O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS: UMA ANÁLISE NA ESFERA INTERNACIONAL E INTERNA

Iris Saraiva Russowsky[1]

Resumo: A presente pesquisa busca analisar o instituto do controle de convencionalidade das leis tanto no âmbito internacional, quanto no âmbito interno brasileiro. Com esse objetivo, faz-se um comparativo entre o controle de convencionalidade e o controle de constitucionalidade, analisa-se as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que desenvolveu papel fundamental na construção do instituto. Por fim, busca-se analisar o ordenamento jurídico interno e a reforma do art. 5º da Constituição Federal com a EC 45/05, bem como o papel do STF na viabilização desse referido controle.

Palavras-chave**:** controle de convencionalidade – Corte Interamericana de Direitos Humanos – Art. 5º Constituição Federal – EC 45/04.

Abstract: The present research analyzes the institution of conventionality control laws in international scope and in domestically scope (Brazil). Holds up a comparison between the conventionality control and constitutional control. Is studied the decisions of Interamerican Court of Humans Rights, which held a crucial role in the construction of this institute. Finally, intents to analyze the domestic legal system and the reform that happen on the 5º article of Federal

[1] Doutoranda em direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Ciencia Penais pela PUC-RS e especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Rio Grande do sul. Advogada.

Constitution with de EC 45/04 and the performance of STF in the viability of such control.

Keywords: Conventionality control law – Interamerican Court of Human Rights – Article 5 of Federal Constitution – EC 45/04.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito internacional, tendo-se em vista a globalização, a integração e os avanços tecnológicos, acaba por conquistar um lugar considerável no dia-a-dia dos países. Dessa forma, sua regulamentação e seu estudo passam a ser necessários, recebendo atenção especial quanto à temática dos direitos humanos.

No presente trabalho, buscar-se-á analisar esta relação entre direito interno e direito internacional e a necessidade de coordenação entre eles. Através dos tratados internacionais e sua vigência interna, surge o instituto do controle de convencionalidade, que se assemelha ao controle de constitucionalidade.

O controle de convencionalidade então, objeto principal dessa pesquisa, surge como uma forma de compatibilização do ordenamento jurídico interno (suas leis) aos tratados internacionais que um país tenha ratificado, sendo tais tratados possíveis parâmetros para tanto. Assim, observa-se uma ordem internacional que acaba por ganhar bastante força, uma ordem interna que deve ser compatível com a ordem internacional e um instrumento que viabiliza essa correlação, instrumento esta que será aprofundado a seguir, analisando-se, em especial, o

caso brasileiro.

1 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EM ÂMBITO INTERNACIONAL – ASPECTOS GERAIS

O controle de convencionalidade constitui-se de uma espécie de controle de constitucionalidade que adota como parâmetro os tratados internacionais. Esse instituto é construído tomando-se por referência o controle de constitucionalidade e sua teoria, razão pela qual deverá este deverá ser estudado em conjunto com o controle de convencionalidade.

1.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE[2]

Conforme já mencionado, o controle de convencionalidade surge a partir da ideia de controle de constitucionalidade, tendo este como referência e base, diferenciando-se quanto ao parâmetro para controle, naquele tem-se como parâmetro um tratado internacional e a jurisprudência internacional, enquanto neste observa-se como parâmetro principal a Constituição de um país.

Em razão dessa correspondência entre os institutos, em linhas gerais e muito limitadamente, algumas exposições sobre o controle de constitucionalidade se fazem necessárias, para que haja uma melhor compreensão sobre o controle de convencionalidade. Inicia-se pela ideia de que o controle de constitucionalidade é método de verificação de compatibilidade vertical das normas (assim como o controle de convencionalidade também será considerado para verificação da convencionalidade das leis, razão pela qual se chama de dupla compatibilidade vertical – objeto de estudo adiante).

---

[2] Deve-se frisar que não será analisado o controle de constitucionalidade de forma exaustiva, apenas será dada uma breve ideia do instituto, para que haja uma melhor compreensão do controle de convencionalidade.

Segundo Gilmar Mendes, o conceito de constituição parece preservar um núcleo permanente, *"a ideia de um princípio supremo que determina integralmente o ordenamento estatal e a essência da comunidade constituída por esse ordenamento*"[3]. Para ele existe a ideia de uma constituição material, ligada ao conteúdo e uma constituição formal, referente à um conjunto de regras promulgadas com a observância de um procedimento especial, submetido a uma forma especial de revisão[4], sendo ordem jurídica fundamental da coletividade.[5] A constituição não codifica, apenas regula.

1.1.1 FORMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE[6]

Quanto ao momento de realização do controle de constitucionalidade, o controle poderá ser: o controle preventivo de constitucionalidade, que se caracteriza por seu um controle político (pois realizado pelos órgãos políticos, pois realizados pelos deputados, senadores e Presidente), sendo aquele realizado antes do nascimento da lei; e o controle repressivo de constitucionalidade, que se caracteriza por ser um controle jurídico de constitucionalidade, sendo aquele que ocorre após o nascimento da lei.

---

[3] KELSEN, Hans. *La garanzia giurisdizionale dela constituzione*. Milano: Giuffrè, 1981. p. 25. MENDES, Gilmar. Controle de constitucionalidade. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1049.

[4] MENDES, 2009, p. 1050.

[5] HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 3. apud Ibid., p. 1050.

[6] Quanto a formas de controle de constitucionalidade, deve-se atentar que a doutrina divide as formas de controle de formas diversas, não havendo um consenso entre os doutrinadores, adotando cada um a divisão que acredita ser mais adequada. Para a realização dessa divisão utilizou-se, então, material de aula fornecido pelo prof. André Figaró, em 23/02/2012 junto a rede de ensino LFG.

1.1.1.1 CONTROLE PREVENTIVO

O controle preventivo acontece durante a elaboração da lei, ou seja, ele ocorre durante o processo legislativo, podendo acontecer em qualquer momento anterior ao nascimento da lei. No Brasil, hoje, presencia-se dois momentos no processo legislativo em que a realização desse controle preventivo é obrigatória: pela Comissão de Constituição e Justiça e pelo Presidente da República. A Comissão de Constituição e Justiça está presente tanto na Câmara quanto no Senado Federal, sendo a primeira denominada de Comissão de Constituição e Justiça e Redação e a segunda de Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania. Essas comissões analisarão os projetos de leis e emitirão parecer sobre sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

O presidente da República realiza o controle preventivo de constitucionalidade no momento de sua sanção ou veto do projeto de lei. Esse veto poderá ser político ou jurídico, sendo este último motivado pela inconstitucionalidade da lei.

Deve-se atentar que, em regra, o controle preventivo de constitucionalidade é controle político, no entanto, excepcionalmente poderá ocorrer o controle preventivo judicial. Poderá haver o controle preventivo judicial quando houver ocorrido vício formal através de violação de regra de processo legislativo ou quando for posta em discussão EC tendente a abolir clausula pétrea. Nesses dois casos o judiciário será acessado via mandado de segurança, podendo este remédio ser impetrado por qualquer parlamentar, perante o STF.

1.1.1.2 CONTROLE REPRESSIVO

Controle repressivo de constitucionalidade ocorre após o nascimento da lei, dessa forma, ele é jurisdicional, exercido

pelo poder judiciário. No Brasil, apesar de existir a possibilidade do poder executivo e legislativo exercerem o controle, através do controle preventivo, o controle de constitucionalidade repressivo é exercido precipuamente pelo judiciário, por conta disso, a doutrina sustenta que nosso sistema de controle é jurisdicional.[7] Esse controle poderá ser subdividido em duas subespécies:

1.1.1.2.1 CONTROLE REPRESSIVO DIFUSO, INCIDENTAL OU CONCRETO

É conhecido como sistema norte-americano de controle, tendo sido exercido pela primeira vez nos Estados Unidos da América por John Marshall no famoso caso "*Marbury vs. Madison*"[8]. [9] Esse controle exige caso concreto, dessa forma, só pode realizar o controle aquele que foi atingido pela lei inconstitucional, assim, a legitimidade para suscitar o controle é de qualquer pessoa em qualquer processo, sendo os efeitos da declaração de inconstitucionalidade apenas *inter partes*, entre

---

[7] NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 229.

[8] O Caso "Marbury contra Madison" foi decidido em 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos, sendo considerado a principal referência para o controle de constitucionalidade difuso exercido pelo Poder Judiciário.
Na eleição presidencial dos EUA de 1800, Thomas Jefferson derrotou John Adams. Após a derrota, John Adams resolveu nomear vários juízes em cargos relevantes, para manter certo controle sobre o Estado. Entre eles se encontrava William Marbury, nomeado Juiz de Paz. O secretário de justiça de John Adams, devido ao curto espaço de tempo, não entregou o diploma de nomeação a Marbury.
Já com Jefferson presidente, seu novo secretário de justiça James Madison, se negou, a pedido de Jefferson, a intitular Marbury.
Marbury apresentou um writ of mandamus (Mandado de Segurança) perante a Suprema Corte Norte-Americana exigindo a entrega do diploma. O processo foi relatado pelo Presidente da Suprema Corte, Juiz John Marshall, em 1803 e concluiu, segundo interpretação própria que a lei federal que dava competência à Suprema Corte para emitir mandamus contrariava a Constituição Federal. Como a lei que dava competência a Suprema Corte era inconstitucional, não cabia à Suprema Corte decidir o pedido do mandamus.

[9] NOVELINO, op. cit., p. 231.

as partes. Nesse controle a declaração de inconstitucionalidade será fundamento do pedido, sendo incidental à causa principal.

No controle difuso, a competência para declaração de inconstitucionalidade da lei é de qualquer juiz ou tribunal, devendo-se atentar para a regra do art. 97 CF, cláusula de reserva de plenário, na qual quando a inconstitucionalidade incidental (controle difuso) é realizada em tribunais de 2ª grau, deve a maioria dos juízes manifestar-se sobre a questão.

1.1.1.2.2 CONTROLE REPRESSIVO CONCENTRADO (RESERVADO), ABSTRATO

É denominado de sistema austríaco, ou sistema europeu de controle, surgiu na Áustria em 1920, por obra de Hans Kelsen[10]. Esta espécie de controle é concentrada, pois concentra-se em apenas um tribunal, o chamado por Konrad Hesse como guardião da constituição. O controle repressivo concentrado é exercido por meio de um processo objetivo, por meio de ação, basicamente por meio de ADI, ADECON (ADC), ADO e ADPF, em defesa da ordem constitucional objetiva, independentemente da existência de lesões concretas a direitos subjetivos (essa tutela à direitos subjetivos ocorre no processo constitucional subjetivo).[11] Analisa-se a constitucionalidade da lei em abstrato.

1.2 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Após breves considerações sobre o controle de constitucionalidade, passa-se a análise do controle de convencionalidade. O controle de convencionalidade, tanto no continente europeu (onde surgiu), quanto no continente

---

[10] NOVELINO, 2010, p. 231.

[11] Deve-se atentar para o caso da ADI interventiva que é uma exceção à regra, pois constitui-se de um controle concentrado concreto.

americano (objeto de nosso estudo), conta com a participação ativa da jurisprudência das Cortes de Direitos Humanos na construção de seus conceitos e sua evolução como instituto, lembrando-se que o TJUE também foi bastante atuante na construção desse instituto (exemplo: caso *Simmenthal*).

Na América, a Corte Interamericana foi, e é, atuante na construção e evolução do instituto, através de uma série de casos em que se observa o aprimoramento dos conceitos na introdução do instituto do controle de convencionalidade. No presente capítulo, em um primeiro momento será analisado de uma forma geral o instituto, seus conceitos gerais e, posteriormente, analisar-se-á pormenorizadamente os diversos casos da Corte Interamericana e a aplicação do instituto, tendo-se em vista sua essencial atuação na introdução do instituto aos países americanos.

1.2.1 GENERALIDADES DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

O denominado controle de convencionalidade originou-se na França, especificamente na década de 70, em um caso em que o Conselho Constitucional francês, na decisão 74-54 DC, de 1975, entendeu não ser competente para analisar a convencionalidade preventiva das leis, ou seja, compatibilidade das leis com os tratados ratificados pela França, que nesse caso, tratava da compatibilidade das leis com a Convenção Europeia de Direitos Humanos.[12]

Esse controle é fruto da criação jurisprudencial, principalmente através dos tribunais protetores dos direitos humanos, leia-se Corte Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e Corte Interamericana de Proteção dos Direitos

[12] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 81.

Humanos (conforme será analisado adiante).[13]

Enquanto o controle de constitucionalidade embasa-se na supremacia da constituição, que decorre da construção teórica do poder constituinte e que é fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, o controle de convencionalidade embasa-se no dever internacional de cumprir com os pactos (*pacta sunt servanda*), que acaba por gerar a supremacia da Convenção. [14]

Segundo Valério Mazzuoli, controle de convencionalidade está ligado à "compatibilidade vertical das normas do direito interno com as convenções internacionais de direitos humanos em vigor em um determinado país"[15], sendo a possibilidade de um juízo ou tribunal controlar a convencionalidade, que poderá ser realizada através da via difusa, na qual todo o juiz ou tribunal poderá controla-la, ou pela via concentrada, no qual o controle se concentra em um tribunal apenas (o guardião da constituição, no caso brasileiro, o STF).

Assim, o controle de convencionalidade ele é exercício através de uma harmonização das leis de um país, tendo-se como parâmetro os tratados internacionais, que poderão ser tratados internacionais que versem sobre temas diversos ou

---

[13] SAGUÉS, Nestor Pedro. *El control de convencionalidad em el sistema interamericano, y sus anticipos em el ámbito de los derechos económico-sociales:* concordâncias e diferencias com el sistema europeo. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx>. Acesso em: 28 abr. 2012. p. 384.

[14] CAMPOS, Thiago Yukio Guenka. *Controle de Convencionalidade como mecanismo de interação entre ordem interna e ordem internacional:* por um diálogo cooperativo entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o tribunal constitucional brasileiro. Monografia (Conclusão de Curso) – Universidade do Vale do Itajaí, São José, 2010.

[15] MAZZUOLI, 2011, p. 23. Deve-se atentar que Valério Mazzuoli compreende o controle de convencionalidade como compatibilidade das leis coms os tratados internacionais de direitos humanos. Os tratados internacionais gerais e a compatibilização das leis internas com os mesmos ele denomina de controle de supralegalidade (diferentemente do que entende Luiz Flávio Gomes, que traduz controle de supraegalidae como sinônimo de controle difuso de convencionalidade.

tratados internacionais sobre direitos humanos. No caso brasileiro, após a EC 45/04, os tratados internacionais de direitos humanos foram divididos ainda em dois blocos distintos: aqueles que tiveram aprovação por 3/5 em cada casa do Congresso Nacional, sendo equivalentes à EC, e, ainda, aqueles que não tiveram esse quórum de aprovação e assim, não são equivalentes a EC (situação que será estudada infra).

