



CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Eduardo Biacchi Gomes¹

Caroline Lais da Silva Stelmach²

Luiz Paulo Dammski³

Resumo

O controle de convencionalidade surge através dos tratados internacionais e a sua vigência interna, de forma a possibilitar que os tribunais constitucionais locais tenham a obrigação de interpretar corretamente os tratados de direitos humanos dentro dos ordenamentos jurídicos nacionais. Ganha maior relevância no sistema brasileiro com a Emenda Constitucional 45/2004, que autoriza que os Tratados e Convenções de Direitos Humanos sejam aprovados como emenda constitucional, desde que observados os critérios do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal. No Estado Democrático de Direito, depois do reconhecimento dos Direitos Humanos, a concretização desses Direitos e a aplicabilidade dos mesmos são primordiais para a manutenção da humanidade, sendo o controle de convencionalidade uma ferramenta importante para a prática de tais Direitos. O presente trabalho visa examinar a relação entre o Direito Interno e o Direito Internacional. O presente artigo tem por finalidade examinar o controle de convencionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal como instrumento para a efetivação dos Direitos Humanos. O objetivo é traçar uma análise de evolução constitucional e jurisprudencial da aplicação aos Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro a partir da interpretação do STF.

Palavras-chave: Controle de Convencionalidade. Tratados Internacionais. Jurisprudências sobre Direitos Humanos. STF

Revista Pan-Americana de Direito

ISSN: 2764-2305

Data de aceite: 01/10/2021

<https://periodicosfapad.emnuvens.com.br/rtpj/article/view/17>

Organizado pelo Ministro: José Barroso Filho

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR, Paraná, (Brasil). Pós-Doutor em Estudos Culturais junto à Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, Rio de Janeiro, (Brasil) com estudos realizados na Universidade de Barcelona. Professor Titular de Direito Internacional da Pontifícia Universidade Católica - PUC, Paraná, (Brasil). Professor Adjunto do Curso de Direito Uninter. Orcid id: <https://orcid.org/0000-0002-7721-0802>

² Mestra em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil). Especialista em Direito Empresarial e Civil pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR, (Brasil). Bolsista CAPES. Membro da equipe editorial da Revista Direitos Fundamentais e Democracia (RDFD). Advogada. Professora de Curso Preparatório para Concursos e Exame de Ordem. E-mail: carola-1000@hotmail.com

³ Mestre em Direito Centro Universitário Autônomo do Brasil - UNIBRASIL, Paraná, (Brasil). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Paraná, Advogado. Professor da Fundação de Estudos Sociais do Paraná - FESP, Paraná. E-mail: luizdammski@gmail.com



Abstract

The control of conventionality arises through international treaties and its internal validity, it assures that the national courts should apply and interpret the human rights treaties correctly. It is important to note that, in the case of the Constitutional Amendment, the Constitutional Amendment, which authorizes the Treaties and Conventions of Human Rights, is a constitutional amendment, according with article 5, paragraph 3 of the Brazilian Constitution. In the rule of law, after the recognition of human rights, the realization of these rights and the applicability of them are paramount for the maintenance of humanity, and control of convention is an important tool for the practice of such rights. This paper aims to examine the relationship between domestic law and international law. The purpose of this article is to examine the Conventional Control by the Federal Supreme Court as an instrument for the realization of human rights, the objective is to draw an analysis of the constitutional and jurisprudential evolution of the application of human rights in the Brazilian legal system from the interpretation of the FTS.

Keywords: Conventional Control. International Treaties. Human Rights Cases. STF.

INTRODUÇÃO

O Direito Internacional dos Direitos Humanos surgiu após a Segunda Guerra Mundial (1939 a 1945) quando ocorreu a criação de normas com a característica de proteger os indivíduos de abusos e crimes contra a humanidade, denominados de Tratados e Convenções de Direitos Humanos, que se tornaram modelos para o direito interno de cada Estado que aderiu a eles. Consequentemente, a partir da criação de normas internacionais voltadas para a proteção aos Direitos Humanos, decorre a necessidade de os Estados que ratificaram os tratados cumpri-los, sob pena de serem responsabilizados internacionalmente.

Diante da Emenda Constitucional 45, de 30.12.2004, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal de 1988, os Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos podem ser aprovados com característica de emenda constitucional, ou seja, com essa inovação o aplicador do Direito precisa observar, além do controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade, compatibilizando a norma interna com os Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos.

Em suas posições distintas, a doutrina jurídica internacional defende que os tratados e convenções possuem maior força sobre as normas infraconstitucionais, principalmente quando se trata sobre Direitos Humanos, já em outra posição o Supremo Tribunal Federal brasileiro apresenta certa resistência quando é movido a tratar sobre o tema.

Dessa forma, é de suma importância abordar tal tema e analisar a sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal apresentando os casos práticos como Depositário Infiel, Lei de Anistia,



Caso Mensalão, uma vez que é necessário investigar na perspectiva da eficácia/efetividade, as implicações e correlações entre a aplicação ou não do controle de convencionalidade.

1 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O controle de convencionalidade justifica-se pela necessidade de o Judiciário zelar pela aplicação dos Tratados de Direitos Humanos ratificados pela República Federativa do Brasil, de forma a garantir a sua prevalência sobre o ordenamento jurídico interno e evitar a responsabilidade internacional do Estado. Decorre da aplicação do princípio *pacta sunt servanda* e da primazia dos tratados frente ao ordenamento jurídico nacional, de acordo com os artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969.

O controle de convencionalidade, segundo Valério de Oliveira Mazzuoli, tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas domésticas com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional, ou seja, decorre do reconhecimento internacional dos Direitos Humanos e da necessidade de se idealizar mecanismos capazes de dar efetividade a esses Direitos⁴.

Diante da necessidade de compatibilização, no plano interno, dos efeitos da aplicação das normas decorrentes dos tratados e convenções firmados pelos países no plano internacional com ênfase nos Direitos Humanos (incluindo seus julgados e pareceres nos casos não contenciosos, como no caso da CIDH) emerge o conceito do chamado controle de convencionalidade⁵.

Contudo, o referido controle não se aplica quando a norma for conflitante com a Constituição, o que causaria uma inconstitucionalidade. A lei somente será inconvencional quando contiver vício de invalidade por ser incompatível com os acordos internacionais do país no que diz respeito à proteção de Direitos Humanos.

