

# **O CONTROLE INTERNO DE CONVENCIONALIDADE E A TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL**

## **INTERNAL CONTROL OF CONVENCIONALITY AND THE HUMAN RIGHTS PROTECTION IN BRAZIL**

Carolina Barros de Castro e Souza<sup>1</sup>

Priscilla Maria de Holanda Cavalcante<sup>2</sup>

### **RESUMO**

Este trabalho aborda o controle de convencionalidade, que diz respeito à compatibilização normativa doméstica aos tratados internacionais que versam sobre matéria de direitos humanos, fazendo um comparativo com os conceitos de controle de constitucionalidade e de legalidade. Houve, ainda, o interesse em abarcar a postura brasileira dentro desta perspectiva, analisando o sistema regional de proteção de direitos humanos no qual o Brasil se insere, bem como legislação doméstica e jurisprudência das Cortes nacionais, perpassando pelo problema da hierarquia que tais diplomas possuem no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, analisa-se a evolução do Supremo Tribunal Federal perante as tensões referentes à forma pela qual os tratados internacionais incorporam o sistema jurídico do país, questionando se a mudança do entendimento da Suprema Corte dirime ou colabora para a manutenção do conflito de aplicabilidade de normas, oriundo da recepção dos referidos instrumentos normativos. Deste modo, pretende-se disseminar o conceito do controle de convencionalidade, especialmente dentro da comunidade acadêmica, no intuito de promover a discussão de um tema dotado de potencialidade para produzir efeitos concretos na realidade fático-jurídica brasileira.

**PALAVRAS-CHAVE:** Controle de convencionalidade; Tratados internacionais de direitos humanos; Posicionamento das Cortes nacionais; Sistema interamericano de proteção aos direitos humanos

### **ABSTRACT**

This present paper approaches the control of conventionality, in which concerns the domestic legislation compatibility to the international treaties that deal with human rights matters, comparing it to the concepts of constitutionality control and legality. There was, also, the interest in reaching the Brazilian position inside this perspective, by analyzing the interamerican protection system to the human rights, in which Brazil is part of, as well as domestic law and national Court's precedents, going through the hierarchical problem that such acts have in the Brazilian legal structure. For this, it is analyzed the evolution of Brazilian's Supreme Federal Court towards issues that involve the way how international

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL), carolinabarros@ufal.br

<sup>2</sup> Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL), priscillaholandac@ufal.br

conventions are incorporated by our legal system, questioning if the mutation of Supremes Courts' judgment settles or cooperates for the maintenance of the rules applicability conflict, arising from the international treaties reception. Thus, it is intended to disseminate the concept of control of conventionality, especially inside of academic community, in order to promote the discussion of a theme provided with potentiality to produce concrete effects on the Brazilian reality.

**KEYWORDS:** Conventionality control; International human rights conventions; Understanding of the national Courts; Interamerican system of human rights protection

## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem o objetivo de investigar um tema sobressalente por sua contemporaneidade e alcance, uma vez que mantém relação com o sistema de proteção dos direitos do homem, em seus planos nacional e internacional. Ainda em vias preliminares, cabe registrar que não se pretende esgotar o tema ora abordado mediante uma análise detalhada do controle de convencionalidade, mas expor uma síntese panorâmica à luz de seus princípios inseridos no contexto do direito internacional dos direitos humanos, abordando os elementos que o caracterizam na jurisprudência brasileira (RAMIREZ, 2011, p. 124-125). Para tanto, confronta-se o direito interno e sua aplicação, mensurando os benefícios provenientes do alinhamento do entendimento jurisdicional interno aos tratados recepcionados pelo país, perpassando pelo expositivo de conceitos essenciais, tais como o controle de constitucionalidade e legalidade. O trabalho abrange, ainda, o problema do posicionamento hierárquico dos referidos diplomas internacionais, uma vez que o controle de convencionalidade refere-se à compatibilização de instrumentos normativos.

Através de uma análise crítica, sublinha-se a importância de um controle de convencionalidade efetivo, que traga corolários sociais significativos, resultantes da real observância do dispositivo doméstico aos mandamentos internacionais. Neste sentido, Néstor Sagües (apud RAMIREZ, 2011, p.127) destaca a importância deste mecanismo, sustentando que:

La doctrina del 'control de convencionalidad', bien instrumentada, puede ser una herramienta provechosa para asegurar la primacía del orden jurídico internacional de los derechos humanos, y edificar un *ius commune* en tal materia, en el área interamericana.

Por fim, assinalamos a Convenção Americana, tida como o “instrumento de maior importância no sistema interamericano<sup>3</sup>” (PIOVESAN, 2008, p. 243) de proteção dos direitos humanos, dado que este é sistema regional que se aplica ao caso brasileiro. Desse modo, pretende-se fazer uma breve análise acerca das disposições da Convenção que foram determinantes para a adaptação do sistema jurídico brasileiro aos preceitos previstos em tratados de direitos humanos internalizados pelo Brasil, contribuindo, assim, para o controle de convencionalidade interno.