O controle de convencionalidade está diretamente relacionado aos casos de (in)compatibilidade legislativa com os tratados de direitos humanos.[16] O controle de convencionalidade pode ser uma técnica legislativa de compatibilização, no qual o parlamento com os instrumentos de direitos humanos ratificados pelo país, realiza um controle; mas também poderá ser um meio de controle judicial de convencionalidade, no qual há a declaração de invalidade de leis incompatíveis com os tratados internacionais, tanto pela via de exceção, difusa, processo subjetivo, quanto pela via de ação, concentrado, processo objetivo.[17]

Nestor Pedro Sagués aponta três fundamentos principais para o Controle de Convencionalidade. Um primeiro fundamento advém do principio da boa-fé no cumprimento das obrigações internacionais por parte dos Estados, obrigação de cumprir com o pacto comprometido (*pacta sunt servanda*). Um segundo fundamento é derivado do principio do efeito útil dos convênios cuja eficácia não pode ser afastada por normas praticas dos Estados. Por fim, um terceiro fundamento conecta-se ao principio internacionalista que impede alegar-se direito interno para eximir-se dos deveres sobre direitos dos tratados (art. 27 da Convenção de Viena de 1969)[18]:

> Artigo 27 Direito interno e observância dos tratados

[16] Ibid., p. 74.
[17] Ibid., p. 82.
[18] SAGUÉS, 2012, p. 384.

> Uma Parte não pode invocar as disposições do seu direito interno para justificar o incumprimento de um tratado. Esta norma não prejudica o disposto no artigo 46.[19]

Assim, a partir desses fundamentos, sustenta o autor Nestor Pedro Sagués que os juízes nacionais dos países que aderiram ao Pacto de San José da Costa Rica, devem adotar a doutrina do controle de convencionalidade, pois a Corte Interamericana de Direitos Humanos constitui-se como órgão supranacional, cujas decisões devem ser aplicadas com prevalência sobre as decisões nacionais.[20]

O controle de convencionalidade acaba por gerar alguns efeitos. Basicamente pode-se visualizar dois tipos de efeitos: um efeito repressivo, no qual a norma doméstica oposta ao pacto ou a jurisprudência da Corte Interamericana é inconvencional, não sendo possível sua aplicação ao caso, sendo a mesma invalidada no caso concreto (controle difuso concreto de convencionalidade); e um segundo efeito é o efeito positivo ou construtivo, que acaba por ser consagrado após o caso *Radilla Pacheco*, ratificado pela corte no caso *Xakmok Kased e Cabrera Garcia-Montiel Flores*, os quais determinam que os juízes devem aplicar e fazer funcionar o direito local de acordo com as regras da Convenção Americana de Direitos Humanos, ou seja, realizando uma releitura do direito nacional de forma harmonizante, lendo-se as disposições domésticas como convencionais ou inconvencionais.[21]

Quanto aos sujeitos habilitados para realizar o controle de convencionalidade, deve-se compará-lo ao controle de constitucionalidade, no qual poderá haver controle difuso, realizado por todo e qualquer juiz no caso concreto, ou

---

[19] CONVENÇÃO de Viena sobre direito dos tratados de 1969. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/Conv_Viena/Convencao_Viena_Dt_Tratados-1969-PT.htm>. Acesso em: 21 maio 2012. Art. 27.
[20] SAGUÉS, op. cit., p. 384.
[21] Ibid., p. 385.

concentrado, possível de ser realizado apenas por determinados juízes. Denominado por Nestor Pedro Sagués como controle de convencionalidade positivo ou construtivo é aquele em que todos os juízes poderão realizar o controle, pois nessa hipótese não será declarada a inconvencionalidade, somente havendo a interpretação da norma interna (preceito interno) a luz da Convenção Americana de Direitos Humanos e a jurisprudência da Corte Interamericana, havendo uma adaptação das normas aos parâmetros. Controle de convencionalidade é o controle difuso, assim, qualquer juiz poderá realiza-lo, seja repressivo ou positivo. Nessa situação o juiz nacional comporta-se como juiz interamericano, assim, lei interna ou jurisprudência que o impedisse desse labor seriam inconvencionais, inválidas.[22]

No entanto, aponta Valério Mazzuoli, que ainda poderá existir o controle concentrado de convencionalidade, realizado por um tribunal determinado. No caso do Brasil quem é competente para tanto é o STF, através de um processo constitucional objetivo, que será melhor analisado adiante.

1.2.2 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E O PAPEL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Estudar o controle de convencionalidade sem mencionar o papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos é tarefa muito difícil, razão pela qual analisar-se-á a sua atuação. Essa Corte desempenhou papel fundamental na compreensão e aplicação dessa forma de controle entre os países latino-americanos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tratou, em diversos casos, sobre o controle de convencionalidade das leis à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), dentre eles: caso *Almonacid Arellano*

[22] SAGUÉS, 2012, p. 387-388.

vs. Chile; Caso *La Cantuta Vs. Perú*, sentença de 29 de novembro de 2006; Caso *Boyce e outros vs. Barbados*, sentença de 20 de novembro de 2007; Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, sentença de 12 de Agosto de 2008; caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*, sentença de 26 de maio de 2010; caso *Comunidade indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*, sentença de 24 de agosto de 2010; caso F*ernandez Ortega e outros vs. México*, sentença de 30 de agosto de 2010; caso *Rosendo Cantú e outra vs. México*, sentença de 31 de agosto de 2010, caso *Vélez Loor vs. Panamá*, sentença de 23 de novembro de 2010; Caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil* (Guerrilha do Araguaia) sentença de 24 de novembro de 2010; caso *Cabrera García e Montiel Flores vs. México*, sentença de 26 de novembro de 2010; caso *Tibi vs. Equador*, sentença de 07 de setembro de 2004; caso *Trabalhadores demitidos do congreso (Aguado Alfaro e outros) vs. Perú*, sentença de 24 de novembro de 2006.[23]

Assim, a Corte compreendeu através de seus juízes, como exemplo no caso *Tibi vs. Equador*, de 2004, que se os tribunais constitucionais controlam a constitucionalidade, o Tribunal Internacional de Direitos Humanos resolve sobre a convencionalidade dos atos. [24]

Segundo Nestor Pedro Sagués, pode-se delimitar, dentre as decisões da Corte, duas formas de controle de convencionalidade: uma forma supranacional de controle, e uma forma de controle nacional de convencionalidade.

Em um primeiro nível de controle, o controle suparancional de convencionalidade teve sua primeira "aparição" no caso *A Última Tentação de Cristo (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*, sentença de 05 de fevereiro de 2001,

---

[23] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Casos contenciosos.* Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>. Acesso em: 16 maio 2012.

[24] HITTERS, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación: criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios Constitucionales*, v. 7, n. 2, 2009. p. 113.

na qual a Corte entendeu que o Pacto de San José da Costa Rica teria sido violado através de um artigo da constituição do Chile em matéria de censura televisiva e exigiu reforma da constituição, que foi feita pelo país.[25] No mesmo sentido a corte entendeu no caso *Boyce e outros vs. Barbados*, que norma constitucional infringiria o Pacto de San José da costa rica, pois ela inviabilizava o controle judicial das normas anteriores a constituição de Barbados de 1996, devendo o país modificar a regra de sua constituição.[26]

O segundo nível de controle, mencionado por Nestor Pedro Sagués, o controle nacional de convencionalidade, teve como principal caso o caso *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, sentença de 26 de setembro de 2006, no qual a Corte Interamericana orienta os juízes nacionais a não aplicarem as normas locais opostas ao Pacto de San José.

Assim observa-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos constrói, caso a caso, os conceitos determinantes do controle de convencionalidade. Passa-se a análise se alguns dos principais casos responsáveis por esta construção.

1.2.2.1 CASO MYRNA MACK CHANG vs. GUATEMALA: SENTENÇA DE 25 DE NOVEMBRO DE 2003

O caso tratou da responsabilização do Estado da Guatemala pela privação arbitraria do direito à vida de Myrna Mack Chang, que foi assassinada em 11 de setembro de 1990, consequência de uma operação militar, em razão das atividades exercidas pela vítima, que reprovava o conflito armado. Em janeiro de 1990 havia publicado um estudo denominado de *"Política institucional hacia el desplazado interno de Guatemala".* Estava preparando uma segunda edição desta publicação quando foi assassinada.

---

[25] SAGUÉS, 2012, p. 382.
[26] Ibid., p. 382.

> Según la Comisión, Guatemala es responsable de la privación arbitraria del derecho a la vida de Myrna Mack Chang, toda vez que el asesinato de la víctima, perpetrado el día 11 de septiembre de 1990, fue consecuencia de una operación de inteligencia militar, que obedeció a un plan previo y cuidadosamente elaborado por el alto mando del Estado Mayor Presidencial. Dicho plan consistió, en primer lugar, en seleccionar a la víctima de manera precisa debido a su actividad profesional; en segundo lugar, en asesinar brutalmente a Myrna Mack Chang; y en tercer lugar, en encubrir a los autores materiales e intelectuales del asesinato, entorpecer la investigación judicial y dejar en la medida de lo posible el asesinato inmerso en la impunidad. La Comisión agregó que el Estado no ha utilizado todos los medios a su disposición para realizar una investigación seria y efectiva que sirva de base para el esclarecimiento completo de los hechos, el procesamiento, juzgamiento y sanción de todos los responsables, tanto autores materiales como intelectuales, dentro de un plazo razonable. Esta situación se ha visto agravada por la existencia y tolerancia por parte del Estado guatemalteco de mecanismos de hecho y de derecho que obstaculizan una adecuada administración de justicia.[27]

O caso se mostra relevante para o presente estudo em decorrência de ter sido, em conjunto com o caso Tibi vs. Equador, a origem do controle de convencionalidade junto a

[27] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 nov. 2003. Serie C No. 101.

Corte Interamericana,[28] em voto do juiz Sérgio García Ramirez[29], tendo sido mecionado expressamente, no considerando numero 27 da sentença, a corte assim decide:

> 27. Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del "control de convencionalidad" que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.[30]

1.2.2.2 CASO TIBI vs. EQUADOR: SENTENÇA DE 07 DE SETEMBRO DE 2004

Em uma operação antinarcóticos, denominada de "*Camaron*", na província de *Guayas (Equador)*, em 18 de setembro de 1995, a polícia encontrou um refrigerador que em seu interior continha diversas lagostas cheias de cápsulas de cocaína. Diante dessa situação houve a detenção de Eduardo Edison Garcia Leon, de nacionalidade equatoriana. No dia 23 de setembro de 1995, prestou depoimento e afirmou que o

---

[28] SAGUÉS, 2012, p. 382.
[29] MAZZUOLI, 2011, p. 85.
[30] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003.

responsável pela cocaína era Daniel Tibi. Em razão dessa declaração, a Interpol prendeu Daniel Tibi, que era um comerciante francês de pedras preciosas, sem ordem judicial prévia, ficando Tibi detido, sem ordem judicial, por 28 meses. No momento de sua detenção houve a violação de diversos direitos (decorrentes, principalmente da detenção arbitrária) assegurados pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos , inclusive não teve, Daniel Tibi, o direito de comunicar-se, no momento de sua detenção, com ninguém.

Diante desse caso, a Corte manifesta-se sobre o controle de convencionalidade, em seu considerando numero 3, sustentando que a o tribunal internacional de direitos humanos resolve sobre a convencionalidade enquanto que o tribunal constitucional resolve sobre a constitucionalidade:

> 3. En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados --disposiciones de alcance general-- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la "constitucionalidad", el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la "convencionalidad" de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público --y, eventualmente, de otros agentes sociales-- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al

> orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.[31]

Dessa forma, a partir do *caso Tibi vs. Equador* e do caso *Myrna vs. Guatemala*, segundo Nestor Pedro Sagués, houve a origem do controle de convencionalidade no âmbito americano (lembrando que no âmbito europeu, na Corte Europeia de Diretos Humanos e no Tribunal de Justiça da União Europeia, ex-Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, o controle de convencionalidade já era observado – caso *Simmenthal*).[32]

1.2.2.3 CASO ALMONACID ARELLANO E OUTROS vs. CHILE: SENTENÇA DE 26 DE SETEMBRO DE 2006

O controle de convencionalidade começa a tomar corpo com basicamente três decisões principais da Corte Interamericana de Direitos Humanos: caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*; caso trabalhadores demitidos do congresso vs. Peru: sentença de 24 de novembro de 2006; e caso *Radilla Pacheco Vs*. México.[33] Para Valério Mazzuoli, o caso Almonacid Arellano e outros é que inaugura[34] a doutrina do controle de convencionalidade no continente Americano, no qual a Corte se manifesta em favor do controle difuso de convencionalidade ser considerada como ordem pública internacional.[35]

Em 15 de setembro de 1998 a Comissão Interamericana

---

[31] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Tibi Vs. Ecuador:* excepciones preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 sept. 2004. Serie C No. 114;

[32] SAGUÉS, 2012, p. 380.

[33] Ibid., p. 382.

[34] Deve-se atentar que anteriormente a Corte já havia manifestado-se sobre o controle de convencionalidade, no entanto, é a partir desse caso que o instituto começa a ganhar definições e especificações.

[35] MAZZUOLI, 2011. P. 86.

recebeu uma petição, na qual alegava-se a responsabilidade da República do Chile por violação ao direito de acesso à justiça em razão de arquivamento definitivo da investigação de assassinato de *Almonacid Arellano*, em razão de cumprimento do decreto de anistia de 1978 desse país. Os peticionários alegavam, em suas pretensões, que o Estado era responsável pela violação ao direito de proteção judicial e às garantias judiciais. O Estado do Chile alega que o Estado constitucional que sucedeu o regime militar não pode ser responsabilizado pelos fatos alegados em razão do cumprimento à lei de anistia.

Nesse caso, a corte, analisando a causa, definiu sobre o controle de convencionalidade que os Estados que se submeteram a convenções internacionais devem zelar pelo seu cumprimento por parte de seus juízes nacionais, não podendo haver seu descumprimento, tornando-se o controle de convencionalidade obrigatório para os juízes nacionais. Segundo Nestor Pedro Sagués, o presente caso traça as linhas fundamentais do controle de convencionalidade que deve ser realizado pelos juízes nacionais, através de um papel repressivo. [36] Além disso, nesse caso ficou definido que outros tratados e convenções internacionais poderão servir de parâmetro para controle, constituindo-se um bloco de convencionalidade: Convenção Americana de Direitos Humanos, Protocolo de São Salvador da Bahia, Protocolo de abolição da Pena de Morte, Convenção de Belém do Pará.[37]

Considerando 124 e 125 da sentença dada pela CIDH *Almocid Arellano* e outros vs. de Chile assim dispõe:

> 124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos estan sujetos al imperio de la ley y, por ello, estan obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamento juridico. Pero cuando un Estado há ratificado un tratado

[36] SAGUÉS, 2012, p. 383.
[37] Ibid., p. 391.

internacional como la Convencion Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, tambien estan sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convencion no se vean mermadas por la aplicacion de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos juridicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convencion Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener em cuenta no solamente el tratado, sino tambien la interpretacion que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete ultima de la Convencion Americana".[38]

125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que "[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno"[39]. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.[40]

---

[38] Ibid., p. 1.

