sergio García Ramírez, no caso *Myrna Mack Change vs. Guatemala*, decidido em 25/11/2003, foi quem, pioneiramente, lançou mão da expressão, por ocasião de seu voto fundamentado. Aliás, merece destaque o axial esforço empreendido pelo referido juiz, que insistiu na tese do controle de convencionalidade em diversas ocasiões, por meio de votos concorrentes, antes do acatamento pelo tribunal pleno, conforme seus votos nos casos *Tibi vs. Equador* (2004), caso *López Álvarez vs. Honduras* (2006), caso *Vargas Areco vs. Paraguai* (2006).

²¹ Não é correto concluir que somente a partir desta decisão emblemática (*Almonacid Arellano vs. Chile*) a Corte Interamericana realiza o controle de convencionalidade, porquanto desde sempre ela realiza o cotejo entre as normas internas e a Convenção, destacando a prevalência da última, ou seja, “o que na verdade há sucedido é que desde este momento se utiliza tal fraseologia” (HITTERS, 2009, p. 111) Segundo Eduardo Ferrer Mac-Gregor e Fernando Silva García (2009, p. 2), “[a] Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde suas primeiras decisões, há mais de duas décadas, realiza implicitamente o que a partir de 2006 denomina ‘controle de convencionalidade’; é dizer, aplica a Convenção Americana de Direitos Humanos e seus protocolos adicionais como parâmetro de controle dos atos (em sentido amplo) dos Estados que hajam reconhecido expressamente sua jurisdição”. No entanto, é a partir de sua jurisprudência recente que a Corte

123. A descrita obrigação legislativa do artigo 2 da Convenção tem também a finalidade de facilitar a função do Poder Judiciário de tal forma que o aplicador da lei tenha uma opção clara de como resolver um caso particular. Sem embargo, quando o Legislativo falha em sua tarefa de suprimir e/ou não adotar leis contrárias à Convenção Americana, o Judiciário permanece vinculado ao dever de garantia estabelecido no artigo 1.1 da mesma e, conseqüentemente, deve abster-se de aplicar qualquer norma contrária a ela. O cumprimento por parte de agentes ou funcionários do Estado de uma lei violadora da Convenção produz a responsabilidade internacional do Estado, e é um princípio básico do direito da responsabilidade internacional do Estado, reconhecido no Direito Internacional dos Direitos Humanos, no sentido de que todo Estado é internacionalmente responsável por atos ou omissões de quaisquer de seus poderes ou órgãos em violação aos direitos internacionalmente consagrados, segundo o artigo 1.1 da Convenção Americana.

124. A Corte é consciente de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isto, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado tenha ratificado um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a assegurar que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam mitigados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e fim, e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judicial deve exercer **uma espécie de “controle de convencionalidade”** entre as normas jurídicas internas, que aplicam aos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa o Poder Judicial deve ter em conta não somente o Tratado senão também a interpretação que do mesmo há dado a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção.

125. Nesta mesma linha de ideias, esta Corte tem estabelecido que “[s]egundo o direito internacional, as obrigações que este impõe devem ser cumpridas de boa fé e não pode invocar-se para seu descumprimento o direito interno. Esta regra foi codificada no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. (sem grifos no texto original).

Posteriormente, no mesmo ano, em 24/11/2006, no caso “*Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Peru*”, a Corte ratificou a obrigatoriedade do controle judicial de convencionalidade, introduzindo elementos adicionais e tratando do tema de forma mais específica. Na ocasião, argumentou, no parágrafo 128 da decisão (CIDH, 2006b):

128. Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que o efeito útil da Convenção não se veja diminuído ou anulado pela aplicação de leis contrárias a suas disposições, objeto e fim. Em outras palavras, os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não só um controle de constitucionalidade, **senão também “de convencionalidade” ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana**, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e das regulações processuais correspondentes. Esta função não deve quedar limitada exclusivamente pelas manifestações ou atos dos acionantes em cada caso concreto, embora tampouco implica que esse controle

deva execer-se sempre, sem considerar outros pressupostos formais e materiais de admissibilidade e procedência deste tipo de ações. (sem grifos no texto original).

Estes foram os dois principais pronunciamentos da Corte Interamericana que ensejaram o atual debate sobre o controle judicial de convencionalidade no continente americano²² (VILLANOVA, 2010), de cujas análises é possível perceber uma sensível evolução: na primeira decisão (caso “*Almonacid Arellano*”), a Corte faz menção ao dever do Poder Judiciário de realizar uma *espécie* de controle de convencionalidade, ao passo que no *decisum* ulterior (caso *Trabajadores cesados del Congreso*) alude diretamente ao dever de exercer o controle de convencionalidade, consolidando a terminologia a partir de então (HITTERS, 2009). Conforme destaca Sagües (2010, p. 120), “[n]a última sentença, em síntese, o instituto de referência é apresentado, sem mais, como um ato de revisão ou fiscalização da submissão das normas nacionais à Convenção [...] e à exegese que a este instrumento dá a Corte Interamericana”.

Enfim, sinteticamente, o controle judicial de convencionalidade preconizado pela Corte Interamericana afigura-se como “um mecanismo jurídico pelo qual os juízes invalidam normas de hierarquia inferior à convenção, que não tenham sido ditadas de conformidade a ela, tendo em conta não só a Convenção mesma, senão a interpretação que a ele efetua a Corte Interamericana”²³ (SCHEPIS, 2009, p. 7).

Os fundamentos jurídicos aduzidos pela Corte Interamericana para justificar o dever dos juízes de realizar o controle de convencionalidade são todos de direito internacional, amparando-se tanto no direito internacional geral como na própria Convenção Americana, conforme se deduz das decisões supra transcritas. Em última análise, o controle de convencionalidade alicerça-se na responsabilidade internacional dos Estados pela assunção de obrigações internacionais²⁴. Por este motivo, Menezes (2009, p. 9) define do controle de

²² Posteriormente a estas duas decisões fundamentais, a Corte voltou a tratar do tema em outros pronunciamentos, mas sem grande variantes, como nos casos “*La Cantuta vs. Perú*”, julgado em 29/11/2006, “*Boyce y otros vs. Barbados*” (20/11/2007), “*Heliodoro Portugal vs Panamá*” (12/08/2008), “*Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*” (23/11/2009), “*Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*” (24/08/2010).

²³ “un mecanismo jurídico por el cual los jueces invalidan normas de rango inferior a la convención, que no hayan sido dictadas de conformidad a ella teniendo en cuenta no sólo la Convención misma, sino la interpretación que de ella efectúa la Corte Interamericana”.

²⁴ Consoante lição de André de Carvalho Ramos (2002b, p. 8-9), “a responsabilidade internacional do Estado é a reação jurídica do Direito Internacional às violações de suas normas, exigindo a preservação da ordem jurídica vigente”. É característica de um sistema jurídica que pretende ser um sistema internacional de regras

convencionalidade como “mecanismo de responsabilização internacional do Estado por violação de direitos humanos”.

Ao subscrever tratados internacionais de direitos humanos, a exemplo da Convenção Americana, os Estados assumem uma dupla obrigação perante a comunidade internacional, quais sejam, a de *respeitar* e de *garantir* determinados conjuntos de direitos decorrentes do instrumento internacional²⁵ (BASTOS JÚNIOR, 2007).

Esta dupla obrigação está prevista expressamente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, enunciada em seus artigos 1 (1) e 2:

Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos

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

Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno

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

Como corolário destas obrigações convencionais, exige-se dos Estados, para além da adoção de distintas medidas executivas e legislativas, o provimento de mecanismos eficazes à satisfação destas garantias da Convenção, mediante seu Poder Judiciário – garantia judicial

de condutas, fundamentando-se no princípio da igualdade soberana entre os Estados – o Estado não pode reivindicar para si uma condição jurídica que não reconhece para outro Estado. Por esta noção de responsabilidade internacional, os Estados são obrigados a cumprir as normas jurídicas internacionais e, a sua ausência, consubstanciaria o fim da ordem jurídica internacional. “A responsabilização do Estado por violação de direitos humanos é essencial para reafirmar a juridicidade deste conjunto de normas voltado para a proteção dos indivíduos e para a afirmação da dignidade humana.” Segundo o autor (2002b), a jurisprudência internacional considera a responsabilidade internacional do Estado como sendo um princípio geral do Direito Internacional.