## **2 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE INTERNO E SUAS CARACTERÍSTICAS**

O controle de convencionalidade é um mecanismo de caráter judicial, que, em seu âmbito interno, é exercido pelos Tribunais Superiores Nacionais, tomando por base posições doutrinárias e precedentes judiciais, na perspectiva da efetivação do conteúdo presente nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. É um processo lógico de comparação entre normas nacionais e internacionais (RAMIREZ, 2011, p. 126). O seu maior objetivo é adaptar a legislação doméstica aos ditames dos tratados de direitos humanos, aos quais o Estado se sujeitou. Logo, o controle de convencionalidade das leis consiste no ato de compatibilizar a produção e a aplicação normativa doméstica com os tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário (MAZZOULI, 2009, p. 237).

Este tipo de controle subdivide-se em controle de convencionalidade externo e interno. Em sua primeira modalidade, é exercido por órgãos supranacionais – como, por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que integram o aparato de monitoramento e implementação dos direitos protegidos pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos (PIOVESAN, 2008, p. 246) -, que confrontam materialmente o direito interno e as disposições internacionais, objetivando avaliar a compatibilidade entre eles (RAMIREZ, 2011, p. 126).

Por outro lado, o controle interno de convencionalidade, objeto deste trabalho, é realizado por determinados órgãos jurisdicionais nacionais incumbidos de apreciar a

---

<sup>3</sup> “Note-se que o sistema interamericano consiste em dois regimes: um baseado na Convenção Americana e o outro baseado na Carta de Organização dos Estados Americanos” (PIOVESAN, 2008, p. 243). Por ora, limitaremos nosso estudo ao regime de proteção de direitos humanos estabelecido pela Convenção Americana.

consonância entre leis internas e o conteúdo dos tratados internacionais de direitos humanos. É uma verdadeira conferência, uma verificação da (des)conformidade existente entre atos internos – leis, regulamentos etc. – e as disposições convencionais de direitos humanos. Esta comparação produzirá efeitos jurídicos que poderão atingir a relação de pertinência que a norma tem com o sistema, e, ao afetar sua validade<sup>4</sup>, retirá-la-á ou mantê-la-á no ordenamento jurídico.

De esa verificación, que obviamente implica un ejercicio de interpretación, provendrán determinadas consecuencias jurídicas: sustancialmente, **la convalidación o la invalidación [...] del acto jurídico doméstico inconsecuente con el ordenamiento internacional** (RAMIREZ, 2011, p. 126, grifo nosso).

### **3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS**

Para a plena compreensão do controle de convencionalidade interno, faz-se necessário o esclarecimento deste “novo tipo de controle à produção normativa doméstica” (MAZZOULI, 2009, p. 236). É que, com a Emenda Constitucional 45/2004, responsável por acrescentar o §3º ao art. 5º da Constituição Federal de 1988, surgiu a possibilidade dos tratados internacionais de direitos humanos equipararem-se ao Texto Magno, desde que aprovados com quórum qualificado, ratificados e em vigor no âmbito internacional (MAZZOULI, 2009, p. 236). Desse modo, além de possuir o caráter materialmente constitucional (que já lhe era pertinente devido ao §2º do art. 5º da CF/88), passam a carregar a qualidade de tratados “equivalentes às emendas constitucionais” (MAZZOULI, 2005, p. 89-109 apud MAZZOULI, 2009, p. 236).

Surge, então, o controle de convencionalidade das leis, para além do clássico controle de constitucionalidade, com a finalidade de compatibilizar as normas internas com os tratados e convenções de direitos humanos dos quais o Estado é signatário e que nele estão em vigor (MAZZOULI, 2009, p. 236-237). Segundo Gilmar Mendes (2005, p. 239 apud MAZZOULI, 2009, p. 237):

---

<sup>4</sup> A validade a qual se refere “se localiza na competência normativa do autor, competência esta conferida por outra norma e assim por diante. [...] Cada norma vale não porque seja justa, ou porque seja eficaz a vontade que a institui, mas porque está ligada a normas superiores por laços de validade [...]” (FERRAZ JUNIOR, 1981, p. 13).

Em outras palavras, se os tratados de direitos humanos têm ‘*status* de norma constitucional’, nos termos do art. 5º, §2º da Constituição, ou se são ‘equivalentes às normas constitucionais’, posto que aprovados pela maioria qualificada prevista no art. 5º, §3º da mesma Carta, significa que podem eles ser paradigma de controle das normas infraconstitucionais no Brasil.

Significa dizer, doravante, que, para ser considerada válida, não basta que a norma infraconstitucional ultrapasse o controle de constitucionalidade<sup>5</sup>, encontrando-se formal e materialmente em consonância com o texto constitucional, pois passa a ser exigido, concomitantemente, que esta regra esteja adequada aos mandamentos dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo governo (MAZZOULI, 2009, p. 244). Deste modo,

Apenas havendo compatibilidade vertical material com ambas as normas – a Constituição e os tratados – é que a norma infraconstitucional em questão será vigente e válida (e, conseqüentemente, eficaz). Caso contrário, não passando a lei pelo exame da compatibilidade vertical material com os tratados [...], a mesma não terá qualquer validade (e eficácia) no plano do direito interno brasileiro, devendo ser rechaçada pelo juiz no caso concreto (MAZZOULI, 2009, p. 244).