[39] Cfr. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A No. 14, párr. 35.

[40] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú:* excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 nov. 2006. Serie C No. 158.

1.2.2.4 CASO TRABALHADORES DEMITIDOS DO CONGRESSO vs. PERU: SENTENÇA DE 24 DE NOVEMBRO DE 2006

O caso trata da de 257 trabalhadores demitidos do congresso da República do Peru, que formavam parte de um grupo de 1117 trabalhadores. Eles foram espedidos da instituição através de resolução do Congresso, em 1992. Nesse caso, a Corte decidiu por condenar a República peruana em razão de diversas violações à direitos contidos na convenção, dentre elas ao caráter arbitrário da demissão das vítimas e sua não reposição, o que acabou por gerar diversas consequências, dentre elas a privação ao pleno emprego e à uma justa remuneração e demais benefícios laborais.[41]

Esse caso é de extrema importância para a presente pesquisa em razão de a Corte, nessa sentença, ter definido que o controle de convencionalidade deve realizar-se de ofício, sem a necessidade do pedido da parte, conforme considerando 128 da referida decisão. Assim, segundo Valério Mazzuoli, a partir desse caso ficou definido que "os órgãos do poder judiciário devem exercer não somente um controle de constitucionalidade, senão também de convencionalidade ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana".[42]

Considerando 128.

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

[41] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006.
[42] MAZZUOLI, 2011, p. 86.

> control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad"[43] *ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.* Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.

Assim, nas palavras de Juan Carlos Hitters, citando o caso Trabalhadores demitidos do Congresso, quando um Estado ratificou um tratado internacional, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, seus juízes também estão submetidos à ela, o que gera a obrigação dos mesmos garantirem o efeito útil da Convenção, assim, os órgãos do poder judiciário devem não só exercer o controle de constitucionalidade das leis, como também o controle de convencionalidade, inclusive *ex oficio*, entre as normas internas e a convenção.

Nessa decisão, ainda, no voto do juiz Sérgio García Ramirez, há menção a existência de um corpus juris convencional dos direitos humanos, o que se chamou de bloco de convencionalidade[44], constituindo parâmetro para o controle de convencionalidade, não só a Convenção Americana, como também o Protocolo de São Salvado, a Convenção de Belém do Pará, Convenção sobre o Desaparecimento Forçado.

> 2. En la especie, al referirse a un "control de convencionalidad" la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la

[43] Cfr., en similar sentido, Caso Almonacid Arellano y otros, supra nota 3, párr. 124.
[44] MAZZUOLI, 2011, p. 88.

> Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del corpus juris convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos.

Além disso, sustenta o juiz que existe um controle de convencionalidade depositado em tribunais internacionais, o que faria do controle de convencionalidade um controle concentrado apenas nesses tribunais. No entanto, o juiz menciona que poderá existir o controle difuso de convencionalidade, exercido por todo juiz ou tribunal, que tem competência para aplicar estipulações de tratados internacionais de direitos humanos.[45]

> 11. Si existe esa conexión clara y rotunda --o al menos suficiente, inteligible, que no naufrague en la duda o la diversidad de interpretaciones--, y en tal virtud los instrumentos internacionales son inmediatamente aplicables en el ámbito interno, los tribunales nacionales pueden y deben llevar a cabo su propio “control de convencionalidad”. Así lo

[45] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006. Voto razonado del juez Sergio Garcia Ramirez.

> han hecho diversos órganos de la justicia interna, despejando el horizonte que se hallaba ensombrecido, inaugurando una nueva etapa de mejor protección de los seres humanos y acreditando la idea --que he reiterado-- de que la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, pero no sustituto, el internacional.

1.2.2.5 CASO BOYCE E OUTROS vs. BARBADOS: SENTENÇA DE 20 DE NOVEMBRO DE 2007

Os senhores *Lennox Ricardo Boyce, Jeffrey Joseph, Frederick Benjamín Atkins e Michael McDonald Huggins* foram acusados por diferentes assassinatos ocorridos entre outubro de 1998 e novembro de 1999 em Barbados. Ao serem considerados culpados do delito de homicídio, foram condenados à pena de morte, mas não foram executados. Quanto aos senhores Boyce e Joseph, a pena foi comutada a prisão perpétua pela Corte de Apelações de Barbados.

As apelações dos senhores Atkins e Huggins ainda estavam pendentes na justiça interna, no momento em que foi emitida a sentença da Corte IDH.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) solicitou à Corte IDH que declarasse a responsabilidade do Estado de Barbados pela violação dos artigos 4.1 e 4.2 (Direito à Vida), 5.1 e 5.2 (Direito à Integridade Física) e 8.1 (Garantias Judiciais) da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) em conexão com os artigos 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos) e 2 (Dever de Adotar Disposições de Direito Interno) da mencionada convenção. Por sua vez, os peticionários solicitaram à Corte IDH que declarasse as mesmas violações solicitadas pela CIDH, acrescentando que o método de execução por

enforcamento viola os artigos 5.2 e 5.1 da CADH.[46]

O Estado, por sua vez, solicitou à Corte IDH que negasse expressamente solicitações e pretensões dos peticionários e da CIDH e que declarasse que as leis e práticas de Barbados eram compatíveis com as obrigações assumidas de acordo com o sistema interamericano de direitos humanos. A Corte IDH concluiu que o Estado de Barbados tinha violado os artigos 4.1 e 4.2 (Direito à vida) e 5.1 e 5.2 (Integridade Pessoal) da CADH.[47]

O caso é relevante para o estudo do controle de convencionalidade, pois ele, em conjunto com diversas outras decisões da Corte Interamericana, acabara, por reafirmar o instituto de controle, ampliando o parâmetro de controle, pois nessa decisão a Corte sustenta que o judiciário interno não deve apenas observar o tratado internacional, mas sim a interpretação sobre o dispositivo do tratado realizado pela Corte. Em seu considerado 78 assim manifesta-se a Corte Interamericana sobre o controle de convencionalidade:

> 78. El análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDCP era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era "convencional". Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención. En este sentido, la Corte ha *afirmado, en otras ocasiones, que el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas*

[46] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Boyce e outros. vs. Barbados:* exceção preliminar, fundo, reparações e custas. Sentença de 20 nov. 2007; Série C Nº 169. Disponível em: <http://www.censuraindirecta.org.ar/advf/.../48a5d8fb4c41d1.80766011.pdf>. *Acesso em: 14 maio 2012.*

[47] Ibid.

> *jurídicas internas [...] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.[48]

1.2.2.6 CASO HELIODORO PORTUGAL vs. PANAMÁ: SENTENÇA DE 12 DE AGOSTO DE 2008

Segundo a demanda da Comissão Interamericana, em 14 de maio de 1970, Heliodoro Portugal (sacerdote) encontrava-se em uma lanchonete denominada de "Coca-Cola", no Panamá, onde foi abordado por um grupo de indivíduos vestidos como civis, os quais o obrigaram a subir em um veículo e logo partiram com rumo desconhecido. Segundo a comissão interamericana, os agentes estatais participaram desse fato, pois o Panamá, nessa época encontrava-se governado por um regime militar. Durante esse período, no Panamá, não era possível denunciar às autoridades internas violações à direitos humanos ou investigar o paradeiro de uma pessoa, assim, não houve denuncia do desaparecimento de Heliodoro Portugal até o ano de 1990, ano em que restaurava-se a democracia no país. Em setembro de 1999, no quartel conhecido como "Los Pumas", o Ministério Público encontrou restos que se presumiram pertencer a um sacerdote católico. Esses restos foram submetidos a exames de identificação genética, identificando-se pertencer a Heliodoro Portugal. Assim, os exames foram encaminhados à família e o processo penal, naquele país seguia aberto até a intervenção da Corte, sem que houvesse responsáveis apontados pelo referido crime. Assim, a comissão apontou a responsabilização internacional do Estado

---

[48] Caso *Almonacid Arellano e outros*, supra nota 18, párr. 124, Cfr. Caso La Cantuta, supra nota 64, párr. 173.

panamenho por violação a diversos direitos previstos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos: Direito à vida, direito à integridade pessoal, direito a liberdade pessoal, entre outros. Ademais, a comissão solicitou à Corte que esta declarasse a responsabilidade internacional do Estado por incumprimento de obrigação de tipificar como delito de desaparecimento forçado de pessoas, estabelecido no artigo III da Convenção Interamericana de desaparecimento forçado de pessoas; o incumprimento de obrigações de investigar e punir as formas de tortura, e o por falta de reparação adequada as vitimas por violações de seus direitos, solicitando que a Corte condenasse o estado a adoção de varias medidas com o intuito de reparar em dinheiro as vitimas dessas violações.

No tocante ao controle de convencionalidade, o presente caso se mostra de extrema importância por reafirmar entendimentos da Corte já analisados em casos anteriores[49], sustentando que a defesa e proteção dos direitos humanos através dos documentos internacionais deve ser veiculado pelo controle de convencionalidade, no qual cada julgador deve possibilitar o efeito útil dos instrumentos internacionais, que não poderão deixar de ser observados em razão de normas internas. No considerando 180 dessa decisão, a Corte assim compreende:

> 180. La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías[50].

[49] SAGUÉS, 2012, p. 383.
[50] Cfr. *Caso Castillo Petruzzi e outros*; Caso *Almonacid Arellano e outros, e Caso*

> Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es *importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina "control de convencionalidad", según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos*[51].

1.2.2.7 CASO RADILLA PACHECO vs. ESTADOS UNIDOS DO MÉXICO: SENTENÇA DE 23 DE NOVEMBRO DE 2009

Em 25 de agosto de 1974, foi preso ilegalmente em um posto de controle militar. Radilla foi líder proeminente da comunidade e possuía muito prestígio no município de *Atoyac* de *Alvarez Guerrero*, que trabalhou para a saúde e educação de seu povo, tendo servido como prefeito.

No México, durante os anos setenta e oitenta, houve o cometimento de inúmeras violações dos direitos humanos por membros do Estado, parte de uma política de estado que resultou na prática de crimes contra a humanidade, mantida impunemente. Parte dessa política de Estado envolveu a perseguição e detenções arbitrárias de opositores dos ativistas de regime, principalmente políticos e líderes sociais, a denominada "guerra suja", sendo nesse contexto dada a prisão do Sr. *Rosendo Radilla*.

A prisão e posterior desaparecimento forçado do Sr.

Salvador Chiriboga.

[51] Cfr. Caso Almonacid Arellano e outros, Caso Boyce e outros.

Radilla Pacheco foi denunciado publicamente pela família no momento em que ocorreram os fatos e, posteriormente, foi reportada a organismos de aplicação da lei nacional de justiça, fazendo parte da investigação a Comissão Nacional de Direitos Humanos que concluiu, em um relatório especial publicado em 2001, conjuntamente com a recomendação 26/2001. Esse processo foi encerrado inesperadamente em 30 de novembro de 2006, se negando o Estado Mexicano a cooperar com a Corte Interamericana e demais organismos internacionais.

O Estado mexicano teve a oportunidade de fazer justiça neste caso e não o fez, razão pela qual foi levado a comissão que representou perante a corte, que condenou o Estado mexicano por graves violações à direitos humanos.

Esse caso, segundo Nestor Pedro Sagués, teve papel construtivo e harmonizador do controle de convencionalidade.[52] Nesse processo perante a Corte, houve decisão no sentido de que os dispositivos constitucionais de um Estado devem ser lidos e interpretados a luz dos princípios convencionais e constitucionais (art. 8.1 da Convenção Americana). Sustou a Corte que os juízes e tribunais internos estão submetidos ao império da lei e assim, estão obrigados a aplicar os dispositivos vigentes no ordenamento jurídico, no entanto, quando um Estado ratifica uma Convenção como a Convenção Americana de Direitos Humanos seus juízes também devem zelar por ela, assim, os juízes nacionais devem efetuar o controle de convencionalidade ex oficio.

> 338.Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia

[52] SAGUÉS, 2012, p. 383.

efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención[53]. *En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.*

339.En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que *los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico*[54]*. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En*

---

[53] Cfr. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, supra nota 54, párr. 207; Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 83, y Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, supra nota 19, párr. 118.

[54] Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, supra nota 19, párr. 124, y Caso La Cantuta Vs. Perú, supra nota 51, párr. 173.

otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un "control de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana[55].

340.De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso (supra párrs. 272 a 277).[56]

---

[55] Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, supra nota 19, párr. 124; Caso La Cantuta Vs. Perú, supra nota 51, párr. 173, y Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 78. El Tribunal observa que el control de convencionalidad ya ha sido ejercido en el ámbito judicial interno de México. Cfr. Amparo Directo Administrativo 1060/2008, Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, sentencia de 2 de julio de 2009. En tal decisión se estableció que: "los tribunales locales del Estado Mexicano no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales sino que quedan también obligados a aplicar la Constitución, los tratados o convenciones internacionales y la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros organismos, lo cual los obliga a ejercer un control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, como lo consideró la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación […]".

[56] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Radilla Pacheco Vs. México:* excepciones preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 nov. 2009. Serie C No. 209.

1.2.2.8 CASO GUERRILHA DO ARAGUAIA: CASO GOMES LUND E OUTROS versus BRASIL (2010)

A relevância especial desse caso no presente trabalho é ele ter envolvido o Estado brasileiro, além de estar conectado ao desaperecimento forçado de pessoas durante a Guerrilha do Araguaia. A corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu sentença em 26 de setembro de 2010.

A Guerrilha do Araguaia foi um movimento guerrilheiro que se desenvolveu na região amazônica ao longo do rio Araguaia no final da década de 60 início da década de 70, sendo um movimento deflagrado pelos militares do Partido Comunista do Brasil (PC do B), tendo participação de mais de 200 pessoas que lutavam pela derrubada da ditadura militar vivida na época. O exercito brasileiro acaba por sufocar o movimento, promovendo o massacre de quase todos os guerrilheiros e algumas pessoas que viviam na região. Muitas pessoas foram executadas, tendo seus corpos desaperecidos, não tendo sido encontrados até o dia de hoje.

Em razão dessa situação foi apresentada em 07 de agosto de 1995 pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pela *Human Rights Watch* denúncia em nome das pessoas desaparecidas durante o ano de 1972. Em 24 de novembro de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condena o Estado brasileiro à uma serie de ações de caráter imediato, visando a localização dos corpos desaparecidos e reparações às famílias das vitimas. Além disso, a CIDH determina efetivas medidas judiciais para o apontamento dos responsáveis e a sua responsabilização pelos crimes cometidos, bem como a implementação de medidas gerais para o resgate da verdade histórica sobre os fatos ocorridos e a preservação da memória.[57]

---

[57] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e Outros versus Brasil*. Sentença de 24 nov. 2010. Disponível em:

A relevância do caso para o estudo do tema controle de convencionalidade se observa no considerando 106, o que assim estabelece que quando um Estado é parte de um tratado internacional como a Convenção Interamericana, todos seus órgãos, incluindo seus juízes estão submetidos aquele tratado:

> 106. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. *Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.* El Poder Judicial, en tal sentido, está internacionalmente obligado a ejercer un "control de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana[58].