²⁵ Insta gizar que, no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, como “um conjunto de normas jurídicas internacionais que cria e processa obrigações do Estado em respeitar e garantir certos direitos a todos os seres humanos sob sua jurisdição, sejam eles nacionais ou não” (RAMOS, 2002, p. 25-26), atribui-se um regime jurídico objetivo a estas obrigações, em razão do qual se reconhece o dever de respeitar estas normas independentemente de contraprestação específica – não se pode invocar a reciprocidade, dado que as normas destinam-se à proteção dos indivíduos e não dos Estados contratantes –; autoriza-se a transferência da função de interpretar e averiguar a conduta estatal a um terceiro; permite-se conferir autoaplicabilidade às disposições convencionais; e admite-se a imposição de certas restrições às normas gerais de direito internacional relativas às reservas. (BASTOS JÚNIOR, 2007).

efetiva²⁶ –, pelo que os tribunais locais assumem função fundamental (BASTOR JÚNIOR, 2007). Para Antônio Augusto Cançado Trindade (2003, p. 517),

[...] os próprios tratados de direitos humanos atribuem uma função capital à proteção por parte dos tribunais internos, como evidenciado pelas obrigações de fornecer recursos internos eficazes e de esgotá-los, que recaem, respectivamente, sobre os Estados demandados e os indivíduos reclamantes. Tendo a si confiadas a proteção primária dos direitos humanos, os tribunais internos têm, em contrapartida, que reconhecer e interpretar as disposições pertinentes dos tratados de direitos humanos.

Neste contexto insere-se o controle judicial de convencionalidade, decorrente do dever do Estado de prover a garantia judicial efetiva ao jurisdicionado, ainda que inoperante o Legislativo quanto ao seu dever de adotar as medidas legislativas necessárias de adequação da ordem interna à ordem internacional. É dizer, na hipótese de inobservância, pelo legislador, do artigo 2 da Convenção, o qual impõe aos Estados o dever de harmonizar (compatibilizar) o direito interno ao direito internacional (CANÇADO TRINDADE, 2003), os juízes devem se valer do controle de convencionalidade – examinando a compatibilidade das normas internas vis-à-vis o Pacto e a interpretação deste pela Corte – como um mecanismo eficaz de satisfação dos direitos e garantias consagrados no Pacto de San José, assegurando sua supremacia (REY CANTOR, 2008) e seu efeito útil (*effet utile*) contra normas que contrariem seu objeto e fim (SAGÜES, 2010).

Recai sobre os juízes esta incumbência de confrontação normativa, quando da análise do caso concreto, uma vez que, como partes do aparato estatal, estão igualmente submetidos à Convenção e, portanto, vinculados aos deveres de respeito e garantia dos direitos previstos na Convenção (art. 1.1) e de adequar a ordem interna à internacional (art. 2), sob pena de, não o fazendo, ensejarem a responsabilização internacional do Estado (LONDOÑO LÁZARO, 2010). Isso porque o Estado responde globalmente perante a Corte por atos de

²⁶ Este direito, além de defluir do próprio art. 1.1, está consagrado expressamente no art. 25.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos: “**Artigo 25. Proteção judicial** 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.”

quaisquer de seus órgãos, sendo despciendo o fracionamento de sua estrutura interna à luz do direito internacional²⁷ (LUCCHETTI, 2008).

A corroborar este dever de realização do controle de convencionalidade pelos juízes domésticos, a Corte Interamericana também se espeda no direito internacional geral, nomeadamente nos artigos 26 (*pacta sunt servanda*) e 27 (*vedação de exceção de cláusula de direito interno*).

Por estes preceitos jurídicos, a partir do momento que um Estado subscreve um tratado internacional – de qualquer natureza – deve cumprir as obrigações contraídas de boa-fé (*pacta sunt servanda*), no sentido mais conveniente para os fins que os Estados tiveram no momento de sua celebração (JULIANO, 2009), não podendo invocar o direito interno para descumpri-las²⁸ (SAGÜES, 2010), o que se coaduna com a obrigação arraigada no Pacto de *San José* de amoldar o ordenamento jurídico interno às suas disposições (LONDOÑO LÁZARO, 2010).

Levadas às últimas consequências esta postura da Corte interamericana, isto implica reconhecer que a imposição da obrigação convencional decorreria de um reconhecimento *ex ante* de uma espécie de primazia dos tratados internacionais sobre as normas internas (JULIANO, 2009), inclusive sobre a própria Constituição (REY CANTOR, 2009), independentemente da forma com que a ordem jurídica nacional defina a forma com que o seu direito interno se articula às obrigações internacionais por si assumidas.

Em síntese, aos juízes nacionais incumbe, quando do julgamento dos casos postos à sua apreciação, rechaçar as disposições internas incompatíveis com a Convenção Americana e com a exegese conferida a si pela Corte, conforme determina seu art. 2, a fim de garantir o efeito útil (*effet utile*) do Pacto, mediante o provimento da tutela judicial efetiva, ou seja,

²⁷ Ressalta Antônio Cançado Trindade (2003, p. 551-552) que “[a]s obrigações convencionais de proteção vinculam os *Estados Partes*, e não só seus governos”, incumbindo ao Judiciário “aplicar efetivamente as normas de tais tratados no plano do direito interno, e assegurar que sejam respeitadas. Isto significa que o Judiciário nacional tem o dever de prover os recursos internos eficazes contra violações tanto dos direitos consignados na Constituição como dos direitos consagrados nos tratados de direitos humanos que vinculam o país em questão, ainda mais quando a própria Constituição nacional assim expressamente o determina. O descumprimento das normas convencionais engaja de imediato a responsabilidade internacional do Estado, por ato ou omissão, seja do Poder Executivo, seja do Legislativo, seja do Judiciário.

²⁸ Sagües (2010) adverte àqueles que consideram estes deveres uma “séria restrição à soberania dos Estados”, que a própria doutrina da soberania, enunciada no século XVI por Jean Bodin, admitia que o príncipe soberano estava obrigado a cumprir suas promessas, já que, inclusive, não havia delito mais grave para um rei do que o perjúrio.

garantindo ao jurisdicionado os direitos consagrados no instrumento internacional, em respeito ao art. 1.1.

Cabe frisar que operam no controle judicial de convencionalidade tanto os juízes nacionais quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Os juízes nacionais, previamente à realização da tarefa ordinariamente conhecida como subsunção – correlação do fato com a porção de direito aplicável – o juiz nacional deve realizar o controle de convencionalidade entre a porção de direito doméstico aplicável e a norma convencional (VILLANOVA, 2010). Constatando o conflito entre as normas, devem deixar de aplicar a norma interna “inconvencional” e aplicar diretamente a Convenção, assegurando o “efeito útil” desta última e protegendo os direitos da pessoa humana. Trata-se, portanto, de um controle judicial de convencionalidade difuso, porquanto todos os magistrados estão autorizados a exercê-lo, e que produz efeitos apenas *inter partes*. (REY CANTOR, 2009).

Deveras, os juízes nacionais figuram como principais atores do controle judicial de convencionalidade, visto que o controle (difuso) em sede interna é primário e amplamente predominante em relação ao controle em sede internacional, por força do princípio da subsidiariedade ou complementariedade da jurisdição internacional²⁹, segundo o qual o controle de convencionalidade pelas instâncias internacionais só deve ocorrer após o esgotamento dos recursos internos. (HITTERS, 2009). Havendo observância dos ditames convencionais e das pautas interpretativas fixadas pela Corte pelos juízes internos, não há necessidade de acudir o sistema internacional (REY CANTOR, 2009). Em suma, o controle de convencionalidade é realizado previamente pela instância doméstica, somente havendo intervenção da Corte Interamericana na sua inoperância ou ineficácia (HITTERS, 2009).

À Corte Interamericana, portanto, compete exercer o controle de convencionalidade de forma subsidiária, apenas com a finalidade de aferir a existência ou não da responsabilidade internacional do Estado por descumprimento das disposições da

²⁹ Conforme escólio de André de Carvalho Ramos (2005b, p. 118-119), “a subsidiariedade da jurisdição internacional, em face da jurisdição nacional, significa apenas que o próprio Estado, primeiramente por meio de seus recursos internos, deve assegurar o respeito aos direitos humanos. Após, no fracasso de tais meios internos, pode a vítima aceder aos mecanismos internacionais.” Todavia, a regra de prévio esgotamento dos recursos internos comporta, modernamente, mitigações em certos casos, como na denegação de justiça ou quando os recursos internos desvelarem-se inoperantes, falhos ou inacessíveis à vítima. Nestes casos, admite-se que a instância internacional seja diretamente acionada. (MAZZUOLI, 2010a).

Convenção. Não é, na essência, instância judicial revisora das decisões domésticas, devendo os juízes domésticos levar em conta as pautas hermenêuticas ditadas pela Corte, no exercício do controle de convencionalidade em sede interna, com o fito de evitarem a responsabilização internacional do Estado.