Não é que a aprovação dos tratados de direitos humanos segundo procedimento especial de Emenda à Constituição seja condição essencial ao controle de convencionalidade. Até porque, em seu já mencionado §2º, art. 5º, a Constituição inseriu “entre os direitos constitucionalmente protegidos os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário” (PIOVESAN, 2008, p. 52).

Analisemos o texto constitucional:

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** (PIOVESAN, 2008, p. 52, grifo nosso).

Ora, uma vez incluindo direitos e garantias previstos nos tratados internacionais em seu rol de direitos constitucionalmente protegidos, a Carta Magna os absorve, como se lhe

---

<sup>5</sup> “Los órganos jurisdiccionales locales – y los Tribunales Constitucionales que en determinados países no dependen del Poder Jurisdiccional – ejercitan el llamado *control de constitucionalidad* que importa una comparación, entre su Carta Magna y las normas que por su rango están por debajo de ella, debiendo darle prioridad a la primera. Podemos hablar entonces de un contralor *concentrado*, típico de algunas Constituciones Europeas, a partir de la Austriaca de 1946, donde la revisión es hecha exclusivamente por un único cuerpo diseñado para tales fines: o en su caso – como es por demás sabido – del control *difuso* que debe ser llevado a cabo, como en Estados Unidos y en Argentina, por todos y cada uno de los magistrados judiciales” (HITTERS, 2009, p. 110). Sobre o tema controle de constitucionalidade, ver “Curso de Direito Constitucional”, de Dirley da Cunha Jr.

fossem próprios. Isto é, a Constituição de 1988 **incorpora-os**, garantindo-lhes, deste modo, a condição de norma constitucional (PIOVESAN, 2008, p. 52). Por isso, “os mesmos ostentam o *status* de norma constitucional, independentemente do seu eventual quórum qualificado de aprovação” (MAZZOULI, 2009, p.246).

Assim sendo, podemos concluir que o controle de convencionalidade atua como o controle de constitucionalidade, não apenas pela semelhança entre suas finalidades – a adequação de normas infraconstitucionais aos preceitos de regras hierarquicamente superiores – mas também porque o controle de convencionalidade, a rigor, é controle de constitucionalidade, de acordo com a atual conjuntura do sistema jurídico nacional. É que a diferença entre tais controles consiste em seus paradigmas: aquele tem como coordenadas direitos e garantias dispostos em tratados internacionais, enquanto este adequa o texto infraconstitucional à Constituição.

No entanto, como supracitado, o legislador constituinte optou por equiparar os tratados e convenções de direitos humanos à Carta de 1988, de modo que, muito embora não sejam texto constitucional, equivalem a este. Isto é: os tratados internacionais de direitos humanos **não são** Constituição, **mas têm valor de** Constituição. Com esta discriminação, na prática, a grande diferença é a de que “os tratados aprovados pela maioria qualificada do §3º, art. 5º da Constituição servirão de paradigma ao controle **concentrado**” (MAZZOULI, 2009, p. 266, grifo do autor) (reservado a uma cúpula – o Supremo Tribunal Federal), para além do difuso (reservado aos juízes durante a avaliação do caso concreto), enquanto que os tratados de direitos humanos não incorporados por tal procedimento qualificado servirão apenas como parâmetro para o controle **difuso** de constitucionalidade e convencionalidade (MAZZOULI, 2009, p. 266).

Portanto, parece-nos mais consistente a interpretação do texto constitucional defensora de que todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo governo possuem valor de Constituição, divergindo, assim, do entendimento atual do Supremo Tribunal Federal, vez que este entende que “os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico” (MENDES, 2008, p. 21), colocando-os numa posição de infraconstitucionalidade, muito embora sejam supralegais. É dizer: os tratados ratificados anteriormente à Emenda à Constituição 45/2004, que inseriu o parágrafo terceiro ao artigo quinto à Carta de 1988, estão abaixo da Constituição, mas acima das leis.

#### **4 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E CONTROLE DE LEGALIDADE**

Uma vez superado o conceito de controle de convencionalidade como um mecanismo de conformidade entre as determinações dos tratados internacionais de direitos humanos e os instrumentos normativos infraconstitucionais, cabe inserir, neste contexto, os tratados internacionais “comuns”, isto é, aqueles que não tratam de matéria de direitos humanos (MAZZOULI, 2009, p. 237).

Diferentemente dos tratados de direitos humanos, não lhes foi conferido lugar privilegiado no ordenamento jurídico brasileiro. Sobre esse assunto, explica Cançado Trindade (1999, p. 46-47 apud MENDES, 2008, p. 21):

Com efeito, não é razoável dar aos tratados de proteção de direitos do ser humano (a começar pelo direito fundamental à vida) o mesmo tratamento dispensado, por exemplo, a um acordo comercial de exportação de laranjas ou sapatos, ou a um acordo de isenção de vistos para turistas estrangeiros. À hierarquia de valores, deve corresponder uma hierarquia de normas, nos planos tanto nacional quanto internacional, a ser interpretadas e aplicadas mediante critérios apropriados. Os tratados de direitos humanos têm um caráter especial, e devem ser tidos como tais.