<http://www.corteidh.or.cr/>. Acesso em: 10 maio 2012.

[58] Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros, supra nota 251, párr. 124; Caso Rosendo Cantú y otra, supra nota 45, párr. 219, y Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, supra nota 24, párr. 202.

1.2.2.9 CASO CABRERA GARCIA E MONTIEL FLORES versus MÉXICO: SENTENÇA DE 26 DE NOVEMBRO DE 2010

O caso trata de responsabilidade do Estado mexicano em razão da submissão de Teodoro Cabrera García e Rodolfo Montiel Flores, que estavam detidos desde 2 de maio de 1999, a tratamento cruel, desumano e degradante pelo exército, pois encontravam-se sob custódia do mesmo e de não houve apresentação em tempo hábil ao juiz que controlaria a legalidade da detenção, além de terem sido vitimas de irregularidades no processo penal que se mostraram excessivas. A demanda se refere a falta de diligência na investigação e sanção dos responsáveis pelo feito, com a ausência de investigação adequada pelas alegações de tortura e a utilização de foro militar para investigação e julgamento de violações de direitos humanos, o que não se não se considera adequado.[59]

Foi nessa decisão, segundo a doutrina de Valério Mazzuoli, que a Corte Interamericana, por unanimidade de votos, afirmou em definitivo sua doutrina jurisprudência sobre o controle de convencionalidade. Nessa decisão a Corte cita diversas decisões de Cortes Supremas de países latino americanos que atribuíram obrigatoriedade interna à interpretação que tem feito a Corte aos dispositivos da Convenção (no entanto, o Brasil não está dentro desses países que tomaram esta atitude).

No considerando 225, houve manifestação da corte no sentido dos juízes e autoridades internas estarem submetidos à lei, mas quando se submetem à um tratado internacional, como à Convenção Americana, seus órgãos e seus juízes também

---

[59] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México:* excepción preliminar. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de: 26 nov. 2010. Serie C No. 220

estarão obrigados a zelar pelos seus efeitos. Além disso, a Corte reafirma o entendimento de que os juízes e órgãos estão obrigados a exercer o controle de convencionalidade *ex officio*.

> 225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico[60]. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana[61].

Frisa a Corte que tribunais da mais alta hierarquia têm

---

[60] Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124; Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, supra nota 30, párr. 219, y Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, supra nota 30, párr. 202.

[61] Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, supra nota 332, párr. 124; Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, supra nota 30, párr. 219, y Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, supra nota 30, párr. 202.

aplicado o controle de convencionalidade, levando em consideração interpretações realizadas pela Corte.

> 226. Así, por ejemplo, tribunales de la más alta jerarquía en la región se han referido y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha señalado que: "debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos […], la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá –de principio- el mismo valor de la norma interpretada.[62]

Dessa forma, a Corte utiliza-se de exemplos de Tribunais internos que mencionam e utilizam do controle de convencionalidade, como por exemplo o Tribunal Constitucional da Bolívia (considerando 227), Corte de Justiça da republica Dominicana (considerando 228), Tribunal Constitucional do Peru (considerando 229 e 230); Corte Argentina (considerando 231), que sustenta que as decisões da Corte Interamericana constituem cumprimento obrigatório, e; Corte Constitucional da Colômbia, que sustentou que os direitos e deveres constitucionais devem ser interpretados de acordo com os tratados internacionais (considerando 232):

> 227. Por su parte, el Tribunal Constitucional de Bolivia ha señalado que: 'En efecto, el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente

[62] Cfr. Sentencia de 9 de mayo de 1995 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Acción Inconstitucional. Voto 2313-95 (Expediente 0421-S-90), considerando VII.

del bloque de constitucionalidad, est[á] constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la C[orte] Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional "sistémico", debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad." Esto es así por dos razones jurídicas concretas a saber: 1) El objeto de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, 2) La aplicación de la doctrina del efecto útil de las sentencias que versan sobre Derechos Humanos[63].

228.Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana ha establecido que: "en consecuencia, es de carácter vinculante para el Estado dominicano, y, por ende, para el Poder Judicial, no sólo la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales, creados como medios de protección, conforme el artículo 33 de ésta, que le atribuye competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes"[64].

---

[63] Sentença emitida em 10 de maio de 2010 pelo Tribunal Constitucional da Bolívia (Expediente No. 2006-13381-27-RAC), apartado III.3.sobre "El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Fundamentos y efectos de las Sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos".

[64] Resolução n. 1920-2003 emitida em 13 de novembro de 2003 por la Suprema Corte de Justiça de República Dominicana.

229.De otro lado, el Tribunal Constitucional del Perú ha afirmado que: La vinculatoriedad de las sentencias de la C[orte Interamericana] no se agota en su parte resolutiva (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT)] de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la C[orte Interamericana], reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal[65].

230.Dicho Tribunal también ha establecido que: "se desprende la vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y este Tribunal Constitucional; vinculación que tiene una doble vertiente: por un lado, reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, por otro, preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas

[65] Sentença emitida em 21 de julho de 2006 pelo Tribunal Constitucional do Perú (Expediente No. 2730-2006-PA/TC), fundamento 12.

consecuencias institucionales que acarrean las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano[66].

231.La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha referido que las decisiones de la Corte Interamericana "resulta[n] de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH)", por lo cual dicha Corte ha establecido que "en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional"[67]. Igualmente, dicha Corte Suprema estableció "que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" ya que se "trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos"[68].

232.Además, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que en virtud de que la Constitución colombiana señala que los derechos y

---

[66] Sentença 00007-2007-PI/TC emitida el 19 de junio de 2007 por el Pleno del Tribunal Constitucional del Perú (Colegio de Abogados del Callao c. Congreso de la República), fundamento 26.

[67] Sentença emitida em 23 de dezembro de 2004 pela Corte Suprema de Justiça da Naçao Argentina (Expediente 224. XXXIX), "Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa", considerando 6.

[68] Sentença da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, Mazzeo, Julio Lilo y otros, recurso de casación e inconstitucionalidad. M. 2333. XLII. y otros de 13 de Julio de 2007, párr. 20.

> deberes constitucionales deben interpretarse "de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia", se deriva "que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales.[69]

Dessa forma, pode-se observar que existe um movimento por parte dos Estados que compõe a Organização dos Estados Americanos no sentido de consagração interna do controle de Convencionalidade, sendo o respeito aos tratados internacionais que seus Estados se submeteram livremente, uma obrigação que deve ser observada. Observa-se uma interação inter-cortes, entre a Corte Interamericana e os tribunais internos dos países (atentando-se que o judiciário brasileiro ainda não figura nessa interação).[70]

Assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, desempenhando papel de guardiã da Convenção Americana de Direitos humanos, figurando como verdadeiro tribunal supranacional, realizando papel fundamental no desenvolvimento do controle de convencionalidade, tendo-se como consequência a implementação e aplicação do instituto pela maioria dos países signatário do Pacto de San José que admitiram a jurisdição dessa Corte.

2 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

A Corte Interamericana de Direitos Humanos impõe aos juízes nacionais o dever de realizar o controle de

---

[69] Sentença C-010/00 emitida ml 19 de janeiro de 2000 pela Corte Constitucional da Colombia, pár. 6.
[70] MAZZUOLI, 2011, p. 90.

convencionalidade. Diversos tribunais americanos, conforme citado pela própria Corte (Caso *Cabrera Garcia e Montiel Flores versus México: sentença de 26 de novembro de 2010*) já vem realizando este controle.[71]

Apesar da maioria dos países sujeitos à jurisdição da Corte Interamericana já terem aceitado a doutrina do controle de convencionalidade, estando inclusive realizando esse controle, no Brasil, a realidade mostra-se diferente: observa-se uma resistência, tanto doutrinária, em razão das poucas obras sobre o tema, quanto jurisprudencial, mantendo uma posição conservadora, não recepcionista do assunto. Para delinear esta problemática, algumas análises são necessárias, como se observará a seguir.

2.1 OS TRATADOS INTERNACIONAIS E A ORDEM JURÍDICA INTERNA BRASILEIRA

A relação entre o direito internacional e o direito interno é um problema antigo datando desde o surgimento daquele e de sua posição no mundo. Além disso, atualmente, tendo-se em vista a globalização e a rápida expansão da comunicação, o direito internacional tem se desenvolvido de maneira muito rápida, ganhando extrema importância no cenário jurídico, o que acaba por agravar esta problemática conflitual.

2.1.1 ORDEM JURÍDICA INTERNA E ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL: TEORIA MONISTA, DUALISTA E MISTA

Em um primeiro momento, cabe-nos destacar a divergência existente, ao falar-se de ordem jurídica interna e ordem jurídica internacional e a possibilidade de conflito entre suas ordens que fazem surgir, basicamente, duas teorias: a

[71] CAMPOS, 2010, p. 117.

teoria monista e a teoria dualista, além de alguns apontarem uma teoria intermediária.

Segundo Flávia Piovesan, no Direito brasileiro depara-se com dois regimes jurídicos, no tocante aos tratados internacionais: um aplicável aos tratados de Direitos Humanos e outro aplicável aos tratados tradicionais.[72] No mesmo sentido, Antônio Augusto Cançado Trindade menciona que "os tratados sobre proteção internacional dos direitos humanos não podem ser equiparados aos tratados multilaterais clássicos, que contam hoje com o reconhecimento judicial"[73].

Existe uma diferença na incorporação dos tratados tradicionais que versam sobre assuntos diversos e os tratados que versam sobre direitos humanos. Esta diferença foi perceptível, no Brasil, principalmente, após a redação da EC 45/04, que deu aplicação imediata aos Tratados que versassem sobre Direitos Humanos, tendo eficácia de norma constitucional[74], através da adição do § 3º, do art. 5º (que adiante será estudado). Mas, apesar desta compreensão por inúmeros autores, muitos ainda defendem que, os tratados, mesmo sendo de Direitos Humanos, ainda assim, serão internalizados no ordenamento brasileiro como norma ordinária.

A corrente majoritária, compreende que os tratados de Direitos Humanos são normas fundamentais, logo, detêm *status* de norma Constitucional. Essa corrente já compreendia com a existência do § 2º do art. 5º da Constituição brasileira de 1988. Sendo assim, quando a EC 45/04 acrescentou o §3º ao art. 5º da Constituição brasileira, não restou dúvida alguma,

---

[72] PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos:* direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 67.

[73] CANÇADO TRINDADE. Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil.* 2. ed. Brasília: UnB, 2000. p. 23.

[74] FARIA, Ana Maria Jará Botton. Os Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos e a sua incorporação como norma constitucional antes e depois da Emenda Constitucional n. 45/04. in: MENEZES, Wagner. *Estudos de direito internacional.* Curitiba: Juruá, 2006. v. 6, p. 115.

sendo seu entendimento confirmado.

O § 3º colocou um requisito importante para as normas dos tratados de Direitos Humanos serem incorporadas ao ordenamento brasileiro com *status* de norma constitucional: aprovação no Congresso Nacional, tanto no Senado, quanto na Câmara de Deputados Federais deve ocorrer em dois turnos de votação, devendo obter três quintos dos votos dos membros em cada casa parlamentar.[75]

Desta Maneira, com este acréscimo observado com a adição do § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, sustenta Ana Maria Jará Botton Faria, que veio a encerrar a divergência entre os doutrinadores.[76]

Os tratados de direitos humanos podem ser formal ou materialmente constitucionais. Segundo a doutrina de Valério Mazzuoli, os tratados de direitos humanos no Brasil, mesmo antes da EC 45/04 continham *status* materialmente constitucional, isso porque, segundo o autor, o §3º apenas veio como uma forma de dar aos tratados internacionais de direitos humanos *status* formalmente constitucional, equivalendo às EC através do preenchimento do requisito de aprovação por 3/5 do Congresso Nacional em dois turnos. Para o autor, em razão do §2º do art. 5º da CF, todos os Tratados Internacionais de Direitos Humanos são materialmente constitucionais[77], dessa forma, para o autor, o §3º traz a possibilidade dos tratados de direitos humanos obterem *status* formal e materialmente constitucional.

Sustenta Valério Mazzuoli que "falar que um tratado tem *status* de norma constitucional é o mesmo que dizer que ele integra o bloco de constitucionalidade material (e não formal), o que é menos amplo que dizer que ele é equivalente a uma emenda constitucional, que traduz a ideia de que esse tratado já

---

[75] Ibid., p. 118.
[76] Ibid., p. 119.
[77] MAZZUOLI, 2011. P. 51.

integra formalmente (além de materialmente) o texto constitucional"[78].

Valério Mazzuoli, ao tratar deste problema, assim estabelece:

> Esta questão vem se desenvolvendo através dos tempos, tendo surgido várias teorias buscando equecionar o problema, dentre as quais destacam-se duas, com seus temperamentos: a dualista e a monista. Nelas se discute se o Direito Internacional e o Direito Interno dos Estados são duas ordens jurídicas distintas e independentes (teoria dualista) ou, ao contrário, se são eles dois sistemas que derivam um do outro (teoria monista)[79]

Assim, as teorias monista, dualista e, também uma teoria intermediária, ou como Flávia Piovesan denomina: Teoria Mista[80], surgem com o intuito de solucionar esse conflito. Valério Mazzuoli ao classificar as teorias, também compreende a existência de uma intermediária, entretanto, denomina-a de Teoria Conciliatória.

Desta forma, observa-se ser de extrema importância à análise destas teorias, razão pela qual se dedicará um espaço especial para suas análises a seguir.

2.1.1.1 TEORIA MONISTA

A teoria monista, teve como nome Hans Kelsen. Sustenta a existência de apenas uma ordem jurídica, negando coexistirem duas ordens jurídicas distintas, admitindo a existência de conflitos entre normas internas e normas internacionais. Essa teoria pode ser subdividida em duas espécies: de um lado tem-se o monismo radical, que sustenta o

---

[78] Ibid., p. 52.
[79] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 53.
[80] PIOVESAN, 2008, p. 89.

primado do direito internacional sobre o direito interno (monismo kelseniano); e de outro lado tem-se o monismo moderado (*Alfred Verdross* – discípulo de Kelsen), no qual o juiz nacional deve aplicar tanto o direito interno quanto o direito internacional, de acordo com a máxima da *lex posterior derogat legi priori*, ou seja, a lei posterior prevalecendo sobre a lei anterior. Esta teoria monista moderada é a adotada pelo STF, segundo Carlos Mario da Silva Velloso.[81]

Assim, nas palavras de Luís Roberto Barroso "O monismo jurídico afirma, com melhor razão, que o direito constitui uma unidade, um sistema, e que tanto o direito internacional quanto o direito interno integram esse sistema."[82]

Flavia Piovesan, com posicionamento semelhante ao de Luís Roberto Barroso sobre a teoria monista, citando Arnaldo Sussekind, dispõe que "Para a teoria monista não há independência, mas interdependência entre a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica nacional"[83], assim seriam "as normas internacionais e internas, como parte integrante do mesmo ordenamento"[84].