3. O ESVAZIAMENTO DO DEBATE SOBRE O PAPEL DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF: SUA REDUÇÃO AO PROBLEMA DA HIERARQUIA

Após a apresentação das duas noções que vêm animando o debate em torno da forma como o Poder Judiciário deve lidar com as obrigações internacionais assumidas pelo país em matéria de direitos humanos. Ao analisar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, pretende-se defender aqui que se trata de uma postura tímida e vacilante em torno do papel a ser desempenhado pelo sistema interamericano de direitos humanos. Isto reflete uma atitude conservadora (no sentido de pretensão de conservação de sua autoridade) e não-dialógica (no sentido de recusa a que se leve a sério o pronunciamento dos tribunais supranacionais a cuja jurisdição está sujeito o Brasil), e se traduz em uma eloquente indiferença em relação às instâncias supranacionais, transformando a referência ao elemento estrangeiro em seus julgados um acentuado caráter retórico, como parte integrante (a par de outros fatores) de sua estratégia argumentativa³⁰.

³⁰ Em pesquisa ao banco de dados do Supremo Tribunal Federal – <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> –, realizada em 12/10/2010, constatou-se que apenas uma única decisão do Tribunal Constitucional pátrio faz menção expressa à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, nada obstante o Brasil tenha reconhecido sua jurisdição em 1998. Cuida-se do Recurso Extraordinário 511.961/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, decidido em 17/06/2009, em que o STF assentou, por maioria, a não recepção pela Constituição de 1988 do art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei n.º 972/1969, por considerar que a exigência de diploma universitário para o exercício da profissão de jornalista afronta as liberdades de profissão, expressão e informação, constitucionalmente garantidas. Na ocasião, como reforço à sua argumentação, o ministro relator trouxe à baila, em seu voto vencedor, a opinião consultiva, solicitada pela Costa Rica, da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 13/11/1985, oportunidade em que o órgão declarou que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão jornalística viola o art. 13 da Convenção, que tutela a liberdade de expressão *lato sensu* (caso “*La colegiación obligatoria de periodistas*”, Opinião Consultiva OC-5/85). (BRASIL, 2009a). Em contrapartida, em decisão recente (30/04/2010), ao deliberar sobre a Lei de Anistia brasileira (Lei 6.683/79), por ocasião do julgamento da ADPF n.º 153, o STF, por maioria, julgou improcedente o pedido que colimava a declaração – pela técnica da interpretação conforme à Constituição do §1º do art. 1º da Lei 6.683/79 – de que a anistia não se estendia aos crimes comuns praticados

A agenda de discussões em torno da eficácia dos tratados em matéria de direitos humanos na ordem jurídica brasileira foi dominada, durante muito tempo, pelo debate em torno da possibilidade de prisão civil do depositário infiel nas suas três facetas (alienação fiduciária, contrato de depósito e depósito judicial).

A questão foi enfrentada sob múltiplas perspectivas pelo Supremo Tribunal Federal. Em um primeiro momento, o STF estendeu aos tratados de direitos humanos o mesmo tratamento conferido ao direito internacional geral. Em seguida, sem enfrentar o problema dos tratados de direitos humanos, passou a reconhecer como ilegítimas à prisão civil de depositário infiel resultante de contratos com cláusula de alienação fiduciária. Por fim, firmou posicionamento claro em torno da ilegitimidade da aplicação de qualquer espécie de prisão civil a depositário infiel, passando a enfrentar a questão em torno do papel a ser atribuído aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos.

No âmbito do debate travado ao longo de 2008, se por um lado afigura-se inegável o enfrentamento da *quaestio* por parte do Supremo Tribunal Federal, por outro lado, como se pretende discutir adiante, não é possível inferir, com precisão e com definitividade, nem a postura assumida pelo STF, nem as eventuais consequências advindas de uma eventual tomada de decisão.

3.1 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DA DISCUSSÃO

A Constituição Federal de 1988, alinhada à tradição das Constituições brasileiras que a precederam (DALLARI, P., 2003), não preceitua de forma clara qual a posição hierárquica dos tratados internacionais (comuns ou de proteção aos direitos humanos) incorporados ao

por agentes estatais contra opositores políticos durante o regime militar brasileiro (1964-1985). Em que pese à época do julgamento já houvesse entendimento remansoso da Corte Interamericana sobre a matéria – invalidade das leis de autoanistia, tal qual a brasileira, e impossibilidade de se anistiar crimes graves perpetrados por opressores contra opositores do regime ditatorial (CIDH, 2001b; 2006) –, o que, inclusive, foi aventado na petição inicial da ADPF pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB, 2008), o STF, nos termos do voto vencedor do relator, menoscabou a jurisprudência da Corte Interamericana e sequer contra-argumentou o entendimento do órgão internacional (BRASIL, 2010).

ordenamento interno³¹, deixando este mister a carga da doutrina e da jurisprudência pátrias, dando azo à persistente celeuma (MAZZUOLI, 2010a).

Durante algumas décadas, o Supremo Tribunal Federal adotou a tese do primado do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional³², posição esta que somente veio a ser modificada no ano de 1977, por ocasião da conclusão do julgamento do Recurso Extraordinário 80.004/SE³³, a partir do qual o Tribunal passou a perfilhar a tese da paridade hierárquica entre as leis e os tratados internacionais, de modo que, em casos de conflito entre ambos, prevalece a norma mais recente, aplicando-se as regras clássicas de solução de antinomias da teoria geral do direito, qual seja o critério cronológico de solução de antinomia aparente (*lex posterior derogat priori*)³⁴, ou, quando possível, o da especialidade (*Lex specialis derogat generali*)³⁵. Este entendimento ainda prevalece na atual

³¹ Com exceção dos tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados conforme o rito especial previsto no § 3º do art. 5º da CRFB/88, já que neste caso a Magna Carta estabelece expressamente que possuem status de emenda constitucional.

³² Celso de Albuquerque Mello (2004) traz alguns exemplos de decisões em que o STF consagrou o primado do direito internacional em face do direito interno, dentre os quais o caso da União v. Cia. Rádio Internacional do Brasil (1951), em que o Tribunal decidiu unanimemente que um tratado revoga leis anteriores (Apelação Cível n. 9.587); decisão do Pedido de Extradicação n.º 7 (1914), no qual o STF declarou estar em vigor e ser aplicável um tratado, malgrado houvesse uma lei posterior contrária a ele; e o acórdão na Apelação Cível n.º 7.872 (1943), em que a Corte assentou, novamente, que um tratado não é revogado por uma lei interna posterior.

³³ O caso versava sobre o conflito entre o Decreto-lei n.º 427/1969 – que estabeleceu a obrigatoriedade do registro da nota promissória na repartição fiscal, sob pena de nulidade – e a Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, aprovada pela Convenção de Genebra, anteriormente ratificada pelo Brasil – a qual não exigia o registro do referido título de crédito. Por maioria, o STF, superando seu posicionamento até então predominante de primazia do direito internacional, arraigou a paridade hierárquica entre tratados internacionais e leis internas e, via de consequência, reconheceu a constitucionalidade do Decreto-lei n.º 427 e a validade da obrigatoriedade do registro da nota promissória exigido pela referida norma interna posterior ao tratado. Noutros termos, concluiu que o tratado pode ser revogado pela legislação interna ordinária posterior que com ele conflite (*treaty override*). (MAZZUOLI, 2010a).

³⁴ Cabe destacar o voto do então Ministro Leitão de Abreu, que apresentou outro fundamento para justificar sua posição: “A orientação, que defendo, não chega a esse resultado, pois, fiel à regra de que o tratado possui forma de revogação própria, nega que este seja, em sentido próprio, revogado pela lei. Conquanto não revogado pela lei, que o contradiga, a incidência das normas jurídicas constantes do tratado é obstada pela aplicação, que os tribunais são obrigados a fazer, das normas legais com aqueles conflitantes. Logo, a lei posterior, em tal caso, não revoga, em sentido técnico, o tratado senão que lhe afasta a aplicação. A diferença está em que, se a lei revogasse o tratado, este não voltaria a aplicar-se, na parte revogada, pela revogação pura e simples da lei dita revogatória. Mas como, a meu juízo, a lei não o revoga, mas simplesmente afasta, enquanto em vigor, as normas do tratado com ela incompatíveis, voltará ele a aplicar-se, se revogada a lei que impediu a aplicação das prescrições nesse consubstanciadas” (*apud* AMARAL JÚNIOR, 2008a, p. 479).