Por essa razão, aos tratados comuns foi atribuída a tese da supralegalidade (PIOVESAN, 2008, p. 60), imputando-lhes *status* hierárquico superior àquele conferido às leis ordinárias (MAZZOULI, 2009, p. 237). Situam-se, segundo Mazzouli (2009, p. 246):

Num nível hierárquico **intermediário**, estando abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser revogados por lei posterior (posto que não se encontrarem em situação de paridade normativa com as demais leis nacionais) (grifo do autor).

Por conseguinte, deduz-se que os instrumentos tradicionais podem ser, tão-somente, paradigma para controle de legalidade das regras infraconstitucionais, por estarem acima destas (MAZZOULI, 2009, p. 237). Servirão, portanto, para o mecanismo de regulação material e formal da produção legislativa ordinária com os tratados comuns, os quais não versam sobre direitos humanos, que deve ser exercido pelos representantes do Poder Judiciário interno.

Neste sentido, sustenta Valério Mazzouli que:

O respeito à **Constituição** faz-se por meio do que se chama de **controle de constitucionalidade** das leis; o respeito aos **tratados** que sejam de **direitos humanos** faz-se pelo até agora pouco conhecido (pelo menos no Brasil) **controle de convencionalidade** das leis; e o respeito aos **tratados** que sejam **comuns** faz-se por meio do controle **de legalidade** das leis [...] (MAZZOULI, 2009, p. 249, grifo do autor).

Contudo, cabe registro de que esse não é o entendimento prevalecente no Supremo Tribunal Federal. À luz do art. 102, inc. III, *b*, da Constituição de 88, acolheu-se a concepção de que os tratados internacionais comuns têm valor de lei ordinária; conseqüentemente, ambos apresentam a mesma hierarquia. Destarte, importa dizer que, num possível conflito de normas, resolve-se o caso concreto com a aplicação do princípio “lei posterior revoga lei anterior que seja com ela incompatível”. Explica Flávia Piovesan (2008, p. 60):

A hierarquia infraconstitucional dos demais tratados internacionais é extraída do art. 102, III, *b*, da Constituição Federal de 1988, que confere ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar, mediante recurso extraordinário, ‘as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal’.

Assim sendo, desde 1977, em julgamento de Recurso Extraordinário, o STF fundamenta seu raciocínio neste dispositivo, equiparando convenção internacional à lei federal. É o entendimento do Ministro Francisco Rezek (apud PIOVESAN, 2006, p. 61):

De setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se, no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do RE 80.004, em que ficou assentada, por maioria, a tese de que, ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano deve ter sua prevalência garantida pela Justiça [...]. Admitiram as vozes majoritárias que, faltante na Constituição do Brasil garantia e privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, era inevitável que a Justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária sua estatura no ordenamento jurídico.

Nota-se que não há questionamento a respeito da prevalência dos tratados sobre leis internas anteriores à sua promulgação, sendo até dispensável algum possível benefício hierárquico a ele conferido. Isso porque “sua simples introdução no complexo normativo estatal faria operar, em favor dele, a regra *lex posteriori derogat priori*” (REZEK, 2011, p. 128). Por conseguinte, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal refuta a possibilidade de um controle de legalidade exercido pelo parâmetro dos tratados comuns, salvo se estes forem posteriores às leis ordinárias.

## **5 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**



Com o término da Segunda Guerra Mundial, em 1945, os países, em geral (tanto aqueles participantes do conflito, quanto os demais, que apenas o acompanharam), decidiram por dar origem a um organismo internacional inédito, capaz de “promover a paz, a manutenção dos direitos fundamentais do homem, e permitir o desenvolvimento dos povos [...]” (ROSA, 2006, p. 357). O desenrolar desse propósito culminou com a criação da Organização das Nações Unidas, a ONU, “que passou a ser o órgão representativo das esperanças de um mundo melhor com base no respeito aos povos e à soberania dos países” (ROSA, 2006, p. 357). Nasce, então, o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, marcado pela aprovação de um de seus mais importantes documentos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (ROSA, 2006, p. 357).

Paralelamente, surgem os sistemas regionais de proteção, aspirando à internacionalização dos direitos humanos no plano regional, especialmente nos continentes europeu, americano e africano (PIOVESAN, 1997, p. 217). Sobre esse tema, explica Paulo Tadeu Rodrigues Rosa (2006, p. 357-358), citando Flávia Piovesan (1997, p. 218):

A busca da efetiva proteção do cidadão contra possíveis ações arbitrárias do Estado, que possam violar os direitos conquistados com a Carta das Nações Unidas e outros pactos internacionais, fez com que os países criassem sistemas regionais de proteção. Deve-se observar que cada qual dos sistemas de proteção apresenta um aparato jurídico próprio, o que não impede a convivência do sistema global – integrado pelos instrumentos das Nações Unidas, como a Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e as demais Convenções Internacionais – com os instrumentos do sistema regional de proteção.