Para realizar o controle de convencionalidade ou de legalidade das normas infraconstitucionais, os tribunais locais não requerem qualquer autorização internacional. Mazzuoli afirma que tal controle:

⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

⁵ GODOY JUNIOR, Daniel de Oliveira. **Controle de Convencionalidade: A Lei de Anistia**. 31.03.2015, 158 f., p. 27. Mestrado em Direito, Instituição de Ensino: Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba Biblioteca Depositária: HELENA KOLODY.



(...) passa, doravante, a ter caráter difuso, a exemplo do controle difuso de constitucionalidade, em que qualquer juiz ou tribunal pode se manifestar a respeito. À medida que os tratados forem sendo incorporados ao direito pátrio os tribunais locais – estando tais tratados em vigor no plano internacional – podem, desde já e independentemente de qualquer condição ulterior, compatibilizar as leis domésticas com o conteúdo dos tratados (de direitos humanos ou comuns) vigentes no país. Em outras palavras, os tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro passam a ter a eficácia paralisante (para além de derogatória) das demais espécies normativas domésticas, cabendo ao juiz coordenar essas fontes (internacionais e internas) e escutar o que elas dizem. Mas também, pode ainda existir o controle de convencionalidade concentrado no Supremo Tribunal Federal (...), na hipótese dos tratados de direitos humanos (e somente destes) aprovados pelo rito do art. 5º, § 3º, da Constituição (uma vez ratificados pelo Presidente, após esta aprovação qualificada). Tal demonstra que, de agora em diante, os parâmetros de controle concentrado (de constitucionalidade/convencionalidade) no Brasil são a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país⁶.

No Brasil, o único dispositivo constitucional que atribui uma hierarquia diferenciada aos Tratados de Direitos Humanos é o § 3º do art. 5º, incluído pela Emenda anteriormente citada. Sobre a jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 466.343 entendeu, por maioria de votos, que os Tratados de Direitos Humanos são superiores a legislação infraconstitucional, podendo ter dois níveis hierárquicos a depender do rito de incorporação dos Tratados: a) hierarquia supralegal para aqueles incorporados pelo rito ordinário; e b) hierarquia constitucional para aqueles que observarem o procedimento especial estabelecido no § 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988⁷.

Vislumbra-se o caráter complementar desse controle em relação à própria Constituição, visando à proteção aos Direitos Humanos, o que é fundamento do Estado constitucional de direito, reforçando a proteção do indivíduo de modo a garantir a aplicação da norma mais propícia à dignidade individual.

Adota-se o entendimento que, independentemente da forma de incorporação do Tratado de Direitos Humanos, realizando-se uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição, os mesmos possuem natureza de norma constitucional⁸.

Em síntese, é possível afirmar que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, vislumbra-se a existência de um controle de convencionalidade ou de constitucionalidade no âmbito

⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 356-357.

⁷ “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”.

⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.



interno pelo Supremo Tribunal Federal (através das ADCs; ADOs; ADIs; ADINs e ADPFs) e pelos vários órgãos do Poder Judiciário interno⁹.

Mas, mesmo que se adote o posicionamento do STF, percebe-se que ele garante uma superioridade dos Tratados de Direitos Humanos frente às normas infraconstitucionais, seja através da hierarquia supralegal seja através da hierarquia constitucional¹⁰.

Decorre que, de acordo com os fundamentos expostos, tanto no plano interno como no plano internacional as autoridades brasileiras possuem o dever de realizar e aplicar o controle de convencionalidade.

2 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A JURISPRUDÊNCIA DO STF

Após a entrada em vigor da EC 45/2004, uma interpretação possível (quase evidente, embora incorreta) pressuporia que, em casos tais, o tratado internacional que versasse sobre Direitos Humanos, anterior ou posterior à Emenda Constitucional em tela, teria o mesmo peso de lei ordinária. Essa foi, aliás, a posição prevalente na jurisprudência nacional até 2008¹¹.

Para a referida doutrina o assunto não é pacificado. Flávia Piovesan, por exemplo, sempre defendeu o caráter constitucional de tais tratados, visto que, antes de a EC 45/2004 incluir o § 3º ao art. 5º da CF/88, tais tratados estariam “incluídos” formal e materialmente no rol de Direitos Fundamentais, com base no que dispõe o seu § 2º¹². Quanto aos Tratados sobre Direitos Humanos ratificados posteriormente à EC 45/2004 e aprovados por maioria simples, a autora entende que estariam estes situados (apenas) materialmente no plano constitucional¹³.

⁹ GODOY JUNIOR, Daniel de Oliveira. **Controle de Convencionalidade**: A Lei de Anistia. 31.03.2015, 158 f., p. 30. Mestrado em Direito, Instituição de Ensino: Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba Biblioteca Depositária: HELENA KOLODY.

¹⁰ TORRES, Saulo de Medeiros; SOUZA E SABOYA, Mara Ferreira de “**A APLICAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO JUIZ BRASILEIRO: O CASO DO CRIME DE DESACATO.**” REVISTA CONSTITUIÇÃO E GARANTIA DE DIREITOS. Acesso em: 18 jun. 2018.

¹¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 73-76.

¹² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 73-76.

¹³ Sobre a distinção entre os direitos fundamentais formais e materiais, Reis (2007, p. 2034) cita que os primeiros são aqueles que, “*por disposição legislativa, constam [expressamente] do catálogo constitucional*”. De outra parte, “*os direitos fundamentais materiais, [...] em razão de sua importância no que tange à proteção e salvaguarda da pessoa humana, são equiparados aos direitos fundamentais formais, os quais também são materiais, face à sua eficácia jurídica*” (REIS, 2007, p. 2034-2035).



Contudo, para Mazzuoli, de outra parte, entende que ditos tratados, anteriores ou posteriores à EC 45/2004, estão incluídos apenas materialmente na Constituição, mas não formalmente, o que exigiria a sua submissão ao processo legislativo previsto no § 3º do art. 5º da CF/88¹⁴.

O STF, com posicionamento bem diverso dos autores supracitados, desde 1977, “*pacificava tratados internacionais [inclusive os que versassem sobre direitos humanos] às leis ordinárias, mitigando e desconsiderando a força jurídica dos tratados internacionais*”¹⁵.