³⁵ Pelo critério da *lex specialis derogat generali*, entende a Suprema Corte, *exempli gratia*, que, em matéria de extradição, os tratados internacionais prevalecem sobre o direito interno. (LUPU; BASTOS JÚNIOR, 2008).

jurisprudência da Corte Constitucional pátria, no que concerne aos tratados internacionais comuns³⁶.

Por seu turno, em relação aos tratados internacionais sobre direitos humanos, com o advento da Constituição vigente, em 5 de outubro de 1988, o debate ganhou novos contornos e maior complexidade, em virtude do que dispõe o § 2º do artigo 5º da Constituição de 1988³⁷ (DALLARI, P., 2003) e, sobretudo, com a introdução do § 3º³⁸ ao mesmo artigo 5º, por via da Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, que trouxe a lume o inarredável caráter especial destes tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro (BRASIL, 2008c).

Como vem sendo sistematicamente repetido nos artigos sobre a temática, a cláusula de abertura do § 2º do art. 5º da CRFB/88 ensejou uma ampla discussão doutrinária e jurisprudencial, admitindo distintas exegeses sobre o dispositivo e, por conseguinte, como antes revelado, um acirrado debate em torno da posição hierárquica dos tratados, assim sistematizadas: a) da supraconstitucionalidade³⁹; b) da constitucionalidade; c) da supralegalidade (mantendo sua condição de norma infraconstitucional); e, por último, d) da paridade entre lei e tratado (SARLET, 2006).

Em relação à possibilidade da prisão civil do depositário infiel, a celeuma se instaurou porque o artigo 7º (7) da Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual a República Federativa do Brasil é parte, preceitua que “[n]inguém deve ser detido por dívidas.

³⁶ A regra *lex posterior derogat legi priori* não prevalece, contudo, no campo tributário, *ex vi* do disposto no artigo 98 do Código Tributário Nacional: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”. Predomina o entendimento, na doutrina e na jurisprudência, de que este dispositivo aplica-se exclusivamente para os conflitos entre tratados internacionais e normas tributárias internas infraconstitucionais. (AMARAL JÚNIOR, 2008a). Outrossim, como dito, os tratados internacionais de extradição aplicam-se com primazia sobre a legislação interna, por conta do princípio da especialidade (LUPI; BASTOS JÚNIOR, 2008). Por último, registre-se o entendimento vacilante do Supremo Tribunal Federal em matéria de responsabilidade civil do transportador aéreo internacional.

³⁷ “§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

³⁸ “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

³⁹ Para essa corrente, nem mesmo uma emenda constitucional teria o condão de revogar uma norma internacional subscrita pelo Estado em tema de direitos humanos. Para Agustín Gordillo, citado por Flávia Piovesan (2010, p. 59), Contudo, ela conta com poucos adeptos no Brasil, sendo um deles Celso de Albuquerque Mello (2004).

Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.⁴⁰

Com efeito, esta previsão convencional não se coaduna com o artigo 5º, inciso LXVII, *in fine*, da Carta Magna, que permite a prisão civil do depositário infiel, ao prescrever que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”, bem como com a legislação infraconstitucional que disciplina esta modalidade de prisão civil, vale dizer, o artigo 1.287 do Código Civil de 1916⁴¹ (em vigor até 11.1.2003), o Decreto-Lei n.º 911/1969, que equipara o devedor-fiduciante ao depositário⁴², e o artigo 652 do Novo Código Civil de 2002, que reproduz a redação do art. 1287 do Código Civil Beviláqua ab-rogado.

Não obstante o entendimento da paridade hierárquico-normativa entre tratado internacional e legislação ordinária ter sido firmado pelo Supremo Tribunal Federal no citado RE 80.004/SE, em 1977, anteriormente, portanto, à Constituição vigente, e, ademais, ter se referido a tratado concernente à matéria de direito comercial, o Tribunal reiterou sua posição em relação aos tratados de direitos humanos, no ano de 1995 (PIOVESAN, 2007).

Ao enfrentar o tema – prisão civil do devedor como depositário infiel na alienação fiduciária em garantia – no julgamento do HC 72.131-RJ, realizado em 22.11.1995, portanto, sob a égide da Constituição de 1988 (art. 5º, § 2º) e já tendo o Estado brasileiro aderido à Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7º, 7), o Tribunal Constitucional reafirmou, por maioria, seu entendimento de que os diplomas normativos internacionais, incluindo os atinentes à tutela de direitos humanos, são incorporados ao ordenamento

⁴⁰ A corroborar a vedação da prisão civil do depositário infiel, o artigo 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, do qual o Brasil é signatário desde 1992, dispõe que: “[n]inguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual” (BRASIL, 2008c).

⁴¹ Dispunha o vetusto Código Civil de 1916: “Art. 1.287. Seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário, que o não restituir, quando exigido, será compelido a fazê-lo, mediante prisão não excedente a 1 (um) ano, e a ressarcir os prejuízos (art. 1.273).”

⁴² No artigo 1º estabelece que “[a] alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com tôdas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal”. Já em seu artigo 4º, o Decreto-Lei em comento estipula que “[s]e o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil”, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, franqueando a imposição de prisão civil por infidelidade.

jurídico interno no patamar de legislação ordinária, sendo aplicável, no caso de conflitos normativos, a regra *lex posterior derogat legi priori*. (BRASIL, 2008c).⁴³

O Tribunal Excelso manteve firme esta tese da legalidade ordinária dos tratados internacionais, reiterando-a em inúmeras decisões⁴⁴.

Entrementes, em sessão plenária realizada em 3.12.2008, novamente enfrentando o tema da prisão civil do depositário infiel⁴⁵ (RE 466.343-1/SP, RE 349.703/RS, HC 92.566/SP e HC 87.585/TO), o Supremo Tribunal Federal superou aquele posicionamento e promoveu uma guinada jurisprudencial, liderada pelos ministros Gilmar Mendes (supralegalidade) e Celso de Mello (constitucionalidade).

Em que pese os votos dos referidos ministros tenham dividido a Corte acerca da tese a ser albergada – cinco ministros acompanharam a tese da supralegalidade e quatro a da constitucionalidade –, houve um consenso no que tange à necessidade de atualização jurisprudencial, para o fim de se conferir um valor especial aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos dentro do ordenamento jurídico pátrio (GOMES; MAZZUOLI, 2010), sepultando a hipótese de prisão civil do depositário infiel no Brasil,

⁴³ Na oportunidade, liderando a orientação vencedora, assentou o ministro Moreira Alves: “Por fim, nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária a Convenção de San José da Costa Rica [...]. Com efeito, é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária (o que ficou ainda mais evidente em face de o artigo 105, III, da Constituição que capitula, como caso de recurso especial a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça como ocorre com relação à lei infraconstitucional, a negativa de vigência de tratado ou contrariedade a ele), não se lhes aplicando, quando tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1988, o disposto no artigo 5º, § 2º, pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado. Sendo, pois, mero dispositivo legal ordinário esse § 7º do artigo 7º da referida Convenção não pode restringir o alcance das exceções previstas no artigo 5º, LVII, da nossa atual Constituição (e note-se que essas exceções se sobrepõem ao direito fundamental do devedor em não ser suscetível de prisão civil, o que implica em verdadeiro direito fundamental dos credores de dívida alimenta e de depósito convencional ou necessário), até para o efeito de revogar, por interpretação inconstitucional de seu silêncio no sentido de não admitir o que a Constituição brasileira admite expressamente, as normas sobre a prisão civil do depositário infiel, e isso sem ainda se levar em consideração que, sendo o artigo 7º, § 7º, dessa Convenção norma de caráter geral, não revoga ele o disposto, em legislação especial, como é a relativa à alienação fiduciária em garantia, no tocante à sua disciplina do devedor como depositário necessário, suscetível de prisão civil se se tornar depositário infiel.” (BRASIL, 1995, p. 8685-8687).

⁴⁴ Cite-se, por exemplo, o RE 206.482-3/SP (27/05/1998); HC 81.319-4/GO (24/04/200); HC 77.053-1/SP (23/06/1998); HC 79.870-5/SP (16/05/2000); RE 282.644-8/RJ (13/02/2001) (BRASIL, 2008c).

