

**MARIANA BERNARDES CAVALCANTE DA COSTA**

**O controle das normas incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro  
oriundas de tratados internacionais sobre direitos humanos**

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Profa. Dra. Anna Candida da Cunha Ferraz

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo-SP**

**2019**



**MARIANA BERNARDES CAVALCANTE DA COSTA**

**O controle das normas incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro  
oriundas de tratados internacionais sobre direitos humanos**

Versão Corrigida

(Versão Original encontra-se na unidade que aloja o Programa de Pós-Graduação)

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação da Profa. Dra. Anna Candida da Cunha Ferraz.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo-SP**

**2019**

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

**Serviço de Processos Técnicos da Biblioteca da  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**

---

Costa, Mariana Bernardes Cavalcante da

O controle das normas incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro oriundas de tratados internacionais sobre direitos humanos / Mariana Bernardes Cavalcante da Costa. -- São Paulo, 2019.

158 p. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

Orientadora: Anna Candida da Cunha Ferraz.

1. Tratados Internacionais de Direitos Humanos. 2. Constituição de 1988. 3. Bloco de constitucionalidade. 4. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 5. Controle de convencionalidade. I. Ferraz, Anna Candida da Cunha, orient. II. Título.

---

Nome: COSTA, Mariana Bernardes Cavalcante da.

Título: O controle das normas incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro oriundas de tratados internacionais sobre direitos humanos

Dissertação a ser apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovado em: \_\_\_\_\_

Banca Examinadora

Prof. Dr.

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

## AGRADECIMENTOS

À Professora Orientadora Dra. Anna Candida da Cunha Ferraz, que nos anos de convivência me ajudou muito, contribuindo para meu crescimento científico e intelectual, sempre me ensinando com muita paciência e dedicação todo o seu amplo e vasto conhecimento na área do Direito Constitucional, a quem eu nutro muita admiração e carinho.

À Professora Dra. Fernanda Dias Menezes, pelas contribuições durante o projeto de qualificação, que com as suas valiosas sugestões de leitura de textos, me possibilitou refletir melhor para a elaboração da dissertação.

Ao Professor Dr. Alberto do Amaral Júnior pelas contribuições muito valiosas no exame do projeto de qualificação.

Ao professor Dr. Marcos Peixoto Mello Gonçalves que me auxiliou no projeto inicial para ingresso no mestrado em Direito do Estado na USP.

Aos meus pais e ao meu irmão por todo suporte durante o mestrado, sempre me ensinando a importância dos estudos e conhecimento para o engrandecimento do ser humano e por sempre me apoiarem nas minhas escolhas e caminhos.

Ao meu noivo e futuro marido Luiz Fernando Russo de Arruda pela paciência, companheirismo, carinho, amor e que sempre esteve ao meu lado com muita compreensão nas árduas horas de leitura e escrita.

À grande amiga Rebecca Groterhorst, que partilhou das minhas angústias e aflições durante o mestrado sempre me aconselhando da melhor maneira e me acalmando com suas sábias palavras de quem um dia trilhou esse mesmo caminho.

Ao amigo Vinícius Barboza que conheci nos congressos acadêmicos, que sempre me aconselhou sobre a vida acadêmica, pois já é um grande mestre e exemplo para os alunos e acreditou no meu potencial como professora.

Aos colegas professores do Centro Universitário Estácio de São Paulo em especial a professora coordenadora Roberta Candido por acreditar no meu potencial e à querida amiga Gisela.

Aos colegas do escritório Pollet Advogados Associados pelo apoio e compreensão durante o período do mestrado.

## RESUMO

COSTA, Mariana Bernardes Cavalcante da. **O controle das normas incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro oriundas de tratados internacionais sobre direitos humanos.** 2018. 158 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

A presente pesquisa tem por objetivo estudar o controle das normas internacionais de direitos humanos incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, especialmente o controle de convencionalidade. Nesse sentido a Constituição de 1988, ganhou novos contornos com a inserção de documentos internacionais inicialmente na matéria inscrita no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal. Após a Reforma do Poder Judiciário com a Emenda Constitucional nº 45/2004, de 8 de dezembro de 2004: a inserção do § 3º no art. 5º a hierarquização constitucional dos novos documentos internacionais (tratados e convenções) de direitos humanos. Uma vez realizado o estudo dos § 2º e § 3º do art. 5º a pesquisa tratará do bloco de constitucionalidade e de sua aplicação na doutrina e jurisprudência brasileiras. Por fim, este trabalho analisará o controle de convencionalidade no que se refere a sua execução, seja pela Corte Interamericana de direitos humanos, seja por países latino-americanos, inclusive pelo Brasil.

**Palavras-chave:** Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Constituição de 1988. Bloco de constitucionalidade. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Controle de convencionalidade.

## ABSTRACT

COSTA, Mariana Bernardes Cavalcante da. **The control of the norms incorporated into the Brazilian legal system resulting from international treaties on human rights.** 2018. 158 p. Dissertation (Master) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2019.

The objective of this research is to study the control of international human rights standards incorporated into the Brazilian legal system, especially the control of conventionality. In this sense, the Constitution of 1988, gained new contours with the insertion of international documents initially in the matter inscribed in art. 5<sup>th</sup>, paragraph 2<sup>o</sup>, of the Federal Constitution. After the Reform of the Judiciary with Constitutional Amendment 45/2004, of December 8, 2004: the insertion of Paragraph 3<sup>o</sup> in art. 5<sup>th</sup>, the constitutional ranking of new international documents (treaties and conventions) on human rights. Once the study of paragraphs 2<sup>o</sup> and 3<sup>o</sup> of art. 5<sup>th</sup>, the research will deal with the constitutionality block and its application in Brazilian doctrine and jurisprudence. Finally, this paper will analyze the control of conventionality regarding its execution, be it by the Inter-American Court of Human Rights, or by Latin American countries, including Brazil.

**Keywords:** International Human Rights Treaties. Constitution of 1988. Constitutionality block. Inter-American Court of Human Rights. Conventionality control.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>CAPÍTULO 1 – A INCORPORAÇÃO DE TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO</b> .....	17
<b>1 A evolução dos direitos humanos</b> .....	17
1.1 As principais etapas da evolução dos direitos humanos.....	17
1.2 As declarações de Direitos Humanos nacionais e os seus reflexos para além das fronteiras.....	18
<b>2 A internacionalização dos direitos humanos</b> .....	21
2.1 A evolução dos documentos internacionais de direitos humanos e a sua aceitação no concerto das nações .....	21
2.2 A internacionalização dos direitos humanos no pós-Segunda Guerra Mundial .....	22
2.2.1 <i>Os principais documentos do Direito Internacional</i> .....	26
2.2.2 <i>Declaração Universal dos Direitos Humanos</i> .....	26
2.2.3 <i>Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP)</i> .....	28
2.2.4 <i>Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC)</i> .....	30
2.2.5 <i>Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio</i> .....	32
2.2.6 <i>Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes</i> .....	33
2.2.7 <i>Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher</i> .....	36
2.2.8 <i>Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial</i> ..	39
2.2.9 <i>Convenção sobre os Direitos da Criança</i> .....	43
2.2.10 <i>Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias</i> .....	45
<b>CAPÍTULO 2 - O REFLEXO DOS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL NAS CONSTITUIÇÕES DOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS</b> .....	49
<b>2 Breve análise de algumas constituições pós-União Europeia</b> .....	49
2.1 Breves referências a algumas Constituições Latino-Americanas.....	55

**CAPÍTULO 3 – OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NAS  
CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS ..... 65**

**3 As etapas do tratamento doutrinário e jurisprudencial dos tratados e convenções de Direitos  
Humanos nas constituições brasileiras ..... 65**

3.1 As constituições anteriores à Constituição Federal de 1988..... 65

3.1.2 *A Constituição Federal de 5 outubro de 1988..... 70*

3.2 A Disciplina dos tratados de Direitos Humanos na Constituição originária de 1988 e a  
interpretação do Supremo Tribunal Federal ..... 71

3.2.1 As inovações trazidas pelo § 2º do artigo 5º da Constituição Federal e a sua interpretação pela  
doutrina e pela jurisprudência..... 71

3.2.2 *A aplicabilidade do § 1º do artigo 5º da Constituição Federal relativamente aos tratados..... 77*

3.3 Alterações na interpretação do Supremo Tribunal Federal com referência ao § 2º do art. 5º da  
Constituição Federal ..... 81

3.4 As inovações da Emenda Constitucional nº 45/2004: a inserção do § 3º do art. 5º e a  
hierarquização constitucional dos novos documentos internacionais (tratados e convenções) de  
direitos humanos ..... 86

3.4.1 *A doutrina e a jurisprudência construídas sobre o § 3º do artigo 5º da Constituição Federal . 90*

3.5 Reflexos do § 3º na interpretação do § 2º, ambos do artigo 5º da Constituição Federal ..... 94

3.6 Reflexos da inovação constitucional..... 95

3.7 Os controles difuso e concentrado de constitucionalidade e sua aplicabilidade aos tratados  
internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro ..... 97

**CAPÍTULO 4 – O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE E A SUA ADOÇÃO NO BRASIL  
..... 101**

**4 Conceito de “Bloco de Constitucionalidade”, sua origem e seu objeto..... 101**

4.1 O Bloco de Constitucionalidade na América Latina ..... 106

4.2 O Bloco de Constitucionalidade e a inserção dos documentos internacionais de direitos humanos  
como parâmetro para o exercício do controle jurisdicional no Brasil ..... 109

**Capítulo 5 – O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE ..... 119**

**5. Conceito de “controle de convencionalidade” e a diferença entre este e o controle de  
constitucionalidade ..... 119**

5.1 O Controle de Convencionalidade Internacional e o Controle de Convencionalidade Nacional 120

5.2 O Controle de Convencionalidade na Europa: França, Alemanha, Espanha e Itália..... 121

5.3 A origem do Controle de Convencionalidade na Corte Interamericana de Direitos Humanos ... 131

<i>5.3.1 Sujeitos habilitados a realizar o controle de convencionalidade no Sistema Interamericano e sua condição jurídica</i> .....	133
<i>5.3.2 Instrumentação do controle de convencionalidade no Sistema Interamericano</i> .....	139
5.4 Modos de controle de convencionalidade no direito brasileiro: análise da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	141
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>145</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>151</b>



## INTRODUÇÃO

A Constituição Brasileira de 1988 nasceu de forma inovadora, com um perfil democrático diferente das Constituições anteriores e caracterizada por um constitucionalismo social.

O texto de 1988 ainda inova ao alargar as dimensões dos direitos e das garantias, não mais se limitando a assegurar direitos individuais. Desse modo, a Carta de 1988 passa a incorporar a tutela dos direitos coletivos e difusos, concebendo-se, assim, a serviço da democratização do Estado e da sociedade, como uma ordem fundamental e um programa de ação por meio do qual a sociedade se constitui como uma unidade socioeconômica e política.

Diante disso, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 incorporou desde logo as três dimensões dos direitos humanos, quais sejam: os direitos de primeira geração, que representam os direitos civis e políticos; os de segunda geração, que são os direitos sociais, econômicos e culturais; e, por fim, os de terceira geração, que são os direitos ligados ao valor de fraternidade (ou de solidariedade).<sup>1</sup>

Um marco importante dessa Constituição foi a integração dos tratados internacionais de direitos humanos, que tiveram tratamento especial na Carta Magna, não apenas pelo imenso rol de direitos que prescreveu, mas, principalmente, por considerar, expressamente, a introdução, no plano nacional, do respeito aos direitos humanos declarados no plano internacional.

A inserção dos documentos internacionais na Constituição deu-se, inicialmente, na matéria inscrita em seu art. 5º, § 2º.<sup>2</sup> No entanto, essa questão ganhou novos contornos após a Emenda Constitucional nº 45/2004, de 8 de dezembro de 2004, que trouxe uma

---

<sup>1</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 71-76.

<sup>2</sup> Segundo Anna Candida da Cunha Ferraz, o § 2º do art. 5º da Constituição, que prevê que “os direitos e garantias expressos no texto não excluem outros direitos decorrentes dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais” de que o País seja parte, mereceu da doutrina observações no sentido de que apontava como fonte desse texto, nas constituições brasileiras anteriores, ou seja, do nascimento de “direitos residuais, inominados, implícitos ou decorrentes” a 9ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, promulgada em 1791. Assim, o texto de 1988 repete disposições das constituições anteriores, mas com uma importante inovação: a inclusão dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos como fonte desses direitos. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Conflitos e tensões na Jurisdição Constitucional decorrentes da Internacionalização dos Direitos Humanos*. *Direitos Fundamentais e Justiça*, v. 28, 2014. P. 139.

importante inovação para o Direito Brasileiro, qual seja, a introdução de tratados internacionais de direitos humanos com força de emenda constitucional, conforme previsão expressa do art. 5º, § 3º, da Carta Magna.

Antes dessa modificação, os tratados internacionais de direitos humanos seguiam o mesmo *iter* de aprovação dos demais tratados, embora aqueles fossem disciplinados pelo art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988. As bases constitucionais para esse tratamento são disciplinadas no art. 84, VIII, da Constituição Federal, que estabelece competir ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais sujeitos a referendo do Congresso Nacional; e no art. 49, I, que dispõe que é de competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos e atos internacionais que acarretem encargos ou sejam gravosos ao patrimônio.<sup>3</sup>

Essas duas diferentes disposições sobre a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos trouxeram uma enorme discussão na interpretação doutrinária e jurisprudencial a respeito da forma como tais tratados são incorporados no ordenamento jurídico brasileiro e, em consequência, sobre como se exerce o controle jurisdicional desses direitos. Duas correntes principais<sup>4</sup> formaram-se a esse respeito, uma encabeçada pelos constitucionalistas e outra pelos internacionalistas.

O foco principal deste trabalho será justamente analisar qual é a força normativa e a hierarquia dos tratados de direitos humanos internacionais no plano constitucional brasileiro e, especialmente, que forma de controle poderá incidir sobre esses tratados a partir da Constituição originária de 1988 e de suas posteriores modificações.

Para o exame aprofundado do tema, esta pesquisa abordará cinco questões que consideramos essenciais para a discussão em tela, questões estas a serem desenvolvidas ao longo dos cinco capítulos que compõem este trabalho.

No primeiro capítulo do presente trabalho, abordar-se-á a evolução – principais etapas – dos direitos humanos no plano internacional; das declarações de direitos humanos nacionais e seus reflexos além das fronteiras; da internacionalização dos direitos humanos e de alguns dos principais tratados de direitos humanos que foram ratificados pelo Brasil.

---

<sup>3</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 226.

<sup>4</sup> Importante mencionar que existem a respeito desse tema duas correntes doutrinárias divergentes: uma encabeçada por constitucionalistas como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Elival da Silva Ramos e Anna Candida da Cunha Ferraz; e outra encabeçada por internacionalistas como Flávia Piovesan, André de Carvalho Ramos e Valério de Oliveira Mazzuoli.

Esse capítulo analisará ainda a forma como esses tratados foram incorporados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, bem como o controle realizado sob as normas de tais tratados.

No segundo capítulo, será estudada a incorporação e os reflexos dos documentos internacionais no pós-Segunda Guerra Mundial nas constituições de países europeus e latino-americanos.

A Constituição de 1988, conforme afirmado, inovou no que diz respeito à posição dos tratados de direitos humanos no Brasil. Pela primeira vez há, no espaço dedicado ao tratamento dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, o tratamento dessa matéria, introduzida, como também já mencionado, pela redação do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988 e da sua interpretação<sup>5</sup>.

A interpretação constitucional do referido parágrafo 2º<sup>6</sup> é uma das principais questões entre as que serão debatidas no terceiro capítulo desta dissertação: qual o sentido desse parágrafo, seu alcance, objeto, etc. Em seguida, será examinada a doutrina constitucional anterior a 1988 a propósito dos chamados direitos implícitos.<sup>7</sup> Em um exame preliminar, constata-se que se formaram doutrinas divergentes entre constitucionalistas e internacionalistas sobre a importância e a função do parágrafo 2º, que cuida, como se viu, de assegurar direitos provenientes de tratados internacionais de direitos humanos. Desse modo, serão examinadas, pois, a doutrina e a jurisprudência que predominaram antes da Constituição de 1988 e as que foram criadas sobre essa questão de

---

<sup>5</sup> Sobre esse tema, Ingo Sarlet afirma que, com base no disposto no art. 5º, § 2º, da CF, é possível identificar dois grandes grupos de direitos e garantias fundamentais: a) os expressamente positivados, portanto, com direito assento em texto normativo, que, por sua vez, abrange direitos e garantias fundamentais do Título II; os direitos dispersos pelo texto constitucional, portanto, situados em outras partes da Constituição, bem como os direitos expressamente reconhecidos e protegidos pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil; b) direitos decorrentes do regime e dos princípios ou direitos implícitos, aqui compreendidos, em sentido amplo, como todos aqueles direitos e garantias não diretamente (explicitamente) positivados. Cada uma das categorias arroladas envolve, apesar da característica comum de comporem o universo dos direitos fundamentais consagrados pela ordem jurídico-brasileira, uma série de aspectos teóricos e práticos peculiares. In: CANOTILHO, J. J. G. *et al* (Org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 517.

<sup>6</sup> Pinto Ferreira aponta que a finalidade do preceito é evitar e coibir violações contra os direitos humanos: por isso a enumeração é puramente exemplificativa e não exaustiva. In: PINTO FERREIRA. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 220.

<sup>7</sup> Neste sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma, em relação ao parágrafo segundo, que o exame deste parágrafo demonstra simplesmente que a Constituição Brasileira não pretende ser exaustiva ao enumerar os direitos fundamentais. Por isso, além desses direitos explicitamente reconhecidos, o autor admite existirem outros “decorrentes do regime e dos princípios por ela [Constituição] adotados”, incluindo também aqueles que derivam de tratados internacionais. In: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1, p. 87-88.

1988 a 2004, ou seja, anteriores à reforma da Constituição de 1988 feita por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, que inova profundamente nessa matéria.

A segunda problemática a ser tratada ainda no terceiro capítulo é a inclusão, por meio da referida Emenda, do § 3º no art. 5º da Constituição. Faz-se essencial examinar, pois, a interpretação desse novo conteúdo constitucional, quais foram os reflexos desse parágrafo em relação ao parágrafo 2º e como ambos os parágrafos se relacionam e se complementam. A concretização e a interpretação desse novo parágrafo ao artigo 5º da Constituição Federal trouxeram, conforme acentuam a doutrina e a jurisprudência, consequências no controle de constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao direito brasileiro. Veja-se, como exemplo, a nova interpretação pelo julgamento do RE 466.343/SP (julgado em 3 de dezembro de 2008).<sup>8</sup>

No quarto capítulo, discutir-se-á a admissão, pelo Brasil, do chamado “bloco de constitucionalidade” e, em consequência, a inovação relativa ao parâmetro de constitucionalidade no que diz respeito à hierarquia dos direitos humanos, seja sob a forma de incorporação dos tratados estabelecida pelo § 2º do art. 5º, seja pela forma introduzida pelo § 3º do mesmo artigo, ambos da Constituição de 1988. Essa questão vem provocando na doutrina<sup>9</sup> e na jurisprudência<sup>10</sup> profundas discussões, especialmente em torno da noção de supremacia constitucional formal e material, que desde sempre é, no constitucionalismo moderno, admitida como parâmetro para o exercício do controle de constitucionalidade, questionando-se se pode essa constitucionalidade ser alargada, nela inserindo direitos não estabelecidos expressamente na Constituição por força da noção do bloco de constitucionalidade. Além das discussões doutrinárias, destaca-se que a jurisprudência também se debruça sobre o assunto, como se pode verificar em diversas decisões do Supremo Tribunal Federal<sup>11</sup> que tratam do tema.