Consequentemente, não havia a prevalência automática dos atos internacionais em face da lei ordinária, já que a ocorrência de conflito entre essas normas deveria ser resolvida pela aplicação do critério cronológico (a normatividade posterior prevalece – *later in time*) ou pela aplicação do critério da especialidade¹⁶.

Tendo em vista que a EC 45/2004 deixou pendente de solução, em especial, a controvérsia relativa à hierarquia dos Tratados sobre Direitos Humanos ratificados antes da sua entrada em vigor, como é o caso da CADH, o STF permaneceu com esse mesmo posicionamento, até que, em 03.12.2008, no julgamento do RE 466.343-1/SP, “resolveu” a lacuna sobre o grau hierárquico dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos aprovados com maioria simples, deixando estabelecido que essas normas teriam o nível de normas “supralegais”, ou seja, figurariam abaixo da Constituição e acima dos demais atos normativos nacionais¹⁷.

Nos termos da tese vencedora, de autoria do Ministro Gilmar Mendes (que teve como principal opositor o Ministro Celso de Mello, que defendeu – e ainda defende – o caráter constitucional de ditos tratados), o STF acabou por situar no plano infraconstitucional todos os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos que não tenham sido aprovados de acordo com o processo legislativo estabelecido no art. 5º, § 3º, da CF/88, independentemente de serem anteriores

¹⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 87.

¹⁶ Esta é a posição atual do STF, consolidada após o julgamento do RE 80.004 de 1977. Segundo Araminta Mercadante: “[...] nas decisões mais recentes, o Supremo Tribunal Federal vem contrariando a doutrina dominante entre os internacionalistas brasileiros, no sentido de considerar o tratado internacional quanto aos seus efeitos equiparável à lei federal, e dentro dessa interpretação decidir que os tratados revogam as leis anteriores que lhes sejam contrárias, mas podem ser revogados pela legislação posterior”. Cf. MERCADANTE, A. de A. Processualística internacional e a Constituição de 1988. In: CASELLA, P. B. (Coord.). **Contratos internacionais e o direito econômico no Mercosul**. São Paulo: LTr, 1996. p. 487.

¹⁷ PORTO, Thiago Heitor da Fontoura. **O Controle de Convencionalidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e uma Análise Crítica do Diálogo Interjurisdicional entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. 09.03.2017, 194 f., p. 87. Mestrado em Direito, Instituição de Ensino: Universidade de Santa Cruz do Sul. Santa Cruz do Sul Biblioteca Depositária: UNISC.



ou posteriores à EC 45/2004. Conforme o *decisum*, “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”¹⁸.

A visão anteriormente mencionada do STF no que diz respeito aos Tratados de Direitos Humanos passou por mudanças. No julgado RE 466.343¹⁹, simbolicamente também sobre a prisão civil do depositário infiel, a maioria de votos sustentou novo patamar normativo para os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, inspirados pelo § 3º do art. 5º da CF/88, introduzido pela EC 45/2004.

Assim, firmou-se a jurisprudência do STF no sentido de atribuir hierarquia de norma “supralegal” à Convenção Americana e demais Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos ratificados pelo Brasil antes da EC 45/2004 ou que, posteriores a ela, não tenham sido aprovados com o quórum qualificado exigido no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal. Portanto, para o STF, todos os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos ratificados pelo Brasil que não tenham sido aprovados na forma prevista no art. 5º, § 3º, da CF/88²⁰ possuem nível supralegal e, portanto, infraconstitucional²¹.

Por isso, o presente artigo visa estudar a necessidade de se implantar o controle de convencionalidade das normas internas brasileiras, que devem ser interpretadas de acordo com as Convenções Internacionais de Direitos Humanos. Assim, além do controle de constitucionalidade – análise da compatibilidade vertical entre as normas internas e a Constituição –, é imperioso o controle de convencionalidade de Direitos Humanos: a análise da compatibilidade das normas internas às normas de Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil²².

Assim, para efeito do controle de convencionalidade o seu aplicador deve não apenas se limitar a meramente citar o texto da Convenção ou Tratado de Direitos Humanos, mas sim utilizar

¹⁸ STF, 2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 18 jun. 2018.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466.343**. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator Ministro Cezar Peluso. Brasília.

²⁰ Redação do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal: **Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 jun. 2018.

²¹ PORTO, Thiago Heitor da Fontoura. **O Controle de Convencionalidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e uma Análise Crítica do Diálogo Interjurisdicional entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. 09.03.2017, 194 f., p. 88. Mestrado em Direito, Instituição de Ensino: Universidade de Santa Cruz do Sul. Santa Cruz do Sul Biblioteca Depositária: UNISC.

²² RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o Controle de Convencionalidade: levando a sério os Tratados de Direitos Humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 104, p. 241-286, jan./dez. 2009. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67857/70465>>. Acesso em: 16 jun. 2018.



a interpretação realizada pelos intérpretes finais destas normas de Tratados de Direitos Humanos, que são os órgãos internacionais de Direitos Humanos.

Para exemplificar, demonstrar-se-ão alguns casos de Direitos Humanos para verificar o uso da jurisprudência internacional como parâmetro na tomada de posição do STF.

2.1 Depositário Infiel

Sobre a prisão civil do depositário infiel, discutiu-se de forma emblemática a aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos na resolução do caso, no Recurso Extraordinário 466.343²³, se a prisão civil do depositário infiel seria compatível com o Direito Interno e o Direito Internacional.

A problemática do dispositivo constitucional no inc. LXVII do art. 5º remonta à adesão brasileira à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que determina em seu artigo 7º: *“Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandatos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”*²⁴.

Para além do assunto em específico, se reconheceu o valor supralegal, ou constitucional (se atendidos os requisitos da Emenda Constitucional, na forma do art. 60, § 2º, com votação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos membros), dos Tratados Internacionais que versem sobre Direitos Humanos. Assim foi o entendimento dado pelo Supremo Tribunal Federal, doravante denominado de STF, segundo ementa²⁵:

²³ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

²⁴ GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha; FACHIN, Melina Girardi. Entre a Constituição Federal e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): ainda e mais uma vez a questão da prisão civil do depositário infiel à luz do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466343/2008 do STF. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, UniBrasil**, Curitiba, 13: 59-79, v. 1. Disponível em: <<http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/521/486>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

²⁵ GOMES, Eduardo Biacchi; GONÇALVES, Ane Elise Brandalise. O controle de convencionalidade, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o crime de desacato. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 18, n. 114, p. 73-96, fev./maio 2016. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1207/1142>>. Acesso em: 28 jun. 2017.