Destarte, os sistemas internacional e regional atuam conjunta e simultaneamente, em uma base funcional:

O conteúdo normativo de ambos os instrumentos internacionais, tanto global como regional, deve ser similar em princípios e valores, refletindo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que é proclamada como um código comum a ser alcançado por todos os povos e todas as Nações. **O instrumento global deve conter um parâmetro normativo mínimo, enquanto que o instrumento regional deve ir além, adicionando novos direitos, aperfeiçoando outros, levando em consideração as diferenças peculiares em uma mesma região ou entre uma região e outra.** (STEINER, 1994, apud PIOVESAN, 2006, p. 241, grifo nosso).

Dentre os sistemas regionais supramencionados, limitamos nossa análise ao sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, em atenção ao fato deste ser o sistema que integra o Brasil. Assim, foi realizado corte metodológico que se explica em sua praticidade,

tendo em vista o escopo da pesquisa em abordar o controle de convencionalidade interno, aplicado ao caso brasileiro.

A Convenção Americana, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica (porque assinada em San José, Costa Rica, em 1969), é o instrumento mais relevante na conjuntura do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos<sup>6</sup>. Entrou em vigor apenas em 1978, “quando o 11º instrumento de ratificação foi depositado” (MERON, 1997, p. 223, apud ROSA, 2006, p. 359), e a ela só podem ser adeptos os países que fazem parte da Organização dos Estados Americanos (PIOVESAN, 2008, p. 244). Em poucas palavras, a OEA é uma organização que reúne 35 países americanos independentes (o Brasil é um deles), buscando realizar suas metas através dos seguintes fundamentos: democracia, direitos humanos, segurança, desenvolvimento e o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana (OEA, 2010).

Ao garantir a todos os nacionais e estrangeiros (que vivem no território americano) os direitos à vida, à integridade pessoal, à liberdade pessoal, às garantias judiciais, ao desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais, entre inúmeros outros (OEA, 2010), o Pacto de San José da Costa Rica é considerado como uma “conquista do povo americano que [...] procura concretizar a democracia no continente, ainda marcado pelo desrespeito aos direitos mais essenciais do ser humano” (ROSA, 1995, p. 11 apud ROSA, 2006, p. 360).

No Brasil, o Congresso Nacional recepcionou o texto da Convenção Americana por meio do Decreto Legislativo 27 em 1992. No mesmo ano, o Executivo determinou o integral cumprimento da Convenção mediante o Decreto 678. Deste modo, o Pacto de San José da Costa Rica passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro, produzindo todos os efeitos legais e jurídicos, e devendo ser respeitado por todos aqueles que vivem no território brasileiro (ROSA, 2006, p. 368).

Por força do §2º do artigo 5º da Constituição de 1988 - que preceitua que os direitos e garantias expressos no texto constitucional **não excluem outros direitos**, podendo estes ser decorrentes do regime e dos princípios pela Carta adotados ou, ainda, oriundos dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte -, a Convenção Americana passa a incorporar a Constituição Federal.

---

<sup>6</sup> Apesar de ser o documento de maior importância no sistema interamericano, este é também regido por outro instrumento, a Carta da Organização dos Estados Americanos (PIOVESAN, 1997, p. 223 apud ROSA, 2006, p. 359). O sistema interamericano, portanto, é sistema regional de proteção aos direitos humanos, composto por dois órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), responsáveis por monitorar o cumprimento das obrigações contraídas pelos Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) (OEA, 2010).

Não obstante, “é preciso avançar mais para que a Carta tenha aplicação não apenas limitada, mas também alcance o objetivo para o qual foi criada, evitando a violação dos direitos humanos em decorrência [...] do desrespeito à lei” (ROSA, 2006, p. 368). Isso ocorre porque a Convenção Americana não expõe especificamente os direitos quais protege, ao contrário; determina apenas que os Estados “alcancem, progressivamente, a plena realização destes direitos, mediante a adoção de medidas legislativas e outras que se mostrem apropriadas” (PIOVESAN, 2008, p. 245).

Desse modo, o Estado membro tem o dever de respeitar e assegurar a plenitude de efetivação dos direitos e liberdades catalogados no Pacto de San José da Costa Rica, cabendo a ele, outrossim, “adotar todas as medidas legislativas e de outra natureza que sejam necessárias para conferir efetividade aos direitos e liberdades enunciados” (PIOVESAN, 2008, p. 245). Essas obrigações contraídas pelo Estado são positivas e negativas, como explica Thomas Buergenthal (1984, p. 442, apud PIOVESAN, 2008, p. 245-246):

Os Estados-partes na Convenção Americana têm a obrigação não apenas de ‘respeitar’ esses direitos garantidos na Convenção, mas também de ‘assegurar’ o seu livre e pleno exercício. Um governo tem, conseqüentemente, obrigações positivas e negativas relativamente à Convenção Americana. De um lado, há a obrigação de não violar direitos individuais; por exemplo, há o dever de não torturar um indivíduo ou de não privá-lo de um julgamento justo. Mas a obrigação do Estado vai além desse dever negativo e pode requerer a adoção de medidas afirmativas necessárias e razoáveis, em determinadas circunstâncias, para assegurar o pleno exercício dos direitos garantidos na Convenção Americana.