Por fim, no quinto capítulo, serão analisadas a incidência do controle de convencionalidade sobre os documentos e tratados internacionais de direitos humanos

---

<sup>8</sup> Nesse julgado, o Ministro Gilmar Mendes adotou a tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004. Sobre esse tema, Mendes pontuou: “[A Emenda] acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico”.

<sup>9</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 82 e ss.

<sup>10</sup> Vide a título de exemplo as decisões proferidas sobre o “bloco de constitucionalidade” no Supremo Tribunal Federal, quais sejam: ADIN 595-ES e RE 466.343-SP.

<sup>11</sup> Em relação à inovação relativa ao parâmetro de constitucionalidade no que diz respeito à hierarquia dos direitos humanos, ver as seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal: HC 91.361/SP e ADI 2.076-AC.

incorporados (ou não) ao direito brasileiro e a proteção internacional de tais documentos e tratados. Sobre essa questão, cabe destacar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos não leva em consideração a maneira como o tratado ingressa no sistema de um Estado, mas, em primeiro lugar, se o Estado assinou ou não o tratado e, em segundo lugar, se mesmo não tendo assinado o tratado, tal Estado leva em consideração o seu teor.



## CAPÍTULO 1 – A INCORPORAÇÃO DE TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO

Neste capítulo, estudaremos a evolução dos direitos humanos, suas principais etapas, as declarações de Direitos Humanos nacionais com reflexos além das fronteiras, bem como a internacionalização dos Direitos Humanos no pós-Segunda Guerra Mundial e por fim alguns dos principais documentos do direito internacional dos direitos humanos ratificados pelo Brasil.

### 1 A evolução dos direitos humanos

A evolução dos Direitos Humanos tem um caráter histórico muito importante, refletindo um construído axiológico a partir de um espaço simbólico de luta e ação social.

Segundo Joaquín Herrera Flores, os Direitos Humanos compõem a racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana.<sup>12</sup> Para Norberto Bobbio, os Direitos Humanos não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas.<sup>13</sup> Já de acordo com uma das filósofas mais influentes do século XX, a alemã Hannah Arendt, os Direitos Humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, e, por isso mesmo, estão em constante processo de construção e reconstrução.<sup>14</sup>

Neste primeiro Capítulo, faz-se necessário realizar uma breve digressão histórica para melhor compreender a evolução dos Direitos Humanos, que sempre se caracterizaram pela tensa dicotomia *valores da liberdade x valores da igualdade*.

#### 1.1 As principais etapas da evolução dos direitos humanos

O século XVII foi representado pela aquisição de liberdades pessoais, garantidas pelo *habeas corpus* e pelo *Bill of Rights* do final do século, os quais não beneficiavam

---

<sup>12</sup> FLORES, Joaquín Herrera. *Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência*. Mimeo, p.7

<sup>13</sup> BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1988. p. 12-16.

<sup>14</sup> ARENDT, Hannah. *As origens do Totalitarismo*. Tradução de Roberto de Raposo. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2012. p. 134.

indistintamente todos os súditos do então rei da Inglaterra, mas, preferencialmente, os dois estamentos desse reino: o clero e a nobreza. O inesperado foi que, dada a formulação mais geral e abstrata do que dispunha a Magna Carta, a garantia dessas liberdades individuais acabou beneficiando a burguesia rica. Pode-se mesmo afirmar que sem esse novo estatuto das liberdades civis e políticas o capitalismo industrial dos séculos seguintes dificilmente teria prosperado.<sup>15</sup>

A instituição-chave para, por um lado, a limitação do poder monárquico e, por outro, para a garantia das liberdades na sociedade civil foi o Parlamento. Com o *Bill of Rights* britânico, a ideia de um governo representativo – não do povo, mas de duas camadas superiores – começa a firmar-se como garantia institucional indispensável para as liberdades civis.

Dada a importância das principais etapas da evolução, passa-se, em um primeiro momento, ao estudo das declarações de direitos humanos em âmbito nacional e os seus reflexos para além das fronteiras. Em seguida, será abordada a internacionalização dos direitos humanos.

## 1.2 As declarações de Direitos Humanos nacionais e os seus reflexos para além das fronteiras

No século XVIII, tivemos duas importantes declarações, quais sejam, a Declaração Americana de 1776 e a Declaração Francesa de 1789, que refletiam um discurso liberal da cidadania e que ecoaram para além das fronteiras americana e francesa. Ambos os documentos representavam a ótica contratualista liberal, pela qual os Direitos Humanos se reduziam aos direitos à liberdade, à segurança e à propriedade, complementados pelo direito de resistência à opressão. Daí o primado do valor da liberdade, com a supremacia dos direitos civis e políticos e a ausência de previsão de qualquer direito social, econômico e cultural que dependesse da intervenção do Estado.

Nesse sentido, a respeito do primado do valor da liberdade, o art. 1º da Declaração de direitos do bom povo da Virgínia, de 1776, foi expresso ao dispor:

Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em

---

<sup>15</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 49.

estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.<sup>16</sup>

Segundo Fábio Konder Comparato, esse artigo é o reconhecimento solene de que todos os homens são igualmente vocacionados pela sua própria natureza ao aperfeiçoamento constante de si mesmos. A “busca da felicidade”, que é a razão de ser inerente à própria condição humana, foi repetida na Declaração de Independência dos Estados Unidos duas semanas após a promulgação da Declaração de direitos do bom povo da Virgínia, de 1776. Uma razão de ser imediatamente aceitável por todos os povos, em todas as épocas e civilizações. Uma razão universal, como a própria pessoa humana.<sup>17</sup>

Treze anos depois da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, no ato de abertura da Revolução Francesa, a ideia de liberdade e igualdade dos seres humanos é reafirmada e reforçada: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”.<sup>18</sup> Faltou apenas o reconhecimento da fraternidade, isto é, a organização da vida em comum, que foi alcançada só com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em 10 de dezembro de 1948.

Mais à frente na história, verifica-se, por sua vez, que, especialmente após a Primeira Guerra Mundial, ao lado do discurso liberal da cidadania, fortalece-se também o discurso social da cidadania; e, sob a influência da concepção marxista-leninista, é elaborada, em 1918, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da então República Soviética Russa. Do primado da liberdade, transita-se ao primado do valor da igualdade, objetivando-se eliminar a exploração econômica. O Estado passa a ser visto como agente de processos transformadores, e o direito à abstenção do Estado, nesse sentido, converte-se em direito à atuação estatal, com a emergência dos direitos a prestações sociais.

---

<sup>16</sup> DECLARAÇÃO de direitos do bom povo da Virgínia – 1776. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>. Acesso em: 6 jun. 2018.

<sup>17</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 49.

<sup>18</sup> DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 6 jun. 2018.

A Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado e as Constituições sociais do início do século XX primaram por englobar um discurso social da cidadania, em que a igualdade era o direito basilar e em que era previsto um extenso conjunto de direitos econômicos, sociais e culturais.

A Constituição Mexicana de 1917 destacou-se, pois foi a primeira carta política que sistematizou o conjunto de direitos sociais do homem (trabalhistas e previdenciários), estabelecendo, ainda, critérios de participação estatal na ordem econômica e social, já a Constituição de Weimar, de 1919 determinou que direitos trabalhistas e previdenciários fossem elevados ao nível constitucional de direitos fundamentais conforme previsão expressa dos arts. 157 e seguintes.

De acordo com Comparato, o reconhecimento dos Direitos Humanos de caráter econômico e social foi um benefício advindo do reconhecimento do movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XIX. Os socialistas logo perceberam que os flagelos sociais não eram cataclismos da natureza, nem efeitos necessários da organização racional das atividades econômicas, mas resultavam da lógica capitalista consistente em atribuir aos bens de capital um valor muito superior ao das pessoas.<sup>19</sup>

Assim, ainda segundo Comparato, os Direitos Humanos de proteção do trabalhador somente puderam prosperar a partir do momento em que os donos do capital foram obrigados a se compor com os trabalhadores. Essa é a razão pela qual, para esse mesmo autor, não é de se admirar que a transformação radical das condições de produção no final do século XX, tornando cada vez mais indispensável a contribuição da força de trabalho e privilegiando o lucro especulativo, tenha enfraquecido gravemente o respeito a esses direitos em quase todo o mundo.<sup>20</sup>

Dessa maneira, fica claro que tanto a Declaração Americana de 1776 e a Declaração Francesa de 1789, quanto a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador, promulgada após a Primeira Guerra Mundial, refletiram para além de suas fronteiras, influenciando diversas constituições, como a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar, de 1919.

---

<sup>19</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 53.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 53.

## **2 A internacionalização dos direitos humanos**

O processo de internacionalização dos direitos humanos pode ser dividido em duas etapas, a saber: segunda metade do século XIX, período que se finalizou com a Segunda Guerra Mundial; e após a Segunda Guerra Mundial, a partir de 1945.

### **2.1 A evolução dos documentos internacionais de direitos humanos e a sua aceitação no concerto das nações**

A primeira fase de internacionalização dos direitos humanos manifestou-se basicamente em três setores: no direito humanitário, na luta contra a escravidão e na regulação dos direitos do trabalhador assalariado.

No campo do direito humanitário, que compreende o conjunto de leis e costumes de guerra que visam a minorar o sofrimento dos soldados prisioneiros, doentes e feridos, bem como das populações civis atingidas por um conflito bélico, o primeiro documento normativo de caráter internacional foi a Convenção de Genebra de 1864, com base na qual foi fundada, em 1880, a Comissão Internacional da Cruz Vermelha. A Convenção foi revista em 1908, a fim de se estenderem seus princípios aos conflitos marítimos (Convenção de Haia), e em 1929, para a promoção de proteção dos prisioneiros de guerra (Convenção de Genebra).

Outro setor dos direitos humanos em que se manifestou essa tendência à internacionalização foi no da luta contra a escravatura. O Ato Geral da Conferência de Bruxelas de 1890 estabeleceu, embora sem efetividade, as primeiras regras interestatais de repressão ao tráfico de escravos africanos. Tal Ato foi seguido, em 1926, por uma Convenção celebrada em Genebra, no quadro da Liga das Nações.

Por fim, com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, a proteção do trabalhador assalariado passou também a ser objeto de uma regulação convencional entre os diferentes Estados. Até o início da Segunda Guerra Mundial, a OIT havia aprovado 67 convenções internacionais, das quais apenas três não contaram com ratificação.

## 2.2 A internacionalização dos direitos humanos no pós-Segunda Guerra Mundial

A segunda etapa da internacionalização dos direitos humanos, conforme já mencionado, iniciou-se em 1945. Com o fortalecimento do totalitarismo estatal dos anos 1930 e com os massacres e atrocidades ocorridos durante a Segunda Guerra, a humanidade compreendeu o valor supremo da dignidade humana. Depreende-se, assim, que o sofrimento como matriz do mundo e dos homens, conforme ensina a luminosa sabedoria grega, veio aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, sancionada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, e a Convenção Internacional sobre a prevenção e punição do crime de genocídio, aprovada um dia antes do deferimento da Declaração no quadro da ONU, constituem os marcos inaugurais da nova fase histórica, que se encontra em pleno desenvolvimento.

A Declaração Universal de Direitos Humanos introduz extraordinária inovação ao ser elaborada com uma linguagem de direitos até então inédita. Combinando o discurso liberal da cidadania com o discurso social, o documento passou a elencar tanto direitos civis e políticos (arts. 3º a 21), como direitos sociais, econômicos e culturais (arts. 22 a 28), afirmando a concepção contemporânea dos direitos humanos.

Essa concepção é fruto do movimento de internacionalização de direitos humanos que surge no pós-Segunda Guerra como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. É nesse cenário que se vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional. Se a barbárie do totalitarismo significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução. Nas palavras de Thomas Buergenthal:

O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse.<sup>21</sup>

Fortalece-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional.

---

<sup>21</sup> BUERGENTHAL, Thomas. *International Human Rights*. Minnesota: West Publishing, 1988. p.17 (tradução livre).

Prenuncia-se, assim, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrente de sua soberania.

Nesse contexto, a Declaração de 1948 vem inovar a gramática dos direitos humanos, introduzindo a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta última considerada como valor intrínseco à condição humana. Isso porque todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, independente de qualquer outro critério, senão ser humano.

O valor da dignidade humana, incorporado pela Declaração Universal de 1948, constitui o norte e o lastro ético dos demais instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.<sup>22</sup> Todos eles introjetam, no marco do positivismo internacional dos direitos humanos, a dignidade humana como um valor fundante.

Sob o prisma jurídico, percebe-se que a primazia da pessoa, fundada na dignidade humana, é resposta à aguda crise sofrida pelo positivismo jurídico. Tal crise é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder legalmente e promoveram a barbárie em nome da lei, como leciona Luís Roberto Barroso.<sup>23</sup>

Importante ainda ressaltar que, ao emergir a Segunda Guerra Mundial, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana, em repúdio à ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, captado pela ótica meramente formal. Intenta-se a reaproximação da ética e do Direito e, nesse esforço, surge a força normativa dos princípios, especialmente a do princípio da dignidade humana.

Após a Segunda Guerra Mundial, há um reencontro com o pensamento kantiano, ou seja, com as ideias de moralidade, dignidade, Direito cosmopolita e paz perpétua. Para

<sup>22</sup> PIOVESAN, Flávia. Tratados Internacionais de proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/piovesan-tratados.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2018.

<sup>23</sup> BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 4, n. 5, 2001. Disponível em: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista15/revista15\\_11.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf). Acesso em: 6 jun. 2018.

Kant, as pessoas e, em geral, qualquer espécie racional devem existir com um fim em si mesmo e jamais como um meio a ser arbitrariamente usado para este ou aquele propósito. Os objetos têm, por sua vez, um valor condicional, enquanto irracionais, por isso são chamados “coisas”, substituíveis por outras equivalentes. Os seres racionais, ao revés, são chamados “pessoas” porque constituem um fim em si mesmo, têm um valor intrínseco absoluto, são insubstituíveis e únicos e não devem ser tomados meramente como meios.<sup>24</sup> Dessa maneira, segundo Kant, as pessoas são dotadas de dignidade. O filósofo acrescenta ainda que a autonomia é a base da dignidade humana e de qualquer criatura racional.<sup>25</sup> Kant lembra que a ideia de liberdade está intimamente conectada com a concepção de autonomia por meio do princípio universal da moralidade, que, idealmente, é o fundamento de todas as ações de seres racionais.<sup>26</sup>

Além de afirmar a universalidade dos direitos humanos, a Declaração Universal acolhe a ideia de indivisibilidade dos direitos humanos, baseando-se em uma visão integral de direitos. A garantia dos direitos civis e políticos é a condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de unir o catálogo dos direitos sociais, econômicos e culturais.

A partir de 1948, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de diversos instrumentos internacionais de proteção. A Declaração de 1948 confere lastro axiológico e unidade valorativa a esse campo do Direito.

O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção desses direitos. Esse sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos – do “mínimo ético irreduzível”. Nesse sentido, cabe destacar que, até agosto de 2007, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos contava com 160 Estados-partes; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com 157 Estados-partes; a Convenção contra a Tortura, com 145 Estados-partes; a Convenção sobre a

---

<sup>24</sup> WALDRON, Jeremy. *Theories of rights*. Oxford/New York: Oxford University Press, 1984.

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> KANT, Immanuel. Fundamental Principles of the Metaphysics of Moral. In: Alen Wood (Ed.) *Basic Writings of Kant*. New York: The Modern Library, 2001. p. 185-186.

Eliminação de Discriminação contra a mulher, com 185 Estados-partes; e a Convenção sobre os Direitos da Criança apresentava a mais ampla adesão, com 193 Estados-partes.<sup>27</sup>

Ao lado do sistema normativo global, surgem os sistemas regionais de proteção que buscam internacionalizar os direitos humanos nos planos regionais, particularmente na Europa, América e África. Adicionalmente, há um incipiente sistema árabe e a proposta de criação de um sistema asiático. Consolida-se, assim, a convivência do sistema global da ONU com instrumentos de sistemas regionais.

Os demais sistemas globais e regionais não são dicotômicos, mas sim complementares, uma vez que são todos inspirados nos valores e princípios da Declaração Universal, que compõe o universo instrumental de proteção dos direitos humanos no plano internacional.

Dessa maneira, os diversos sistemas de proteção dos direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. O propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos garantindo os mesmos direitos tem, pois, o objetivo de ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos. O que importa é o grau de eficácia e proteção e, por isso, deve ser aplicada a norma que, no caso concreto, melhor proteja a vítima. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, esses sistemas se complementam, interagindo com o sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e proteção de direitos fundamentais.

Por fim, conforme é possível observar nas reflexões feitas neste capítulo, a concepção contemporânea de direitos humanos caracteriza-se pelos processos de universalização e internacionalização desses direitos, compreendidos sob o prisma de sua indivisibilidade. Ressalta-se que a Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, subscrita por 171 Estados, endossa a universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos, revigorando o lastro de legitimidade da chamada concepção contemporânea de direitos humanos, introduzida pela Declaração de 1948. A Declaração de Viena afirma ainda a interdependência entre os valores dos direitos humanos, a democracia e o desenvolvimento<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> A respeito, consultar *Human Development Report*, UNDP, New York/Oxford University Press, 2007.

<sup>28</sup> DECLARAÇÃO de Viena. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de-Prote%C3%A7%C3%A3o/declaracao-e-programa-de-acao-de-viena.html>. Acesso em: 6 jun. 2018.

### *2.2.1 Os principais documentos do Direito Internacional*

Nesta subseção, serão estudados alguns dos principais documentos internacionais que trataram dos direitos humanos e que serviram de inspiração para diversos sistemas regionais de proteção desses direitos, inclusive para o Interamericano.

No Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, temos: a) a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), b) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), c) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais (1966), d) a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948), e) a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), f) a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), g) a Convenção sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Racial (1965), h) a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e i) a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e seus Familiares (1990).

### *2.2.2 Declaração Universal dos Direitos Humanos*

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) surge para delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais. Desde o seu preâmbulo, afirma-se a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Segundo a Declaração Universal, a condição humana é requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos é a concepção que, posteriormente, vem a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos que possam integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Ademais, a Declaração de 1948 introduz a ideia de indivisibilidade desses direitos, ao conjugar o catálogo dos direitos civis e políticos ao catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais. Esse documento estabelece duas categorias de direitos, quais sejam: a dos direitos civis e políticos, que constam nos arts. 3º a 21; e a dos direitos econômicos, sociais e culturais, previstos nos arts. 22 a 28. Dessa forma, essa Declaração combina o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade ao valor da igualdade. Consolida-se, assim, a concepção contemporânea de

direitos humanos, segundo a qual esses direitos demandam uma visão integral, concebidos como uma unidade interdependente, inter-relacionada e indivisível.

Importante, ainda, ressaltar o teor do documento: logo no artigo I, a Declaração proclama três princípios axiológicos fundamentais em matéria de direitos humanos: a liberdade, a igualdade e a fraternidade, princípios esses que surgiram na Revolução Francesa de 1789.

O princípio da liberdade compreende tanto a dimensão política quanto a individual. A primeira vem declarada no artigo XXI e a segunda nos artigos VII a XIII e XVI a XX. Reconhece-se, com isso, que ambas as dimensões são complementares e interdependentes.

O princípio da igualdade essencial ao ser humano, não obstante as múltiplas diferenças de ordem biológica e cultural que distinguem os homens, é firmado no artigo II.

Já no princípio da solidariedade está a base dos direitos econômicos e sociais, que a Declaração afirma nos artigos XXII a XXVI. Trata-se de exigências de proteção às classes ou grupos sociais mais fracos ou necessitados, a saber:

- a) O direito à seguridade social (arts. XXII e XXV).
- b) O direito ao trabalho e à proteção contra o desemprego (art. XXII, 1).
- c) Os principais direitos ligados ao contrato de trabalho, como a remuneração igual (art. XXIII, 2), o salário mínimo (art. XXXIII, 3), o repouso e o lazer, a limitação horária da jornada de trabalho, as férias remuneradas (art. XXIV).
- d) A livre sindicalização dos trabalhadores (art. XXIII, 4).
- e) O direito à educação: ensino elementar obrigatório e gratuito, a generalização da instrução técnico-profissional, a igualdade de acesso ao ensino superior (art. XXVI).