⁴⁵ Os casos do RE 466.343-1/SP e RE 349.703-1/RS relacionavam-se à possibilidade da prisão civil do devedor nos contratos de alienação fiduciária em garantia; o caso do HC 92.566/SP dizia respeito à prisão civil do depositário judicial infiel; já no HC 87.585/TO, cuidava-se de prisão civil de depositário infiel de situação peculiar, que muito se aproximava da alienação fiduciária em garantia, segundo o Ministro Relator Marco Aurélio de Mello (BRASIL, 2008b).

qualquer que seja sua modalidade⁴⁶. Tendo sido, inclusive, editada posteriormente, a Súmula Vinculante n. 25, em 16.12.2009, segundo a qual ficou assentado der “ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

Ante a sua importância para as análises a serem aqui empreendidas, as posições paradigmáticas serão sumarizadas no tópico subsequente.

3.1. SÍNTESE DAS POSIÇÕES DIVERGENTES DE GILMAR MENDES (SUPRALEGALIDADE) E DE CELSO DE MELLO (BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE)

Como visto, na sessão plenária de 3.12.2008, o Supremo Tribunal Federal abandonou a orientação anterior, sinalizando duas correntes bem definidas, em relação aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil antes da promulgação da Emenda Constitucional n.º 45/2004: a) a que confere hierarquia supralegal, proposta pelo ministro Gilmar Mendes; e, b) a que atribui o status de norma constitucional, sugerida pelo ministro Celso de Mello (BRASIL, 2008b; 2008c; 2008d; 2008e).

Em seu multirreferenciado voto-vogal, prolatado no RE 466.343-1/SP, o ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2008c) identificou as quatro vertentes sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem interna – supraconstitucionalidade, constitucionalidade, supralegalidade e legalidade – e rechaçou pontualmente cada uma, à exceção daquela optada por si, qual seja, a tese de que os tratados sobre direitos humanos possuem caráter supralegal.

À tese da supraconstitucionalidade – preponderância dos tratados em relação às normas constitucionais – o ministro objetou que ela é inadequada à realidade do Estado brasileiro, alicerçado no sistema regido pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Sua adoção consubstanciaria óbice à possibilidade do controle de constitucionalidade destes diplomas internacionais, o que não

⁴⁶ Após reiteradas decisões que sucederam o histórico julgamento, pelo pleno, em 03/12/2008, o STF, em sessão plenária realizada em 16/12/2009, aprovou o enunciado n.º 25 da Súmula Vinculante de sua jurisprudência, que estabelece que “[é] ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito” (GOMES; MAZZUOLI, 2010). Pode-se advertir que onde se lê “ilícita”, deve-se ler “inconveniente”.

se coaduna com a própria competência atribuída pela Constituição ao Supremo Tribunal Federal para exercer este controle (art. 102, III, b). (BRASIL, 2008c).

No que concerne à tese de equiparação dos tratados de direitos humanos à Constituição, o ministro argumentou que ela foi esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional n.º 45/2004, ao introduzir o § 3º ao artigo 5º, que, para o ministro, significou uma manifestação eloquente de que não se pode atribuir status constitucional àqueles tratados ratificados pelo Brasil anteriormente à mudança constitucional, que não foram submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional. (BRASIL, 2008c).

Ademais, nos debates do julgamento do HC 87.585-8/TO, Gilmar Mendes (BRASIL, 2008b) exprimiu algumas preocupações de ordem consequencialista em relação à tese de equivalência constitucional dos tratados para rechaçá-la. A seu ver, a adoção desta tese traria algumas graves inconveniências, a saber: a) exigiria que o Tribunal realizasse a difícil tarefa de distinguir, dentre os tratados já ratificados, os tratados de direitos humanos daqueles de outra ordem; b) no que diz respeito ao controle abstrato de constitucionalidade, em que impera a regra da *causa petendi* aberta, obrigaria a Corte a aplicar estes tratados como parâmetro de controle sempre que houvesse necessidade, ainda que não fossem invocados pelas partes; e, c) ensejaria problemas sobre a supraposição de normas, a revogação de normas constitucionais por tratados e outros ligados a direito pré-constitucional e pós-constitucional.⁴⁷

Doutro norte, ponderou o ministro (BRASIL, 2008c) que a aludida alteração constitucional acenou para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções sobre direitos humanos já ratificados pelo Brasil, então predominante na jurisprudência da Corte, porquanto a reforma realçou o caráter especial destes em relação

⁴⁷ Estes argumentos consequencialistas genéricos bem demonstram que o ministro se vale de um discurso eminentemente retórico para justificar a atribuição (criação) do status supralegal aos tratados internacionais. Deveras, dessume-se que se trata de uma posição sobremaneira norteada por interesse político, cujo escopo subjacente é conservar a autoridade do Supremo Tribunal Federal como detentor da última palavra no âmbito interno, uma vez que, conferindo status constitucional aos tratados, o Tribunal Constitucional pátrio teria de compartilhar tal autoridade, em tema de direitos humanos, com a Corte Interamericana, intérprete suprema da Convenção Americana de Direitos Humanos, em tese.

aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes *locus* privilegiado no ordenamento jurídico.

Destarte, fazendo alusão à noção de Estado Constitucional Cooperativo desenhada por Peter Häberle (2007) – que, contrapondo-se à ideia de Estado Constitucional egoísta e individualista, caracteriza-se por ser um Estado Constitucional não mais voltado para si mesmo, mas que serve de referência a outros Estados Constitucionais, e aberto ao direito internacional⁴⁸, no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos – o ministro (BRASIL, 2008c) destaca a tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar os diplomas internacionais destinados à tutela dos seres humanos. Consta, desse modo, o anacronismo da tese da legalidade ordinária dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira, e, por conseguinte, a necessidade de revisitação crítica da jurisprudência da Corte Constitucional.

Em razão do exposto, o ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2008c) resgata e adota a tese da supralegalidade, aventada anteriormente pelo então ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence, no julgamento do RHC 79.785/RJ⁴⁹, em 29/03/2000, e também,

⁴⁸ Conforme o autor germânico (2007, p. 6-7), “[o] Estado Constitucional Cooperativo ‘corresponde’ a desenvolvimentos de um ‘Direito Internacional cooperativo’.

⁴⁹ No referido Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*, que tratava do duplo grau de jurisdição na esfera processual penal (não previsto explicitamente pela Constituição de 1988, mas arraigado no art. 8º, 2, h, do Pacto de San José da Costa Rica, como uma imprescindível garantia judicial), o ministro Sepúlveda Pertence assentou (BRASIL, 2000, p.300-301): “Certo, com o alinhar-me ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não assumo compromisso de logo – como creio ter deixado expresso no voto proferido na ADInMC 1.480 – com o entendimento, então majoritário – que, também em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais – preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis. Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande freqüência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição [...]. Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos. Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim [...] a aceitar a outorga de força supra-legal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes.” Ao final, contudo, o ministro concluiu que, embora a disposição do Pacto de San José que garante o duplo grau de jurisdição na esfera penal prevaleça em relação à lei, não se pode emprestar a ela força ab-rogatória de normas constitucionais, preponderando, neste caso, a proibição de recursos nos casos não previstos pela Carta Magna de 1988 (BRASIL, 2000).

segundo ele, consagrada nas Constituições da Alemanha, França (1958) e Grécia (1975)⁵⁰. Portanto, segundo o ministro (BRASIL, 2008c, p. 1154),

os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

Em virtude do patamar supralegal destes tratados internacionais, eles têm, segundo afirma (BRASIL, 2008c, p. 1160), “o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante”.

Como resultado desta construção teórica, o ministro (BRASIL, 2008c) concluiu que a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pela adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e ao Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), em razão da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, mas deixou de ter aplicabilidade, como consectário do efeito paralisante destes tratados sobre a legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei n.º 911 de 1969), incluindo a legislação posterior a suas adesões (art. 652 do Código Civil de 2002), ante o caráter supralegal.

Enfim, **desde a adesão** do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), **não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel** (BRASIL, 2008c, p. 1161).

Ao final, Gilmar Mendes (BRASIL, 2008c) consignou a inexistência de empeco ao legislador de submeter ambos os citados diplomas internacionais, bem como quaisquer outros de direitos humanos, ao procedimento especial de aprovação arraigado pelo art. 5º, § 3º, da CRFB/1988, inserido pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, para conferir-lhes status de emenda constitucional⁵¹.

⁵⁰ Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes incorre em certo sincretismo metodológico (SILVA, V., 2003), ao valer-se largamente da doutrina de Antônio Augusto Cançado Trindade (2003) para fundamentar sua posição. Todavia, Cançado Trindade defende manifestamente a tese da constitucionalidade dos tratados, e não a da supralegalidade, sustentada pelo ministro.