Prisão Civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE 349.703 e dos HCs 87.585 e 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito (BRASIL, 2008, p. 01).

Com a decisão proferida no RE 466.343QSP (03.12.2008), que foi ratificada com a Súmula Vinculante 25, o Brasil ingressou, jurisprudencial e definitivamente, na “terceira onda” evolutiva do Estado, do Direito e da Justiça, que é a onda do internacionalismo (ou da internacionalização dos direitos humanos). No Estado de Direito da Legalidade caberia prisão civil do depositário infiel (muitas leis a preveem).

Conforme se analisa através do julgado, para que o STF decidisse afastar a possibilidade de prisão do depositário infiel foi necessário modificar o entendimento sobre o nível hierárquico dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Brasil, a fim de que as disposições constitucionais e infraconstitucionais pudessem ser interpretadas à luz da CADH²⁶.

Por essa razão, o novo entendimento tem chamado a atenção da doutrina, que aponta a necessidade de que o STF desenvolva um diálogo com outros tribunais, especialmente a Corte Interamericana, ou que exerça o controle de convencionalidade das leis²⁷.

Para além do filtro constitucional, a prisão civil do depositário infiel e todo o Código Civil devem ser mirados também pelas lentes convencionais humanistas. Assim, ao lado da constitucionalização, pugna-se pela convencionalização do Direito Civil com foco na proteção à pessoa humana²⁸.

Sobre o julgamento, conclui Flávia Piovesan:

A decisão proferida no Recurso Extraordinário n. 466.343 constitui uma decisão paradigmática, tendo a força catalisadora de impactar a jurisprudência nacional, a fim de assegurar aos tratados de direitos humanos um regime privilegiado no sistema jurídico brasileiro, propiciando a incorporação de parâmetros protetivos internacionais no âmbito doméstico. Vale realçar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pertinente à hierarquia dos tratados de direitos humanos tem de ser relevado marcadamente oscilante (...) ²⁹.

²⁶ MAUÉS, Antônio Moreira. “Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional”. **Eficácia nacional e internacional dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 2. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32493>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

²⁷ RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

²⁸ GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha; FACHIN, Melina Girardi. Entre a Constituição Federal e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): ainda e mais uma vez a questão da prisão civil do depositário infiel à luz do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466343/2008 do STF. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, UniBrasil**, Curitiba, 13: 59-79, v. 1. Disponível em: <<http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/521/486>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

²⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 78.



Em suma, eram essas linhas a serem expostas acerca do julgamento histórico do Supremo Tribunal Federal ora em comento que alterou três décadas de jurisprudência no que tange à incorporação dos Tratados de Direitos Humanos e proibiu, com base na teoria da inaplicabilidade e não da inconstitucionalidade, a aplicação do instituto da prisão civil³⁰.

2.2 Lei de Anistia

A anistia é um instituto que remonta à Antiguidade. Atribuída aos gregos, a anistia foi usada em todas as eras da civilização como um instrumento político, uma forma de apagar as penas impostas a cidadãos, por motivo de perseguição política, durante a vigência de regimes tirânicos³¹.

O termo anistia deriva da palavra grega *amnestia*, que significa esquecimento, falta de memória, ela é tipicamente concedida a um grupo ou classe de pessoas antes ou depois de um julgamento, diferentemente do instituto do perdão, que é dado a um indivíduo depois de ele já ter sido condenado³².

Magalhães Noronha aponta que a anistia “*aplica-se, em regra, a crimes políticos, tendo por objetivo apaziguar paixões coletivas perturbadoras da ordem e da tranquilidade social*”³³.

A lei de anistia no Brasil traçou uma abertura política voltada para a democracia, diante do regime ditatorial existente na época.

³⁰ GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha; FACHIN, Melina Girardi. Entre a Constituição Federal e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): ainda e mais uma vez a questão da prisão civil do depositário infiel à luz do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466343/2008 do STF. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, UniBrasil**, Curitiba, 13: 59-79, v. 1. Disponível em: <<http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/521/486>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

³¹ “*Historicamente a anistia surgiu na Grécia, mais especificamente no período de Solon no ano de 594 a.C., Solon que instituiu entre os helenos um regime democrático, concede o primeiro ato de clemência que a História registra, reintegrando os direitos aos cidadãos perseguidos pelos regimes tirânicos que lhe antecedem e concede o perdão a todos os perseguidos, exceto aos condenados por traição ou homicídio. Depois foi usada também por Petroceides em 405 a.C., que, segundo Rui Barbosa, “restabeleceu com restrições a comunhão dos direitos civis e políticos, a favor de numerosos cidadãos processados e condenados, tendo ordenado a queima de todos os registros, os atenienses gratificados, fizeram um acrópole e solene juramento de reconhecimento geral”* I. Rui Barbosa se refere ainda à anistia atribuída a Trasíbulo, resultado de um acordo de paz entre atenienses e espartanos”. COSTA, Homero de Oliveira. Incursões na história das Anistias políticas no Brasil. **Coletivo Catarinense – Memória, Verdade e Justiça**, 25.07.2015. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthistbr/redemocratizacao1988/homero_anistia.html>. Acesso em: 28 jun. 2018.

³² NUNES, Raquel Portugal. América Latina: Nunca Mais! A Reação Contra as Leis de Anistia. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 2, p. 1-20, p. 340-399, jul./dez. 2007.

³³ NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1, p. 379.



Semelhante às leis de anistia aprovadas na América Latina, a lei brasileira procurou contemplar aqueles que cometeram crimes políticos e também conexos, retroagiu ao período anterior ao Golpe de 1964 e abrangeu a todos afastados da atividade política, por sentença ou por “*ato revolucionário*”³⁴.

Pode-se afirmar que o STF fez um julgamento político da Lei de Anistia, diante da oportunidade e conveniência política de um regime de exceção³⁵.

O controle de convencionalidade em referência à Lei de Anistia brasileira não se trata de manobra legislativa para impedir que o Poder Legislativo aprove alguma lei que não seja compatível com os tratados internacionais, ratificados pelo governo. Igualmente não se aplica a simples verificação de normas de compatibilidade internas com as normas internacionais, por meio de mecanismos internacionais de apuração das referidas obrigações.