Além de enunciar nos três primeiros artigos os valores fundamentais da liberdade, da igualdade e da fraternidade e proclamar que todos os seres humanos têm direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal, a Declaração afirmou ainda a proibição absoluta da escravidão e do tráfico de escravos (art. IV).

O documento também reconheceu o direito de asilo a todas as vítimas de perseguição (art. XIV) e o de todos terem uma nacionalidade (art. XV), isso porque, com o

término da Segunda Guerra Mundial, surgiu uma multidão de refugiados em toda a Europa. Além disso, o Estado nazista aplicou sistematicamente a política da supressão da nacionalidade alemã a grupos minoritários, dando origem aos chamados apátridas.

Outro traço importante da Declaração Universal de 1948 foi a afirmação da democracia como único regime político compatível com o pleno respeito aos direitos humanos (arts. XXI e XXIX, alínea 2). O regime democrático passa a ser, pois, não uma alternativa política entre muitas outras, mas a única opção legítima para a organização do Estado.

Por fim, importante ressaltar o reconhecimento, no artigo XXVIII, que prevê, em outras palavras, que toda pessoa tem direito a uma ordem que garanta a efetivação de todos os Direitos e liberdades fundamentais, razão pela qual esse artigo trata do primeiro e mais fundamental dos chamados direitos da humanidade, aquele que tem por objetivo a constituição de uma ordem internacional respeitadora da dignidade humana.

### 2.2.3 Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP)

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) foi adotado na XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro 1966, juntamente com o Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (PIDESC). Contudo, o PIDCP entrou em vigor somente em 1976, após a ratificação de 35 Estados (art. 49, § 1º).

No Brasil, o Congresso Nacional aprovou o PIDCP por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991. A nota de adesão a esse Pacto foi depositada em 24 de janeiro de 1992, e o Pacto entrou em vigor internacional para o Brasil em 24 de abril de 1992. Finalmente, o PIDCP foi promulgado (incorporação interna) pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. O Pacto possui 53 artigos, divididos em seis partes, quais sejam:

- a) Parte I: fica enunciado o direito de todos os povos de dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais e à autodeterminação, bem como o dever de todos os demais Estados de respeitarem esse direito.
- b) Parte II: quatro artigos compõem essa parte. Nela, estabelece-se *o dever de o Estado respeitar os direitos previstos e garanti-los* a todos os indivíduos que

se acharem em seu território, sem qualquer tipo de discriminação, inclusive no que diz respeito à origem das pessoas ou ao sexo. Mesmo o imigrante em situação irregular pode invocar os direitos do PIDCP contra o Brasil.

- c) Parte III: composta por 22 artigos (6 a 27), em que se enuncia e se especifica o rol de direitos protegidos pelo PIDCP.
- d) Parte IV: constituída por dezenove artigos (28 a 45). Nessa parte, determina-se a constituição do Comitê de Direitos Humanos, que tem o papel de receber relatórios sobre as medidas adotadas para tornarem efetivos os direitos civis e políticos e as comunicações interestatais.
- e) Parte V: composta por dois artigos em que se enuncia que nenhuma das disposições do presente Pacto deverá ser interpretada em prejuízo das disposições da Carta das Nações Unidas e dos tratados constitutivos das agências especializadas (art. 46), tampouco em detrimento do direito inerente a todos os povos de desfrutar e utilizar plena e livremente suas riquezas e seus recursos naturais (art. 47). Esses dispositivos dos artigos 46 e 47 visam impedir que os direitos humanos sejam invocados para prejudicar outros valores caros às sociedades humanas. Além disso, visa garantir o direito à autodeterminação e ao desenvolvimento dos povos.
- f) Parte VI: constituída por seis artigos em que se apresentam as formas para assinatura do Pacto, sua ratificação e adesão a ele (art. 48); a data de entrada em vigor (art. 49); a aplicação de suas disposições a todas as unidades constitutivas dos Estados federativos (art. 50); a forma de proposição, aprovação e entrada em vigor de emendas (art. 51); e as notificações relativas a todas essas situações (art. 52).

Por fim, cabe ressaltar outra importante característica do PIDCP. Segundo Alberto do Amaral Júnior, em seu livro *A proteção internacional dos direitos humanos*, esse Pacto contempla uma categoria mais ampla que aquela prevista na Declaração de 1948:

As obrigações dos Estados partes são tanto negativas quanto positivas expressas, respectivamente, na obrigação de não torturar e de estabelecer um sistema legal para a punição dos direitos violados. Percebe-se, sem nenhuma dificuldade, que os direitos previstos são autoaplicáveis. Ao rol dos direitos consagrados pelo Pacto sobre Direitos Civis e Políticos acrescenta-se a proibição da pena de morte, instituída pelo Segundo Protocolo ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos,

adotado em 15 de dezembro de 1989. O referido Protocolo, que veda a execução no interior dos Estados partes estimula-os a adotar medidas a abolir a pena de morte (art. 1º Q), entrou em vigor em 1º de julho de 1991.<sup>29</sup>

Assim, o Pacto teve por finalidade tornar juridicamente vinculantes aos Estados vários direitos já contidos na Declaração Universal de 1948, detalhando-os e criando mecanismos de monitoramento internacional para sua implementação pelos Estados-partes.

#### 2.2.4 Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) foi adotado e aberto para assinatura, ratificação e adesão na XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, em conjunto com o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP). O PIDESC entrou em vigor somente em 1976, três meses após a data de depósito do 35º instrumento de ratificação ou de adesão.

Esse pacto é considerado um marco, por ter assegurado direitos econômicos, sociais e culturais, *vencendo a resistência* de vários Estados e mesmo da doutrina, que viam os direitos sociais em sentido amplo, como sendo meras recomendações ou exortações.

O Brasil, não obstante tenha participado de forma ativa na elaboração do PIDESC, somente aprovou o texto do tratado em 12 de dezembro de 1991, por meio do Decreto Legislativo nº 226. A Carta de adesão do Brasil ao PIDESC foi depositada em 24 de janeiro de 1992, e o Pacto entrou em vigor no País em 24 de abril, isto é, três meses após a data de depósito da mencionada carta, conforme determina o art. 27, parágrafo 2º, do Pacto. Em 6 de julho de 1992, o PIDESC foi promulgado pelo Decreto nº 591, que entrou em vigor na data de sua publicação, em 7 de julho do mesmo ano.

O PIDESC é dividido em cinco partes e possui no total 31 artigos, sendo a sua primeira parte idêntica à primeira do PIDCP. E, assim como este, o PIDESC determina a obrigação de que a autodeterminação dos povos seja um direito promovido e respeitado pelos demais Estados.

---

<sup>29</sup> JÚNIOR, Alberto do Amaral. *Curso de Direito Público Internacional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 511.

A segunda parte, por sua vez, é formada por quatro artigos, os quais enunciam os compromissos assumidos pelo Estado, especialmente com a finalidade de dar efetividade aos direitos econômicos, sociais e culturais. Nesse sentido, o PIDESC estabelece a obrigação do Estado de adotar medidas, inclusive buscando assistência e cooperação internacionais, para assegurar *progressivamente* o pleno exercício daqueles direitos.

Já na terceira parte, composta por dez artigos (arts. 6º a 15), o PIDESC elenca de forma detalhada os direitos econômicos, sociais e culturais e enuncia, de maneira geral, as medidas adequadas para garanti-los e torná-los efetivos. Nesse sentido, reconheceu-se o *direito ao trabalho* (art. 6º); bem como o direito ao *gozo de condições de trabalho equitativas e satisfatórias*, com remuneração mínima; à igualdade de valor salarial sem distinções – especialmente entre homens e mulheres; à segurança e higiene no trabalho; à igualdade de oportunidade de promoção com base em fatores como tempo, tipo de serviço e capacidade; além de descanso, limitação da jornada, férias periódicas pagas e remuneração por trabalhar aos feriados (art. 7º). Ademais, é reconhecido o *direito de toda pessoa à previdência social*, inclusive ao seguro social (art. 9º).

Essas são algumas das principais características do PIDESC, mas há também outras expressas no documento, tais como o direito de toda pessoa fundar sindicatos e de filiar-se àqueles de sua escolha, conforme previsão do artigo 8º; a obrigação do Estado de estabelecer limites de idade para que fique proibido e punido por lei o emprego assalariado da mão de obra infantil, bem como o emprego de crianças e adolescentes em trabalhos que lhes sejam nocivos à moral, à saúde, ao desenvolvimento normal, ou que lhes façam correr o risco de morrer, conforme previsão expressa do artigo 10. Há também a determinação do direito à educação, expressamente previsto no artigo 13.

A quarta parte é composta pelos artigos 16 a 25. Nela, estabelece-se a obrigatoriedade de os Estados-partes apresentarem relatórios sobre as medidas adotadas e sobre os progressos realizados com o objetivo de assegurar aos homens a observância dos direitos econômicos, sociais e culturais. Os relatórios devem ser encaminhados ao Secretário-Geral da ONU, que enviará cópias ao Conselho Econômico e Social para exame e também às agências especializadas. No caso destas últimas, elas receberão os relatórios se tais documentos ou as partes a eles pertinentes tiverem relação com as matérias da competência desses organismos (art. 16).

Por fim, a quinta parte é constituída por seis artigos (arts. 26 a 31), em que se estabelecem a forma de assinatura do PIDESC, sua ratificação e adesão a ele (art. 26); a

entrada em vigor (art. 27); o procedimento para a inserção de emendas (art. 29); e a aplicação do Pacto a todas as unidades constitutivas dos Estados Federativos.

#### 2.2.5 Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio

A Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio foi aprovada para assinatura e ratificação ou para adesão pela Resolução nº 260 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 9 de dezembro de 1948. Tal Convenção foi pensada como resposta às barbáries cometidas durante a Segunda Guerra Mundial e entrou em vigor internacional em 12 de janeiro de 1951, conforme determina seu artigo XIII. Trata-se, ainda, do primeiro tratado que estabelece, expressamente, o conceito de “genocídio”. O termo foi cunhado em obra doutrinária de Lemkin, de 1944, quando o autor se refere às técnicas nazistas de ocupação de território na Europa, tendo como inspiração as partículas *genos* (raça, tribo) e *cídio* (assassinato).

A Assembleia Geral das Nações Unidas ocorrida em 26 de novembro de 1968, com a Resolução nº 2.391 (XXIII), aprovou o texto de uma Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade, declarando que estes últimos compreendem, além do genocídio, os atos de *apartheid*, ainda que tais atos não sejam definidos como leis internas dos Estados onde foram perpetrados. A Convenção entrou em vigor, no plano internacional, em 11 de novembro de 1970.

No Brasil, a Convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 2, de 11 de abril de 1951, e o instrumento de ratificação foi depositado no Secretariado-Geral da ONU em 15 de abril de 1952. Finalmente, foi promulgada pelo Decreto nº 30.882, ordenado por Getúlio Vargas em 6 de maio de 1952.

O art. 2º da Convenção definiu que o genocídio compreende atos de destruição física; de lesões corporais ou mentais graves; medidas destinadas a impedir nascimentos; e transferência forçada de menores de um grupo humano para outro. Dessa forma, exige-se, então, o dolo específico de destruir, em todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso.

Conforme determina o art. 3º da Convenção, não apenas o genocídio é punido, mas também a associação de pessoas com vista a cometê-lo; o seu incitamento direto e público; a tentativa de cometê-lo e a cumplicidade nele. As punições podem ser aplicadas

tanto a governantes e funcionários quanto a particulares (art. 4º). A Convenção impede que tais atos sejam considerados crimes políticos para fins de extradição, obrigando-se as partes a conceder a extradição de acordo com a legislação e os tratados em vigor (art. 7º).

Por meio da Convenção, as partes ficam obrigadas a adotar as medidas legislativas necessárias para assegurar a sua aplicação, especialmente para prever sanções penais (mandado de criminalização) eficazes que recaiam sobre pessoas que tenham praticado qualquer um dos atos supramencionados (art. 5º).

As pessoas acusadas da prática de genocídio ou dos atos a ele relacionados, previstos no art. 3º, devem ser julgadas por tribunais competentes do Estado no território em que o ato tiver sido cometido ou por tribunal criminal internacional que tiver competência quanto às Partes Contratantes que tenham reconhecido a sua jurisdição (art. 6º).

Segundo o art. 8º da Convenção, é possível que as Partes Contratantes recorram aos órgãos competentes da ONU para que estes tomem medidas que julgarem apropriadas para a prevenção e a repressão dos atos de genocídio, de acordo com a Carta das Nações Unidas (art. 8º). Ademais, a discrepância quanto à interpretação, aplicação ou execução da Convenção poderá ser submetida à Corte Internacional de Justiça (CIJ), a pedido de uma das partes envolvidas na questão (art. 9º).

Esses são alguns dos principais artigos contidos na Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio.

#### *2.2.6 Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*

A Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes foi adotada em Nova Iorque, em 10 de dezembro de 1984. Foi assinada pelo Brasil em 23 de setembro de 1985, ratificada em 28 de setembro de 1989 e finalmente promulgada pelo Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991.

Na mesma linha do que já estava disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo V), no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) (art. 7º) e na Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção também

determinou que ninguém será sujeito à tortura ou à pena ou a tratamento cruel, desumano ou degradante.

Essa Convenção é composta por 33 artigos, divididos em três partes. Na Parte I, determinam-se as definições aplicáveis em seu texto e explicitam-se as obrigações dos Estados; já na Parte II, estabelece-se a criação do Comitê contra a Tortura; finalmente, na Parte III, apresentam-se as disposições finais.

Tratar-se-á aqui de alguns dos principais artigos da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

No artigo 1º (Parte I), a Convenção define o que se entende por “tortura”<sup>30</sup>. Importante ressaltar que a Convenção não considera tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorrem.

O art. 2º, por sua vez, prevê que o Estado deve tomar medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza para impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição. Circunstâncias excepcionais, tais como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, não poderão ser invocadas como justificção da tortura em nenhum caso, o que significa que nem a ordem de um funcionário superior, nem a de uma autoridade pública poderá ser invocada para justificar tal ato.

Já o art. 3º veda a expulsão, devolução ou extradição de uma pessoa para outro Estado quando houver razões substanciais para crer que ela corre perigo de ali ser submetida à tortura (princípio do rechaço). Para a determinação da existência dessas razões, as autoridades competentes devem levar em conta as considerações pertinentes, inclusive, quando for o caso, a existência, no Estado em questão, de um quadro de violações sistemáticas e graves dos direitos humanos.

O art. 4º da Convenção aponta que a criminalização de todos os atos de tortura deve ser concretizada por todo Estado-parte, bem como a tentativa de tortura e todo ato de

---

<sup>30</sup> Art. 1º Para fins da presente Convenção, o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter dela ou de terceira pessoa informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenham cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou por outra pessoa no exercício de funções públicas ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência.

qualquer pessoa que constitua cumplicidade ou participação na tortura. O Estado deve punir esses crimes com penas adequadas que levem em conta a gravidade deles.

O art. 5º da Convenção, por sua vez, prevê as medidas que devem ser tomadas pelo Estado para estabelecer sua jurisdição sobre tais crimes, quando cometidos em qualquer território sob a jurisdição do Estado em questão ou a bordo de navio ou aeronave registrada em tal Estado, ou quando o suposto autor for nacional do Estado e este o considerar apropriado.

Importante ainda ressaltar que o art. 7º prevê expressamente o fato de que qualquer pessoa processada por qualquer dos crimes previstos na Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes receberá garantias de tratamento justo em todas as fases do processo.

Os crimes previstos nessa Convenção devem ser considerados como extraditáveis em qualquer tratado de extradição. Se o Estado condicionar a extradição à existência de um tratado receber um pedido de extradição por parte de outro Estado-Parte com o qual não mantém tratado de extradição, a Convenção poderá ser considerada como base legal para a extradição com respeito a tais crimes, sujeitando-se a extradição a outras condições estabelecidas pela lei do Estado que receber a solicitação. Os Estados-Partes que não condicionam a extradição à existência de um tratado reconhecerão entre si que tais crimes devem ser entendidos como extraditáveis, dentro das condições estabelecidas pela lei do Estado que receber a solicitação.

Já o art. 9º determina que os Estados-partes devem prestar entre si assistência jurídica penal para qualquer dos delitos mencionados na Convenção, inclusive no que diz respeito ao fornecimento de todos os elementos de provas necessários para o processo que estejam em seu poder. Tais obrigações serão cumpridas como quaisquer tratados de assistência jurídica existentes entre os Estados.

Dos artigos 10 a 16, a Convenção explicita outras obrigações assumidas pelos Estados-partes.

Na Parte II, a Convenção determina a constituição do *Comitê contra a Tortura*, o procedimento de apresentação de relatórios sobre as medidas adotadas para o cumprimento das obrigações assumidas pelos Estados e a competência do Comitê para receber comunicações interestatais e para receber petições individuais (comunicações enviadas por

pessoa sob a sua jurisdição, ou em nome dela, que alegue ser vítima de violação, por um Estado-Parte, das disposições da Convenção).

Por fim, a Parte III trata da adesão dos Estados à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

### 2.2.7 *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, conhecida também pela sua sigla em inglês CEDAW, foi adotada por meio da Resolução nº 34/180 da Assembleia Geral da ONU, em 18 de dezembro de 1979, com o objetivo de eliminar as persistentes discriminações contra a mulher.

No Brasil, foi assinada em 31 de março de 1981 com reservas (arts. 15, parágrafo 4º; e 16, parágrafo 1º, alíneas *a*, *c*, *g* e *h*); aprovada pelo Decreto Legislativo nº 93, de 14 de novembro de 1983; e ratificada em 1º de fevereiro de 1984. Essa Convenção entrou em vigor no Brasil em 2 de março de 1984, com a reserva ao art. 29, parágrafo 2º, que permite que o Estado não se considere obrigado pelo dispositivo que determina a submissão da questão não resolvida por negociação a arbitragem. O Decreto Legislativo nº 26, de 22 de junho de 1994, que revoga o anterior, aprovou a Convenção sem as reservas ao arts. 15 e 16, e o Brasil as retirou em 20 de dezembro de 1994. A Convenção foi promulgada pelo Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002, entrando em vigor em 16 de setembro de 2002.

A Convenção é composta por 30 artigos, divididos em seis partes. Em seu preâmbulo, ressalta-se a importância de se modificar o papel tradicional do homem e da mulher na sociedade e na família para que se possa alcançar a *igualdade* entre homem e mulher.

Na Parte I, no art. 1º, a Convenção define o que se entende por “discriminação contra a mulher”<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> Art. 1º Para fins da presente Convenção a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda distinção, exclusão, ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdade fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo”.

Por sua vez, o art. 2º determina que as Constituições nacionais ou outra legislação apropriada devem consagrar o princípio da igualdade do homem e da mulher, assegurando outros meios apropriados à realização desse princípio; adoção de medidas adequadas às sanções cabíveis e que proíbam toda discriminação contra a mulher; garantir, por meio dos tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas, da proteção efetiva da mulher contra todo ato de discriminação; abstenção de qualquer ato de discriminação contra a mulher e, finalmente, adoção de medidas adequadas para eliminar a discriminação contra a mulher praticada por qualquer pessoa, organização ou empresa.

Segundo o artigo 3º, os Estados devem tomar as medidas apropriadas para assegurar o pleno desenvolvimento e o progresso da mulher e para garantir-lhe o exercício e o gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais, em igualdade de condições com o homem.