Hans Kelsen, partidário do entendimento que não existe divisão entre o ordenamento jurídico estatal e o ordenamento jurídico internacional, ambos fazem parte de uma mesma ordem, leciona que

> todo o movimento técnico jurídico aqui apontado tem como última tendência apagar a linha fronteiriça entre direito internacional e o ordenamento jurídico estatal singular, de modo que apareça, como meta final da evolução jurídica real,

---

[81] VELLOSO, 2004. p. 36.

[82] BARROSO, Luis Roberto. Constituição e tratados internacionais: Alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CANÇADO TRINDADE, Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves. (Coord.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 187.

[83] SYSSEKIND, Arnaldo. apud PIOVESAN, 2008, p. 86.

[84] Ibid., p. 87.

> dirigida à crescente centralização da unidade organizada de uma comunidade universal de direito mundial, ou seja, a formação de um Estado mundial.[85]

Celso D. de Albuquerque Mello, ao explicar o que seria a teoria monista assim menciona:

> Encontra-se, em oposição ao dualismo, a concepção denominada de monismo, ou seja, a teoria que não acieta a existência de duas duas ordens jurídicas autônomas, independentes e não derivadas. O monismo sustenta, de um modo geral , a existência de uma única ordem jurídica. Esta concepção tem duas posições: uma que defende a primazia do direito interno, e outra, a primazia do direito internacional.[86]

Valério Mazzuoli ao estudar esta concepção monista, explica que aqui,

> o Direito Internacional e o Direito Interno convergem para um mesmo todo harmônico, em sua situação de superposição em que o Direito interno integra o Direito Internacional, retirando deste sua validade lógica. É dizer, não existem dois círculos contíguos que não se interceptam, mas ao contrário, dois círculos superpostos (concêntricos) em que o maior representa o Direito Internacional que abarca, por sua vez, o menor, representado pelo direito interno[87]

No monismo moderado, explica Valério Mazzuoli, o juiz nacional aplica tanto o direito interno quanto o Direito

---

[85] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito*. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. – 2. ed. Ver. Da tradução, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 145.

[86] MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1979. p. 64-65.

[87] MAZZUOLI, 2007, p. 59.

Internacional, porém o faz de acordo com aquilo que está expressamente previsto em seu ordenamento jurídico doméstico, especialmente na Constituição. Havendo conflito para os adeptos desta concepção, aplica-se a máxima de que *lex posterior derogat legi priori*, ou seja, regra posterior revoga anterior no que com ela for discordante.[88]

Além disso, esta teoria monista, segundo Celso D. de Albuquerque Mello, dentre outros doutrinadores partidários desta subdivisão, separa-se em dois grupos: Monismo jurídico com primazia do direito interno e monismo jurídico com primazia do Direito Internacional. Já Valério Mazzuoli denomina estas duas correntes monistas de Monismo Internacionalista (primazia do Direito Internacional) e Monismo nacionalista (primazia do direito interno)[89]

2.1.1.1.1 TEORIA MONISTA COM PRIMAZIA DO DIREITO INTERNO (OU TEORIA NACIONALISTA)

Os estudiosos da teoria monista com a primazia do direito interno sobre o Direito Internacional a explicam a partir da existência de uma soberania estatal acentuada. Como precursor desta concepção encontra-se Hegel, que "vê no Estado um ente cuja soberania (correspondente ao imperium do direito Romano) é irrestrita e absoluta (a lei suprema sobre a Terra)"[90].

Aqui, existe a sobreposição do direito interno sobre o Direito Internacional, estando a Constituição dos Estados no vértice da pirâmide. Sendo o direito interno prevalente sobre o Direito Internacional. Essa corrente "apregoa o primado do direito nacional de cada Estado soberano, sob cuja ótica a adoção dos preceitos de Direito Internacional reponta como

[88] Ibid., p. 62.
[89] Ibid., p. 60-63.
[90] MAZZUOLI, 2007, p. 64.

uma faculdade discricionária".[91]

A partir desta concepção, o Direito Internacional não seria mais que uma consequência do direito interno. Trata-se da doutrina constitucionalista nacionalista.[92]

Para Valério Mazzuoli, os monistas defensores desta corrente dão especial atenção à soberania de cada Estado, levando em consideração o princípio da supremacia da constituição.[93] Estes defensores justificam sua escolha baseados em dois argumentos, segundo o autor,

> 1) a ausência no cenário internacional, de uma autoridade supra-estatal capaz de obrigar o Estado ao cumprimento de seus mandamentos, sendo cada Estado o competente para determinar livremente suas obrigações internacionais, sendo, em princípio, juiz único da forma de executá-las, e; 2) o fundamento constitucional dos órgãos competentes para concluir tratados em nome do Estado, obrigando-o no plano internacional.[94]

2.1.1.1.2 TEORIA MONISTA COM PRIMAZIA DO DIREITO INTERNACIONAL (OU MONISMO INTERNACIONALISTA) – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O monismo com primazia do Direito Internacional, tem como precursor Hans Kelsen[95] e é justificada a partir da ideia

---

[91] Ibid., p. 64.
[92] Ibid., p. 64.
[93] Que será analisada adiante.
[94] MAZZUOLI, op. cit., p. 65-66.
[95] Kelsen, ao formular a teoria pura do direito, enunciou a célebre pirâmide de normas. Uma norma tinha a sua origem e tirava a sua obrigatoriedade da norma que lhe era imediatamente superior. No vértice da pirâmide estava a norma jurídica fundamental, a norma base ou Grundnorm, que era uma hipótese e cada jurista poderia escolher qual seria ela. Diante disso a concepção kelseniana foi denominada na sua primeira fase de teoria da livre escolha; posteriormente, por influencia de

de organização jurídica do mundo como um todo, estando o direito internacional no ápice da pirâmide[96]. Nessa teoria, como o nome já diz, observa-se a sobreposição do direito internacional sobre o direito interno, ou seja, a superioridade dos enunciados dos tratados sobre as constituições e leis locais, independentemente de ser anterior ou posterior a elas.[97]

Hans Kelsen afirma que "o território do Estado singular, que é o espaço de validade do ordenamento jurídico estatal singular, estende-se – através do direito internacional – até onde é válido esse ordenamento"[98]. Desta forma, para o autor, o direito internacional é que delimita o âmbito de ação do direito interno, estando aquele em esfera superior a este. Para Hans Kelsen o "Estado é órgão da comunidade internacional"[99]

Nas palavras de Flávia Piovesan, "a maioria dos monistas, ao depararem-se com conflito entre normas de direito interno e normas de direito internacional, estas, "inquestionavelmente, devem prevalecer"[100]

Valério Mazzuoli, no mesmo sentido de Flávia Piovesan, também compreende esta concepção monista internacionalista como a mais adequada e explica,

> O monismo internacionalista, ao nosso ver, configura a posição mais acertada e consentânea com os nossos ditames do Direito Internacional contemporâneo. Além de permitir o

---

Vedross, Kelsen sai do seu "indiferentismo" e passa a considerar a Grundnorm como sendo uma norma de Direito Internacional: a norma costumeira pacta sunt servanda. Em 1927, Duguit e Politis defendem o primado do Direito Internacional e com eles toda a escola realista francesa, que apresentava em seu favor argumentos sociológicos. (MELLO, Celso de Albuquerque, p. 64-65. apud PIOVESAN, 2008, p. 86).

[96] Explicar a ideia de pirâmide de Kelsen.

[97] PIOVESAN, op. cit., p. 86.

[98] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito:* introdução à problemática científica do direito. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 155.

[99] Ibid., p. 156.

[100] PIOVESAN, op. cit., p. 87.

> solucionamento de controvérsias internacionais dando operacionalidade e coerência ao sistema jurídico, fomenta o desenvolvimento do Direito Internacional e a evolução da comunidade das nações rumo à concretizaçãode uma comunidade internacional universal, ou seja, a civitas máxima. É a única doutrina hoje que se compadece com as relações jurídicas, coincidente com a situação internacional moderna. Sem embargo da lição de Rousseau, para quem o estudo das relações entre as concepções monista e dualista não passa de uma discussion d'école, estamos convictos de que a primazia do Direito Internacional sobre o Direito interno afigura-se como uma solução necessáriaao progresso e ao desenvolvimento do direito das gentes, o que está a nos provar a nova tendência constitucional contemporânea, bem como a prática internacional.[101]

Importante mencionar que a superioridade do tratado internacional sobre o direito interno de cada Estado já vem sendo tratada por entes internacionais, tendo tido seu primeiro enunciado na Corte Permanente de Justiça Internacional em 1930.[102] e[103]. Em 1932 esta mesma Corte posicionou-se no sentido de que "um Estado não pode invocar contra outro Estado sua própria constituição para se esquivar de obrigações que lhe incumbem em virtude de Direito Internacional ou de tratados vigentes".

Além disso, acrescenta Valério Mazzuoli que, no Brasil, ainda está em vigor a Convenção de Havana de 1928, que

---

[101] MAZZUOLI, 2007, p. 63.
[102] BARROSO, 2008, p. 187.
[103] A corte manifestou-se em parecer consultivo de 31 de julho de 1930. "É princípio geral reconhecido, do direito internacional, que, nas relações entre potências contratantes de um tratado, as disposições de uma lei não podem prevalecer sobre as do tratado".

estabelece a supremacia do Direito Internacional sobre o Direito Interno, estabelecendo o seguinte dispositivo em seu art. 11:

> Art. 11. Os tratados continuarão a produzir os seus efeitos, ainda quando se modifique a Constituição interna dos Estados contratantes. Se a organização do Estado mudar, de maneira que a execução seja impossível, por divisão de território ou por outros motivos análogos, os tratados serão adaptados as novas condições.

A ONU, por sua vez, através de um documento também posicionou-se neste sentido: "os tratados validamente concluídos pelo Estado e regras geralmente reconhecidas de Direito Internacional formam parte da lei interna do Estado e não podem ser unilateralmente revogados puramente por ação nacional".[104] Além disso, a doutrina majoritariamente vem defendendo este posicionamento e a Corte Interamericana também é partidária da teoria monista com primazia do direito internacional.

No mesmo sentido, Hildebrando Accioly, expõe em seu manual de Direito Internacional Público que a lei constitucional não pode isentar o Estado de responsabilidade por violação de seus deveres internacionais, invocando decisão da Corte Permanente de Arbitragem de Haia, onde foi decidido que as disposições constitucionais de um Estado não poderiam ser opostas aos direitos internacionais de estrangeiros[105], sendo preceito do art. 27 da Convenção de Viena de 1969 tal disposição.

Partidário da mesma corrente, Haroldo Valladão leciona sobre este assunto que "disposição interna, mesmo se for de natureza constitucional, não poderá ser observada se contrariar

---

[104] MAZZUOLI, op. cit., p. 62.

[105] ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. [s.l.]: [s.n.], 1978. p. 56.

preceito em vigor de direito internacional básico, geral ou de direito internacional convencional, isto é, de tratado válido e vigente"[106] Entretanto, deve-se observar que aqui trata-se de tratado já em vigor quando da promulgação da Constituição, prevalecendo se houver dispositivo da nova constituição que o contrarie. Se o contrário ocorrer, se um tratado é celebrado na vigência de uma Constituição, sendo com ela incompatível, ele não prevalecerá, e sim ela, pois não foi constituído legitimamente.[107]

Luís Roberto Barroso[108] explica que, nesta corrente, o tratado prevalece sobre o direito interno, de forma a alterar lei anterior, mas não pode ser alterado por lei superveniente. Sustenta o autor que este entendimento vem positivado no artigo 98 do Código Tributário Nacional.[109]

Na presente pesquisa, importante destacar que a Corte Interamericana ao dar prevalência ao Pacto de San José da Costa Rica e sua jurisprudência sobre as normas internas dos países signatários da OEA e que admitem a jurisdição da corte, consagra, através do controle de convencionalidade, o monismo internacionalista, devendo ser este o caminho a ser seguido pelos seus países signatários.

2.1.1.2 TEORIA DUALISTA

A teoria dualista, surgida com *Triepel* defende a independência entre a ordem interna e a ordem internacional, dessa forma, suas normas não conflitam entre si (ideia de duas esferas que não se comunicam – desenho de duas bolas que não se tocam). Assim, para que a norma internacional passe a valer

---

[106] VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. [s.l]: [s.n.], 1974. p. 94.
[107] BARROSO, 2008, p. 195.
[108] Ibid., p. 189.
[109] Art. 98. CTN: "Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha".

na esfera interna, "é necessário que a mesma passe por um processo de recepção", "que a transforma em norma jurídica interna, só sendo possível o conflito entre duas normas internas, a serem resolvidas pelo mecanismo tradicional: *lex posterior derogat legi priori*".[110]

Segundo Flavia Piovesan, "os dois sistemas, sob esta ótica, regulam diferentes matérias. O Direito Internacional disciplinaria as relações entre Estados soberanos, enquanto o Direito Interno disciplinaria os assuntos internos dos Estados"[111].

Nesse sentido, Valério Mazzuoli explica que o dualismo seria a ideia de "dois sistemas independentes e distintos, ou seja, que constituem círculos que não se interceptam (meramente contíguos), embora sejam igualmente válidos".[112] Assim, para a teoria dualista as duas ordens jurídicas - internacional e nacional – são independentes e não se misturam.[113]

Amílcar de Castro assim compreende:

> O tratado internacional só opera na ordem internacional, que é independente da nacional, e entre ordens independentes não podem as normas de uma provir da outra. É aceitável por isso a opinião de normas Anzilotti no sentido de que "as normas internacionais não podem influir sobre o valor obrigatório das normas internas e vice-versa. (...) tratado não é lei; é ato internacional que obriga o povo considerado em bloco; que obriga o governo na ordem externa, e não o povo da ordem interna. Não é admissível que um só ato , ao mesmo tempo, possa ser tratado e ato legislativo ordinário; nem se concebe que um tratado

[110] VELLOSO, 2004, p. 35.
[111] PIOVESAN, 2008, p. 87.
[112] MAZZUOLI, 2007, p. 54.
[113] PIOVESAN, op. cit., p. 86.

> normativo se converta em ato legislativo (lei ou decreto), formas jurídicas inconfundíveis e inconversíveis, cada qual com sua esfera própria de ação. O tratado explana relações quanto a lei e o decreto explicam relações do governo com seus súditos (verticais, entre subordinante e subordinados)[114]

Luís Roberto Barroso explica que na Teoria Dualista "inexiste conflito possível entre a ordem internacional e a ordem interna simplesmente porque não há qualquer interseção entre ambas. São esferas distintas que apenas se tangenciam"[115] e acrescenta que,

> assim, as normas de direito internacional disciplinam as relações entre Estados, e entre estes e os demais protagonistas da sociedade internacional. De sua parte, o direito interno rege as relações intraestatais, sem qualquer conexão com elementos externos.Nesta ordem de idéias, um ato internacional qualquer, como um tratado normativo, somente operará efeitos no âmbito interno de um Estado se uma lei vier incorporá-lo ao ordenamento jurídico positivo.[116]

Valério Mazzuoli explica que,

> para que um compromisso internacionalmente assumido passe a ter valor jurídico no âmbito do direito interno desse Estado, é necessário que o Direito Internacional seja transformado em norma de Direito Interno, o que se dá pelo processo conhecido como adoção ou transformação. O primado normativo para os dualistas, então, é a lei interna de cada Estado e não

---

[114] CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 123-124.
[115] BARROSO, 2008, p. 187.
[116] BARROSO, 2008, p. 187.