⁵¹ Além disso, o ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2008c) argumentou, ainda, que a prisão civil do alienante-fiduciário (depositário por equiparação) é inconstitucional por violação do “princípio da proporcionalidade”, tendo em vista que o ordenamento jurídico oferece outros meios executórios em favor do credor-fiduciário para a garantia do crédito, e por violação do “princípio da reserva legal proporcional”, ao instituir uma ficção jurídica ao equiparar o devedor-fiduciante ao depositário.

Por seu turno, o ministro Celso de Mello (BRASIL, 2008c), revisando radicalmente seu posicionamento anterior sobre a posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais sobre direitos humanos⁵², e amparando-se substancialmente na doutrina dos já citados Antônio Augusto Cançado Trindade (2003), Flávia Piovesan (2007) e Valério Mazzuoli (2010a), divergiu do ministro Gilmar Mendes para, indo além, conferir status constitucional aos tratados aprovados anteriormente à Emenda Constitucional n.º 45/2004⁵³, e integrá-los ao conjunto normativo configurador do bloco de constitucionalidade.

De acordo com a posição do ministro (BRASIL, 2008c), tem-se que: (a) os tratados internacionais de conteúdo estranho à proteção de direitos humanos possuem status de lei; (b) quanto aos tratados que versam sobre este tema, dividem-se em duas situações: (b.1) aqueles celebrados ou aderidos pelo Brasil anteriormente à promulgação da EC n.º 45/2004, possuem caráter materialmente constitucional e integram o bloco de constitucionalidade brasileiro; e, (b.2) os que venham a ser internalizados posteriormente à promulgação da EC n.º 45/2004, se observarem o rito qualificado do § 3º do art. 5º da Carta, possuirão caráter material e formalmente constitucional.⁵⁴

Ressalva, por outro lado, que se mantém incólume a relação de supremacia da Constituição sobre todos os tratados internacionais celebrados pelo Brasil, incluindo os que

⁵² Até então, o ministro Celso de Mello mantinha sua posição de atribuir status de lei ordinária aos tratados internacionais de direitos humanos, consoante ilustrado anteriormente, em sua manifestação no julgamento do HC 72.131-RJ (BRASIL, 1995). Já na sessão plenária de 03/12/2008, o ministro (BRASIL, 2008c, p. 1254-1255) assentou que: “**após detida reflexão** em torno dos fundamentos e critérios que me orientaram em julgamentos anteriores (RTJ 179/493-496, v.g.), **evoluo**, Senhora Presidente, **no sentido de atribuir**, aos tratados internacionais **em matéria** de direitos humanos, **superioridade jurídica** em face **da generalidade** das leis **internas** brasileira, **reconhecendo**, a referidas convenções internacionais, **nos termos** que venho de expor, **qualificação constitucional**”.

⁵³ No Supremo Tribunal Federal, o ministro Carlos Velloso já havia advogado o status constitucional dos tratados de direitos humanos, no caso “Ellwanger” (HC 82.424-2/RS) (MAZZUOLI, 2009a).

⁵⁴ Celso de Mello (BRASIL, 2008c) reconhece três distintas situações concernentes especificamente aos tratados internacionais de direitos humanos: a) os celebrados ou aderidos pelo Brasil antes da promulgação da Constituição de 1988, os quais se revestem de caráter constitucional, pois recebidos nesta condição pelo § 2º do art. 5º da Constituição; b) os que venham a ser celebrados ou aderidos pelo Brasil em data posterior à promulgação da EC n.º 45/2004, que para obterem status constitucional devem observar o *iter* procedimental previsto pelo § 3º do art. 5º da Constituição; e, c) aqueles celebrados ou aderidos pelo Brasil entre a promulgação da Constituição de 1988 e a EC n.º 45/2004, que possuem caráter materialmente constitucional, incluindo-se no bloco de constitucionalidade. Portanto, dессume-se que, para o ministro, os tratados de direitos humanos celebrados ou aderidos pelo Brasil posteriormente ao advento da EC n.º 45/2004, acaso não aprovados pelo quórum especial do § 3º do art. 5º da Constituição, ingressam no ordenamento pátrio como status de lei infraconstitucional.

versam sobre tema de direitos humanos, desde que, neste último caso, os tratados importem em supressão ou mitigação de

(...) prerrogativas essenciais ou liberdade fundamentais reconhecidas e asseguradas pelo próprio texto constitucional, eis que os direitos e garantias individuais qualificam-se, como sabemos, como limitações materiais ao poder reformador do Congresso. (BRASIL, 2008c, p. 1255).

Como conclusão de seu raciocínio, o ministro Celso de Mello (BRASIL, 2008c, p. 1264) reconheceu que o Decreto-Lei b.º 911/1969 – no ponto que permite a prisão civil do devedor fiduciante – não foi recepcionado pela Constituição,

“considerada a existência de incompatibilidade material superveniente entre referido diplomas legislativo e a vigente Constituição da República”, impedindo esta modalidade de prisão civil por ausência de disciplina⁵⁵.

A partir da análise sumária dos posicionamentos dos ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, depreende-se que a divergência entre ambos situa-se no campo da fundamentação, e não no resultado prático da decisão, uma vez que nos julgamentos do RE 466.343-1/SP e HC 87.585/TO houve, inclusive, unanimidade da Corte em extirpar a prisão civil do depositário infiel do ordenamento jurídico pátrio.

Neste contexto, malgrado aparentemente tênue a dissensão, seu estudo é de grande relevância, na medida em que as posições exprimem diferentes formas que o Tribunal poderá enfrentar a questão da interação entre as ordens jurídicas interna e internacional. A questão mais importante não diz respeito ao status, mas inúmeras das consequências práticas em relação, tanto o controle de constitucionalidade, quanto em relação à autoridade das decisões proferidas em outras instâncias decisórias situadas “fora” da jurisdição constitucional nacional.

Como já adiantado, prevaleceu, na Corte Constitucional, por apertada maioria de cinco votos contra quatro, a orientação do ministro Gilmar Mendes. Acompanharam-no os ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Carlos Ayres Britto. De outro norte, albergaram a tese da constitucionalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos internalizados antes do advento da EC n.º 45/2004, além de Celso de

⁵⁵ Conforme discorrido em seu voto, Celso de Mello (BRASIL, 2008c) argumenta que a regra insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da CRFB/88, apenas faculta ao legislador comum criar este meio processual de coerção (prisão civil) nos casos de infidelidade depositária, não possuindo tal norma constitucional aplicabilidade direta, reclamando legislação infraconstitucional disciplinadora.

Mello, os ministros Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie⁵⁶. Os ministros Joaquim Barbosa e Marco Aurélio deliberadamente julgaram ser desnecessário o enfrentamento desta questão para chegarem a conclusão em torno da inaplicabilidade da prisão civil do depositário infiel. (BRASIL, 2008d).

Impende registrar, contudo, que o Supremo Tribunal Federal sinaliza a possibilidade de, tão-logo enfrente novamente a questão sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos internalizados anteriormente à EC n.º45/2004, promova nova mudança jurisprudencial, para abraçar a tese da constitucionalidade⁵⁷ (PRADO, 2010).

3.2. NOVO PARADIGMA DE CONTROLE DA PRODUÇÃO LEGISLATIVA DOMÉSTICA: O DUPLO CONTROLE VERTICAL

A virada jurisprudencial promovida pelo Supremo Tribunal Federal supramencionada, alcançando todos os tratados internacionais sobre direitos humanos internalizados pelo Brasil anteriormente à promulgação da Emenda Constitucional n.º 45/2004⁵⁸ ao patamar de, pelo menos, norma supralegal, tem como principal consequência a

⁵⁶ A identificação das correntes e da posição de cada ministro foi feita pelo próprio ministro Celso de Mello na sessão plenária de 03/12/2008 (BRASIL, 2008d, p. 466-4670).