Conseqüentemente, os Estados têm obrigações positivas e negativas, isto é, são obrigados a não violar os direitos convencionalmente protegidos e, ao mesmo tempo, devem adotar todas as medidas assecuratórias do pleno exercício destes direitos (BUERGENTAL, apud PIOVESAN, 2008, p. 246).

Como resultado, deduz-se que a ratificação de tratados internacionais de direitos humanos pelo Brasil não garante a tais direitos a sua efetividade, havendo a necessidade de serem implementadas medidas capazes de concretizá-los. Quer dizer: **não basta** que os direitos do homem estejam abstratamente previstos e disciplinados para que se tornem realidade (ROSA, 2006, p. 369). Por esse motivo, convém esclarecer o modo pelo qual o direito brasileiro atualmente recepciona e posiciona os diplomas internacionais de proteção aos direitos humanos, objetivando destacar a importância do controle de convencionalidade interno no cenário jurídico existente no país.

Para este fim, será abordado o texto constitucional do parágrafo terceiro do artigo quinto, bem como o já mencionado parágrafo segundo do mesmo artigo, além das teorias

doutrinárias que circundam este tema, em uma interpretação conjunta com a jurisprudência da cúpula do Supremo Tribunal Federal inserida no caso concreto da prisão civil do depositário infiel.

## **6 O PROBLEMA DA HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL**

No contexto contemporâneo, a descrição ou a teorização acerca de ordenamentos jurídicos perpassam por temas relevantes à reflexão da seguinte questão: em qual patamar encontram-se os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado em relação à norma constitucional?

Ocorre que nem sempre a norma contida no tratado firmado pelo Estado soberano está em harmonia com sua legislação interna; e, para se resolver o conflito de aplicabilidade de normas decorrente da incompatibilidade que vigora entre tratado e direito interno – isto é, o problema de se determinar qual norma deverá ser aplicada ao caso concreto, partindo do pressuposto de que são contraditórias e tratam do mesmo tema - é imprescindível se conhecer qual a posição hierárquica do tratado dentro do ordenamento jurídico nacional.

Existem diversas interpretações sobre o *status* normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, as quais podem ser sistematizadas em quatro correntes principais, que diferem quanto ao nível hierárquico atribuído aos referidos diplomas internacionais: a) a tese que reconhece o caráter de lei ordinária a estes diplomas internacionais; b) a vertente que lhes atribui natureza supralegal; c) o posicionamento que é pela constitucionalidade das convenções em matéria de direitos humanos; d) e, por fim, há aqueles que defendem a natureza supraconstitucional destes documentos (MENDES, 2008, p.3). Entretanto, cabe a cada Estado resolver, à sua maneira, o choque entre leis internas infraconstitucionais e tratados internacionais, pois cada ordenamento tem a liberdade de conceder *status* normativo diferente a eles. Logo, significa dizer que o conflito de aplicabilidade das normas será resolvido de forma diversa em cada Estado.

No cenário brasileiro, apesar de muitos doutrinadores entenderem que tal questão sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos ter sido exaurida após a Reforma do Poder Judiciário, veiculada através da Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual incluiu o §3º no artigo 5º da Constituição Federal, com o seguinte texto: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros,

serão equivalentes às emendas constitucionais”, entendemos que esta controvérsia não foi solucionada.

Isso porque é notório que há ainda muitas lacunas no pano de fundo prático da aplicação da norma, as quais não se limitam às discussões meramente acadêmicas, pois atingem os conceitos mais básicos e essenciais do Direito aplicado, como a validade, vigência e eficácia da norma, principalmente no que tange a situação dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente a EC 45/2004.

É neste panorama que se insere o controle de convencionalidade interno: faz-se mister compreender o modo pelo qual o Brasil recepciona os tratados de direitos humanos dos quais é signatário, a fim de posicioná-los na pirâmide hierárquica do ordenamento doméstico e então assinalar quais dispositivos normativos são passíveis de se compatibilizar às disposições das referidas convenções internacionais.

É por essa razão que consideramos importante analisar cada uma das correntes sobre o nível hierárquico dos tratados internacionais frente ao ordenamento jurídico brasileiro, e o fazemos através do estudo do caso da prisão civil do depositário infiel, que marcou a mudança do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que outrora reiteradamente atribuiu aos tratados internacionais de direitos humanos valor de lei ordinária (MENDES, 2008, p. 13).

## 6.1 O CASO DO DEPOSITÁRIO INFIEL À LUZ DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Entre os anos de 1975 a 1977, persistiu, no Supremo Tribunal, o julgamento do Recurso Extraordinário 80.004, no qual, por decisão majoritária, estabeleceu-se a tese de que diante de um conflito entre tratado e lei posterior, esta tem sua prevalência garantida (REZEK, 2011, p. 129). É neste momento que a jurisprudência do STF passa a preconizar a tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais (MENDES, 2008, p.11).

Ulteriormente, sob a égide da Constituição de 1988, em 22 de novembro de 1995, o Plenário do STF voltou a discutir a matéria no *habeas corpus* nº 72.131/RJ, agora com o foco voltado ao *status* normativo de tais diplomas internacionais aplicado ao caso da prisão civil do devedor como depositário infiel (MENDES, 2008, p. 13).