> o Direito Internacional.[117]

E complementa,

> [...] o Estado recusa aplicação imediata ao Direito Internacional, só alcançável por meio de procedimento incorporativo próprio do Direito Interno. Daí o motivo pelo qual alguns autores (como Laband) terem chamado a teoria da incorporação ou da transformação de mediatização, cujo fundamento deriva da autonomia das duas ordens jurídicas (interna e internacional)[118]

Ainda o mesmo autor comenta que, em razão de serem sistemas distintos, cada qual regula relações jurídicas diversas, logo, não se pode falar em supremacia de um sobre o outro. Desta forma, as Normas de Direito Internacional só tem eficácia no âmbito internacional.[119]

Carmen Tibúrcio, ao analisar o conflito entre leis internas e tratados internacionais explica que,

> para os dualistas compreendem que a esfera interna e a esfera internacional disciplinam matérias diversas, ou seja, as relações internacionais do Estado (tratados internacionais) e as normas aplicáveis às relações dentro do país(direito interno), desta maneira não haveria confusão nem conflito entre uma e outra ordem.[120]

Como exemplos de países que adotam o dualismo cita-se a Itália, no qual exige-se, além da ratificação para aplicação interna dos tratados, leis de aprovação[121]. Dessa forma, alguns doutrinadores compreendem que o Brasil seria partidário da

---

[117] MAZZUOLI, 2007, p. 54.
[118] Ibid., p. 55.
[119] Ibid., p. 55.
[120] TIBURCIO, Carmen. Fontes de direito internacional: os tratados e os conflitos normativos. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CANÇADO TRINDADE, Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Coord.). *Perspectivas do direito internacional contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 296.
[121] MAZZUOLI, 2007. p. 55.

teoria dualista moderada.

2.1.1.2.1 DUALISMO RADICAL

Valério Mazzuoli, ao analisar a teoria dualista chama a atenção para a existência de um dualismo radical de Triepel e assim explica aquele autor compreende que, "quando se fala das relações entre direito Internacional e o Direito Interno, supõe-se como estabelecido que o direito internacional é diferente do direito interno. Na nossa opinião, o direito internacional e o direito interno são noções diferentes"[122]

Para o dualismo radical não seria possível conflito entre ordem interna e internacional, pois se constituem de ordens independentes, que nãos e comunicam. [123]

2.1.1.2.2 DUALISMO MODERADO

O Dualismo moderado é um pouco diferente do dualismo puro, pois este permite que em certos casos o Direito Internacional seja aplicado internamente pelos tribunais sem que haja a recepção formal do dispositivo. Essa espécie de dualismo foi adotada na Itália em 1905, por Dionizio Anzilotti, em trabalho intitulado *Il Diritto Internazionale nel giudizio interno*.[124]

Os defensores do dualismo moderado não chegam ao extremo de adotar fórmula legislativa para que só assim o tratado entre em vigor no país, mas exigem a necessidade de um ato formal de internalização, como um decreto ou um regulamento.[125]

---

[122] TRIEPEL, Carl Heinrich. Les rapports entre le droit interne et le droit international. Recueil des Cours, vol. 61 (1937 – III). p. 79. apud MAZZUOLI, 2007, p. 55.
[123] VELLOSO, 2010, p. 36.
[124] MAZZUOLI, op. cit., p. 55.
[125] Ibid., p. 57.

Segundo Valério Mazzuoli, o Supremo Tribunal Federal do Brasil assume a posição de dualista moderada em razão de defender a necessidade de promulgação de decreto presidencial para que o tratado passe a valer em território nacional.[126]

2.1.1.3 TEORIA MISTA / CONCILIATÓRIA[127]

A teoria mista é uma teoria intermediária, que combina premissas da teoria monista com premissas da teoria dualista. Segundo Flavia Piovesan, o Brasil adotaria um sistema misto, no qual os tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos, por força do artigo 5º, § 1º da CF, seriam incorporados automaticamente ao ordenamento jurídico e aos demais tratados internacionais seria exigido a intermediação de um ato normativo para tornar o tratado obrigatório na ordem interna.[128]

> [...] defende-se que a constituição adota um sistema jurídico misto, já que, para os tratados de direitos humanos, acolhe a sistemática da incoroporação automática, enquanto para os tratados tradicionais acolhe a sistemática da incorporação não automática.[129]

A mesma autora, citando André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, explica que,

> No sistema misto o Estado não reconhece a vigência automática de todo o Direito Internacional, mas reconhece-o só sobre certas

---

[126] MAZZUOLI, 2007, p. 57

[127] Ainda deve-se mencionar que esta teoria também pode ser denominada de teoria conciliatória, trazida por Valério de Oliveira Mazzuoli. Esta defende a coordenação de ambos os sistemas, interno e internacional, a partir de normas superiores a ambos, a exemplo destas regras tem-se o Direito Natural. Mas esta posição conciliatória, mista ou coordenada não encontrou guarida nem em normas nem tampouco na jurisprudência internacional. (MAZZUOLI, 2007, p. 66).

[128] PIOVESAN, 2008, p. 88.

[129] Ibid., p. 89.

> matérias. As normas respeitantes a essas matérias vigoram, portanto, na ordem interna independentemente de transformação; ao contrário, todas as outras vigoram apenas mediante transformação. Este sistema é conhecido por sistema da cláusula geral da recepção semiplena. Este sistema resulta da adoção cumulativa de concepções monistas e dualistas quanto às relações entre Direito Internacional e o Direito Interno.[130]

Flavia Piovesan sublinha que, exceto no tocante aos tratados de Direitos Humanos, que são incorporados automaticamente ao sistema jurídico, o Brasil não tem expressamente menção à adoção das correntes dualista ou monista. Apesar de Flavia Piovesan ter sustentado um sistema misto no ordenamento brasileiro, a maioria da doutrina sustenta que o Brasil adota o sistema dualista, ou seja, coexistência de duas ordens diversas: a interna e a internacional.[131]

Também integrante desta parte da doutrina, Valério Mazzuoli expõe que não compreende o Brasil como característico de uma teoria mista. O autor sustenta que a Suprema Corte brasileira é partidária da teoria Dualista Moderada, em razão de crer que para a validade de um tratado internacional no âmbito interno necessita-se de um ato formal que o faça (decreto executivo)[132], nem sendo exigido uma lei específica que o faça.[133]

Luís Roberto Barroso discorda da posição de Valério Mazzuoli, sustentando que nos tribunais brasileiros, mais precisamente no Supremo Tribunal Federal, o qual detém competência para tanto, pode-se observar a adoção da teoria monista. E menciona que a partir do RE 80.004 este

---

[130] PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*. p. 95. apud Ibid., p. 90.
[131] PIOVESAN, 2008, p. 88.

[133] MAZZUOLI, 2007, p. 57.

entendimento mudou e passou-se a adotar um monismo moderado, aonde o tratado se incorpora ao direito interno no mesmo nível hierárquico da lei ordinária, sujeitando-se a questão em termos de regra geral e regra particular, prevalece a norma posterior sobre a anterior.[134]

Assim, conclui-se que existe muita divergência doutrinária a respeito de qual seria a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro: monismo moderado, dualismo moderado ou mista, não havendo consenso. Essa questão está correlacionada a incorporação ou implementação dos tratados internacionais ao direito brasileiro, principalmente quanto a sua hierarquia no direito interno. Assim, sobre esse tema, relevante mostra-se o estudo do art. 5º, §2º e o art.5º, §3º da Constituição Federal como uma forma de elucidar essa questão, pois tratam da questão hierárquica dos tratados principalmente quando versarem sobre direitos humanos.

2.1.2 O ART. 5º, §2º E O ART. 5º §3º CF

O artigo 5º, §2º e artigo 5º, §3º da Constituição Federal de 1988 são os responsáveis pela possibilidade de aumentar-se o rol de direitos humanos fundamentais, não os limitando a apenas os contidos na Constituição Federal, caracterizando-os apenas como exemplificativos.

Sobre o §2º sempre existiu muita controvérsia, discutindo uma série de questões acerca da incorporação de tratados internacionais ao direito brasileiro, principalmente no tocante a sua hierarquia. Muitos questionavam se teriam hierarquia de lei ordinária, ou de lei constitucional, supralegal ou supraconstitucional, ou seja, os tratados internacionais de direitos humanos deveriam se sobrepor ou não às leis constitucionais, integrar ou não o bloco de constitucionalidade?

Diante destas dúvidas, para muitos, o §3º, advindo com a

---

[134] BARROSO, 2008, p. 190.

EC 45/04, veio para solucionar os problemas surgidos a partir do §2º, entretanto, para alguns este dispositivo representou um retrocesso. A seguir analisar-se-á algumas posições atinente à discussão que desperta atenção dos estudiosos desta área.

2.1.2.1 O ARTIGO 5, § 2º DA CF E A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS ANTES DA EC 45/04

Três dispositivos constitucionais referiam-se ao Direito Internacional dos Direitos Humanos antes da EC 45/04: o artigo 4º II, o artigo 7º do ato das disposição transitórias e o artigo 5º, §2º. O artigo 4º, inciso II, prevê: "Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II - prevalência dos direitos humanos". O artigo 7º do Ato das Disposições transitórias, prevê: Art. 7º. O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.

Enfim, diz o artigo 5º, § 2º da CFRB de 1988: "Os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Nos primeiros anos da Constituição Federal de 1988 este §2º do art. 5º da CRFB pouco foi lembrado, porém, este quadro começou a mudar quando questões relativas a possibilidade da prisão civil do depositário infiel foram submetidas ao Supremo Tribunal Federal em face da Convenção Americana de Direitos Humanos e dúvidas surgiram acerca deste dispositivo. Assim como nos tratados tradicionais, ao tratar-se de tratados de Direitos Humanos, surgem quatro correntes quanto à sua hierarquia: 1) caráter meramente legal dos tratados de Direitos Humanos, equivalentes as leis ordinárias; 2) caráter supralegal dos tratados de direitos humanos;3)caráter constitucional dos

tratados de direitos humanos; e 4)caráter supraconstitucional dos tratados de direitos humanos.[135]

No tocante a este parágrafo, Uadi Lammmêgo Bulos, em sua constituição anotada, comenta que "*dúvida não há que o §2º visa proteger*, in contenti, os Direitos Humanos fundamentais, que seguem uma disciplina exemplificativa no Texto de 1988, própria do regime constitucional das liberdades públicas"[136]

Para Flávia Piovesan, o artigo 5º § 2º já confere aos tratados de Direitos Humanos o *status* de norma constitucional, sendo segundo Valério Mazzuoli, normas materialmente constitucionais[137]. Para Flávia Piovesan a constituição brasileira de 1988 combina dois regimes jurídicos diversos – um aplicável aos tratados internacionais de proteção de Direitos Humanos e outro aplicável aos tratados internacionais em geral. Os tratados internacionais tradicionais apresentam

---

[135] GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *O § 3º do Art. 5º da Constituição Federal:* Um retrocesso para a proteção internacional dos Direitos Humanos no Brasil. 2005. Disponível em: <http://www.ibdh.org.br>. Acesso em: 03 jul. 2009. Explica o autor que acerca do posicionamento hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos, sendo quatros teses: 1) caráter meramente legal dos tratados de Direitos Humanos, no qual os tratados internaconais, mesmo sendo de direitos humanos, se equiparam as leis internas (HC 72131); 2) Caráter supralegal. Este caráter supralegal dos tratados de Direitos Humanos foi assim compreendido em voto do Ministro Sepúlveda Pertence, onde sustenta esta posição a partir do argumento que o lugar dos tratados deveria ser buscado na constituição de cada Estado. E para ele a Constituição brasileira não concede primazia dos tratados sobre ela mesma, sendo assim, os de direitos humanos seriam inferiores a constituição, mas superiores as leis ordinárias; 3) Caráter constitucional dos tratados de direitos humanos é defendido por Cançado Trindade, Flávia Piovesan e Ingo Sarlet. Aqui, as normas originadas de tratados de Direitos Humanos seriam materialmente constitucionais, mesmo não sendo expressamente dispostas no texto constitucional; 4)Caráter supra-constitucional dos tratados de Direitos Humanos é defendido por Celso Albuquerque Mello. Sustenta seu argumento dizendo que se se estiver diante de um Direito Humano assim considerado pelo Direito Internacional, teria ele uma mesma força normativa que nem mesmo a Constituição poderia contrariar.

[136] BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 358.

[137] MAZZUOLI, 2007, p. 57.

status infraconstitucional e aplicação não imediata, ou seja, dependem da incorporação ao ordenamento jurídico interno através de um ato legislativo, enquanto que os tratados de Direitos Humanos apresentam o *status* constitucional e aplicação imediata, por força do § 1º do artigo 5º da CF (e art.5º, §2º CF). [138]

Para ilustrar será estudada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tocante a este assunto, mais especificamente o RE 172.720[139], que tratou da compatibilidade da Convenção de Varsóvia, art. 22, com o artigo 5º II e §2º da Constituição brasileira, decidindo o Supremo Tribunal Federal que os tratados subscritos pelo Brasil não se superpõe a constituição Federal.[140]

2.1.2.2 O ARTIGO 5º, § 3º DA CF E A HIERARQUIA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS APÓS A EC 45/04

O § 3º do artigo 5ª da Constituição Federal positiva que, "os tratados e Convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes as emendas constitucionais".

A edição do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal

---

[138] PIOVESAN, 2008, p. 90.

[139] INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - EXTRAVIO DE MALA EM VIAGEM AÉREA - CONVENÇÃO DE VARSÓVIA - OBSERVAÇÃO MITIGADA - CONSTITUIÇÃO FEDERAL - SUPREMACIA. O fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação decorrentes do extravio de mala, cumpre observar a Carta Política da República - incisos V e X do artigo 5º, no que se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda turma. RE 172720. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 06 fev. 1996. *DJ* 21 fev. 1997 PP-02831 EMENT VOL-01858-04 PP-00727 RTJ VOL-00162-03 PP-01093)

[140] BULOS, 2002, p. 362.

causou muita discussão entre os constitucionalistas e internacionalistas. Para a maioria, esse parágrafo veio para solucionar a questão atinente à incorporação de tratados de Direitos Humanos ao direito brasileiro, para outros, representou um retrocesso[141].