Apesar da importância dos acima citados, o controle de convencionalidade abordado aplica-se de forma restrita, pois se refere à utilização da via judicial interna para verificar a compatibilidade dos atos internos com as normas de Direito Internacional da proteção dos Direitos Humanos, principalmente em face do reconhecimento brasileiro da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos³⁶.

³⁴ VERSIANI, Gisele de Campos. **O Controle de Convencionalidade da Lei de Anistia Brasileira: A Decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. 12.04.2013, 131 f., p. 85. Mestrado em Direito, Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte Biblioteca Depositária: PUC MINAS.

³⁵ 1. A Lei de Anistia não foi exatamente um produto de acordo realizado entre sociedade civil e governo, o projeto aprovado correspondia aos interesses de sobrevivência de um regime espúrio;

2. Havia um desnível de potencialidade de negociação, geralmente presente em tempos de beligerância ou de repressão política;

3. Há ausência total de argumentos jurídicos plausíveis para os delitos cometidos pelos agentes repressores do Estado, em busca da manutenção da ordem e do poder, em defesa do regime instaurado;

4. O argumento de não ratificação da Convenção sobre imprescritibilidade de crimes contra a humanidade não pode prosperar, haja vista que os costumes internacionais já contemplavam tal imprescritibilidade e o Brasil ratificou, sem ressalvas, o Estatuto de Roma (2002), que trata especificamente sobre o assunto;

5. Existência de precedentes da Corte IDH, ao decidir sobre o Caso Guerrilha do Araguaia, enfatizando a necessidade de invalidação das leis de autoanistia que afetam o dever internacional do Estado de investigar e punir graves violações dos direitos humanos;

6. A ratificação de um tratado internacional implica obrigação, que repercute em todo o aparato estatal, inclusive juízes, fica compelido a zelar para que os efeitos dos dispositivos convencionais não sejam abrandados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto. VERSIANI, Gisele de Campos. **O Controle de Convencionalidade da Lei de Anistia Brasileira: A Decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. 12.04.2013, 131 f., p. 98. Mestrado em Direito, Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte Biblioteca Depositária: PUC MINAS.

³⁶ VERSIANI, Gisele de Campos. **O Controle de Convencionalidade da Lei de Anistia Brasileira: A Decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. 12.04.2013, 131 f., p. 100. Mestrado em Direito, Instituição



Em suma, não se trata de substituir o legislador, mas o Judiciário, conforme o entendimento da Corte IDH, deve exercer uma espécie de “controle da convencionalidade das leis” entre as normas jurídicas internas aplicadas nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta missão, as cortes domésticas devem considerar não somente a Convenção, mas também as interpretações realizadas pela Corte IDH sobre a mesma³⁷.

Nesse sentido, a jurisprudência do sistema interamericano e do sistema global de proteção reconhece que leis de anistia violam obrigações jurídicas internacionais no campo dos Direitos Humanos³⁸.

O Supremo Tribunal Federal ainda não absorveu a teoria do controle de convencionalidade. Uma das decisões mais paradigmáticas neste sentido é a da ADPF 153³⁹, na qual o Supremo entendeu que a Lei de Anistia brasileira teria sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988, bem como válida a extensão da anistia aos perpetradores de crimes de lesa-humanidade⁴⁰.

No caso da Lei de Anistia, é cediço apontar que o Supremo Tribunal Federal brasileiro não aplica o controle de convencionalidade, sendo que diversos tratados internacionais, além da própria jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, não foram observados. O que demonstra a validade de tal afirmação é a decisão da própria Corte Interamericana de Direitos Humanos meses depois da decisão do STF, dizendo que a lei da anistia brasileira não está de acordo com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, tampouco com a jurisprudência da Corte IDH⁴¹.

de Ensino: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte Biblioteca Depositária: PUC MINAS.

³⁷ VERSIANI, Gisele de Campos. **O Controle de Convencionalidade da Lei de Anistia Brasileira: A Decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. 12.04.2013, 131 f., p. 101. Mestrado em Direito, Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte Biblioteca Depositária: PUC MINAS.

³⁸ PIOVESAN, Flávia. “Direito internacional dos direitos humanos e lei de anistia: o caso brasileiro”. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, 2, p. 181, 2009. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/38262052/2010RevistaAnistia02_1.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1530162190&Signature=7wMXy5ynIqo09XFxbSeynQLVuIQ%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DAFRANIO_MARCILIANO_AZEVEDO_ALANIR_CARDOS.pdf#page=176>. Acesso em: 21 jun. 2018.

³⁹ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

⁴⁰ FEILKE, Pedro Ribeiro Agustoni. O Controle de Convencionalidade e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito em Debate**, [S.l.], v. 23, n. 41, p. 147-186, dez. 2013. ISSN 2176-6622. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/2561>>. Acesso em: 28 jun. 2018. DOI: <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2014.41.147-186>.

⁴¹ FEILKE, Pedro Ribeiro Agustoni. O Controle de Convencionalidade e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito em Debate**, [S.l.], v. 23, n. 41, p. 147-186, dez. 2013. ISSN 2176-6622. Disponível



2.3 Caso do Mensalão

Outro caso emblemático de adoção de razões relacionadas ao controle de convencionalidade pelo Supremo Tribunal Federal diz respeito ao caso do Mensalão – Ação Penal 470 –, cujo desfecho ocorreu em março de 2014, quando do julgamento dos embargos infringentes opostos por doze dos trinta e sete réus.

Inobstante o fato de dentre os trinta e sete indiciados apenas três fazerem jus à prerrogativa de foro, em decorrência do disposto nos arts. 76, II, e 78, II, “a”, do Código de Processo Penal, foi determinada a conexão do processo, o que culminou com o julgamento de todos os trinta e sete réus diretamente pelo Supremo Tribunal Federal em uma ação penal originária.

O cerne da discussão envolvida no julgamento dos embargos infringentes opostos repousa, justamente, na instauração de uma ação penal originária diretamente junto ao Supremo Tribunal Federal, em decorrência do direito ao foro privilegiado de três dos indiciados, que foi estendida a todos os demais. Na medida em que a ação tramita diretamente junto ao STF, com a prolação do acórdão não existe a possibilidade de interposição de recurso que confira ao recorrente o duplo grau de jurisdição assegurado pelo artigo 8º, 2, h, da Convenção Americana de Direitos Humanos e no próprio art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988.