Passamos então à análise do conflito: os processos sobre a prisão civil por dívida do depositário infiel foram julgados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no final de 2008, apesar deles já tramitarem a pelo menos seis anos. Foram, no total, três processos julgados em

conjunto pela similaridade de temas. Houve dois recursos extraordinários, os quais constituíam processos contra clientes dos Bancos Itaú e Bradesco, cujo pedido era a prisão civil dos devedores que tinham, por contrato de alienação fiduciária, atrasado o pagamento das parcelas da dívida. O terceiro processo estava em discussão no Plenário do Supremo em razão de um *habeas corpus* em favor de Alberto de Ribamar Costa, que questionava uma decisão do Superior Tribunal de Justiça mantenedora de sua prisão civil.

Foi por força da ratificação da Convenção Americana em 1992 que sucedeu o debate acerca da possível revogação, pelo Pacto de San José da Costa Rica, da expressão “depositário infiel” do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição de 88<sup>7</sup>, assim como a revogação da legislação infraconstitucional que tenha fundamento direto ou indireto neste dispositivo constitucional. Isso ocorreu em função do artigo 7º, item 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que determina: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar” (MENDES, 2008, p. 2). Desse modo, de acordo com Luiz Alberto Pereira Ribeiro (2006, p. 278):

De um lado temos a Constituição Federal de 1988, que prevê a possibilidade da prisão civil por dívida nos casos de depositário infiel [...] e descumprimento de obrigação alimentar [...]. De outro lado, a Constituição Federal de 1988 determina, expressamente, a validade dos tratados internacionais<sup>8</sup>.

E continua: “A Convenção Americana dos Direitos Humanos devidamente ratificada [...] prevê, expressamente, a impossibilidade da decretação da prisão civil por dívidas, com exceção ao inadimplemento de obrigação alimentar” (RIBEIRO, 2006, p. 278).

Assim, na tentativa de resolver esta controvérsia (é de se notar que não está claro qual norma deve ser aplicada ao caso concreto, já que todas tratam do mesmo tema e são contraditórias) envolvendo lei, Constituição e tratado internacional de direitos humanos ratificado anteriormente à Emenda 45/2004, o Supremo Tribunal Federal julgou os supramencionados processos, não havendo como negar o fato de que a decretação da prisão civil do depositário infiel é ilícita<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Determina o inciso LXVII, do artigo 5º, que: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

<sup>8</sup> CF/88, art. 5º §2º.

<sup>9</sup> É nesse sentido que dita a súmula vinculante 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

O STF fundamentou sua decisão tomando parte pela tese que atribui a condição de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos, rejeitando a antiga concepção que colocava tais acordos internacionais em situação de paridade com a legislação ordinária. A interpretação atualmente adotada por esta cúpula, segundo o Min. Gilmar Mendes (2008, p. 21),

“pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de **supralegalidade**” (grifo do autor).

No entanto, o Supremo negou a possibilidade de revogação do texto constitucional, pois,

Diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a **previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel [...] não foi revogada pela ratificação [...] da Convenção Americana sobre Direitos Humanos [...]**, mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria [...]. Tendo em vista o **caráter supralegal** desses diplomas normativos internacionais, **a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada.** [...] Enfim, **desde a ratificação** pelo Brasil, no ano de 1992, [...] da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica [...], **não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.** (MENDES, 2008, p. 28-29, grifo do autor).

Conseqüentemente, a prisão civil do depositário infiel não mais se compatibilizaria com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, que não está mais voltado apenas para si mesmo, mas compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos (MENDES, 2008, p. 61).

É apropriado, destarte, o seguinte adendo. Deste modo se deu o controle de convencionalidade interno, no caso do depositário infiel: durante a resolução de uma lide, percebeu-se a incongruência das normas aplicáveis às disposições do tratado de direitos humanos, art. 7º, item 7 da Convenção Americana. O Supremo Tribunal Federal cuidou, portanto, de compatibilizá-los, aplicando o dispositivo internacional em detrimento das normas constitucional e ordinária.

Pois bem. É evidente que parte do conflito de aplicabilidade das normas foi solvido em dezembro de 2004 com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, implicando na adição do §3º ao artigo 5º da Constituição Federal, prevendo que todos os tratados internacionais de direitos humanos os quais seja o Brasil signatário, adquirem automaticamente *status* de emenda constitucional, desde que aprovados mediante procedimento especial. Deste modo, os tratados internacionais de direitos humanos passam a equiparar-se às emendas constitucionais. No entanto, persiste uma última dúvida, a qual se refere ao passado, “a algum eventual direito que um dia se tenha descrito em tratado de que o Brasil seja parte [...]. Qual o seu nível?”. Isto é: a referida Emenda atentou apenas aos “novos” documentos que a partir de 2004 passassem a integrar o ordenamento nacional, dando-lhes força constitucional. Qual seria, então, a hierarquia pertinente aos tratados que adentraram o sistema jurídico brasileiro antes deste ano, sem atravessar procedimento mais dificultoso de aprovação? (FERRAZ, 2014, p. 11).