O art. 4º, por sua vez, prevê a possibilidade de “ações afirmativas” como importante medida a ser adotada pelos Estados para acelerar o processo de obtenção da igualdade. Na qualidade de medidas especiais temporárias, com vistas a acelerar o processo de igualização de *status* entre homens e mulheres, as ações afirmativas cessarão quando alcançados os seus objetivos. São, assim, medidas compensatórias para remediar as desvantagens históricas, aliviando as condições resultantes de um passado discriminatório.

Desse modo, a Convenção objetiva não só erradicar a discriminação contra a mulher e suas causas, como também estimular estratégias de promoção da igualdade. Combina a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo. Alia, assim, a vertente repressivo-punitiva à vertente positivo-promocional.

O art. 5º traz a necessidade de se modificarem práticas enraizadas na sociedade. Assim, a Convenção determina que os Estados-partes tomem todas as medidas apropriadas para alterar padrões socioculturais de conduta, a fim de se eliminar preconceitos e práticas consuetudinárias ou de outra índole que estejam baseadas na ideia de superioridade ou inferioridade de quaisquer dos sexos. Os Estados devem ainda garantir que a educação familiar inclua a compreensão adequada da maternidade como função social e o reconhecimento da responsabilidade comum entre homens e mulheres quanto ao desenvolvimento dos filhos.

Já o art. 6º estipula que os Estados se comprometam a tomar todas as medidas para suprimir quaisquer formas de tráfico de mulheres e a exploração da prostituição da mulher.

A Parte II explicita direitos civis e políticos que devem ser concedidos às mulheres em igualdade de condições quanto aos homens, especificando as medidas a serem adotadas pelo Estado parte no âmbito da vida política e pública nacional e internacional (arts. 7º e 8º) e para a aquisição, mudança e conservação de nacionalidade (art. 9º).

Na Parte III, a Convenção estabelece que as partes devem adotar todas as medidas apropriadas para assegurar a igualdade entre homens e mulheres na esfera da educação (art. 10) e do emprego (art. 11), no acesso aos serviços médicos (art. 12) e em outros campos da vida econômica e social (art. 13).

Na Parte IV, a Convenção versa sobre a capacidade jurídica da mulher no que diz respeito a assuntos relativos ao casamento e às relações familiares. No art. 15, o documento determina que os Estados-partes devem reconhecer à mulher a igualdade perante a lei, incluindo-se nesse ponto o reconhecimento de igual capacidade jurídica em matérias civis e das mesmas oportunidades para o seu exercício. Assim, os Estados devem reconhecer o direito da mulher de firmar contratos e administrar bens e de receber igual tratamento em todas as etapas do processo judicial. O documento convencionou, ainda, que todo contrato ou outro instrumento privado de efeito jurídico que tenda a restringir a capacidade jurídica da mulher será nulo. Aos homens e às mulheres também devem ser concedidos os mesmos direitos quanto à legislação relativa ao direito das pessoas, à liberdade de movimento e à liberdade de escolha de residência e domicílio.

O art. 16 versa sobre as medidas que devem ser adotadas pelos Estados para eliminar a *discriminação contra a mulher em todos os assuntos relativos a casamento e relações familiares*. Para tanto, os Estados devem assegurar a elas o mesmo direito de contrair matrimônio; de escolher livremente o cônjuge e de contrair matrimônio somente com o livre e pleno consentimento; os mesmos direitos e responsabilidades durante o casamento por ocasião de sua dissolução, os mesmos direitos e responsabilidades como pais; os mesmos direitos de decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos e sobre o intervalo entre nascimentos; os direitos e responsabilidades com respeito à tutela, curatela, guarda e adoção dos filhos, ou institutos análogos; os mesmos direitos pessoais como marido e mulher, inclusive o direito de escolher sobrenome, profissão e ocupação; e

os mesmos direitos em matéria de propriedade, aquisição, gestão, administração, gozo e disposição dos bens, tanto a título gratuito quanto a título oneroso.

O mesmo dispositivo determina ainda que os esponsais e o casamento de uma criança não terão efeitos legais, e todas as medidas necessárias, inclusive as de caráter legislativo, devem ser adotadas para estabelecer a idade mínima para o casamento e para tornar obrigatória a inscrição de casamentos em registro civil.

Na Parte V, a Convenção determina a criação de um *Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher*, que tem a finalidade de examinar os progressos alcançados na sua aplicação, *bem como o mecanismo de relatoria periódica*.

Na Parte VI, finalmente, são encontradas as disposições finais: assinatura do documento, sua revisão, entrada em vigor, reservas, controvérsia sobre a interpretação ou aplicação da Convenção, entre outras disposições.

#### 2.2.8 *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial foi adotada por meio da Resolução nº 2.106 (XX) da Assembleia Geral da ONU e aberta à assinatura em 7 de março de 1966. Essa Convenção tem por objetivo promover e encorajar o respeito universal e efetivo aos direitos humanos, sem qualquer tipo de discriminação, em especial à liberdade e à igualdade em direitos, tendo em vista que a discriminação entre seres humanos constitui ameaça à paz e à segurança entre povos.

De acordo com José Augusto Lindgren Alves, esses fatores do respeito universal e efetivo aos direitos humanos, sem qualquer tipo de discriminação, em especial à liberdade e à igualdade em direitos “compuseram o panorama de influências que, com graus variados de eficácia, reorientaram o estabelecimento de normas internacionais de direitos humanos, atribuindo prioridade à erradicação do racismo”.<sup>32</sup>

Em seu preâmbulo, a Convenção condena todas as práticas de segregação e de discriminação, fazendo alusão à Declaração sobre a Outorga de Independência aos Países e

---

<sup>32</sup> ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. 21. ed. São Paulo: DelRey, 2014. p. 54-55.

Povos Coloniais (de 14 de setembro de 1960), que proclamou a necessidade de extirpá-las de forma rápida e incondicional, e à Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (de 20 de novembro de 1963). O preâmbulo ressalta ainda que “qualquer doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, e que não existe justificção para a discriminação racial, em teoria ou na prática, em lugar algum” e que subsistiam práticas de discriminação racial no mundo, inclusive lastreadas por políticas governamentais que se baseavam na superioridade e no ódio raciais, como foi o caso do *apartheid*.

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial é um dos mais antigos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que assinou o documento em 7 de março de 1966, quando a Convenção foi aberta à assinatura, e ratificou-a em 27 de março de 1968. Em 4 de janeiro de 1969, a Convenção entrou em vigor no Brasil, de acordo com o disposto em seu artigo XIX, 1º, *a*, e foi promulgada pelo Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969.

Na mesma época, o Brasil ratificou e incorporou internamente a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1958, por intermédio do Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968. Tal Convenção veda a discriminação fundada na raça, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social e que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial é composta de 25 artigos e dividida em três partes. Na primeira delas, enunciam-se as obrigações assumidas pelos Estados que a adotarem (arts. I a VII); na segunda, são estabelecidos a constituição e o funcionamento do *Comitê para a Eliminação de Discriminação Racial* (artigos VII a XVI); e, na terceira parte, são previstas as disposições finais (artigos XVII a XXV).

O art. 1º da Convenção define a discriminação racial como “qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade dos direitos humanos e liberdades fundamentais”. Vale dizer ainda que a discriminação significa toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o exercício, em igualdade de

condições, dos direitos humanos e da liberdade fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. Logo, a discriminação significa sempre desigualdade.

Ficam excluídas dessa proibição as chamadas *ações afirmativas*, que consistem em distinções, exclusões, restrições e preferências feitas por um Estado com o objetivo de assegurar o progresso de grupos sociais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem de proteção para proporcionar a eles igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais. As ações afirmativas constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos socialmente vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, entre outros grupos.<sup>33</sup>

Enquanto políticas compensatórias adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado discriminatório, as ações afirmativas objetivam transformar a igualdade formal em igualdade material e substantiva, assegurando a diversidade e a pluralidade social.<sup>34</sup>

De outro lado, o Estado compromete-se também a tomar medidas eficazes a fim de rever as políticas governamentais nacionais e locais que tenham por objetivo criar a discriminação e perpetrá-la; a fim de proibir e colocar fim à discriminação racial praticada por pessoa, por grupo ou organizações; e a fim de favorecer organizações e movimentos multirraciais e outros meios vocacionados a eliminar as barreiras entre as raças, desencorajando o que tende a reforçar a divisão racial. Fica aqui fixada a obrigação do Estado de impedir que particulares discriminem nas relações privadas.

---

<sup>33</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 176-177.

<sup>34</sup> Importante destacar que o documento oficial brasileiro apresentado à Conferência das Nações Unidas contra o Racismo, em Durban, na África do Sul (31 de agosto a 7 de setembro de 2001), defende a adoção de medidas afirmativas para a população negra nas áreas da educação e trabalho (Delegação brasileira quer cotas para negros, *Folha de São Paulo*, 22 ago. 2001). O documento propõe a adoção de ações afirmativas para garantir mais acesso de negros às universidades públicas, bem como a utilização, em licitações públicas, de um critério de desempate que considere a presença de negros, homossexuais e mulheres no quadro funcional das empresas concorrentes. Em um país em que negros são 64% dos indigentes (dados do IPEA), em que o índice de Desenvolvimento Humano Geral (IDH, 2000) coloca o país em 74º lugar, mas que, sob o recorte étnico-racial, o IDH relativo à população negra indica a 108ª posição (enquanto o IDH relativo à população branca indica a 43ª posição, segundo Marcelo Paixão em *Brasil 2000 – Novos marcos para as relações raciais*), faz-se necessária a adoção de ações afirmativas em benefício da população negra, em especial nas áreas de educação e do trabalho. Adiciona-se que, após a Conferência de Durban, houve a adoção de políticas de cotas no Ministério de Justiça, no STF e em universidades. A esse respeito, *vide* Ministério da Justiça cria cotas para negros, mulher e deficiente (*Folha de S. Paulo*, 8 jan. 2002); Rio dá a negros e pardos 40% das vagas (em universidades públicas) (*Folha de S. Paulo*, São Paulo, 20 out. 2001. Fernanda da Escóssia. Delegação brasileira quer cotas para negros. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 22 ago. 2001.

Nesse sentido, os Estados comprometem-se a adotar medidas especiais e concretas nos campos social, econômico e cultural e outros para assegurar o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a esses grupos, tendo por objeto garantir-lhes o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Vê-se, pois, o fundamento expresso a permitir a adoção de cotas raciais para a consecução do objetivo de promover a igualdade material. Tais medidas devem perdurar apenas enquanto subsistir a situação de desigualdade.

Especialmente tendo em vista as barbáries cometidas por força do nazismo, a Convenção prevê, em seu art. 4º, que os Estados-partes se comprometam a condenar toda propaganda e organizações que inspirem quaisquer ideias ou teorias fundadas na superioridade de uma raça ou grupo de pessoas de certa cor ou origem étnica, bem como aquelas ideias ou teorias que buscam encorajar ou justificar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais. Ademais, comprometem-se a adotar medidas positivas destinadas a combater essas discriminações, entre elas declara delitos puníveis por lei a difusão de tais ideias, em mais um mandato internacional de criminalização.

Ainda, os Estados comprometem-se, nos termos do art. V da Convenção, a proibir e eliminar a discriminação racial em todas as suas formas, garantindo a igualdade perante a lei, sem qualquer distinção, principalmente no gozo do (i) direito a tratamento igual perante tribunais ou qualquer órgão que administre a justiça; (ii) do direito à segurança pessoal e à proteção do Estado contra a violência ou lesão corporal cometida, inclusive por funcionários do governo; dos direitos políticos e de tomar parte no Governo; (iii) de outros direitos civis – tais como circular livremente e escolher residência dentro das fronteiras do Estado, deixar qualquer país, ter uma nacionalidade, casar-se e escolher o cônjuge, ter propriedade, herdar, direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião, à liberdade de opinião e de expressão, entre outros –, econômicos, sociais e culturais – como o direito à habitação, à educação e ao acesso a todos os lugares e serviços destinados ao uso político.

Pela Convenção, os Estados devem assegurar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a proteção e os recursos perante os tribunais nacionais e outros órgãos competentes contra atos de discriminação racial que violarem direitos e liberdades fundamentais, bem como o direito de requerer aos tribunais uma satisfação ou reparação justa e adequada por danos que a vítima tenha sofrido (art. VI). Ademais, os Estados comprometem-se a tomar

medidas eficazes para lutar contra os preconceitos que levem à discriminação racial, promovendo a tolerância e a amizade entre grupos raciais e étnicos (art. 7º).

Na Parte II, a Convenção determina a criação de um *Comitê para a eliminação da Discriminação Racial*<sup>35</sup>, bem como de um mecanismo de relatórios periódicos, de procedimento de comunicação interestatal e da possibilidade de petição individual ao Comitê.

### 2.2.9 Convenção sobre os Direitos da Criança

A Convenção sobre os Direitos da Criança foi adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989 e entrou em vigor 2 de setembro de 1990, no trigésimo dia após a data de depósito do vigésimo instrumento de ratificação ou adesão junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas. É a Convenção que possui o mais elevado número de ratificações, já que contava em 2012 com 193 países.

Essa Convenção leva em conta o direito de as pessoas receberem na infância cuidados e assistência especiais, em virtude da falta de condições física e mental, conforme reconheceram a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), a Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). Embora outros diplomas internacionais também abordem a proteção infantil, a Convenção sistematizou não só direitos civis e políticos, mas também econômicos, sociais e culturais em um só texto voltado especificamente para as crianças.

A Convenção foi assinada pelo Brasil em 26 de janeiro de 1990, aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990, e promulgada por meio do Decreto nº 99.710, em 20 de novembro de 1990. Nota-se, assim, a grande celeridade de sua incorporação ao Direito Brasileiro.

A Convenção, dividida em 3 partes, é composta por 54 artigos. Na Parte I, o acordo estabelece definições e obrigações dos Estados-partes; na Parte II, determina a Constituição de um Comitê para os Direitos das Crianças; e, na Parte III, fixa as disposições finais (assinatura, ratificação, adesão, entrada em vigor, emendas e reservas, denúncias, entre outros).

---

<sup>35</sup> Para competência, composição e funcionamento do Comitê, cf. Parte II, Capítulo IV, item 5.

Nos termos dessa Convenção, o art. 1º define como *criança* “todo ser humano com menos de 18 anos de idade, a não ser que pela legislação aplicável a maioria seja atingida mais cedo”.

A Convenção acolhe a concepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-a como verdadeiro sujeito de direito, ao exigir para ela proteção especial e absoluta prioridade. Entre os direitos previstos na Convenção, estão: o direito à vida e à proteção contra a pena capital; o direito a ter uma nacionalidade; a proteção ante a separação dos pais; o direito de deixar qualquer país; o direito de entrar e sair de qualquer Estado-parte para fins de reunificação familiar; a proteção para não ser levada ilicitamente ao exterior e a proteção de seus interesses no caso de adoção; a liberdade de pensamento, consciência e religião; o direito ao acesso a serviços de saúde, devendo o Estado reduzir a mortalidade infantil e abolir práticas tradicionais prejudiciais à saúde; o direito a um nível adequado de vida e à segurança social; direito à educação, devendo o Estado oferecer educação primária compulsória e gratuita; proteção contra a exploração econômica, com a fixação de idade mínima para admissão em emprego; a proteção contra o envolvimento na produção, no tráfico e uso de drogas e de substâncias psicotrópicas; proteção contra a exploração e abuso sexual.

Ao ratificar a Convenção, os Estados-partes comprometem-se a proteger a criança contra todas as formas de discriminação e assegurar-lhe a assistência apropriada.

A Conferência de Viena, ao insistir no objetivo de “ratificação universal” e sem reservas dos tratados e protocolos dos direitos humanos adotados no âmbito do sistema das Nações Unidas, urge a ratificação universal da Convenção sobre os Direitos da Criança e sua efetiva implementação por todos os Estados-partes, mediante a adoção de todas as medidas legislativas, administrativas e de outra natureza que se façam necessárias, bem como mediante a alocação do máximo possível de recursos disponíveis.

Por sua vez, na Parte II, como já mencionado, determina-se a constituição do *Comitê para os Direitos da Criança* para conferir maior eficácia às disposições da Convenção, devendo os Estados realizar periodicamente relatórios sobre a situação dos direitos protegidos. Na *Parte III*, finalmente, a Convenção apresenta as disposições finais.

Em dezembro de 2011, a Assembleia Geral da ONU adotou o 3º Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança, aberto a ratificações somente em

fevereiro de 2012. Tal Protocolo cria um direito de petição das vítimas ao *Comitê para os Direitos das Crianças*.

#### 2.2.10 *Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias*

A Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias foi adotada pela Assembleia Geral da ONU por meio da Resolução nº 45/158, de 18 de dezembro de 1990, em Nova Iorque. Entrou em vigor em 1º de julho de 2003, conforme determina seu art. 87, possuindo 35 países signatários e 46 Estados-partes. No Brasil, em 15 de dezembro de 2010, o Poder Executivo submeteu a apreciação de seu texto ao Congresso Nacional, por meio da Mensagem de Acordos, convênios, tratados e atos internacionais (MSC) nº 696/2010, a qual ainda está em tramitação.<sup>36</sup>

O Tratado foi elaborado tendo em vista uma série de diplomas internacionais existentes sobre a questão do direito dos trabalhadores migrantes, bem como considerando a amplitude do fenômeno de migração nessa era de globalização. Seu objetivo fundamental foi estabelecer normas para uniformizar princípios fundamentais relativos ao tratamento dos trabalhadores migrantes e de suas famílias, por meio de uma proteção internacional adequada, especialmente tendo em vista a situação de vulnerabilidade dessas pessoas e o fato de estarem afastadas de seu Estado de origem.

A elaboração do Tratado considerou ainda os problemas de migrações irregulares, situações em que os migrantes são frequentemente submetidos a condições de trabalho menos favoráveis que outras pessoas de modo geral, o que leva à procura de tal mão de obra, beneficiando-se o empregador da concorrência desleal. Assim, no texto da Convenção, considerou-se a necessidade de encorajar a adoção, por parte dos Estados membros, de medidas adequadas para prevenir e eliminar movimentos clandestinos e o tráfico dos trabalhadores migrantes, assegurando, ao mesmo tempo, a proteção dos direitos fundamentais desses indivíduos. Diante disso, o emprego dos trabalhadores migrantes em situação irregular seria desencorajado, e os direitos fundamentais de trabalhadores migrantes em situação regular e irregular amplamente reconhecidos.

---

<sup>36</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS, MSC nº 696/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=489652>.

O texto da Convenção é composto por um preâmbulo e mais nove partes, contendo 93 artigos.

Na Parte I, a Convenção cuida de seu alcance e traz definições. No art. 1º, determina-se a aplicação do Tratado, salvo disposição em contrário em seu próprio texto, a todos os trabalhadores migrantes e aos membros das suas famílias, sem qualquer distinção fundada nomeadamente em sexo, raça, cor, língua, religião ou convicção, opinião política, origem nacional, étnica ou social, nacionalidade, idade, posição econômica, processo migratório dos trabalhadores migrantes e membros de suas famílias.

O art. 2º designa como “trabalhador migrante” a pessoa que vai exercer, exerce ou exerceu uma atividade remunerada em um Estado de que não é nacional. Ainda nesse artigo são apresentadas as definições de “fronteiriço”, “sazonal”, “marítimo”, “trabalhador numa estrutura marítima”, “trabalhador itinerante”, “trabalhador vinculado a um projeto, trabalhador com emprego específico”, “trabalhador independente”; e os arts. 3º, 4º e 5º definem quem são os membros da família do trabalhador migrante, Estado de origem do trabalhador migrante, do emprego e do trânsito.

Na Parte II, a Convenção dispõe sobre o princípio da não discriminação em matéria de direitos. O art. 7º, que trata desse princípio, é fundamental, pois endossa que os Estados-partes devem se comprometer a respeitar e garantir os direitos previstos a todos os trabalhadores migrantes e membros de sua família que se encontrem em território sujeito a sua jurisdição.