A única possibilidade de interposição de recurso *in casu* é a dos embargos infringentes, prevista no parágrafo único do art. 609 do Código de Processo Penal e nos arts. 194⁴² e 310⁴³ do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Os embargos infringentes são oponíveis contra a decisão não unânime de segunda instância e desfavorável ao réu. Não basta, pois, a falta de unanimidade. É preciso, também, que a divergência do voto vencido seja favorável ao réu. Desse modo, apreciando uma sentença decorrente de uma ação penal originária, se decidida por maioria, contra o réu, e o voto dissidente lhe for favorável, cabíveis serão os embargos⁴⁴.

em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/2561>>. Acesso em: 28 jun. 2018. DOI: <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2014.41.147-186>.

⁴² RI/STF (1940), **art. 194**: “Admitem-se embargos de nulidade ou infringentes do julgado às decisões terminativas do feito, proferidas: I. Pelo Tribunal Pleno: a) nas ações cíveis ou criminais originárias; b) nas rescisórias de seus julgados ou das Turmas; c) nas homologações de sentença estrangeira; d) nas revisões criminais. (...)”.

⁴³ RI/STF (1970), **art. 310**: “Caberão embargos à decisão não unânime do Plenário: I – que julgar procedente a ação penal (art. 223); II – que julgar improcedente a revisão criminal (art. 245); III – que julgar a ação rescisória (art. 241); IV – que julgar a representação inconstitucionalidade, se houver três ou mais votos divergentes; V – que, em recurso criminal ordinário (art. 286), for desfavorável ao acusado”.

⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 170.



A admissão da oposição de embargos infringentes, apesar de prestigiar a ampla defesa e a recorribilidade da decisão, não atende ao primado do duplo grau de jurisdição, tão valioso à esfera penal – ainda mais num dos mais emblemáticos julgamentos da Suprema Corte neste século, envolvendo uma esmagadora maioria de indiciados que sequer detém a prerrogativa do foro.

Neste sentido, a extensa previsão de garantias fundamentais relacionadas ao direito de defesa do art. 5º da Constituição Federal se relaciona de modo intrínseco ao propósito do constituinte de assegurar direitos fundamentais previstos na própria Constituição e em tratados internacionais, como no Pacto de San José da Costa Rica. Tal desiderato do legislador constituinte se vincula à sempre necessária possibilidade de insurgência do cidadão contra violações aos direitos fundamentais vigentes tanto no âmbito do Direito doméstico quanto no campo do Direito Internacional⁴⁵.

Mesmo diante da previsão constitucional garantista com relação aos direitos processuais dos indiciados à ampla defesa, perfeitamente concatenada ao disposto no artigo 8º, 2, h, da Convenção Americana de Direitos Humanos – dispositivos suscitados pelo advogado Márcio Thomaz Bastos para o desmembramento do feito com relação aos indiciados que não dispunham da prerrogativa de foro –, foi decidida, em sessão plenária realizada em 06.12.2006, por votação majoritária, pela necessidade de se manter um único processo em trâmite no STF.

Referida decisão, em conjunto com o esgotamento das vias recursais cabíveis após o julgamento dos embargos infringentes opostos face ao acórdão do STF na ação originária, deu ensejo à denúncia de violação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos por parte da defesa de Kátia Rabello, José Roberto Salgado e Vinícius Samarane⁴⁶.

Insta salientar, neste sentido, que a previsão do Pacto de San José da Costa Rica não passou ao largo da análise dos eminentes ministros do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Penal 470. O Ministro Celso de Mello, ao proferir seu voto acerca da admissibilidade dos embargos infringentes opostos ao acórdão proferido pelo colegiado, diretamente referenciou sua

⁴⁵ OLIVEIRA, Bruno Queiroz. O duplo grau de jurisdição na Ação Penal 470/MG: Considerações à luz do controle de convencionalidade. **Direito em Debate – Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUÍ**, Rio Grande do Sul, n. 47, v. 28, p. 270, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/re_vistadireitoemdebate/article/view/5771>. Acesso em: 24 jun. 2018.

⁴⁶ **Cópia da denúncia realizada perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/denuncia-ap-470-cidh.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2018.



observância à previsão do artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos, consignando a necessária observância à obrigatoriedade de respeito ao direito ao duplo grau de jurisdição⁴⁷.

Na medida em que a adesão ao Pacto de San José da Costa Rica se deu por mera liberalidade do Estado que, a partir do reconhecimento da jurisdição e da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por intermédio do Decreto 4.463/2002, faz-se imprescindível o reconhecimento da adesão brasileira, em observância ao princípio do *pacta sunt servanda* em âmbito internacional, nos termos do artigo 68 do Pacto de San José da Costa Rica.

Apesar de o eminente Ministro Celso de Mello reconhecer a incidência das disposições do Pacto de San José da Costa Rica, realizando, neste sentido, o controle de convencionalidade, o fez de forma limitada.

Ao reconhecer a possibilidade de admissão dos embargos infringentes opostos, o voto do Ministro Celso de Mello apontou o cotejo entre a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica como fundamento para tanto, todavia adotou lição doutrinária ultrapassada, de lavra de Pontes de Miranda, datada do longínquo ano de 1975⁴⁸, para fundamentar a garantia do duplo grau de jurisdição por intermédio de julgamento realizado por câmara de igual nível hierárquico e composição – *in casu*, o próprio STF.

Inobstante o fato de o Judiciário, e, especialmente, o Supremo Tribunal Federal, se imbuir da difícil tarefa de superar estigmas e, simultaneamente, garantir a manutenção da ordem e resguardar as garantias fundamentais⁴⁹, tal obstáculo não confere salvo-conduto para a vista grossa à observância das normas internacionais de protetividade aos direitos fundamentais – especialmente no campo do Direito Penal.

A adoção de decisões e, especialmente, de razões de decidir que geram confusão e dúvida quanto à aplicabilidade de normas regularmente inseridas no ordenamento jurídico pátrio – tal como ocorrido com a decisão do STF que negou o desmembramento da AP 470 para julgar os indiciados que não gozavam da prerrogativa de foro – revela um enorme distanciamento entre a normatividade em vigor e a verdadeira posição do STF com relação às normas de Direito Internacional em cotejo com o Direito interno. Tem-se, assim, um distanciamento entre a *law in action* brasileira e a *law in*

⁴⁷ STF. **Embargos Infringentes: AP 470**. Voto de Celso de Mello, p. 26. DJ 18.09.2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AP_470__EMBARGOS_INFRINGENTES.pdf> Acesso em: 23 jun. 2018.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 209.