Uma vez adeptos à força das disposições do §2º do art. 5º da CF/88, entendemos inadequado o entendimento do Supremo, pautado na ideia de supralegalidade das convenções de direitos humanos. Pensamos que o intuito do legislador, com tal dispositivo, foi a de garantir aplicabilidade direta aos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, mediante a consagração de seu caráter constitucional. Anna Candida da Cunha Ferraz (2014, p. 11) assegura que seria desnecessário, até, classificar o §3º do art. 5º como inovador; segundo ela, não haveria razão para conferir equivalência às normas constitucionais aos documentos de direitos humanos por meio da Emenda 45, porque já o eram equivalentes à Constituição, desde o §2º.

Porém, se analisarmos esse sistema que se diz rígido formal e materialmente, no contexto prático, como explicar o caso da prisão civil do depositário infiel? Isto é, como equiparar o Pacto de San José da Costa Rica à Constituição, se o texto constitucional se tornou letra morta ao mesmo tempo em que se aplica, a todos os casos concretos, o disposto na Convenção? Ou melhor: como conferir constitucionalidade a um dispositivo que transcende a própria Constituição, prevalecendo aquele quando posto em um caso concreto, tal qual o do depositário infiel?

É por essa razão que, apesar de reconhecer a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como benéfico e mais adequado à realidade brasileira atual, quando comparado ao posicionamento anterior desta cúpula, insistimos, com Flávia Piovesan e Antônio Cançado Trindade, que a mutação jurisprudencial permanece em dissonância com os



próprios ditames constitucionais. E, ainda, alinhamo-nos à teoria preconizada por Celso Albuquerque de Mello, que defende a natureza supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos; é, pois, impalatável que somente os tratados adotados após a edição da dita EC 45/2004 adquiram *status* constitucional, reservando aos anteriores, mero caráter infraconstitucional. Não é aceitável, ao mesmo tempo, defender que os tratados de direitos humanos têm valor constitucional, vez que, à luz do caso concreto assinalado, observamos que os acordos internacionais são prevalentes.

## 7 CONCLUSÃO

Uma vez sedimentado o legítimo interesse dos direitos humanos perante a comunidade internacional (PIOVESAN, 2008, p. 5), indaga-se: o posicionamento da legislação doméstica corrobora a tendência externa da supraconstitucionalidade ou constitucionalidade dos tratados, seja esta moderada ou radical? A evolução do julgamento do Supremo Tribunal Federal soluciona as tensões acerca da forma pela qual os tratados incorporam o ordenamento nacional, das quais derivam conflitos de normas? (FERRAZ, 2014, p. 10) E, doravante, a posição do legislador e do Judiciário é a mais adequada para produzir efeitos concretos na realidade social brasileira?

Pelo exposto, acreditamos que não. É nesta conjuntura que se defende a atuação do controle de convencionalidade, como avaliado no caso da prisão civil do depositário infiel, salutar para a garantia dos valores dos direitos humanos em face do arbítrio estatal, no sentido de remediar a deficiente proteção desses, bem como para que os indivíduos gozem plenamente dos direitos que legalmente lhes pertencem.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal (1988). Emenda Constitucional n. 45, de dezembro de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1. São Paulo. **Voto-vogal do Ministro Gilmar Mendes**. Relator Ministro Cezar Paluso.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante nº 25**. 16 de dezembro de 2009.

EUA. Sistema Interamericano de Direitos Humanos - OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Sistema de Petições e Casos**. Washington, D.C., 2010.

FERRAZ, A. C. C. Tensões entre a jurisdição constitucional e documentos internacionais de Direitos Humanos. **Estado de Direito**, Porto Alegre, 2014. Ed. 41, ano VIII, p. 10-11.

FERRAZ JUNIOR, T. F. Por que ler Kelsen, hoje. **Estado de São Paulo**, São Paulo, 01.11.1981.

HITTERS, J. Estudios Constitucionales. **Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)**. Chile, ano 7, n. 2, 2009.

CUNHA JUNIOR, D. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. Salvador: Editora Juspodium, 2013.

MAZZUOLI, V. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Direito e justiça** – reflexões sociológicas, Rio Grande do Sul, ano 9, n. 12, p. 237, mar. 2009.

PEREIRA RIBEIRO, L. A. A ilegalidade da prisão civil por dívida do depositário infiel na alienação fiduciária em garantia do em móvel face aos direitos humanos. **Direito Internacional dos Direitos Humanos: estudos em homenagem à professora Flávia Piovesan**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

RAMÍREZ, S. El control judicial interno de convencionalidad. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México**, México, ano 5, n. 28, p. 126, jul-dez 2011.

REZEK, F. **Direito internacional público: curso elementar**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RODRIGUES ROSA, P. T. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **Direito Internacional dos Direitos Humanos: estudos em homenagem à professora Flávia Piovesan**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

STEINER, H. **Regional promotion and protection of human rights: twenty-eight report of the Commission to Study the Organization of Peace, 1980**, in material do curso International Law and Human Rights, Harvard Law School, 1994.