Na Parte III, por sua vez, a Convenção enuncia os direitos de todos os trabalhadores migrantes e membros de sua família, independentemente do *status* migratório. Destacam-se o direito à vida, a não ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; a não ser constrangido a realizar um trabalho forçado; à liberdade de consciência e de religião; à liberdade de expressão; à vida privada e familiar; à liberdade e à segurança pessoal; a ser tratado com humanidade, dignidade e respeito à sua identidade cultural, quando privados de liberdade; à proibição de medidas de expulsão coletiva; à proteção e à assistência das autoridades diplomáticas e consulares do seu Estado de origem; ao reconhecimento de personalidade jurídica, em todos os lugares; a um tratamento não menos favorável que aquele concedido aos nacionais do Estado em matéria de retribuição.

Na Parte IV, a Convenção prevê outros direitos dos trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias que se encontram documentados ou em situação *regular* para além dos direitos anteriormente previstos. Nesses casos, há algum paralelismo com os direitos já garantidos pela Convenção na Parte III.

Na Parte V da Convenção, que compreende os arts. 57 a 63, são apresentadas as disposições aplicáveis a categorias especiais de trabalhadores migrantes e membros de suas famílias: trabalhadores fronteiriços, trabalhadores sazonais, trabalhadores itinerantes, trabalhadores vinculados a um projeto, trabalhadores com emprego específico e trabalhadores independentes.

Na Parte VI, a Convenção trata da promoção de condições saudáveis equitativas, dignas e justas em matéria de migração internacional dos trabalhadores migrantes e membros de suas famílias, bem como as consequências das migrações para as comunidades envolvidas.

Na Parte VII, a Convenção dispõe sobre a sua própria aplicação. Assim, em seu art. 72, institui o *Comitê para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de Suas Famílias*, com o fim de examinar a aplicação de seu texto.

Por sua vez, na Parte VIII, são estabelecidas as disposições gerais da Convenção. No art. 79, determina-se que *nenhuma* disposição da Convenção afeta o direito de cada Estado-parte de estabelecer os *critérios de admissão* de trabalhadores migrantes e de membros de suas famílias. Entretanto, com relação às outras questões relativas ao estatuto jurídico e ao tratamento dos trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias, os Estados-partes ficam vinculados às limitações impostas pela Convenção.

Por fim, na Parte IX (arts. 85 a 92), a Convenção traz as suas disposições finais: Secretário-Geral da ONU como depositário do tratado (art. 85), assinatura, adesão e ratificação (art. 86); entrada em vigor (art. 87), impossibilidade de exclusão de aplicação da Convenção a qualquer uma das partes (art. 88), denúncia (art. 89); revisão e emenda da Convenção (art. 90); reservas (art. 91), mecanismos de resolução de conflitos para interpretações distintas de seu texto (art. 92) e idioma da Convenção (art. 93).



## **CAPÍTULO 2 - O REFLEXO DOS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL NAS CONSTITUIÇÕES DOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS**

Neste capítulo, estudaremos algumas das constituições pós-União Europeia, como a da França, da Espanha e de Portugal, demonstrando o reflexo desses documentos no pós-Segunda Guerra Mundial. Além disso, trataremos da incorporação dos tratados de direitos humanos em algumas das Constituições Latino-Americanas.

### **2 Breve análise de algumas constituições pós-União Europeia**

Iniciaremos este tópico com a análise da Constituição da França, nação em que tanto o procedimento de incorporação quanto a posição hierárquica dos tratados internacionais no direito interno são determinados pelo texto constitucional.

Dispõe o texto francês, logo em seu artigo 5º, que o Presidente da República “é o garante da independência nacional, da integridade do território e do respeito aos tratados”. Determina igualmente a Constituição de 1958 que é de competência do Presidente da República negociar e ratificar os tratados no âmbito internacional.

Os artigos 52 e 53 da Constituição, interpretados conjuntamente, indicam a possibilidade da prática dos acordos do Executivo, uma vez que somente os tratados internacionais arrolados devem passar por aprovação legislativa, devendo o Presidente da República ser tão somente informado da negociação tendente à conclusão de um acordo internacional não submetido à ratificação. Abaixo, seguem transcritos tais artigos:

Artigo 52. O Presidente da República negocia e ratifica os tratados. Ele será informado de toda negociação tendente à conclusão de um acordo internacional, não submetido à ratificação. Artigo 53. Os tratados de paz, os tratados de comércio, os tratados ou acordos relativos à organização internacional, aqueles que envolvam finanças do Estado, aqueles que modifiquem as disposições de natureza legislativa, aqueles que são relativos ao Estado das pessoas, aqueles que implicam em cessão, troca ou adição de território, só podem ser ratificados ou aprovados em virtude de lei. Eles somente têm efeito após serem ratificados ou

aprovados. Nenhuma Sessão, nenhuma troca, nenhuma adição de território, será válida sem o consentimento das populações interessadas.<sup>37</sup>

Mais especificamente com relação à hierarquia dos tratados internacionais, prescreve o artigo 54 da Constituição que

[...] se o Conselho Constitucional, provocado pelo Presidente da República, pelo Ministro, pelo Presidente de uma ou de outra assembleia ou por sessenta deputados ou sessenta senadores, declarar que um compromisso contém uma cláusula contrária à Constituição, a autorização para ratificar ou aprovar o compromisso internacional em questão somente pode ser dada após revisão da Constituição.<sup>38</sup>

Está o dispositivo em conformidade com o sistema preventivo de controle de constitucionalidade francês. Eventual conflito entre tratado e texto constitucional somente pode ser arguido em momento anterior à incorporação daquele ao direito interno, sendo a sua aprovação condicionada à revisão constitucional, que se opera por meio da votação de uma lei constitucional. Após a incorporação do tratado, não pode<sup>39</sup> mais a inconstitucionalidade do tratado ser arguida, tal como não pode esse mesmo vício ser arguido em relação a nenhuma outra lei francesa após a sua promulgação.

Vincent Kronenberger, ao comentar o dispositivo, afirma que nele há um “tradicional silêncio” acerca da relação entre tratados internacionais e a Constituição e aduz que “a interpretação do dispositivo pode levar a soluções opostas”: uma pela superioridade da Constituição, uma vez que “um acordo internacional não pode ser incorporado à ordem jurídica se ele é parcial ou totalmente incompatível com a Constituição”; e outra no sentido de que a norma não dispõe sobre a posição hierárquica dos tratados, mas tão somente disciplina uma etapa do procedimento de ratificação.

Do exposto, contudo, pode-se extrair que, na ordem jurídica francesa, todo tratado internacional é hierarquicamente inferior à Constituição, pois não pode aquele ser aprovado enquanto esta apresentar dispositivos a ele contrários. O dispositivo constitucional, indubitável e imediatamente, disciplina o procedimento de ratificação de

---

<sup>37</sup> Artigos 52 e 53 da Constituição da Quinta República Francesa. FRANÇA. [Constituição (1958)]. **Constituição da Quinta República Francesa**. Paris, Fr: Conselho Constitucional Francês, [2018]. Disponível em: [https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/portugais/constitution\\_portugais.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf). Acesso em: 26 ago, 2018.

<sup>38</sup> Artigo 54 da Constituição da Quinta República Francesa. FRANÇA. [Constituição (1958)]. **Constituição da Quinta República Francesa**. Paris, Fr: Conselho Constitucional Francês. Disponível em: [https://www.conseilconstitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/portugais/constitution\\_portugais.pdf](https://www.conseilconstitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf). Acesso em: 26 ago, 2018.

<sup>39</sup> FAVOREU, Louis. Le Contrôle de constitutionnalité du traité de Maastricht et le développement du “droit constitutionnel international”. *Revue générale de droit international public*, Paris, v. 97, 1993. p. 39-66.

tratados internacionais e, de maneira mediata, determina a posição hierárquica desses tratados com relação à Constituição, atribuindo-lhes claramente a posição infraconstitucional.

Por fim, por força do artigo 55 da Constituição, os tratados ou acordos regularmente ratificados ou aprovados têm, desde a sua publicação, hierarquia superior às leis, sob reserva para cada acordo ou tratado, de sua aplicação pela outra parte.

O texto constitucional é claro em atribuir hierarquia superior aos tratados internacionais, com relação às leis ordinárias, condicionando essa hierarquia, no entanto, ao seu cumprimento pela outra parte. Esse dispositivo cria problemas os mais diversos em sua aplicação e abre amplas possibilidades de descumprimento de compromissos internacionais; a doutrina registra que o dispositivo constitucional tem sido aplicado com certa hesitação, contrariando-se, expressamente, disposição constitucional e o princípio da superioridade do direito internacional.

Finda essa breve reflexão acerca dos tratados internacionais de direitos humanos e sua incorporação na Constituição da França, realizaremos uma breve análise da Constituição Portuguesa.

Diversas são as observações relevantes acerca da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na Constituição Portuguesa em razão da influência desse documento no direito brasileiro.

Nesse sentido, um primeiro aspecto a ser abordado é a necessidade de aprovação desses tratados de direitos humanos pela Assembleia da República, vez que há previsão no texto constitucional português da aprovação de acordos do Executivo, para o que se dispensa a deliberação do Legislativo lusitano. Esse não é o caso dos tratados internacionais de direitos humanos. Por força do artigo 161, i, compete à Assembleia da República aprovar os tratados que “versem sobre matérias da sua competência reservada”, entre as quais, conforme disposto no artigo 165, 1, b, encontra-se a legislação sobre “direitos, liberdades e garantias”.

Devem, pois, os tratados internacionais de direitos humanos passar pela aprovação da Assembleia da República para que possam ser ratificados pelo Presidente da República. É o que dispõe o artigo 135, b, do texto constitucional português, por força do qual cabe ao Presidente da República, após aprovação da Assembleia da República, ratificar os tratados internacionais. Incluem-se aqui os tratados internacionais de direitos humanos.

Cabe ainda ao Presidente da República, após ratificar o tratado no âmbito do direito internacional, publicá-lo, no Diário da República, para que o tratado possa ser aplicado pelos órgãos estatais. O tratado internacional na ordem interna portuguesa somente vigora após a sua publicação oficial e enquanto vincular internacionalmente o Estado Português. Somente após a sua publicação oficial e enquanto vincular internacionalmente o Estado Português vigora o tratado internacional na ordem interna portuguesa, fazendo parte de seu direito estatal (artigo 8º, inciso 2; artigo 119, inciso 1, alínea b; e artigo 134, alínea b, da Constituição).

Incorporados ao direito interno, cabe questionar qual é a posição hierárquica ocupada pelos tratados internacionais de direitos humanos na ordem interna portuguesa, tarefa dificultada pelo fato de inexistir dispositivo constitucional expresso nesse sentido, como há na Constituição argentina, por exemplo. Dessa forma, coube à doutrina e à jurisprudência determinar qual a posição ocupada por esses tratados no direito interno português.

A Constituição Portuguesa é clara ao determinar que os tratados internacionais devam se sujeitar às normas de fiscalização de constitucionalidade, embora com especificidades significativas, conforme previsão expressa nos artigos 277, inciso 2; 278, inciso 1; 279, inciso 4; e 280, inciso 3.

Pode-se, assim, concluir que os tratados internacionais não possuem hierarquia constitucional, vez que podem ter a sua inconstitucionalidade declarada, o que pressupõe posição hierárquica inferior desses tratados, objetos de controle de constitucionalidade, com relação à Constituição Portuguesa parâmetro desse controle.

Apontada a hierarquia infraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, deve-se verificar a sua relação com as normas ordinárias internas. Gomes Canotilho afirma ser problemática essa questão da posição hierárquica do direito internacional convencional no sistema português das fontes de direito, “dividindo-se a doutrina entre duas posições fundamentais: (1) valor *infraconstitucional* mas *supralegislativo* do direito internacional convencional; (2) *paridade hierárquico normativa* entre as normas convencionais internacionais e atos legislativos internos”, para, enfim, posicionar-se no sentido de que

[...] a paridade hierárquico-normativa, ou seja, o valor legislativo ordinário das convenções internacionais deve rejeitar-se pelo menos nos casos de convenções de conteúdo materialmente constitucional (exs:

Covenção Europeia de Direitos do Homem, Pacto Internacional sobre os direitos civis e políticos e Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos e Pacto Internacional sobre os direitos econômicos, sociais e culturais)<sup>40</sup>.

Canotilho, entende que, apesar da inexistência de dispositivo constitucional expresse, gozarem os tratados internacionais de direitos humanos de posição hierárquica infraconstitucional, porém, supralegal.

Por fim, para encerrarmos este tópico, trataremos dos tratados internacionais de direitos humanos e sua incorporação na Espanha.

No texto constitucional espanhol, encontram-se dispositivos que tratam tanto das competências para a aprovação dos tratados internacionais quanto da sua posição hierárquica na ordem jurídica espanhola.

Dispõe o artigo 56 da Constituição sobre a figura do rei da Espanha, determinando, de maneira geral, sua competência para manter as relações internacionais:

1. O rei é o Chefe de Estado, símbolo de sua unidade e permanência, arbitra e modera o funcionamento regular das instituições, assume a mais alta representação do Estado Espanhol nas relações internacionais, especialmente com as nações de sua comunidade histórica, e exerce as funções que lhe atribuem expressamente a Constituição e as leis. 2. Seu título é Rei da Espanha e poderá utilizar os demais que correspondam à Coroa. 3. A pessoa do rei é inviolável e não está sujeita a responsabilidade. Seus atos estarão sempre referendados na forma estabelecida no artigo 64, carecendo de validade, sem o dito referendo, salvo o disposto no artigo 65,2.<sup>41</sup>

O artigo 63, 2, por sua vez, especifica essa competência, típica da Chefia do Estado, determinando que “ao Rei compete manifestar o consentimento do Estado para obrigar-se internacionalmente por meio de tratados, de conformidade com a Constituição e as leis”. Trata-se, assim, de competência do Chefe de Estado a negociação, a assinatura e ratificação dos tratados internacionais. Essa competência, contudo, não é exercida isoladamente pelo Monarca, pois, por força do artigo 64, 1, “os atos do rei serão referendados pelo Presidente do Governo e, se for o caso, pelos Ministros competentes”.

O Rei da Espanha e o Presidente de Governo não celebram, porém, sozinhos, um tratado internacional. O artigo 94 do texto constitucional apresenta uma lista de tratados

<sup>40</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 821

<sup>41</sup> Artigo 56 da Constituição da Espanha. ESPANHA. [Constituição (1978)]. **Constituição Espanhola**. Madrid, Espanha. Disponível em: <http://autodesarrollate.blogspot.com/2013/05/constituicao-espanhola-de-1978.html>. Acesso em: 7 set. 2018.

que, para vincularem o Estado espanhol à ordem internacional, devem ser aprovados pelas Cortes Gerais; nos demais tratados internacionais, deve o legislativo ser tão somente informado de sua conclusão.

Determina o texto constitucional, *in verbis*:

1. A prestação de consentimento do Estado para obrigar-se por meio de tratados ou convênios requererá a prévia das Cortes Gerais, nos seguintes casos: a) Tratados de caráter político. b) Tratados ou convênios de caráter militar; c) Tratados ou convênios que afetem a integridade territorial do Estado ou os direitos e deveres fundamentais estabelecidos no Título I. d) Tratados ou convênios que impliquem obrigações financeiras para a Fazenda Pública. e) Tratados ou convênios que provoquem modificação ou derrogação de alguma lei ou exijam medidas legislativas para a sua execução, 2. O Congresso e o Senado serão imediatamente informados da conclusão dos restantes dos tratados ou convênios.<sup>42</sup>

Permite-se, dessa forma, a celebração dos acordos do Executivo, ou seja, a celebração dos tratados internacionais sem que haja a necessidade de consentimento do Legislativo, bastando, para vincular o Estado internacionalmente, a manifestação de vontade do Chefe de Estado, referendada pelo Chefe de Governo.

Com relação à posição hierárquica dos tratados internacionais, determina o artigo 95, 1, que “a celebração de um tratado internacional que contenha dispositivos contrários à Constituição exigirá uma prévia revisão constitucional”, podendo o Governo ou qualquer das Câmaras requerer ao Tribunal Constitucional que declare se existe ou não essa contradição, o que caracteriza um típico controle de constitucionalidade preventivo.<sup>43</sup>

Têm os tratados internacionais, assim, posição hierárquica infraconstitucional, podendo igualmente a sua inconstitucionalidade ser arguida, ainda que o tratado seja incorporado sem prévia revisão constitucional, perante o Judiciário, após a sua incorporação ao direito espanhol, inserido no que a doutrina espanhola denominou de constitucionalização da integração e comunitarização da Constituição.

Com relação às demais leis espanholas, prevê o texto constitucional, em seu artigo 96, 1,

[...] que os tratados internacionais validamente celebrados, uma vez publicados oficialmente na Espanha, farão parte do ordenamento interno.

<sup>42</sup> Artigo 94 da Constituição da Espanha. ESPANHA. [Constituição (1978)]. **Constituição Espanhola**. Madrid, Espanha. Disponível em: <http://autodesarrollate.blogspot.com/2013/05/constituicao-espanhola-de-1978.html>. Acesso em: 7 set. 2018.

<sup>43</sup> GIMÉNEZ, Luis María Díez-Picazo. *El derecho comunitario*. Madrid: S.L. CIVITAS EDICIONES, 2013. p. 263.

Suas disposições somente poderão ser derogadas, modificadas ou suspensas na forma prevista nos próprios tratados ou de acordo com as normas gerais de Direito Internacional.<sup>44</sup>

Segue o mesmo artigo 96, 2, prescrevendo que “para denúncia dos tratados ou convênios internacionais utilizar-se-á o mesmo procedimento previsto para a sua aprovação no artigo 94”, transcrito anteriormente.

O disposto nos dois parágrafos do artigo 96 corresponde a alguns aspectos que nesse trabalho se sustenta sobre a relação entre direito interno e direito internacional. Os tratados internacionais, após devidamente celebrados e incorporados, fazem parte da ordem jurídica interna, ou seja, aplicam-se por força própria e, em razão disso, somente são derogados, modificados ou suspensos na forma prevista pelo próprio tratado, de acordo com os princípios de direito internacional. Por fim, deve o legislativo participar do processo de denúncia de tratado internacional de que ele tenha participado da celebração.

O Juiz espanhol, assim, deve aplicar o tratado internacional como se interno fosse, desde que o tratado não seja contrário à Constituição, podendo o Juiz, neste caso, declarar a inconstitucionalidade do acordo. Deve ainda aplicar o tratado internacional mesmo que surja, posteriormente, lei contrária a ele, até que seja implementada uma denúncia.

## 2.1 Breves referências a algumas Constituições Latino-Americanas

A seguir, será tratada a questão da incorporação dos tratados de direitos humanos em algumas das Constituições Latino-Americanas.

A Constituição Argentina de 1853, após a sua reforma realizada em 22 de agosto de 1994, passou a dispor expressamente sobre a incorporação e sobre a posição hierárquica dos tratados de direitos humanos em sua ordem interna.

Até a reforma, a doutrina e a jurisprudência procuravam apontar a posição hierárquica desses tratados partindo-se da interpretação do artigo 31 do texto constitucional, que dispunha e ainda dispõe que “esta Constituição, as leis da Nação, que em sua consequência se ditam pelo Congresso e os Tratados com as potências estrangeiras são a lei suprema da Nação [...]”.

---

<sup>44</sup> Artigo 96, 1 da Constituição da Espanha. ESPANHA. [Constituição (1978)]. **Constituição Espanhola**. Madrid, Espanha. Disponível em: <http://autodesarrollate.blogspot.com/2013/05/constituicao-espanhola-de-1978.html>. Acesso em: 7 set. 2018.