*the books*⁵⁰, inviabilizando a leitura uniforme do conjunto normativo internacional e doméstico a partir da compreensão do Supremo.

3 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os três casos supracitados, que denotam a obrigatoriedade e a relevância de os juízes ordinários e constitucionais nacionais a realizarem um controle de convencionalidade do Direito interno em conformidade com o Direito convencional e as interpretações contidas nas resoluções da Corte Interamericana de Direitos Humanos denotam o caráter integracionista e protetivo dos Direitos Humanos contido na “comunicação transjudicial”, ainda que vertical. Em grande medida, a comunicação transjudicial se coaduna com a ideia de pluralismo jurídico⁵¹ e conglobação dos Direitos fundamentais em nível universal dentre as jurisdições.

No próprio âmbito das decisões prolatadas por Cortes Internacionais, a utilização de “comunicação transjudicial” se mostra uma prática recente, idônea à compatibilização jurisprudencial e ao diálogo entre ordenamentos jurídicos diversos. O caso “*Gelman vs Uruguay*”⁵², neste sentido, trouxe à baila julgados acerca de crimes praticados sob regimes ditatoriais em diversos países sul-americanos, inclusive brasileiros.

Existência de um nível duplo de proteção jurídica aos Direitos Humanos – nacional e internacional, constitucional e convencional – repercute no fato de uma necessária caminhada a um

⁵⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Brasil e o Direito Internacional Público. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar; COUTINHO, Francisco Pereira (Coords.). **O Direito Internacional Público nos direitos de língua portuguesa**. Lisboa: Cedis, 2018. p. 69.

⁵¹ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

⁵² Os fatos alegados pela Comissão referem-se ao desaparecimento forçado de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman desde o final do ano de 1976, detida em Buenos Aires, na Argentina, quando se encontrava em estágio avançado de gravidez. Presume-se que, posteriormente, foi trasladada ao Uruguai onde teria dado a luz à sua filha, que foi entregue a uma família uruguaia. A Comissão afirma que estes atos foram cometidos por agentes estatais uruguaio e argentinos no marco da “Operação Condor”, sem que até a presente data sejam conhecidos o paradeiro de María Claudia García e as circunstâncias em que ocorreu seu desaparecimento. Além disso, a Comissão alegou a supressão da identidade e da nacionalidade de María Macarena Gelman García Iruretagoyena, filha de María Claudia García e Marcelo Gelman, a denegação de justiça, a impunidade e, em geral, o sofrimento causado a Juan Gelman, à sua família, à María Macarena Gelman e aos familiares de María Claudia García, como consequência da falta de investigação dos fatos, julgamento e sanção dos responsáveis, em virtude da Lei nº 15.848 ou Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva do Estado (doravante denominada “Lei de Caducidade”), promulgada em 1986 pelo governo democrático do Uruguai.



mesmo rumo, no que diz respeito a tal matéria, entre os julgados das nações que praticam a “comunicação transjudicial” entre si, bem como entre as Cortes internacionais e as nacionais.

Tal construção se perfilha a uma construção histórica e localizada de Direitos Humanos⁵³ e de *standards* mínimos a serem protegidos mediante cláusulas de convencionalidade. Tal fenômeno, nível vertical, ocorre de forma estruturada e com margens reduzidas de interpretação diante de certa uniformidade cultural, de modo diverso do caso europeu, diante da existência de realidades jurídicas e contextuais bastante distintas.

A utilização, por jurisdições constitucionais nacionais, de “*comunicação transjudicial*” de decisões das Cortes internacionais pode ocorrer sob diversas justificativas; como argumento de autoridade, como critério interpretativo, como controle de convencionalidade, com o fito de evitar a responsabilização internacional de descumprimento de tratado e como precedente para a resolução de assuntos complexos.

Dentre todas as possibilidades, a utilização como critério interpretativo se demonstra a mais adequada ao viés colaborativo e de enriquecimento da qualidade e abrangência da *ratio decidendi* a ser adotada em julgamentos de matérias que envolvam a tutela dos Direitos Humanos. Trata-se, neste sentido, de uma forma de enriquecimento das próprias razões de decidir em prol de uma maior protetividade aos Direitos fundamentais⁵⁴.

A existência de *standards* mínimos, sem dúvida, tem o condão de trazer alguma uniformidade no que diz respeito à protetividade de Direitos Humanos, todavia não o faz de modo absoluto, na medida em que a Constituição Federal e o conjunto normativo nacional podem dispor de níveis ainda maiores de protetividade. Neste sentido, a utilização de parâmetros delineados convencionalmente não representa qualquer afronta à legislação infraconstitucional, sendo, inclusive, assegurada pelo Novo Código de Processo Civil, pelo art. 8º, a aplicação das normas de acordo com o bem social, sem ofensa à vedação do art. 10, que veda o *iura novit curia*.

O controle de convencionalidade, neste sentido, se compreende como uma forma suplementar de garantia dos Direitos fundamentais, que não suplanta as previsões normativas domésticas, mas fortalece as garantias fundamentais previstas na própria Constituição. O controle de convencionalidade promove a comunicação existente entre a Constituição e os Tratados

⁵³ COUTINHO, Carlos Nelson. Cidadania e Modernidade. **Perspectivas – Revista de Ciências Sociais da Universidade Estadual Paulista – UNESP**, São Paulo, v. 22, n. 49-51, p. 46. 1999. Disponível em: <http://piwik.seer.fclar.unesp.br/perspectivas/artic_e/view/2087/1709>. Acesso em: 23 jun. 2018.

⁵⁴ ALCALÁ, Humberto Nogueira. **El diálogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las cortes internacionales de derechos humanos**. Santiago: Librotecnia, 2012. p. 26.



Internacionais⁵⁵, não de modo exclusivo, mas integrativo, de modo a obstaculizar a normatização infraconstitucional prejudicial às garantias fundamentais, bem como afastar interpretações incoerentes com os primados constitucionais e convencionais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O reconhecimento da necessidade de exercício do controle de convencionalidade pelo Supremo Tribunal Federal tem sido percebido, o que, por si só, já representa um avanço com relação à aplicabilidade do Direito convencional.