⁵⁷ Esta mudança depende da posição a ser tomada pelos ministros Joaquim Barbosa, Marco Aurélio, Dias Toffoli e Luiz Fux. O ministro Joaquim Barbosa, em decisão da Segunda Turma do STF, já se manifestou em favor da tese da constitucionalidade dos tratados anteriores à EC 45/2004. Na oportunidade, tratando sobre o Pacto de San José da Costa Rica, assentou: “Na seqüência, também utilizei como fundamento para negar seguimento ao agravo a **orientação jurisprudencial ainda dominante neste Tribunal acerca do tema do duplo grau de jurisdição**, em matéria de competência originária dos Tribunais [...], em data anterior à promulgação da Emenda Constitucional 45/04. Naquela ocasião, deve-se registrar, este Tribunal entendia que as Convenções Internacionais possuíam força de lei ordinária, tão-somente. Com efeito, após o advento da Emenda Constitucional 45/04, consoante redação dada ao § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, passou-se a atribuir às convenções internacionais sobre direitos humanos **hierarquia constitucional** [...]. Desse modo, a Corte deve **evoluir** do entendimento então prevaletente à época do julgado aludido, **para reconhecer a hierarquia constitucional da Convenção**”. (BRASIL, 2009b, p. 1139-1140). Portanto, como os ministros Menezes Direito (supralegalidade) e Eros Grau (constitucionalidade) não integram mais a Corte, e confirmada a posição do ministro Joaquim Barbosa (constitucionalidade), há, virtualmente, um empate de 4 votos para cada corrente. A prevalecer a tese da constitucionalidade, o Estado brasileiro se coadunará com o movimento vislumbrado no plano do direito constitucional comparado, em que existe, conforme pontificou Celso de Mello (BRASIL, 2008c, p. 1258), “**uma significativa tendência contemporânea** que busca conferir **verdadeira** equiparação normativa aos tratados internacionais de direitos humanos **em face** das próprias Constituições políticas dos Estados, **atribuindo**, a tais convenções internacionais, **força e autoridade** de norma constitucional.”

⁵⁸ Mazzuoli (2010a, p. 763-764) arrola os tratados internacionais de proteção de direitos humanos pertencentes ao sistema das Nações Unidas já ratificados pelo Brasil: “a Convenção para a Prevenção e a Repressão do

criação de um novo paradigma de controle da atividade legislativa doméstica. Conforme assentado pela Corte, há um conjunto de normas, abaixo da Constituição, de nível hierárquico intermediário, que reclama a concordância das demais normas inferiores. Doravante, as normas infraconstitucionais para serem válidas devem contar com dupla compatibilidade vertical, isto é, devem ser compatíveis com a Constituição e tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados pelo rito qualificado do § 3º do artigo 5º da Carta (bloco de constitucionalidade), bem como com os tratados internacionais sobre direitos humanos internalizados antes da EC 45/04. (GOMES, L., 2009).

Dessarte, com a prevalência da tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁵⁹ (RE 466.343-1/SP, RE 349.703-1/RS, HC 92.566/SP e HC 87.585/TO), surge um novo desafio ao magistrado nacional e uma sobrecarga de sua função: quando da análise do caso concreto⁶⁰, deve

Crime de Genocídio (1948), a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1966), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Protocolo Facultativo Relativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1999), a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Referentes à Venda de Crianças, à Prostituição Infantil e à Pornografia Infantil (2000), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativo ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados (2000) e, ainda, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, conhecida como *Convenção de Mérida* (2003). Isto tudo sem falar nos tratados sobre direitos sociais (v.g., as convenções da OIT) e em matéria ambiental, também incorporados ao Direito brasileiro e em vigor no país. Lista também os tratados relativos ao sistema interamericano de direitos humanos internalizados pelo país: “Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988), do Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte (1990), da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985), da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994), da Convenção Interamericana sobre o Tráfico Internacional de Menores (1994) e da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra Pessoas Portadoras de Deficiência (1999).

⁵⁹ No caso de nova mudança jurisprudencial, com o acolhimento da tese perfilhada pelo ministro Celso de Mello da hierarquia constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos – extirpando do ordenamento, desse modo, o nível supralegal de normas – as normas convencionais permanecerão, por lógico, servindo de parâmetro para o controle da atividade legiferante interna. Contudo, passarão a ser parâmetro de controle de constitucionalidade, visto que componentes do bloco de constitucionalidade.

⁶⁰ Embora predomine, por ora, a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – razão pela qual estas convenções não integram o bloco de constitucionalidade brasileiro e não servem de parâmetro de controle de constitucionalidade – é defensável a utilização, eventualmente, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para impugnar um ato do Poder Público contrário a um preceito fundamental insculpido em um tratado internacional de direitos humanos, já

proceder, além do costumeiro juízo de constitucionalidade da norma aplicável (controle difuso de constitucionalidade), a um juízo de convencionalidade dela (controle difuso de convencionalidade⁶¹) (GOMES, 2009).

Para desempenhar este novo mister, para além do desafio que se impõe ao juiz de empreender a leitura das normas ordinárias à luz das disposições constitucionais, se lhe impõe, igualmente, o dever de lidar com os influxos do direito internacional no âmbito doméstico. Disto resulta a exigência de que seja capaz de aprender e aplicar, para além da sobreposição normativa ínsita ao modelo federalista, três níveis normativos distintos: o legal, o internacional (dos direitos humanos) e o constitucional, além da jurisprudência interna (STF) e internacional (CIDH, no âmbito interamericano⁶²) (GOMES; MAZZUOLI, 2010). Para tanto, é indispensável uma revitalização dos juízes nacionais, que, de modo geral, ignoram as normas internacionais de proteção dos direitos humanos e das condições e dos efeitos de sua integração no sistema jurídico pátrio⁶³ (DALLARI, D., 2007).

que o objeto de parâmetro da ADPF – preceito fundamental – não equivale a preceito constitucional (TAVARES, 2010), e que, a despeito da celeuma relativa ao que vem a ser “preceito fundamental” (BERNARDES, 2004), há certo consenso de que eles abrangem os direitos e garantias fundamentais (AGRA, 2008). Assim, é possível que uma obrigação convencional caracterize uma violação a preceito fundamental tutelável por meio da ADPF, nos termos do que dispõe o § 1º do art. 102 da CRFB/88: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, **decorrente** desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.” (Grifou-se). Portanto, mesmo diante do atual posicionamento do STF sobre o caráter supralegal dos tratados referidos, é possível se falar em um controle concentrado de convencionalidade, via ADPF.

⁶¹ O dever de realizar este controle difuso de convencionalidade decorre também de obrigação internacional, podendo ensejar a responsabilização internacional do Estado brasileiro, consoante determinado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), analisado no capítulo anterior.

⁶² Em que pese o cabal menoscabo do STF à jurisprudência da Corte Interamericana, ela impõe a observância de sua jurisprudência, no exercício do controle de convencionalidade em sede interna, como visto, reclamando o engajamento dos juízes nacionais.

⁶³ Sobre o desconhecimento, pelos juízes, das normas internacionais de proteção dos direitos humanos, aduz Dalmo de Abreu Dallari (2007, p. 38-39): “De modo geral, os profissionais do direito receberam, quando muito, noções superficiais de direito internacionais em seus cursos de Direito, com pouca ou nenhuma perspectiva de aplicação de suas normas. Além disso, esse conhecimento precário vem, freqüentemente, com a lembrança de uma tediosa explanação sobre as formalidades burocráticas necessárias para que as normas de um tratado se integrem no sistema jurídica nacional: adesão, ratificação, depósito do instrumento de ratificação ou adesão, com o acréscimo, sustentado por muitos teóricos tradicionais, da necessidade de uma lei, aprovada pelo Parlamento e sancionada pelo Executivo, dando vigência interna, nacional, às normas internacionais, em cada caso. Acrescente-se ainda que, por várias razões, com freqüência os profissionais da área jurídica, inclusive especialistas em direito internacional ou direitos humanos, recebem informações insuficientes e não estão seguros quanto ao início de vigência nacional dos instrumentos internacionais. Por todos esses motivos, a tendência dos juízes é recusar a referência a um tratado, convenção, protocolo ou qualquer outro instrumento internacional como fundamento válido e suficiente para sustentar uma pretensão jurídica em âmbito interno”.

4. CONCLUSÃO

1. O bloco de constitucionalidade e o controle judicial de convencionalidade desenhado pela Corte Interamericana são importantes mecanismos de fortalecimento da tutela dos direitos humanos. São duas faces da mesma moeda: o bloco de constitucionalidade é uma ferramenta desenvolvida na perspectiva constitucional, enquanto o controle de convencionalidade na perspectiva do direito internacional.
2. No Brasil, os incipientes debates sobre o bloco de constitucionalidade e o controle de convencionalidade adstringem-se à discussão em torno do status dos tratados internacionais sobre direitos humanos no país.
3. Em sua vez, tradicionalmente, a contenda sobre a hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos no Brasil é reduzida – ou, ao menos, demasiadamente apegada – ao enfrentamento da (im)possibilidade da prisão civil do depositário infiel.
4. Ademais, a decisão do STF de 3.12.2008 não revela a posição da Corte sobre o status dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro por três razões: (a) não houve uma discussão teórica séria sobre o mote, porquanto o *leitmotiv* do debate foi resolver o caso concreto, isto é, expungir a possibilidade de prisão do depositário infiel na ordem jurídica pátria; (b) o resultado da decisão reflete uma indefinição das posições da Corte, demonstrando a contingência do posicionamento majoritário, tendo em vista que, atualmente, há um empate virtual de 4 a 4 entre os ministros sobre a tese adotada – se do status constitucional ou do status supralegal.
5. Independentemente da postura final a ser abraçada pela Corte, os efeitos práticos são semelhantes: há um novo paradigma de controle da produção normativa do Estado. Para além da Constituição, os tratados internacionais de direitos humanos também limitam a atuação normativa: seja provocando um duplo controle vertical (supralegalidade), seja compondo o bloco de constitucionalidade (constitucionalidade).