A interpretação dada inicialmente ao dispositivo pelo tribunais argentinos seguiu o entendimento dado pela Suprema Corte norte-americana ao artigo VI da Constituição de 1787, no sentido de que a Constituição prevalece sobre leis e tratados, não existindo, na falta de fundamento normativo, hierarquia entre esses últimos: leis internas e tratados tem a mesma hierarquia, aplicando-se os critérios clássicos de solução de antinomias – hierarquia, especialidade e temporal – no caso de conflitos entre eles.

Firmou-se esse entendimento especialmente a partir do julgamento *Martin e Cia S/A c/ Administración General de Puertos*, ocorrido em 1963. Segundo Ernesto J. Rey Caro, esse caso dividiu os publicistas e criou um critério “questionável”, que entraria em contradição com a Convenção de Viena, de 1969, em vigor na Argentina desde 1980<sup>45</sup>. Em razão da intensa manifestação da doutrina e de inúmeras decisões dos juízos de primeiro grau, a Suprema Corte abandonou esse entendimento. No caso *Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich Geraldo e outros*, decidiu a Corte Suprema que, por força do artigo 27 da Convenção de Viena<sup>46</sup>, não poderia o Estado argentino descumprir tratado internacional em razão da publicação de lei interna a ele contrária<sup>47</sup>. Foi somente com a reforma de 1994 que se colocou um ponto final na questão.

Com a reforma, pois, sistematizou-se o tratamento constitucional sobre a incorporação e sobre a posição hierárquica dos tratados internacionais de direito humanos na ordem estatal argentina.

Sobre a incorporação dos tratados em geral, entre eles o de direitos humanos, dispõe o texto constitucional, em seu artigo 99, inciso 11, ser atribuição do Presidente da Nação “concluir e firmar tratados, concordatas, e outras negociações necessárias para a manutenção de boas relações com as organizações internacionais e nações estrangeiras”. Assim como no Estado brasileiro, cabe ao Presidente da Nação argentina manter relações com os Estados estrangeiros e que o faça por meio de tratados que estejam em conformidade com os princípios de direito público estabelecidos na Constituição (artigo 27 da Constituição argentina).

Essa atribuição, contudo, assim como no estado brasileiro, deve ser exercida em conjunto com o Poder Legislativo. É o que está disposto no artigo 75, inciso 22, do texto

---

<sup>45</sup> CARO REY, Ernesto J. *Los Tratados Internacionales y la constitución nacional*. Córdoba: Marcos Lerner, Editora Córdoba, 1995. p. 211.

<sup>46</sup> MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. O Conflito entre os tratados internacionais: sob a ótica internacional e perante os ordenamentos constitucionais brasileiro e argentinos. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis*, Petrópolis, v. 1, p. 79-81, 1999.

<sup>47</sup> CARO REY, Ernesto J. *op. cit.*, p. 211-223.

constitucional. Esse dispositivo merece algumas considerações em relação ao procedimento de incorporação e à posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica argentina.

Dispõe o artigo 75, inciso 22, do texto constitucional, *in verbis*:

Artigo 75 Compete ao Congresso: 22. Aprovar ou recusar tratados concluídos com as demais nações e com as organizações internacionais e as concordatas com a Santa Sé. Os tratados e concordatas têm hierarquia superior às leis. A Declaração dos Direitos e Deveres do Homem; a Declaração Universal dos Direitos Humanos; a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e seu Protocolo Facultativo; a Convenção sobre a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio; a Convenção Internacional sobre todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis Desumanas ou Degradantes; a Convenção sobre os Direitos da Criança; nas condições de sua vigência, tem hierarquia constitucional, não derrogam nenhum artigo da primeira parte desta Constituição e devem entender-se complementares aos direitos e garantias por ela reconhecidos. Somente poderão ser denunciados, se for o caso, pelo Poder Executivo nacional, com prévia aprovação de dois terços da totalidade dos membros de cada Câmara. Os demais tratados e convenções sobre direitos humanos ao serem aprovados pelo Congresso, necessitarão do voto de dois terços da totalidade dos membros de cada Câmara para gozar de hierarquia constitucional.<sup>48</sup>

Dessa forma, conforme é possível observar no que diz respeito à posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos, a reforma de 1994 solucionou a discussão que vinha sendo travada pela doutrina e pela jurisprudência argentinas. O novo texto constitucional atribuiu expressamente hierarquia constitucional a onze atos normativos internacionais já incorporados à época da reforma, bem como determinou a possibilidade de outros adquirirem a mesma posição hierárquica, desde que aprovados por dois terços da totalidade dos membros da Câmara.

A Constituição de 1853, a partir da reforma de 1994, deixou de ser o único documento normativo a gozar de hierarquia constitucional na ordem jurídica argentina. Os tratados internacionais indicados expressamente no artigo 75, inciso 22, bem como os demais tratados de direitos humanos que forem aprovados pelo procedimento indicados pelo mesmo dispositivo constitucional, passaram a compor, somados à Constituição de

---

<sup>48</sup> § 22 do artigo 75 da Constituição da Nação Argentina, tradução livre. ARGENTINA. [Constituição (1994)]. Constituição da Nação Argentina. Buenos Aires, AR: Organização dos Estados Americanos [2018]. Disponível em: [http://www.oas.org/juridico/mla/sp/arg/sp\\_arg-int-text-const.html](http://www.oas.org/juridico/mla/sp/arg/sp_arg-int-text-const.html). Acesso em: 2 set. 2018.

1853, o que a doutrina chama de *bloco de constitucionalidade*. Esses tratados internacionais, assim, não integram o documento constitucional, alterando o seu texto, mas integram o direito argentino, devendo ser aplicados pelos órgãos estatais como qualquer ato normativo interno, ainda que conserve a sua natureza de direito internacional, com fundamento nessa fonte externa.

Nesse sentido tem julgado a Corte Suprema de Justiça argentina. No caso *Maria Graciela Dieser y Carlos Andrés Fratelli*, julgado em 8 de agosto de 2006, em que se discutiu a garantia da imparcialidade e o devido processo legal, decidiu-se que a garantia do juiz era imparcial, reconhecida dentro dos direitos implícitos do texto constitucional, pois deriva

das garantias do devido processo legal e da defesa em júízo estabelecidas no artigo 18 da Constituição Nacional e consagrada expressamente nos artigos 26 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, 14.1 Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 8.1 Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 10 Declaração Universal dos Direitos Humanos (que formam parte do bloco de constitucionalidade federal em virtude da incorporação expressa que efetua o artigo 75 , inciso 22, da Constituição Nacional).<sup>49</sup>

Igualmente manifestou-se a Corte Suprema de Justiça sobre a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos no caso *Luis Ledesma c/ Provincia de Santiago del Estero*, julgado em 11 de julho de 2006, no qual ficou assentado que

o hospital público é uma consequência direta do imperativo constitucional que põe a cargo do Estado a função transcendental da prestação dos serviços de saúde em condições tais de garantir a proteção integral do ser humano, destinatário essencial dos Direitos reconhecidos pela Constituição e por diversos tratados internacionais com igual hierarquia entre os quais se encontra o direito à saúde (artigos 14, *bis* 33 e 75, inciso 22, da Constituição Nacional).<sup>50</sup>

German J. Bidart Campos sobre dispositivo constitucional em discussão afirma que:

a) os instrumentos internacionais que não invistam na hierarquia constitucional *estão incorporados ao direito argentino e não à*

---

<sup>49</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. *Maria Graciela Dieser y Carlos Andrés Fratelli, s/ homicidio calificado por el vinculo y por alevosia*. Disponível em: <https://sj.csjn.gov.ar/sj/>. Acesso em: 2 set. 2018. Causa 120/02, julgada em 8 de agosto de 2006.

<sup>50</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. *Luis Ledesma c/ Provincia de Santiago del Estero s/ daños y perjuicios*. Disponível em: <https://sj.csjn.gov.ar/sj/>. Acesso em: 2 set. 2018. Causa 120/02, julgada em 29 de dezembro de 2006.

*constituição; b) é a fonte internacional que dá origem a sua normativa, uma vez que ingressada ao direito interno conserva a sua normativa internacional dentro dele; c) a hierarquia constitucional dos instrumentos a que alude o artigo 75 inciso 22 provém da constituição, mas carece do alcance de fazê-los formar parte dela, ou de produzir a novação normativa internacional em normativa oriunda do direito interno; d) os instrumentos internacionais com hierarquia integram fora da constituição, mas com seu mesmo nível, o *bloco de constitucionalidade federal*.<sup>51</sup>*

Ainda uma questão deve ser discutida com relação ao artigo 75, inciso 22, acrescentado pela reforma de 1994, quando interpretado esse dispositivo sistematicamente com o artigo 27 da mesma Constituição. Prescreve aquele dispositivo que os tratados internacionais de direitos humanos têm hierarquia constitucional, mas “não derogam nenhum artigo da primeira parte desta Constituição e devem entender-se complementares aos direitos e garantias por ela reconhecidos”, ao passo que o último autoriza o Presidente da Nação argentina a manter relações com os Estados estrangeiros por meio de tratados que estejam em conformidade com os princípios de direito público estabelecidos na Constituição.

Coloca-se, assim, em dúvida a hierarquia desses tratados de direitos humanos, pois esses tratados não podem derogar nenhum artigo da primeira parte da Constituição, entre eles o próprio artigo 27; não haveria *verdadeira hierarquia constitucional* desses tratados, pois eles não poderiam contrariar os princípios de direito público estabelecidos pela Constituição. Ademais, o mesmo artigo 75, inciso 22, estabelece que os tratados de direitos humanos devem entender-se complementares aos direitos e garantias reconhecidas pelo próprio texto constitucional; essa *complementariedade* reforçaria a ideia de que os tratados internacionais de direitos humanos gozariam de uma *hierarquia constitucional de segunda classe*.

Adolfo Gabino Ziulu e Fernando Corrêa Martins sustentam, por outro lado, que não deve ser esse o entendimento mais adequado. Para os autores, deve-se entender, sim, que os dispositivos trazidos pelos tratados internacionais de direitos humanos, por gozarem da mesma hierarquia constitucional do restante da Constituição, devem ser interpretados de

---

<sup>51</sup> BIDART CAMPOS, German J. *Tratado elemental del derecho constitucional argentino*. Tomo III – El derecho internacional de los Derechos Humanos y la reforma constitucional de 1994. 9. ed. Buenos Aires: Sociedad Anonima Editora Comercial, Industrial y Financiera, 1995. p. 285.

maneira a formarem um todo harmônico, o que representa um dos pilares da clássica interpretação normativa constitucional, o princípio da unidade da Constituição.<sup>52</sup>

As análises tratam, todavia, de objetos distintos, confundindo ato veiculador de norma e dispositivo veiculado. Tratados internacionais de direitos humanos, incorporados nos termos do artigo 75, inciso 22, não podem revogar nenhum artigo da primeira parte da Constituição, pois esses artigos são expressão do Poder Constituinte Originário, e os tratados são expressão do Poder Constituinte Derivado. Nesse momento, devem ser os tratados internacionais submetidos ao controle de constitucionalidade, como ocorre igualmente com as emendas à Constituição. Após, uma vez incorporado o tratado internacional, as normas veiculadas pelas emendas têm posição hierárquica constitucional e passam a ser parâmetro para o controle de constitucionalidade (as normas infraconstitucionais e as normas ulteriores de emenda ou de revisão constitucional anteriores a sua incorporação continuam a ser objeto desse controle). Nesse momento, sim, essas normas, “devem entender-se complementares aos direitos e garantias” já reconhecidos pelo texto constitucional, podendo-se, então, falar em interpretação sistemática.

Os tratados internacionais de direitos humanos no direito argentino, em resumo, devem obedecer a um procedimento de incorporação que, na prática, confunde-se com o procedimento de celebração do próprio tratado, pois se encerra com a ratificação do Tratado do Presidente da Nação. Esses tratados de direitos humanos têm posição hierárquica constitucional por determinação expressa do texto constitucional ou podem ser incorporados com essa posição hierárquica, desde que observado o procedimento indicado pelo texto constitucional. Os demais tratados internacionais, os que não versem sobre direitos humanos ou os que versem sobre direitos humanos, mas que não estejam no rol do artigo 75, inciso 22, nem tenham alcançado o *quorum* específico de votação do mesmo dispositivo, têm posição hierárquica infraconstitucional, mas hierarquia superior à das leis (artigo 75, inciso 22, primeira parte, da Constituição argentina, que tem conteúdo residual e alcance amplo<sup>53</sup>).

Pode-se observar, assim, que a questão da incorporação e, principalmente, a da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos foram resolvidas de maneira

---

<sup>52</sup> ZIULU GABINO, Adolfo. La globalización, los tratados internacionales y la Constitución. In: *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata*. La Plata, v.3, 1997. p. 74.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 69.

mais adequada no ordenamento jurídico argentino, pela reforma de 1994, quando comparada com a solução dada pela reforma de 2004 no direito interno brasileiro. Segundo Adolfo Gabino Ziulu, a República Argentina, com a reforma de 1994, passou a integrar o grupo de países que adequaram a sua Lei Fundamental “para outorgar acolhida ao direito internacional e ao processo de integração regional”.<sup>54</sup>

No direito argentino, não há discussão acerca da posição hierárquica dos tratados internacionais de direito humanos aprovados em data anterior à reforma constitucional; não há discussão também sobre a hierarquia dos demais tratados internacionais, pois eles não foram contemplados expressamente pelo texto constitucional que lhes atribuiu posição supralegal; também não há dúvidas com relação ao procedimento de denúncia desses tratados, vez que prevista a necessidade de prévia aprovação de dois terços da totalidade dos membros de cada Câmara. Na opinião de Ernesto J. Rey Caros, “o acerto dos constituintes é inegável. A clara solução constitucional evitará no futuro que uma questão tão transcendente como a da hierarquia dos tratados e acordos internacionais deixe de depender de uma interpretação judicial.”<sup>55</sup>

Tais dispositivos constitucionais, sem dúvida, facilitam a inserção do Estado argentino no cenário internacional. A reforma constitucional argentina implementada dez anos antes da brasileira deveria ser levada em consideração.

Agora, trataremos do país vizinho ao Brasil, o Paraguai que possui semelhanças e divergências. Estudaremos os tratados internacionais de direitos humanos e a sua incorporação no sistema jurídico paraguaio.

Na ordem jurídica-constitucional paraguaia, assim como na brasileira, cabe ao Presidente da República celebrar tratados internacionais, desde que aprovados pelo Congresso (artigo 202, inciso 9; artigo 224, inciso I; e artigo 238, inciso 7, da Constituição Paraguaia).

A participação da Câmara dos Senadores é expressa no texto constitucional; já a participação da Câmara dos Deputados decorre de maneira mediata do artigo 209, inciso 9, que atribui ao Congresso – e não somente à Câmara dos Senadores – “aprovar ou rejeitar os tratados e demais acordos internacionais subscritos pelo Poder Executivo”. Da

---

<sup>54</sup> ZIULU GABINO, Adolfo. La globalización, los tratados internacionales y la Constitución. In: *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata*. La Plata, v.3, 1997. p. 63.

<sup>55</sup> CARO REY, Ernesto J. *Los Tratados Internacionales y la constitución nacional*. Córdoba: Marcos Lerner, Editora Córdoba, 1995. p. 211-223.

interpretação de ambos os dispositivos constitucionais, conclui-se que cabe à Câmara de Senadores iniciar o procedimento de aprovação dos tratados internacionais, inclusive os de direitos humanos, atuando a Câmara dos Deputados como uma câmara revisora, “segundo assim o procedimento de formação e sanção das leis estipulado no texto constitucional”.<sup>56</sup>

Segundo Maria Elodia Almiron Prujel,

[...] tem-se em primeiro lugar a Constituição como norma suprema e fundamentadora da ordem positiva interna paraguaia, que prescreve a ordem de preleção e importância na aplicabilidade da ordem jurídica interna; em segundo lugar, as normas de caráter internacional que devem cumprir um requisito prévio, consistente na aprovação e ratificação pelo Congresso Nacional e pelo Poder Executivo; e logo as leis ditadas pelo Congresso Nacional e outras disposições jurídicas de inferior hierarquia.<sup>57</sup>

Alejandro Piera, por sua vez, afirma taxativamente que o artigo 137, “fundamental no direito paraguaio, claramente estabelece a supremacia da Carta Magna sobre qualquer outra norma”<sup>58</sup>, comentando, em seguida, que os tratados devidamente ratificados estão em situação de primazia com relação às normas de direito positivo interno, situação que tem sido confirmada pelos tribunais.

Os tratados internacionais de direitos humanos, contudo, por força do artigo 142 do texto constitucional, somente podem ser denunciados pelo mesmo procedimento previsto para a aprovação das emendas constitucionais. Dispõe esse dispositivo constitucional que “os tratados internacionais relativos aos direitos humanos não poderão ser denunciados senão pelos procedimentos que regem a emenda desta Constituição”.

Fundamentando-se nesse artigo, poder-se-ia sustentar a posição hierárquica constitucional desses tratados internacionais. É o que afirma Cynthia González Feldmann, para quem a Constituição do Paraguai no seu artigo 142 equiparou a sua própria hierarquia, ao menos quando à estabilidade se refere, aos tratados relativos a direitos humanos, já que eles não poderão ser denunciados, senão pelos procedimentos que regem a emenda da Constituição”.<sup>59</sup>

<sup>56</sup> PRUJEL ALMIRON, Maria Elodia. Los derechos humanos y la Constitución nacional In: *El Paraguay a frente de lo sistema interamericano de derechos Humanos*. Uruguay: Fundaciós Konrad-Adenauer Uruguay, 2004. p. 36. v.1.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>58</sup> PIERA, Alejandro. *La incorporación de la normativa del Mercosur en el derecho positivo paraguayo*. Rio de Janeiro: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, 2015. p.81-90, v. 15.

<sup>59</sup> FELDMANN, Cynthia. La implementación de los tratados de derechos humanos por el Paraguai. In: *El Paraguay a frente de lo sistema interamericano de derechos Humanos*. Uruguay: Fundaciós Konrad-Adenauer Uruguay, 2004. p. 17-26. v.1.

Não parece ser essa, todavia, a melhor interpretação do texto constitucional. O artigo 137, comentado anteriormente, estabelece a ordem hierárquica entre Constituição, tratados internacionais e leis internas. A determinação pelo texto constitucional de um procedimento mais dificultoso para a denúncia dos tratados internacionais de direitos humanos em nada deve influenciar na determinação de sua posição hierárquica: uma maior estabilidade nos compromissos estabelecidos pelo Estado Paraguai no cenário internacional, especificamente no que concerne à proteção dos direitos humanos, pode ser garantida pela exigência qualificada da denúncia desses tratados, ainda que eles não gozem de hierarquia constitucional enquanto aplicados no âmbito territorial estatal.<sup>60</sup>

No direito paraguaio, em resumo, os tratados internacionais de direitos humanos devem passar por um procedimento de incorporação para o qual concorrem Executivo e Legislativo, assim como no direito brasileiro. Tem esses tratados posição hierárquica “quase-constitucional”, pois de hierarquia inferior à da Constituição mas superior à das leis internas; ademais, para que possam ser denunciados, deve ser obedecido o mesmo procedimento de emenda à Constituição.

Agora, trataremos, por fim, do caso do Uruguai.

Poucas são as referências aos tratados internacionais na Constituição da República Oriental do Uruguai de 1967. Nesse sentido, já observou Pedro Dallari que o “Uruguai, por sua vez, é caracterizado por um texto constitucional bastante lacônico no que se refere aos tratados internacionais.”<sup>61</sup> No mais, são esparsas as regras no texto constitucional por meio das quais poderiam ser extraídas algumas poucas conclusões sobre a posição hierárquica desses tratados internacionais na ordem uruguaia.