Havia muita discussão acerca dos tratados de Direitos Humanos e sua incorporação e aplicação no direito nacional, sendo discutido se eles teriam ou não hierarquia constitucional. Os que sustentavam que estes tratados de Diretos Humanos teriam hierarquia constitucional, justificavam sua posição a partir do § 1º e § 2º do artigo 5º da Constituição Federal. Flavia Piovesan é partidária deste entendimento, para a autora esse parágrafo veio apenas fortalecer o entendimento em prol da incorporação automática dos tratados de Direitos Humanos.[142]

Desta forma conclui Flavia Piovesan acerca dos tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos,

> As normas internacionais que consagram direitos e garantias fundamentais tornam-se passíveis de vindicação e pronta aplicação ou execução perante o Poder Judiciário, na medida em que são diretamente aplicáveis. Os indivíduos tornam-se, portanto, beneficiários diretos de instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos.[143]

A partir dessa exposição conclui-se que antes da edição do §3º os tratados de Direitos Humanos eram materialmente constitucionais, entretanto, com a edição desse dispositivo, esses tratados passam a ter *status* formalmente constitucional (além do material, que já possuíam desde a ratificação da convenção ou tratado). Assim, os tratados de direitos Humanos passaram a implementar tal *status* se cumprirem a exigência

---

[141] George Rodrigo Bandeira Galindo filia-se a corrente que menciona o §3º como um retrocesso. In: (GALINDO, 2005).
[142] PIOVESAN, 2008, p. 89.
[143] PIOVESAN, 2008, p. 93.

disposta no texto, ou seja, aprovação por 3/5 do Congresso Nacional, em ambas as casas. Assim,

> anteriormente da entrada em vigor da EC 45/04 existia um paradoxo, na medida em que os tratados de direitos humanos eram aprovados por maioria simples, o que autorizava o Presidente da República, a qualquer momento, denunciar o tratado, desobrigando o país ao cumprimento daquilo que assumiu no cenário internacional desde o momento em que o tratado pretende ser denunciado (repita-se, para os que admitem a possibilidade de denúncia dos tratados não aprovados com quórum qualificado) passe a equivaler a uma emenda constitucional.[144]

Importante é explicar a diferença existente entre os direitos materialmente constitucionais e os formalmente constitucionais. George Rodrigo Bandeira Galindo explica que,

> Diante do art. 5º, §2º, portanto, haveria duas categorias de direitos fundamentais: aqueles formal e materialmente constitucionais – constantes do texto constitucional formal – e aqueles apenas materialmente constitucionais – que não se encontram no texto constitucional. Todos eles seriam protegidos pelas cláusulas pétreas. Somente podem ser reconhecidas, no entanto, as normas internacionais que não forem contrárias ou subversivas a um direito fundamental já consagrado.[145]

Para os que entendem que a edição do § 3º foi um retrocesso, assim sustentam sua posição em razão de terem surgido alguns problemas, por exemplo, no tocante aos tratados de direitos humanos aprovados antes da EC 45/04. Sustenta

---

[144] MAZZUOLI, 2011, p. 65-66.
[145] GALINDO, 2005.

George Rodrigo Bandeira Galindo que,

> o texto da Emenda Constitucional nada dispõe acerca dos tratados de Direitos Humanos aprovados pelo Congresso Nacional antes da EC 45/2004. Desta forma, alguns tratados podem ser consagrados com grau constitucional (pós EC 45) e outros não, decisões judiciais em casos concretos podem chegar a anacronismos sérios, como o de não levar em conta as consequências ou a relação estreita de dois ou mais direitos.[146]

Segundo Valério Mazzuoli, relevante é sublinhar que a EC 45/04, vem para possibilitar os tratados internacionais de direitos humanos adquirirem *status* de formalmente constitucionais (lembrando que o *status* de materialmente constitucionais eles já o detinham em razão do §2º), através do preenchimento do requisito de aprovação por 3/5 em cada casa do Congresso em dois turnos de votação, viabilizando o controle concentrado de convencionalidade.[147]

No entanto, importante lembrar que existe parte da doutrina e, inclusive o STF, que entendem que os tratados internacionais de direitos humanos que não preencherem o requisito formal do art. 5º, §3º CF não teriam *status* de norma constitucional, mas sim de supralegal, que reflete diretamente no assunto do controle de convencionalidade, conforme se passará a estudar.

2.2 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL: O §3º DA EC 45 – MODIFICAÇÕES RELEVANTES

Sobre o controle de convencionalidade no Brasil, relevante frisar que esta temática não conta com uma obra

---

[146] GALINDO, 2005.
[147] MAZZUOLI, 2011, p. 68.

doutrinária vasta e satisfatória, não sendo estudada pelos doutrinadores. Deve-se lembrar que Valério Mazzuoli defendeu sua tese sobre o assunto junto a Universidade Federal do Rio Grande do Sul no ano de 2008, o que caracteriza o ineditismo da teoria no Brasil até então.

Para firmar sua teoria, o autor utiliza-se da teoria do Diálogo das Fontes normativas de Erik Jayme, que segundo este autor, traduzem a ideia de que as decisões de casos da vida complexos são a soma, a aplicação conjuntamente de várias fontes (Constituição, Direitos Humanos, direito supranacional e direito nacional). Sustente, ainda, que "hoje não mais existe uma fixa determinação de ordem entre as fontes, mas uma cumulação destas, um aplicar lado a lado".[148]

Assim, Valério Mazzuoli explica que a aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes advém de um Curso dado por Erik Jayme em Haia, no ano de 1995, nesse sentido, "em vez de simplesmente excluir do sistema certa norma jurídica, deve-se buscar a convivência entre essas mesmas normas por meio de um diálogo"[149]. Assim, segundo Erik Jayme, "*a solução dos conflitos normativos na pós*-modernidade é encontrada na harmonização (coordenação) entre as fontes heterônomas que não se exclui mutuamente, mas, ao contrário, "falam" umas com as outras".[150] Assim, através desse diálogo entre as fontes normativas é possível encontrar-se a verdadeira razão de ambas as normas em favor da proteção do ser humano.

Valério Mazzuoli afirma que os autores brasileiros que anteriormente estudaram essa temática a fizeram sob a ótica da responsabilidade internacional, não sob a ótica de um juiz ou tribunal nacional controlar essa convencionalidade das leis, inclusive com o uso do processo objetivo de controle. Assim, o autor, de forma única apresenta o tema, principalmente

---

[148] JAYME, Erik. Entrevista com o Prof. Erik Jayme. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFGRS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 63-67, mar. 2003.
[149] MAZZUOLI, 2011, p. 58.
[150] Ibid., p. 59.

analisando-o a luz do art. 5º, §3º da CF, introduzido pela EC 45/04.

2.2.1 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE SOB A ÓTICA DE VALÉRIO MAZZUOLI (DUPLA COMPATIBILIDADE VERTICAL)

Não basta que a norma de direito doméstico seja compatível com a Constituição, devendo ela ser compatível, também, com a norma internacional, que se materializa através dos tratados internacionais. Na ordem internacional é possível que tenha-se dois tipos de tratados: tratados internacionais de direitos humanos e tratados internacionais gerais. O controle de convencionalidade, segundo Valério Mazzuoli, tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas domésticas (leis) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e com tratados internacionais gerais (denominado controle de supralegalidade).[151]

O referido autor ensina que todos os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil já detém *status* de norma constitucional (*status* de norma materialmente constitucional) em razão do §2º do art. 5º da CF positivar que os direitos e garantias expressos nessa constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais que a republica federativa do Brasil seja parte. Dessa forma, a luz do §2º, segundo o autor, pode-se afirmar que já existia a possibilidade de controle difuso de convencionalidade em razão desse entendimento, no qual todos os juízes poderiam afastar norma interna em razão da aplicação de Tratado Internacional de Direitos Humanos[152], lembrando-se que Flávia Piovesan advoga no mesmo sentido[153].

---

[151] Ibid., p. 132.
[152] MAZZUOLI, 2011, p. 68-69.
[153] PIOVESAN, 2008, p. 90

Para o autor, os tratados de direitos humanos, sejam eles posteriores ou anteriores a EC 45/04, já são independentemente de qualquer aprovação qualificada, materialmente constitucionais. No entanto, somente serão formalmente constitucionais se aprovados pela maioria de votos estabelecidos no art. 5º, §3º CRFB, adquirindo, nesse caso, *status* de norma formal e materialmente constitucional. Os tratados internacionais de direitos humanos materialmente constitucionais servirão de paradigma para o controle difuso de convencionalidade e os tratados de direitos humanos formalmente e materialmente constitucionais (equivalentes à EC – requisito formal), servirão de paradigma, além de controle difuso de convencionalidade, de controle concentrado de convencionalidade. [154]

A dupla compatibilidade vertical material é requisito para que a produção do direito doméstico seja vigente e válido no ordenamento jurídico brasileiro. A primeira compatibilidade vertical desdobra-se em duas: compatibilização com a Constituição e com os tratados internacionais de direitos humanos. A segunda compatibilização é conformidade vertical das normas infraconstitucionais com tratados internacionais gerais. No primeiro caso (compatibilização das normas com a Constituição e tratados internacionais de direitos humanos) observa-se o controle de constitucionalidade e o de convencionalidade e, no segundo caso observa-se o controle de supralegalidade. [155]

O controle de convencionalidade é complementar e coadjuvante, jamais subsidiário, ao controle de constitucionalidade. Dessa forma, o controle de convencionalidade tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos implementados pelos

[154] MAZZUOLI, op. cit., p. 68-69.
[155] Ibid., p. 138.

Estados. Assim, as leis devem ser compatíveis tanto com a CF quanto com os tratados internacionais de direitos humanos[156], bem como com os tratados internacionais que versem sobre assuntos gerais (supralegalidade).

Para o autor, esse controle deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional relativamente aos tratados internacionais aos quais o país encontra-se vinculado. Assim, trata-se de conformar os atos ou leis internas aos compromissos internacionalmente assumidos. Sustenta que não apenas os tribunais internacionais devem realizar este controle (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Corte Europeia de Direitos Humanos e Tribunal de Justiça da União Europeia), mas também os tribunais internos.[157]

Sustenta que o fato dos tratados internacionais de direitos humanos serem imediatamente aplicáveis no âmbito doméstico (§1º, art. 5º, CF) garante a possibilidade de controle de convencionalidade e supralegalidade das leis no Brasil.

Todos os tribunais devem realizar o controle, sem qualquer autorização internacional, pela via incidental, passando a ter os tratados internacionais (de direitos humanos e gerais), eficácia paralisante, cabendo ao juiz coordenar as fontes internacionais e internas, caracterizando o controle difuso de convencionalidade, que existe no direito brasileiro desde 1988, com a promulgação da Constituição, que em seu art. 105, inciso III, alínea a traz a possibilidade do STJ, julgar em recurso especial, as causas que contrariarem tratados ou leis federais. [158]

O controle concentrado de convencionalidade, segundo Valério Mazzuoli, deve ser exercido apenas perante o STF e somente quanto aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados em conformidade com o requisito formal de 3/5 em

---

[156] MAZZUOLI, 2011, p. 131-132.
[157] Ibid., p. 133.
[158] Ibid., p. 134,

dois turnos de cada casa do Congresso Nacional (equivalentes à EC). Assim, para ele, o controle concentrado de convencionalidade passa a ser possível no Brasil desde a EC 45, que dá *status* formal de constitucionalidade, transformando-se em parâmetro para controle de convencionalidade: "*o controle concentrado de convencionalidade nascera em 08 de dezembro de 2004*".[159]

Sustenta que o controle de supralegalidade, feito a luz dos tratados internacionais gerais, é sempre exercício pela via de exceção, difuso, enquanto que o de convencionalidade poderá ser difuso ou concreto. Além disso, frisa o autor, que o controle de convencionalidade tem um *plus* em relação ao controle de constitucionalidade, pois aquele é possível tanto no plano interno quanto internacional, assim, para o autor o controle de constitucionalidade é menos amplo que o controle de convencionalidade. [160]

Além disso, o autor sustenta a possibilidade de existirem normas constitucionais inconvencionais, nas mesmas hipóteses em que seria possível normas constitucionais inconstitucionais (quando provierem do poder constituinte derivado), quando contrariarem normas dispostas nos tratados internacionais de direitos humanos.[161]

Para o autor, o controle de convencionalidade poderá ser feito pelas ações constitucionais objetivas, ADI, ADECON (ADC), ADPF e ADO, assim, denominando-se de controle concentrado de convencionalidade. Nesse controle toma-se como parâmetro uma norma de tratado internacional de direito humanos, passa a ser considerada controle de convencionalidade tomando emprestada uma ação constitucional. [162]

Cita o autor o caso da Guerrilha do Araguaia, onde Brasil

---

[159] Ibid., p. 136.
[160] MAZZUOLI, 2011, p. 137.
[161] Ibid., p. 143.
[162] Ibid., p. 146 e p. 149.

foi acusado pela CIDH por não ter controlado a convencionalidade da sua lei de anistia em relação a Convenção Americana de Direitos humanos. Nesse caso, no considerando 177, a Corte observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais brasileiras, as quais, via STF, confirmaram a validade da lei de anistia, sem considerar as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil derivada de tratado internacional de direitos humanos. [163] Nesse caso, a Corte invalidou a lei de anistia brasileira, observando que, quando não exercido o controle de convencionalidade pelo judiciário interno, a Corte Interamericana a controlará, assumindo um típico papel de corte supranacional. [164]

Esse controle de convencionalidade, deve ser exercido por órgãos da justiça nacional, além, é claro, da Corte Interamericana, mas como um caso, para chegar a Corte requer o preenchimento de uma serie de requisitos, esse controle realizado pelo judiciário nacional se tornará mais corriqueiro e efetivo, trazendo um maior respeito aos direitos humanos e aos tratados internacionais.

2.2.2 POSICIONAMENTO DE LUIZ FLÁVIO GOMES A LUZ DO ENTENDIMENTO DO STF (RE 466.343)

O controle de convencionalidade nos moldes como foi apresentado por Valério Mazzuoli sofreu uma releitura por Luiz Flavio Gomes tendo em vista a decisão histórica do STF no RE 466.343, no qual entendeu possuírem os tratados internacionais de direitos humanos não implementados ao ordenamento jurídico brasileiro com o requisito do §3º do art. 5º da CF, *status* de supralegalidade. Entendeu, a Suprema Corte brasileira que não teriam estes tratados *status* de norma

[163] Ibid., p. 163-164.
[164] Ibid., p. 164.

constitucional, mas sim de norma supralegal, uma categoria entre as normas constitucionais e a lei ordinária, o que inviabilizaria o controle concentrado de convencionalidade, pois acabaria por não integrar o bloco de convencionalidade. Dessa forma, tais tratados só poderiam ser parâmetro para o controle difuso de convencionalidade, através do controle de supralegalidade, o qual deve ser analisado preliminarmente no caso concreto (conforme posicionamento de Valério Mazzuoli)[165].