O papel integrador do controle de convencionalidade necessariamente perpassa pela atuação de uma Corte que esteja consciente da necessidade de realização do cotejo adequado entre as previsões normativas domésticas e as decorrentes de tratados, especialmente no que diz respeito à preservação de Direitos fundamentais.

A atuação do Supremo Tribunal Federal nos casos abordados neste breve estudo, todavia, demonstram relativa dificuldade na aplicação de normas convencionais ao caso concreto, de modo a relativizar Direitos fundamentais caros ao Estado Democrático de Direito. Direitos fundamentais relacionados à liberdade individual, ao direito de trânsito e ao processo penal, tais como os abordados nos tópicos anteriores, têm sido relativizados e mitigados em decorrência de interpretações do controle de convencionalidade questionáveis sob o ponto de vista da garantia de Direitos fundamentais.

Desta forma, para que realmente se dê guarida à ratificação da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados de 1959, conferindo verdadeiro caráter de *jus cogens* aos Tratados de que o Brasil é parte, devem ser aplicadas, no caso concreto, as normas implicitamente admitidas nestes mesmos Tratados, sob pena de tornar letra morta a previsão dos próprios Tratados.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. **El diálogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las cortes internacionales de derechos humanos**. Santiago: Librotecnia, 2012.

⁵⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista da Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 181, p. 131, jan./mar. 2009. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496913/RIL181.pdf?sequence=1#page=114>>. Acesso em: 23 jun. 2018.



COSTA, Homero de Oliveira. Incurções na história das Anistias políticas no Brasil. **Coletivo Catarinense – Memória, Verdade e Justiça**, 25.07.2015. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthistbr/redemocratizacao1988/homero_anistia.html>. Acesso em: 28 jun. 2018.

COUTINHO, Carlos Nelson. Cidadania e Modernidade. **Perspectivas – Revista de Ciências Sociais da Universidade Estadual Paulista – UNESP**, São Paulo, v. 22, n. 49-51. 1999. Disponível em: <<http://piwik.seer.fclar.unesp.br/perspectivas/artice/view/2087/1709>>. Acesso em: 23 jun. 2018.

FEILKE, Pedro Ribeiro Agustoni. O Controle de Convencionalidade e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito em Debate**, [S.l.], v. 23, n. 41, dez. 2013. ISSN 2176-6622. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/2561>>. Acesso em: 28 jun. 2018. DOI: <<https://doi.org/10.21527/2176-6622.2014.41.147-186>>.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GODOY JUNIOR, Daniel de Oliveira. **Controle de Convencionalidade: A Lei de Anistia**. 31.03.2015, 158 f. Mestrado em Direito – Instituição de Ensino: Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba Biblioteca Depositária: HELENA KOLODY.

GOMES, Eduardo Biacchi; GONÇALVES, Ane Elise Brandalise. O controle de convencionalidade, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o crime de desacato. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 18, n. 114, fev./maio 2016. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1207/1142>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha; FACHIN, Melina Girardi. Entre a Constituição Federal e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): ainda e mais uma vez a questão da prisão civil do depositário infiel à luz do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466343/2008 do STF. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, UNIBRASIL**, Curitiba, n. 13, v. 1. Disponível em: <<http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/521/486>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAUÉS, Antônio Moreira. “Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional”. **Eficácia nacional e internacional dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32493>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Brasil e o Direito Internacional Público. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar; COUTINHO, Francisco Pereira (Coords.). **O Direito Internacional Público nos direitos de língua portuguesa**. Lisboa: Cedis, 2018.

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



_____. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista da Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 181, jan./mar. 2009. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496913/RIL181.pdf?sequence=1#page=114>>. Acesso em: 23 jun. 2018.

MERCADANTE, A. de A. Processualística internacional e a Constituição de 1988. In: CASELLA, P. B. (Coord.). **Contratos internacionais e o direito econômico no Mercosul**. São Paulo: LTr, 1996. p. 487.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUNES, Raquel Portugal. América Latina: Nunca mais! A Reação contra as Leis de Anistia. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 2, p. 1-20, jul./dez. 2007.

OLIVEIRA, Bruno Queiroz. O duplo grau de jurisdição na Ação Penal 470/MG: Considerações à luz do controle de convencionalidade. **Direito em Debate – Revista do Departamento de Ciências jurídicas e Sociais da UNIJUÍ**, Rio Grande do Sul, n. 47, v. 28, jan./jun. 2017. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/5771>> Acesso em: 24 jun. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. “Direito internacional dos direitos humanos e lei de anistia: o caso brasileiro”. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição 2** (2009). Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/38262052/2010RevistaAnistia02_1.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1530162190&Signature=7wMXy5ynIqo09XFxbSeynQLVuiQ%3D&response-contentdisposition=inline%3B%20filename%3DAFRANIO_MARCILIANO_AZEVEDO_ALAN_IR_CARDOS.pdf#page=176>. Acesso em: 21 jun. 2018.

PORTO, Thiago Heitor da Fontoura. **O Controle de Convencionalidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e uma Análise Crítica do Diálogo Interjurisdicional entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. 09.03.2017, 194 f., p. 87. Mestrado em Direito, Instituição de Ensino: Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul Biblioteca Depositária: UNISC.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o Controle de Convencionalidade: levando a sério os Tratados de Direitos Humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 104, jan./dez. 2009. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67857/70465>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

_____. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.



TORRES, Saulo de Medeiros; SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza e. “A Aplicação do Controle de Convencionalidade pelo Juiz Brasileiro: O Caso do Crime de Desacato”. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, Rio Grande do Norte, v. 10, n. 1, 2017. Mensal. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/13458/9132>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

VERSIANI, Gisele de Campos. **O Controle de Convencionalidade da Lei de Anistia Brasileira: A Decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. 12.04.2013, 131 f. Mestrado em Direito, Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte Biblioteca Depositária: PUC MINAS.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

Como citar este artigo

GOMES, E. B.; STELMACH, C. L. da S.; DAMMSKI, L. P. Controle de Convencionalidade e a Constituição Brasileira de 1988. **Revista Pan-americana de Direito**, Curitiba (PR), v. 1, n. 1, 2021. Disponível em: <https://periodicosfapad.emnuvens.com.br/rtpj/article/view/17>.