Uma dessas regras é o artigo 239, 1º, que prescreve que à Suprema Corte de Justiça compete “julgar todos os infratores da Constituição sem exceção alguma”, para, em seguida, incluir na competência dessa mesma Corte a análise das questões relativas a tratados, pactos e convenções com outros Estados. Há, aqui, a atribuição de competência à Suprema Corte uruguaia para julgar todos os atos normativos que contrariem a Constituição, o que a posiciona no vértice da ordem jurídica uruguaia, com todos os demais atos normativos a ela subordinados, inclusive os tratados internacionais. Pode-se

---

<sup>60</sup> ANDRADA, Fátima. Instituciones Internas de Protección de derechos humanos. In: *El Paraguay a frente de lo sistema interamericano de derechos Humanos*. Uruguai: Fundaciós Konrad-Adenauer Uruguay, 2004. p. 41-54. v.1.

<sup>61</sup> DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. *Constituição e Tratados Internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 40.

extrair, pois, desse dispositivo que os tratados internacionais têm posição hierárquica infraconstitucional na ordem jurídica uruguaia.

Carmen Gozález observa que, “em caso de conflito entre uma norma internacional e a Constituição, a jurisprudência nacional tem-se pronunciado a favor da hierarquia superior da Constituição”, devendo essa infração ser submetida à apreciação da Suprema Corte de Justiça.<sup>62</sup>

Carmen Gozález, por sua vez, apresenta um panorama distinto no que diz respeito ao entendimento dado pela jurisprudência à questão. Leciona González que, nesse aspecto, ainda que a jurisprudência interna tenha equiparado a norma internacional à lei, a norma internacional deve primar com relação à norma interna contrária, tendo em conta, entre outros argumentos, as disposições da Convenção de Viena de 1969 sobre Direito dos Tratados, que constituem direito positivo para o Uruguai, no sentido de que “uma parte não poderá invocar as disposições de seu direito interno como justificativa de descumprimento de um tratado. Esta norma entender-se-á sem prejuízo do dispositivo no artigo 46”.<sup>63</sup>

Percebe-se do acima exposto que não há consenso sobre as posições hierárquicas dos tratados internacionais na ordem jurídica uruguaia, o que se explica pelo tratamento lacônico dado ao assunto pelo texto constitucional. Esse panorama é muito semelhante ao brasileiro antes da inserção do §3º do artigo 5º da Constituição Federal.

Por fim, um último dispositivo constitucional que se refere a tratados internacionais. Prescreve o artigo 46, *in fine*, que “o Estado, combaterá, por meio da lei e das Convenções Internacionais, os vícios sociais”. A menção feita pelo texto normativo às convenções internacionais, ao lado da lei, conjugada com o dispositivo 239, 1º, torna possível a interpretação de que leis e tratados são distintos e de que ambos são aplicados internamente; logo, os tratados internacionais compõem a ordem jurídica interna uruguaia e são aplicados pelos juízes locais por força própria.

---

<sup>62</sup> GONZALEZ, Carmen. *El relanzamiento del Mercosur y la incorporación de sus normas en los ordenamientos jurídicos internos, con especial referencia al Uruguay*, Rio de Janeiro: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, 2015, p.77, v.15.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 77

## **CAPÍTULO 3 – OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS**

Este capítulo estudará como era realizada a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos nas constituições anteriores à Constituição de 1988, a diferença do tratamento constitucional após a promulgação da Carta Magna de 1988, bem como tratará da aplicabilidade do § 1º e as inovações trazidas pelo § 2º e posteriormente com a EC 45/04 a inclusão do § 3º no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

### **3 As etapas do tratamento doutrinário e jurisprudencial dos tratados e convenções de Direitos Humanos nas constituições brasileiras**

Este tópico realizará um breve estudo doutrinário e jurisprudencial das Constituições anteriores à Constituição de 1988, a fim de analisar como funcionava a incorporação dos tratados e das convenções de Direitos Humanos – e de outros tratados que possuíssem temática diferente – e se todos eram incorporados da mesma forma ou se porventura já existia alguma distinção na incorporação, como o faz a Carta Magna atual.

Uma vez feita essa reflexão, analisar-se-á também neste capítulo como a Constituição de 1988 realizou a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, quais foram as diferenças em relação aos demais tratados internacionais, bem como quais foram as alterações realizadas por meio de emenda constitucional e a sua repercussão no âmbito jurídico interno em relação à jurisprudência constitucional.

#### **3.1 As constituições anteriores à Constituição Federal de 1988**

A primeira Constituição do Brasil, a Constituição Imperial de 1824, proclamou os direitos fundamentais nos 35 incisos de seu art. 179. Apesar de outorgada, mostrou-se uma Constituição liberal, elencando direitos semelhantes aos encontrados nos textos constitucionais dos Estados Unidos e da França, pregando a inviolabilidade dos direitos civis e políticos. A efetivação de tais direitos foi prejudicada, contudo, pela criação do

Poder Moderador, que concedia ao imperador poderes constitucionalmente ilimitados, interferindo no exercício dos demais Poderes.<sup>64</sup>

Essa Constituição foi omissa, pois não há em seu corpo nenhuma referência à aplicação de tratados ou convenções de direitos humanos, ficando as decisões a respeito dos direitos humanos inteiramente vinculadas ao plano político e judiciário interno. Porém, foi a primeira Carta Magna a introduzir a declaração dos direitos fundamentais em seu texto (com os pressupostos de liberdade, igualdade, propriedade e segurança). O Brasil foi o primeiro país na América Latina a introduzir em seu corpo de normas uma declaração de direitos individuais.

A Constituição de 1891 manteve em seu artigo art. 72, composto de 31 parágrafos, os direitos fundamentais especificados na Constituição de 1824. Além disso, no rol de direitos e garantias fundamentais, aquela previu o instituto do *habeas corpus*, anteriormente garantido tão somente como legislação ordinária, e a liberdade de culto a todas as pessoas, uma vez que houve a rígida separação entre o Estado e a Igreja.<sup>65</sup>

Observa-se também que houve uma ampliação na titularidade dos direitos fundamentais, pois eles passaram a ser garantidos “a brasileiros e estrangeiros residentes no país” (art. 72, caput), enquanto a Constituição de 1824 os reconhecia somente aos “cidadãos brasileiros” (art. 179).<sup>66</sup>

Apesar da previsão expressa dos direitos fundamentais na Constituição de 1891, não há qualquer referência à inserção dos tratados internacionais de direitos humanos. Em que pese tal fato, o elenco dos direitos fundamentais endossava, ainda, importantes bandeiras republicanas ao abolir privilégios de nascimento, foros de nobreza e ordens honoríficas (art. 72, § 2º) e constitucionalizar a separação entre o Estado e a Igreja (art. 72, § 3º) –já determinada antes pelo Decreto nº 119-A do Governo Provisório –, estabelecendo o caráter secular dos cemitérios e a laicidade do ensino público. Porém, diferentemente da Carta do Império – neste ponto, à frente de seu tempo – a Constituição de 1891 não demonstrou nenhuma sensibilidade para o social, estatuinto apenas direitos individuais defensivos, voltados à limitação do arbítrio estatal, sem qualquer abertura para os direitos de natureza positiva.

---

<sup>64</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 36.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 36.

A Constituição de 1891 não dispôs expressamente sobre os tratados internacionais de direitos humanos, em que pese o inciso 12 do art. 34 atribuir privativamente ao Congresso Nacional resolver definitivamente sobre os tratados e convenções com as nações estrangeiras e o inciso 16 do art. 48 atribuir apenas ao Poder Executivo celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre *ad referendum* do Congresso.

Uma lista de direitos fundamentais, semelhante àquela especificada na Constituição de 1891, pode ser encontrada na Constituição de 1934. Destaque-se nesta uma importante inovação, conseqüente da ruptura da concepção liberal do Estado: foram positivados nos textos constitucionais elementos socioideológicos, típicos da segunda dimensão; foram estatuídas normas de proteção ao trabalhador, tais como a proibição de diferenciação de salário em razão de sexo, idade, nacionalidade ou estado civil; proibição de trabalho para menores de 14 anos de idade; repouso semanal remunerado; limitação da jornada a 8 horas diárias; estipulação de um salário mínimo, entre outras. Também foram criados os institutos do mandado de segurança e da ação popular (art. 113, incs. 33 e 38).

Em que pese a previsão expressa dos direitos dos trabalhadores por influência dos direitos fundamentais de segunda geração, não há, na Constituição de 1934, nenhuma menção expressa à inserção dos tratados internacionais de direitos humanos.

No mesmo sentido da Constituição de 1891, a Constituição de 1934 foi expressa ao dispor no inciso I do art. 5º que competia privativamente à União celebrar tratados e convenções internacionais.

A Constituição de 1937, inspirada na Carta Ditatorial Polonesa de 1935, instaurando o Estado Novo, reduziu os direitos e garantias individuais, empreendendo a desconstitucionalização do mandado de segurança e da ação popular, os quais foram restaurados e ampliados com a Constituição de 1946, assim como o foram os direitos sociais.

A Constituição de 1946 em seu inciso I do art. 66 foi expressa ao dispor sobre os tratados internacionais:

Art. 66. É de competência exclusiva do Congresso Nacional:  
I – resolver definitivamente sobre os tratados e convenções celebrados com os Estados estrangeiros pelo Presidente da República.

Pontes de Miranda afirma que, segundo o inciso I do art. 66 da Constituição de 1946, os tratados e as convenções interestatais são celebrados pelo Presidente da

República, que os tem de submeter ao Congresso Nacional. Miranda assevera ainda que a iniciativa dos projetos e aprovação de tratados e convenções é do Presidente da República, e a discussão cabe primeiro à Câmara dos Deputados, e não a qualquer das câmaras. Ou seja, feito o tratado ou a Convenção, o Presidente da República remete-o à Câmara dos Deputados em projeto de lei.<sup>67</sup>

Carlos Maximiliano, em seu livro *Comentário à Constituição Brasileira de 1946*, explica o funcionamento de ratificação dos tratados internacionais previstos no inciso I do artigo 66 de seguinte maneira:

Os casos mencionados no art. 66 do código fundamental independem de sanção do Presidente da República e ficam insuscetíveis de veto. As relações cordiais e de defesa pacífica dos interesses recíprocos entre os povos são mantidas pelo Executivo, por intermédio do Ministro das Relações Exteriores e dos respectivos auxiliares: embaixadores (ordinários ou extraordinários), ministros plenipotenciários, ministros residentes, encarregados de negócios, cônsules, vice-cônsules e agentes consulares. Para regular um certo número de assuntos celebram-se tratados ou simples convenções. Cabe a iniciativa ao Ministro do Exterior; somente de ultimadas as negociações e de assinado o contrato internacional é ouvido o Congresso, que profere a última palavra sobre o acordo: é o que exprime o termo – *definitivamente*, inserto no texto, e em face do artigo 87, n. VII. Um tratado pode envolver perda, aquisição ou troca de território, compromissos de sangue e de dinheiro, questões que interessam à prosperidade, a honra e à vida de um povo. Deve ficar sobre a responsabilidade do Chefe de Estado, porém sujeito ao *referendum* parlamentar. [...] Em qual das câmaras começa o debate sobre os tratados? Em face do art. 67 § 3º, do estatuto fundamental combinado com o 9º § 3º, da Lei n. 23, de 30 de outubro de 1891, cabe a iniciativa ao ramo popular do parlamento; porque as convenções internacionais são sujeitas à homologação do Congresso mediante um projeto de lei formulado pelo Executivo e votado em sessão secreta. Obtida a referenda nas câmaras, os governos trocam entre si as ratificações, que são indispensáveis e fazem que os tratados obriguem as partes contratantes desde o dia em que foram assinados.<sup>68</sup>

A Constituição de 1946 foi derrubada com a ditadura, e a Carta seguinte, a de 1967, trouxe inúmeros retrocessos, suprimindo a liberdade de publicação, tornando restrito o direito de reunião, estabelecendo foro militar para os civis, mantendo todas as punições e arbitrariedades decretadas pelos Atos Institucionais, etc. Nesse período, sequer os direitos humanos foram respeitados.

---

<sup>67</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentário à Constituição Brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960. p. 472-476.

<sup>68</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Comentário à Constituição Brasileira de 1946*. São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1948. p. 146-148. v. II.

No âmbito dos direitos sociais, o constituinte de 1967 continuou retrocedendo: reduziu a idade mínima de permissão para o trabalho para 12 anos, restringiu o direito de greve, acabou com a proibição de diferenciação de salários por motivos de idade e de nacionalidade, recompensando o trabalhador com ínfimas vantagens, como, por exemplo, o salário-família.<sup>69</sup>

A Constituição de 1967 não dispôs expressamente sobre os tratados internacionais de direitos humanos, em que pese o inciso I do art. 8º ser expresso ao dispor que compete à União celebrar tratados e convenções e o inciso I do art. 47 atribuir competência exclusiva ao Congresso Nacional para resolver definitivamente sobre os tratados celebrados pelo Presidente da República.

Na Constituição brasileira de 1967 competia à União a celebração de tratados e convenções internacionais, conforme dispõe o inciso I do art. 8º: “Art. 8º. Compete à União: I – manter relações com Estados estrangeiros e com eles celebrar tratados e convenções; participar de organizações internacionais [...]”.

A partir de 17 de outubro de 1969, a Constituição brasileira de 1967 sofreu significativa e substancial reforma, com emendas aditivas, modificativas e supressivas. José Afonso da Silva<sup>70</sup> sustenta que, a rigor, vigorou apenas até 13 de dezembro de 1968, quando foi baixado o Ato Institucional nº 5 (AI-5), o qual repetiu todos os poderes discricionários conferidos ao presidente pelo AI-2 e ainda ampliou a margem de arbítrio, concedeu ao governo a prerrogativa de confiscar bens e suspendeu a garantia do *habeas corpus* nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

O AI-5 não se coaduna, portanto, com a doutrina dos direitos humanos; tampouco a Emenda de 1969, que incorporou em seu texto as medidas autoritárias dos Atos Institucionais, razão pela qual a Constituição brasileira de 1967 não traz qualquer menção aos tratados internacionais de direitos humanos, apenas mencionando em seu inciso I do art. 8º que cabe à União celebrar tratados e convenções internacionais.

Por fim, com a crise do petróleo em 1973-1974, a economia brasileira cujo crescimento dependia da importação dessa commodity foi atingida mortalmente, pondo fim

<sup>69</sup> CASTRO, Marcela Baudel de. A Proteção aos Direitos Humanos nas Constituições brasileiras. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-protecao-aos-direitos-humanos-nas-constituicoes-brasileiras,44107.html>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>70</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1997. p. 56.

ao chamado “milagre econômico”, justificativa dos militares e de setores conservadores beneficiados pelo regime para se manter no poder. Junte-se ainda uma conjuntura internacional que já não mais apoiava governos militares e a força do movimento popular contra a ditadura que desembocou na campanha pelas “diretas já” e pela retorno ao Estado de Direito, que levou o isolamento dos militares da sociedade, o afastamento do poder e a instalação da Assembleia Constituinte com a promulgação da Constituição de 1988, também conhecida como “Constituição Cidadã”, que veio para proteger os direitos do homem, sendo uma das mais avançadas do mundo nesse sentido.

### 3.1.2 A Constituição Federal de 5 outubro de 1988

O Constituinte de 1988, além do extenso e explicativo rol de direitos elencados no art. 5º dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade, prevê também nos arts. 6º a 7º, vastos direitos sociais, trabalhistas e os direitos políticos. Ressalta-se que essa Constituição previu uma inovação ao dispor, no art. 5º, § 2º, que “Os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte”. Assim, pela primeira vez, há uma referência expressa à aplicação constitucional, no Brasil, dos direitos decorrentes de tratados e documentos internacionais.

Por outro lado, cabe lembrar também que a competência para a decisão sobre tratados inovou-se com o art. 102, III (recurso extraordinário), da Carta Magna, que permite, entre outras coisas, declarar inconstitucionalidade de tratado (ou lei federal) colocando os tratados em igualdade com as leis federais do país. Nessa competência, incluía-se, portanto, decidir sobre o significado das cláusulas a respeito dos direitos “decorrentes de princípios”, também inserida nessa constituição.

É com fundamento nesse ponto que cabe adiantar que houve a admissão da figura do chamado “bloco de constitucionalidade”, cuja intenção foi estender proteção, *in continenti*, no plano da constitucionalidade, aos direitos humanos decorrentes de tratados, pactos, cartas, convênios, protocolos, entre outros, elevando-os ao mesmo nível de tratamento dos direitos constitucionais de *per si*, como se verá mais adiante.

### 3.2 A Disciplina dos tratados de Direitos Humanos na Constituição originária de 1988 e a interpretação do Supremo Tribunal Federal

#### 3.2.1 *As inovações trazidas pelo § 2º do artigo 5º da Constituição Federal e a sua interpretação pela doutrina e pela jurisprudência*

O § 2º do artigo 5º da Constituição é expresso ao dispor: “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”<sup>71</sup>.

Segundo doutrinadores como Pinto Ferreira<sup>72</sup> e Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>73</sup>, a origem das disposições desse parágrafo no direito constitucional pátrio remonta à Constituição Federal de 1891. Consta no art. 78 dessa Constituição: “A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna”. Tal previsão constitucional também se verifica na Lei Magna de 1934, em que o art. 114 determina: “A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota”.

As Constituições de 1946 (art. 144) e de 1967 (art. 153, parágrafo 35) orientavam-se em termos análogos, embora nesta última o preceito dos direitos fundamentais pouco valesse, pois a Lei Magna estava praticamente suspensa pelos Atos Institucionais.

A Constituição Federal de 1891, primeira a adotar essa normativa, em seu art. 78, inspirou-se na Emenda XI da Constituição norte-americana de 1797: “A enumeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos inerentes ao povo”. Tal preceito foi adotado para contrapor-se à objeção de James Wilson e outros que se opunham energicamente à adoção da Declaração de Direitos, com o argumento de que tal Declaração fosse interpretada como uma carta branca para que o Legislativo negasse tudo o que estava expressamente consignado na lei fundamental. Por

<sup>71</sup> § 2º do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 30 jul. 2018.

<sup>72</sup> FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 219.

<sup>73</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 632.

isso, afirma Rafael Bielsa, o artigo supracitado tem uma função integradora do conjunto de regras relativas aos direitos individuais, como uma norma básica e obrigatória de interpretação.<sup>74</sup>

O enunciado dos direitos e garantias constitucionais não é um catálogo completo, nem se apresenta como *numerus clausus*. O § 2º do artigo 5º da Constituição Federal refere-se aos direitos e às garantias expressos na Constituição, o que não exclui outros decorrentes dos princípios e do regime por ela adotado.

O dispositivo de origem americana fazia muito sentido, sobretudo em face da concepção *jus* naturalística sobre o direito então vigorante. O que se queria dizer é que o esquecimento ou a deliberada não inclusão de direitos já reconhecidos em nível de costumes ou outros fundamentos não implicava em seu reconhecimento ou não conflitava com a Carta Magna.

Na nossa Constituição Federal, a significação é um tanto diferente, porque a referência não é feita aos “direitos conservados pelo povo”, mas sim a outros, decorrentes de um regime e dos princípios por ela adotados.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho expõe de forma precisa o alcance do preceito:

O dispositivo em exame significa simplesmente que a Constituição brasileira ao enumerar os direitos explicitamente reconhecidos não pretende ser exaustiva. Por isso, além desses direitos explicitamente reconhecidos, admite existirem outros, decorrentes dos regimes e princípios que ela adota, os quais explicitamente reconhece.<sup>75</sup>

Ainda segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o § 2º do artigo 5º da Constituição Federal amplia o direito anterior à Carta Magna de 1988 ao mencionar tratados internacionais. Pois, como se anotou no breve relato anterior, não houve, em nenhuma constituição anterior, referência expressa a direitos provenientes de tratados e documentos internacionais nem reforçada proteção de tais direitos. Assim, do referido texto poder-se-á deduzir direitos individuais não apenas do regime e princípios constitucionais, como também de normas internacionais que passarem a integrar o nosso sistema jurídico.<sup>76</sup> Diante disso, existe uma dificuldade para identificar quais são os

---

<sup>74</sup> BIELSA, Rafael. *Estudios de Derecho Publico*. Buenos Aires: Editora Depalma, 1952. p. 379. v. 3.