O Supremo Tribunal Federal, em um primeiro momento, na sua jurisprudência histórica adotou a tese da primazia do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional. Essa situação ocorreu no caso União versus Cia. Radio Internacional no Brasil (1951), apelação 9587, no qual o tribunal decidiu unanimemente que o tratado revoga lei anterior.[166]

Em 1977, o STF muda seu posicionamento passando a entender pela paridade entre tratado e lei interna, conforme RE 80.004/SE de 01.06.1977. Nesse acórdão, a maioria dos Ministros reconheceram o conflito entre o tratado e a lei nacional, garantindo a prevalência da lei nacional em razão desta ser posterior ao tratado, assim, a partir desse entendimento, tem-se a ideia de que tratado posterior derroga a lei anterior e a lei posterior derroga tratado anterior.[167] Nessa ocasião, importante mencionar a decisão do Min. Leitão de Abreu, que sustenta lei posterior não revoga o tratado, mas simplesmente afasta sua incidência, dessa forma, quando a lei for revogada, as regras do tratado voltarão a ser aplicadas. Nesse julgado, claramente é observado o entendimento do STF de que tratado internacional, seja ele de direitos humanos ou

---

[165] GOMES, Luiz Flávio. *Controle de convencionalidade:* Valerio Mazzuoli "versus" STF. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 23 jun. 2009.

[166] CAMPOS, 2010, p. 119, nota 220. Apelação 7872 e extradição 07 deu prevalência ao tratados internacionais sobre o ordenamento interno.

[167] VELLOSO, 2004, p. 37.

tratado internacional geral, tem hierarquia de lei ordinária.

A partir dessa posição, a doutrina internacionalista e protetora dos direitos humanos começa a manifestar-se, no entanto, foi com a CF de 1988 e o seu art.5º, §2º que essa discussão acentuou-se, conforme já foi analisado anteriormente.

No ano de 2003, o Ministro do STF Sepúlveda Pertence, em voto vencido dado em RHC 79.785 dá início a uma modificação do entendimento, compreendendo que os tratados internacionais de direitos humanos não podem ser iguais a lei, pois tratam de assuntos superiores à lei, no entanto, não podem ser considerados constitucionais, pois não poderiam os tratados alterar a constituição. Assim, conclui pela existência de uma natureza híbrida, entre lei e constituição, que seria de supralegalidade, no qual existe o preenchimento do requisito material e o não preenchimento do requisito formal. Assim, o ministro inaugura a tese da supralegalidade.

No ano de 2008, então, o STF, em decisão histórica dada no RE 466.343, [168] modificou seu entendimento sobre o tema, passando a dar hierarquia de norma supralegal (incorporando o entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence) aos tratados de direitos humanos não incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro com o quórum especial do §3º do art. 5º CF. Dessa forma, o STF dispõe existir uma posição superior as normas infraconstitucionais e as normas constitucionais, a posição de supralegalidade, onde habitam os tratados de direitos humanos não equivalentes à ECs (alteração à pirâmide de Kelsen).

Essa decisão foi dada em questão que tratava do Pacto de San José da Costa Rica e a prisão civil por dívida. A CF de 1988 prevê duas possibilidades de prisão civil por dívida: do depositário infiel e do devedor de alimentos. O Pacto foi ratificado pelo Brasil em 1992, antes da EC 45/04, ou seja, não tendo o requisito formal de aprovação que poderia lhe dar

[168] GOMES, 2009.

status formal de norma constitucional e, este Pacto apenas previa a possibilidade de prisão civil em razão de dívida de alimentos, assim, poderia haver a prisão civil em razão de depositário infiel também no Brasil, já que prevista na CF de 1988? Observa-se que, nessa decisão, sustentou-se que os tratados internacionais de direitos humanos possuem *status* de norma supralegal, dessa forma, em razão da regra de prisão civil de depositaria infiel estar na CF expressamente previsto, seria possível tal prisão, no entanto, o STF entendeu que a possibilidade de prisão civil de depositário infiel é norma de eficácia limitada, que depende de lei, que regulamente, no entanto, em razão da supralegalidade, esta lei regulamentadora seria inconvencional, não podendo ser aplicada, assim, a norma constitucional ficaria esvaziada em razão do efeito paralisante.

Importante mencionar que nesse RE, o STF contava com o posicionamento de dois blocos de ministros. De um lado, sob a liderança do Ministro Gilmar Mendes, posição vencedora, sustentava a supralegalidade dos tratados de direitos humanos não equivalentes à ECs; de outro, sob a liderança do Ministro Celso de Mello, vencido, entendia-se pelo *status* constitucional desses tratados, independentemente do quórum de aprovação. Deve-se sublinhar que tal decisão no STF foi dada por 5 x 4, ou seja, uma decisão bastante "apertada" [169], possível de modificação a qualquer momento.

A partir desse julgamento, pode-se observar que o STF é composto por duas correntes bem definidas em relação aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil sem quórum do §3º do art. 5º CF: uma que defende a hierarquia supralegal e outra que defende a hierarquia constitucional (material).

Luiz Flávio Gomes, em artigo, acaba por comentar a posição de Valério Mazzuoli, buscando adequá-la e complementa-la à luz do "novo" entendimento do STF. Assim,

[169] GOMES, 2009.

sustenta LFG que, observando posicionamento do STF, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e vigentes no Brasil, mas não aprovados com quórum qualificado, possuem nível apenas supralegal (posição vencedora – RE 466.343) e não materialmente constitucional conforme sustenta Valério Mazzuoli (posição vencida – RE 466.343). [170]

Em razão dos tratados internacionais de direitos humanos não contarem com *status* constitucional, sem o preenchimento do requisito formal do art. 5º, §3º da CF, eles servem de paradigma apenas para o controle difuso de convencionalidade (ou supralegalidade), não havendo distinção, para LFG, entre controle difuso de convencionalidade e supralegalidade. Diferentemente do compreendido por Valério Mazzuoli, que entende os tratados internacionais de direitos humanos sem o quórum do §3º do art. 5º são passíveis de controle de convencionalidade e os tratados internacionais gerais são passíveis de controle de supralegalidade. [171]

Para Luiz Flavio Gomes o controle difuso de convencionalidade dos tratados internacionais com *status* supralegal deve ser seguido em preliminar em cada caso concreto, podendo o controle difuso ser invocado perante qualquer juízo ou tribuna.[172]

Os tratados aprovados com maioria qualificada do art.5 §3º CF, passando a ter *status* constitucional, servindo de paradigma para controle de convencionalidade concentrado perante o STF ou difuso, somente quando preencherem o requisito formal[173], segundo posição de Luiz Flávio Gomes. Valério Mazzuoli, em contrapartida sustenta que todos os tratados internacionais de direitos humanos podem servir de parâmetro para controle difuso de convencionalidade,

---

[170] Ibid.
[171] GOMES, 2009.
[172] Ibid.
[173] Ibid.

independentemente do quórum de aprovação desses tratados, ou seja, todos os tratados internacionais de direitos humanos podem ser parâmetro para o controle difuso de convencionalidade.

Luiz Flávio Gomes sustenta que o controle de convencionalidade concentrado tem o mesmo significado do controle de constitucionalidade concentrado, pois os tratados internacionais com aprovação qualificada equivalem à EC[174], só esses podem ser objeto de controle de convencionalidade. Para Valério Mazzuoli, todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, assim, todos eles podem servir de parâmetro.[175]

Assim o controle de convencionalidade concentrado, para Luiz Flávio Gomes só é cabível quando observado o quórum do art.5º, §3º, sendo possível o controle pelas ações constitucionais objetivas: ADI, ADC, ADPF e ADO.[176]

Por fim, enquanto para Luiz Flávio Gomes é possível citar quatro formas de controle: controle de legalidade; controle difus de convencionalidade (equivalente a controle de supralegalidade), e controle de constitucionalidade; para Valério Mazzuoli é possível cinco formas de controle: controle de legalidade; controle de supralegalidade, controle difuso de convencionalidade e controle concentrado de convencionalidade e controle de constitucionalidade.

Para Luiz Flávio Gomes, o controle de convencionalidade no Brasil, em crítica à posição de Valério Mazzuoli e à luz da posição de supralegalidade das normas de direitos humanos incorporadas ao direito brasileiro sem o quórum de EC, só seria possível na forma difusa (que considera igual ao controle de supralegalidade) principalmente a partir do entendimento do STF sobre a supralegalidade

---

[174] Ibid.
[175] Ibid.
[176] Ibid.

(mesmo migrando para *status* constitucional a partir de novo entendimento possível do STF), tendo-se em vista que quando o Tratado internacional de direitos humanos ingressa ao ordenamento jurídico brasileiro com *status* de norma formalmente constitucional, passa a integrar o bloco de constitucionalidade, assim sendo, objeto de controle de constitucionalidade. [177]

Dessa maneira, a modificação da jurisprudência do STF para dar força de norma constitucional aos tratados de direitos humanos aprovados com quórum simples poderá acontecer em um futuro próximo. Essa possibilidade de mudança deve ser presenciada tão logo, dependendo da manifestação dos ministros Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Dias Toffolli, além de Rosa Weber, que passou a compor a corte em 2011. Se efetivamente o STF entender que os tratados internacionais de direitos humanos são possuidores de *status* constitucional material desde sua implementação, presenciar-se-á uma maior e melhor proteção dos direitos humanos.

Segundo Ruan Carlos Hitters, os juízes e tribunais domésticos estão sujeitos ao império da lei e obrigados a aplicá-la, mas quando um Estado ratifica um tratado como o Pacto de San José e outros tratados de proteção aos direitos humanos, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos à eles, o que os obriga a velar para que seus efeitos não sejam prejudicados pela aplicação de normas jurídicas contrarias ao seu objeto e seu fim.[178]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle de convencionalidade vem tomando força no direito nacional dos Estados. Esse mecanismo, assim, deve ser observado pelos corpos judiciais domésticos, que devem fazer

[177] CAMPOS. 2010, p. 139.
[178] HITTERS, 2009, p. 123.

uma comparação entre o direito nacional e o supranacional (direito dos direitos humanos), com a finalidade da máxima efetividade dos tratados de direitos humanos.

A partir da presente pesquisa, conclui-se que a dicotomia entre direito interno e direito internacional, vivenciada desde o surgimento do direito internacional, ainda é bastante presente. No entanto, observando-se os avanços decorrentes do espaço conquistado pelo direito internacional no ordenamento jurídico, observa-se um dialogo mais constante entre essas duas esferas. O controle de convencionalidade, instituto relativamente novo, é uma das formas encontradas, inicialmente pelos tribunais internacionais (CIDH, CEDH, TJUE) e hoje pelos tribunais internos para visualizar essa aproximação que se mostra extremamente necessária. Assim, o Brasil também deve se favorecer dessa possível conversação entre as fontes internas e internacionais.

No Brasil, este mecanismo passa a ganhar expressividade e notoriedade a partir da tese de Valério Mazzuoli e da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso da Guerrilha do Araguaia, na qual a Corte Interamericana condena o Estado brasileiro em razão de decisão do Supremo Tribunal Federal desse país ter considerada válida a lei de anistia referente ao período militar.

A questão da lei Maria da Penha também foi debatida no Brasil, alguns sustentavam sua inconstitucionalidade outros sua constitucionalidade e, ainda, tiveram os já conhecedores do tema, que defenderam sua convencionalidade ou sua inconvencionalidade. O certo é que, independentemente da posição, esta lei também deveria, como foi, objeto dessa dupla compatibilidade: a luz da Constituição e dos tratados internacionais de direitos humanos.

REFERENCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. [s.l.]: [s.n.], 1978.

ALBANESE, Suzana (Coord.). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição e tratados internacionais: Alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CANÇADO TRINDADE, Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves. (Coord.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda turma. RE 172720. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 06 fev. 1996. *DJ* 21 fev. 1997 PP-02831 EMENT VOL-01858-04 PP-00727 RTJ VOL-00162-03 PP-01093.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMPOS, Thiago Yukio Guenka. *Controle de Convencionalidade como mecanismo de interação entre ordem interna e ordem internacional:* por um diálogo cooperativo entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o tribunal constitucional brasileiro. Monografia (Conclusão de Curso) – Universidade do Vale do Itajaí, São José, 2010.

CANÇADO TRINDADE. Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil.* 2. ed. Brasília: UnB, 2000.

CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado.* 5. ed.

Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CONVENÇÃO de Viena sobre direito dos tratados de 1969. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/Conv_Viena/Convencao_Viena_Dt_Tratados-1969-PT.htm>. Acesso em: 21 maio 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Boyce e outros. vs. Barbados:* exceção preliminar, fundo, reparações e custas. Sentença de 20 nov. 2007; Série C Nº 169. Disponível em: <http://www.censuraindirecta.org.ar/advf/.../48a5d8fb4c41d1.80766011.pdf>. *Acesso em: 14 maio 2012.*

_____. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México:* excepción preliminar. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de: 26 nov. 2010. Serie C No. 220

_____. *Caso Gomes Lund e Outros versus Brasil*. Sentença de 24 nov. 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/>. Acesso em: 10 maio 2012.

_____. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 nov. 2003. Serie C No. 101.

_____. *Caso Radilla Pacheco Vs. México:* excepciones preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 nov. 2009. Serie C No. 209.

_____. *Caso Tibi Vs. Ecuador:* excepciones preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 sept. 2004. Serie C No. 114,

_____. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú:* excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 nov. 2006. Serie C No. 158.

_____. *Casos contenciosos.* Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>. Acesso em: 16 maio 2012.

FARIA, Ana Maria Jará Botton. Os Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos e a sua incorporação como norma constitucional antes e depois da Emenda Constitucional n. 45/04. In: MENEZES, Wagner. *Estudos de direito internacional.* Curitiba: Juruá, 2006. v. 6.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *O § 3º do Art. 5º da Constituição Federal:* Um retrocesso para a proteção internacional dos Direitos Humanos no Brasil. 2005. Disponível em: <http://www.ibdh.org.br>. Acesso em: 03 jul. 2009.

GOMES, Luiz Flávio. *Controle de convencionalidade:* Valerio Mazzuoli "versus" STF. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 23 jun. 2009.

HITTERS, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación: criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios Constitucionales,* v. 7, n. 2, 2009.

_____. *Legitimación democrática del poder Judicial y control de convencionalidad*. Disponível em: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v7n2/art05.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2012.

JAYME, Erik. Entrevista com o Prof. Erik Jayme. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFGRS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 63-67, mar. 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito:* introdução à problemática científica do direito. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público.* São Paulo: Revista dos Tribunais,

2007.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar: 1979.

MENDES, Gilmar. Controle de constitucionalidade. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos:* direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 2008.

SAGUÉS, Nestor Pedro. *El control de convencionalidad em el sistema interamericano, y sus anticipos em el ámbito de los derechos económico-sociales:* concordâncias e diferencias com el sistema europeo. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx>. Acesso em: 28 abr. 2012.

TIBURCIO, Carmen. Fontes de direito internacional: os tratados e os conflitos normativos. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CANÇADO TRINDADE, Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Coord.). *Perspectivas do direito internacional contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. [s.l]: [s.n.], 1974.

VELLOSO, Carlos Maria da Silva. Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 41, n. 162, abr./jun. 2004.