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Juspodivm, 2008.



AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Introdução ao direito internacional público**. São Paulo: Atlas, 2008.

BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto. O papel dos Tribunais nacionais na efetiva proteção dos direitos humanos no Sistema Interamericano. **V Congresso Brasileiro de Direito Internacional**, Curitiba, 2007. Estudos de direito internacional. Curitiba: Juruá, 2007. v. X. p. 556-564.

BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle abstrato de constitucionalidade**: elementos materiais e princípios processuais. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

CAMPOS, Thiago Yukio Guenka. **O controle de convencionalidade como mecanismo de interação entre ordem interna e internacional**: por um diálogo cooperativo entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Constitucional brasileiro. 2010. 185 f. Monografia (apresentada ao final do curso de Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Itajaí (Univali), São José.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, ano 2, v. 2, n. 2, p. 13-39, 2001. Disponível em: <http://www.ibdh.org.br/ibdh/revistas/revista_do_IBDH_numero_2.pdf>. Acesso em: 14 out. 2010.

_____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v.1. 2. ed. ver. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARPIO MARCOS, Edgar. Bloque de constitucionalidade y proceso de inconstitucionalidade de las leyes. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, n. 4, p. 79-114, 2005. Disponível em: <http://www.iidpc.org/revistas/4/pdf/93_128.pdf>. Acesso em 10 set. 2010.

COELHO, Bernardo Leôncio Moura. O bloco de constitucionalidade e a proteção à criança. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 31, n. 123, p. 259-266, jul./set. 1994.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

DALLARI, Pedro B. A.. **Constituição e tratados internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2003.

FAVOREU, Louis. El bloque de la constitucionalidad. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, n. 4, p. 45-68, jan./mar. 1990.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; SILVA GARCÍA, Fernando. El control de convencionalidad de la jurisprudencia constitucional. **X Congreso Iberoamericano de Derecho**



Constitucional, Lima (Peru), 16-19 set. 2009. Disponível em:

<http://www.pucp.edu.pe/congreso/derecho_constitucional/ponencias.html>. Acesso em 18 set. 2010.

FRANCISCO, José Carlos. Bloco de Constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais. *In*: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Coord.).

Reforma do judiciário: analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de direito constitucional brasileiro**: teoria geral. v.1. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

GOMES, Luiz Flávio. Do estado de direito internacional e o valor dos tratados de direitos humanos. **Letras Jurídicas**, n. 8, p. 1-28, abr. 2009. Disponível em:

<<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3038135>>. Acesso em 10 ago. 2010.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito supraconstitucional**: do absolutismo ao estado constitucional humanista de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HITTERS, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad.

Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Estudios Constitucionales**, ano 7, n. 2, p. 109-128, 2009. Disponível em:

<<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v7n2/art05.pdf>>. Acesso em 18 set. 2010.

LONDOÑO LÁZARO, Maria Carmelina. El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, ano LXIII, n. 128, p. 761-814, maio/ago. 2010. Disponível em:

<<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3212723>>. Acesso em 18 set. 2010.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais: desafios do poder judiciário. **Revista Sequência**, n. 59, p. 43-60, dez. 2009. Disponível em:

<<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/14145/12977>>. Acesso em 10 set. 2010.

LUPI, André Lipp Pinto Basto; BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto. A interpretação da norma internacional em conformidade com seu contexto: uma proposta para aplicação do direito internacional pelos tribunais brasileiros. *In*: XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Brasília. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis : Fundação José Boiteux, 2008. p. 2490-2513.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009a.

_____. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 46, n. 181, p. 113-139, jan./mar. 2009b. Disponível em:



<http://www.lfg.com.br/Teoria_Geral_do_Control_de_Convencionalidade_no_Direito_Brasileiro.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2010.

_____. **Curso de direito internacional público**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010a.

_____. **Tratados de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010b.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15.ed. ver. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MELLO, Vitor Tadeu Carramão. O bloco de constitucionalidade como parâmetro de proteção dos direitos fundamentais. **Vox Juris**, Rio de Janeiro, ano 2, v. 2, n. 1, p. 127-150, 2009.

Disponível em:

<http://www.ugf.br/editora/pdf/voxjuris_2/revista_voxjuris_ano2_vol2_n1_2009.pdf>. Acesso em 23. ago. 2010.

MENEZES, André Felipe Barbosa de. **Controle de convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos**. 2009. 361 f. Tese (Doutorado em Direito – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009). Disponível em:

<http://www.btdt.ufpe.br/tedeSimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=6937>. Acesso em 10 out. 2010.

MUÑOZ NAVARRO, José de Jesús. El bloque de constitucionalidad como parâmetro del control constitucional em México. **Debate Social**, n. 23, p. 1-21, 2009. Disponível em:<<http://www.debate.iteso.mx/N%C3%9AMERO%2023/Jos%C3%A9%20de%20Jes%C3%BAAs%20Mu%C3%B1oz%20Navarro/el%20bloque%20de%20.%20.%20..pdf>>. Acesso em: 10 de set. de 2010.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. **Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos**. Santiago: Librotecnia, 2006.

_____. El bloque constitucional de derechos fundamentales y su aplicación en Chile y América Latina. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (orgs.). **Direitos Humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OSPINA MEJÍA, Laura. Breve aproximación al “bloque de constitucionalidad” en Francia. **Elementos de Juicio: Revista de Temas Constitucionales**, ano 1, n. 2, jul./set. 2006.

Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=juicio&n=2>>. Acesso em 10 set. 2010.

PIOVESAN, Flávia. A justicialização do sistema interamericano de direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, ano 1, n. 4, p. 35-50, jul./set. 2002.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8.ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.



_____. Direito internacional dos direitos humanos e o direito brasileiro: hierarquia dos tratados de direitos humanos à luz da Constituição brasileira. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 4.ed. ampl. rev. e atual. Juspodvm: Salvador, 2010. p. 43-69.

PRADO, Wagner Junqueira. A hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos no Brasil. **Prismas: Direito, Política Pública e Mundialização**, Brasília, v. 7, n.1, p. 223-259, jan./jun. 2010.

RAMOS, André de Carvalho. O impacto da Convenção Americana de Direitos Humanos na relação do direito internacional e o direito interno. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, ano 1, n. 4, p. 51-71, jul/set. 2002.

RAMOS, André de Carvalho.. Tratados internacionais: novos espaços de atuação do Ministério Público. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, ano 2, n. 7, p. 81-100, abr./jun. 2003.

RAMOS, André de Carvalho.. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

REY CANTOR, Ernesto. El bloque de constitucionalidad: aplicación de tratados internacionales de derechos humanos. **Estudios Constitucionales**, Santiago, ano 4, n. 2, p. 299-334, nov./dez. 2006. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/pdf/820/82040114.pdf>>. Acesso em 10 set. 2010.

_____. Jurisdiccion constitucional y control de convencionalidad de las leyes. **X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional**, Lima (Peru), 16-19 set. 2009. Disponível em: <http://www.pucp.edu.pe/congreso/derecho_constitucional/ponencias.html>. Acesso em 18 set. 2010.

RUBIO LLORENTE, Francisco. El bloque de constitucionalidad. **Revista Española de Derecho Constitucional**, ano 9, n. 27, p. 9-37, set./dez. 1989. Disponível em: <http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_027_009.pdf>. Acesso em 10 set. 2010.

SAGÜES, Nestor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. **Estudios Constitucionales**, ano 8, n. 1, p. 117-136, 2010. Disponível em: <http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano8_1_2010/articulo_4.pdf>. Acesso em: 20 set. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, a reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988. **Revista AJURIS**, v. 33, n. 102, p. 177-208, jun. 2006.

SCHEPIS, Marcelo. La influencia de los tratados internacionales en el derecho interno. El control de convencionalidad. **XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal**. Buenos Aires, 11-13 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.procesal2009bsas.com.ar/ponencias-consti-proceso.html>>. Acesso em 25 set. 2010.



SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1, p. 607-630, 2003.

_____. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. *In*: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010. p. 515-530.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.