<sup>75</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 632.

<sup>76</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 292.

direitos implícitos que podem decorrer do sistema jurídico pátrio e quais podem decorrer dos tratados internacionais.

Autores como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Celso Ribeiro Bastos e José Cretella Júnior criticam justamente o fato de que se já era difícil apontar quais seriam esses direitos antes da atual Constituição, essa tarefa tornou-se mais árdua com a vigência dela, uma vez que foi incluso nela um longo rol de direito individuais.

Esta é uma crítica muito contundente ao § 2º do artigo 5º da Constituição Federal: a de quais seriam os princípios implicitamente reconhecidos na Carta Magna brasileira, já que não é fácil a identificação e reconhecimento desses princípios.

Diferentemente da Carta Magna brasileira, o art. 16º/1 da Constituição portuguesa utiliza a expressão “lei”. Além disso, essa mesma Constituição dispõe de forma clara e expressa que os direitos fundamentais não excluem outros constantes das leis e regras aplicáveis ao direito internacional. Nesse sentido: “1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”.<sup>77</sup>

Vide, assim, a explanação de Joaquim José Gomes Canotilho a respeito do art. 16º/1 da Constituição Portuguesa:

Os direitos consagrados e reconhecidos pela constituição designam-se, por vezes, **direitos fundamentais formalmente constitucionais**, por que eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal (normas que têm forma constitucional). A Constituição admite (cfr. art. 16º), porém, outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. Em virtude de as normas que os reconhecem e protegem não terem a forma constitucional, estes direitos são chamados de **direitos materialmente fundamentais**. Por outro lado, trata-se de uma “norma de *fattispecie* aberta”, de forma a abranger, para além das positavações concretas, todas as possibilidades de direitos que se propõe no horizonte da ação humana. Daí que os autores se refiram também ao *princípio da não identificação* ou da *cláusula aberta*. Problema é saber como distinguir, dentre os direitos, sem assento constitucional, aqueles que possuem dignidade suficiente para serem considerados *fundamentais*. A orientação tendencial do princípio é a de considerar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objeto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais. Neste sentido, o âmbito no art. 16º/1 alarga-se ou abra-se a todos os direitos fundamentais

<sup>77</sup> Constituição da República Portuguesa, artigo 16, 1. PORTUGAL. [Constituição (1976)]. Constituição da República Portuguesa. Lisboa, PT: Parlamento Português [2018]. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaoerepublicaportuguesa.aspx>. Acesso em: 9 jul. 2018.

e não, como já se pretendeu, a uma certa categoria deles – os direitos, liberdades e garantias.<sup>78</sup>

Celso Ribeiro de Bastos explica justamente a opção da Constituição Portuguesa por uma perspectiva aberta dos direitos fundamentais, diferente da opção feita pela Constituição Brasileira:

A Constituição portuguesa preferiu referir-se à Declaração dos Direitos do Homem, depois de já ter feito menção “as regras aplicáveis de Direito Internacional” o que levou Gomes Canotilho e Vital Moreira a afirmarem que a Lei Maior portuguesa aponta para um conceito material e para uma perspectiva aberta dos direitos fundamentais. [...] No texto brasileiro a referência não é feita ao direito internacional geral, mas sim aos tratados internacionais de que faça parte o Brasil.<sup>79</sup>

Assim, além dos direitos fundamentais, formalmente poder-se-ia admitir outros resultantes de leis nacionais e de tratados internacionais. Como exemplo de direitos fundamentais, resultantes de lei, temos o direito ao nome e o direito geral de personalidade, ambos constantes do Código Civil.

Joaquim José Gomes Canotilho conceitua ainda as regras aplicáveis de direito internacional como sendo consagrados no direito internacional convencional, designadamente os pactos internacionais referentes aos direitos do homem e ratificados pelo Estado Português.

Na Constituição Brasileira, não podemos notar aquela perspectiva aberta de que fala Canotilho, uma vez que a referência não é feita ao direito internacional geral, mas sim aos tratados internacionais de que faça parte o Brasil”.<sup>80</sup>

Na Jurisprudência brasileira, no recurso do *Habeas Corpus* nº 79.785-RJ, é possível observar a divergência dos ministros com relação à interpretação do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal. Na Ementa transcrita abaixo, essa discussão fica patente:

**I. Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos.**

1. Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um

<sup>78</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 403-404.

<sup>79</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 395-396. v. 2.

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 395-396.

reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária.

2. Com esse sentido próprio - sem concessões que o desnaturem - não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal.

3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de "toda pessoa acusada de delito", durante o processo, "de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior".

4. Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação.

## **II. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas.**

1. Quando a questão - no estágio ainda primitivo de centralização e efetividade da ordem jurídica internacional - é de ser resolvida sob a perspectiva do juiz nacional - que, órgão do Estado, deriva da Constituição sua própria autoridade jurisdicional - não pode ele buscar, senão nessa Constituição mesma, o critério da solução de eventuais antinomias entre normas internas e normas internacionais; o que é bastante a firmar a supremacia sobre as últimas da Constituição, ainda quando esta eventualmente atribua aos tratados a prevalência no conflito: mesmo nessa hipótese, a primazia derivará da Constituição e não de uma apriorística força intrínseca da convenção internacional.

2. Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b).

3. Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento - majoritário em recente decisão do STF (ADInMC 1.480) - que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias.

4. Em relação ao ordenamento pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força ab-rogante da Constituição mesma, quando não dinamizadoras do seu sistema, o que não é de admitir.

### III. Competência originária dos Tribunais e duplo grau de jurisdição.

1. Toda vez que a Constituição prescreveu para determinada causa a competência originária de um Tribunal, de duas uma: ou também previu recurso ordinário de sua decisão (CF, arts. 102, II, a; 105, II, a e b; 121, § 4º, III, IV e V) ou, não o tendo estabelecido, é que o proibiu.

2. Em tais hipóteses, o recurso ordinário contra decisões de Tribunal, que ela mesma não criou, a Constituição não admite que o institua o direito infraconstitucional, seja lei ordinária seja convenção internacional: é que, afora os casos da Justiça do Trabalho - que não estão em causa - e da Justiça Militar - na qual o STM não se superpõe a outros Tribunais -, assim como as do Supremo Tribunal, com relação a todos os demais Tribunais e Juízos do País, também as competências recursais dos outros Tribunais Superiores - o STJ e o TSE - estão enumeradas taxativamente na Constituição, e só a emenda constitucional poderia ampliar.

3. À falta de órgãos jurisdicionais *ad quo*, no sistema constitucional, indispensáveis a viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição aos processos de competência originária dos Tribunais, segue-se a incompatibilidade com a Constituição da aplicação no caso da norma internacional de outorga da garantia invocada<sup>81</sup>. (RHC 79785, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2000, DJ 22-11-2002 PP-00057 EMENT VOL-02092-02 PP-00280 RTJ VOL-00183-03 PP-01010)

Ademais, importante destacar a decisão proferida no *Habeas Corpus* 87.585/2008, em que é possível observar uma mudança no entendimento anterior do Supremo Tribunal Federal (STF). Nesse *Habeas Corpus*, o STF, por 5 votos a 4, atribuiu *status* supralegal aos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos. Ou seja, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, hierarquicamente, tais tratados estão acima das leis e abaixo da Constituição. Nesse sentido, vide decisão:

DEPOSITÁRIO INFIEL - PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel<sup>82</sup>. (HC 87585, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-118 DIVULG 25-06-2009 PUBLIC 26-06-2009 EMENT VOL-02366-02 PP-00237).

Pode-se observar, assim, que a doutrina diverge claramente sobre o tema, e o Supremo Tribunal Federal (STF), ao longo dos anos, modificou o seu entendimento sobre

<sup>81</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 79785**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29/03/2000. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1791517>. Acesso 6 de jan. 2019

<sup>82</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 87585**, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03/12/2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/listarProcessos.asp?classe=&numeroProcesso=87585>. Acesso em: 6 jan. 2019.

a incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a sua relação direta com a sua aplicabilidade, prevista no § 2º do artigo 5º da Constituição Federal.

### 3.2.2 A aplicabilidade do § 1º do artigo 5º da Constituição Federal relativamente aos tratados

O § 1º do artigo 5º da Constituição Federal, embora com alterações relevantes, é inspirado no art. 18, I, da Constituição Portuguesa, que prevê: “1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.<sup>83</sup>

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, as normas consagradas de direitos, liberdades e garantias recortam, logo a nível constitucional, uma *pretensão jurídica individual* (direito subjetivo) a favor de determinados titulares, com o correspondente dever jurídico por parte dos destinatários passivos. Esse traço explica a insistência da doutrina de aplicabilidade direta dessas normas, conforme previsto no art. 18, I, e a ideia de determinabilidade constitucional e não meramente legal do conteúdo da referida pretensão subjetiva e individual. Assim, do mesmo modo, é essa articulação de determinabilidade constitucional e aplicabilidade direta que justifica uma outra nota caracterizadora. Dada a sua radicação subjetiva, os direitos, liberdades e garantias valem, de forma tendencial, como direitos *self executing*, independentemente da medição concretizadora dos poderes públicos.<sup>84</sup>

Observa-se dessa maneira que a Constituição Portuguesa distingue da brasileira em alguma medida com relação à pretensão jurídica individual, que opera a favor de determinados destinatários passivos, o que não é o caso do Brasil.

No caso do Brasil, a Constituição, ao se referir às normas “definidoras dos direitos e garantias fundamentais”, delimita o âmbito de abrangência da regra e da aplicabilidade

---

<sup>83</sup> Constituição da República Portuguesa, artigo 16, 1. PORTUGAL. [Constituição (1976)]. Constituição da República Portuguesa. Lisboa, PT: Parlamento Português [2018]. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaoarepublicaportuguesa.aspx>. Acesso em: 7 set. 2018.

<sup>84</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 401.

imediate, que engloba não só os direitos sociais, econômicos, culturais, estabelecidos nos artigos 6º ao 11º.<sup>85</sup>

Segundo José Afonso da Silva, a eficácia das normas divide-se em três grupos, quais sejam: normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada. As primeiras seriam aquelas normas dotadas de aplicabilidade direta, imediata e integral, que “desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta ou indiretamente, quis regular”.

Já no segundo grupo (o das normas de eficácia contida) estão aquelas normas com interesses regulados suficientemente pelo constituinte, mas que deixam uma possibilidade de restrição aos poderes constituídos, respeitados os limites estabelecidos em lei ou em conceitos gerais enunciados na norma.

E, por fim, no terceiro grupo, estão as normas de eficácia limitada, ou seja, normas constitucionais insuficientemente reguladas pelo legislador constituinte e que por isso são incapazes de gerar desde logo seus efeitos essenciais. Para tanto, dependem de atuação do legislador infraconstitucional.<sup>86</sup>

Dessa maneira, possuir aplicabilidade imediata significa compreender os direitos, liberdades e garantias constitucionais como normas diretamente reguladoras das relações jurídico-materiais, e não como meras normas necessárias para a realização de outras normas. Isso significa dizer que as normas *in casu* são “dotadas de todos os meios e elementos necessários a sua pronta incidência aos fatos, situações, condutas ou comportamentos que elas regulam”<sup>87</sup>, garantindo dessa forma, a qualquer interessado, o direito de pleitear, perante o órgão jurisdicional, o acesso imediato e concreto a algum direito fundamental. Assim, entende-se que o Poder Judiciário deve aplicar as garantias fundamentais sempre que for chamado a atuar no caso concreto consubstanciado em um desses direitos, não se eximindo de fazê-lo sob a alegação que a sua regulamentação seja insuficiente.

Embora aparentemente relevante, o questionamento acerca da aplicabilidade das normas fundamentais de eficácia limitada e da dependência de lei que as regulamente é

---

<sup>85</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Editora Malheiros. 2005. p. 177.

<sup>86</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade nas normas constitucionais*. São Paulo: Editora Malheiros: 2005. p. 105-106.

<sup>87</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p.179.

secundário, pois é entendimento totalmente desagregado do que vem estatuído no próprio enunciado do § 1º do artigo 5º da Constituição Federal, que estabelece, como já mencionado, a aplicabilidade imediata como regra geral. De forma alguma é plausível entender tais direitos como “promessas” postergadas em função da omissão do legislador<sup>88</sup>, ou seja, não é plausível entender os direitos sociais como normas que traduzem simples programas, cujo desenvolvimento depende de ulterior atividade legislativa, o que constituiria uma barreira à efetivação do processo brasileiro de democratização.

Dessa forma, ainda que presentes no texto constitucional normas relativas aos direitos e garantias fundamentais que mencionam uma lei integradora, deve-se entender que, mesmo que ausente a edição de sua regulamentação, as normas são dotadas de autoaplicabilidade, devendo ser garantidas, quando da análise do caso concreto. Isso porque não há norma constitucional destituída de eficácia; todas irradiam efeitos jurídicos. Mesmo que tais efeitos sejam percebidos em graus diversos para cada uma das normas, não se pode postergar ou negar a sua aplicação sob o argumento de que a plenitude dos efeitos jurídicos resta dependente de uma normatividade seguinte, especificamente quando se tratar de direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente. Justamente tal interpretação restritiva é que se quis evitar com a previsão do § 1º do artigo 5º da Constituição Federal.

Importante observar que, no caso da ação direta de inconstitucionalidade por omissão prevista no § 2º do art. 103 da Constituição Federal, não é permitido questionar apenas a ausência dos atos normativos primários, mas é necessário questionar também a falta de atos normativos secundários, como os regulamentos, de competência do Executivo, e eventualmente, até mesmo a inexistência de atos normativos cabíveis ao Judiciário. Nesse sentido, vide explicação de Luiz Guilherme Marinoni:

No caso em que a lei não contém os elementos que lhe dão condição de aplicabilidade, a falta de regulamento é empecilho evidente para a efetividade da norma constitucional. Porém, a falta de ato de caráter não normativo, inclusive por poder ser enquadrado na previsão do art. 103 § 2º, da CF, que remete à ciência para a “adoção de providências necessárias”, igualmente pode ser objeto de omissão inconstitucional e da correspondente ação. Pense-se, por exemplo, na falta de organização do Judiciário ou na insuficiência de estruturação da saúde pública. É possível falar, nessas hipóteses, de falta de tutela fática co-concreta aos direitos fundamentais, que, como é óbvio, não sofrem apenas com a carência de tutela normativa, mas também com a ausência de tutela fática de natureza administrativa. Portanto, a omissão inconstitucional, objeto da ação, não

---

<sup>88</sup> RE nº 367089/RS, Rel. Min. Moreira Alves.

decorre, necessariamente de previsão de legislar contida em norma constitucional, mas pode advir da falta ou da insuficiência de norma, ou de prestação fático-administrativa, para proteger ou viabilizar a realização de um direito fundamental. Evidencia-se, neste momento, que o legislador não tem dever apenas quando a norma constitucional expressamente lhe impõe a edição de lei, mas também quando um direito fundamental carece, em vista de sua natureza e estrutura, de norma infraconstitucional, especialmente para lhe outorgar tutela de proteção.<sup>89</sup>

Entre outros aspectos, essencial observarmos, na explicação de Luiz Guilherme Marinoni, que a ADIN por omissão é de suma importância para viabilizar a realização de um direito fundamental.

Por outro lado, no § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, há a previsão dos direitos e garantias fundamentais expressos, afora os que decorrem do regime e dos princípios adotados pela Constituição. Além desses direitos e garantias, tal norma abarca, igualmente, na categoria dos direitos e das garantias fundamentais, os decorrentes dos tratados internacionais de que o país seja parte.

Tal previsão normativa permite classificar os direitos fundamentais em três categorias no que se refere à fonte: *os expressos*, assim definidos nos incisos I a LXXVIII do artigo 5º; além dos demais direitos previstos no Título II, quais sejam, além dos individuais, os sociais, os de nacionalidade e os políticos, bem como outros desdobramentos fora dessa seção. É o caso da Capítulo VII do Título da Ordem Social (VIII), que trata dos direitos da família, da criança, do adolescente e do idoso; *os decorrentes dos princípios e regime constitucional*; e ainda *os decorrentes de convenções ou tratados internacionais* adotados pelo Brasil.

Em relação aos tratados internacionais, primeiramente é importante ressaltar que o termo “tratados” deve ser tomado em seu sentido amplo, abarcando também as declarações, protocolos, convenções, pactos e outros atos internacionais que tenham o assentimento do Estado brasileiro. Tal assentimento, por sua vez, verifica-se quando constar o ato de confirmação da participação, consubstanciado na ratificação do tratado. Por meio desse procedimento, e em função da regra do § 2º do artigo 5º, delinea-se a possibilidade de incorporação de direitos oriundos de tratados internacionais no ordenamento constitucional interno, expandindo, dessa forma, o rol de direitos e garantias fundamentais.

---

<sup>89</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Objeto da omissão inconstitucional. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1258-1259.

Assim, com a integração automática na sistemática dos direitos constitucionais, aplica-se aos direitos decorrentes dos tratados internacionais também a previsão do § 1º do artigo 5º, obtendo esses direitos aplicabilidade imediata. Aplica-se, igualmente, a regra do artigo 60, § 4º, IV, que trata justamente da impossibilidade de deliberação de emendas constitucionais tendentes a abolir os direitos e garantias individuais ainda que os tratados internacionais de direitos humanos não estejam descritos expressamente no rol do artigo 5º. Se as normas oriundas desses tratados internacionais corresponderem a direitos e garantias individuais, não poderão ser modificadas por emendas que tendam a aboli-las.

Há quem defenda que a referência expressa aos tratados internacionais no § 2º do artigo 5º seja desnecessária, pois, se o direito inscrito no tratado já for de natureza fundamental, ele já estaria incluído dentro da categoria classificatória dos direitos fundamentais implícitos. Isso porque, uma vez aprovados pelo Congresso Nacional, com a ratificação do Chefe do Executivo, os tratados internacionais, independentemente da matéria, adquirem *status* de lei ordinária, válido, portanto, no território nacional. E, ainda, é com base nas características substantivas dos direitos que se pode determinar sua natureza fundamental, ou não, ainda que implícita.

De qualquer forma, a importância de tal previsão, nesse caso, é assegurar que a existência de outros direitos e garantias fundamentais, decorrentes dos tratados internacionais, seja reconhecida por força de norma constitucional.

### 3.3 Alterações na interpretação do Supremo Tribunal Federal com referência ao § 2º do art. 5º da Constituição Federal

Desde a Constituição Originária de 1988 até o final de década de 2008, ou seja, mesmo após a EC nº 45/2004, o Supremo Tribunal Federal manteve a interpretação, exaustivamente adotada até então, relativamente ao *status* das normas provenientes de tratados e convenções internacionais de direitos humanos – ou seja, dos documentos internacionais já integrados ao nosso ordenamento jurídico – como normas com *status* de legislação ordinária.

O Supremo Tribunal Federal, porém, em julgados proferidos no final de 2008 e final de 2009, revisou a sua jurisprudência no que se refere à hierarquia ou ao *status* dos

documentos internacionais sobre direitos humanos, inclusive os referendados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004.

Essa mudança de posicionamento é possível observar nas decisões de 3 de dezembro de 2008, proferidas no *Habeas Corpus* nº 87.585-8/TO, Relator Ministro Marco Aurélio; no Recurso Extraordinário nº 349.343-1/SP, Relator Ministro Cezar Peluzo; e no *Habeas Corpus*<sup>90</sup> nº 97.772/SP, de 9 de junho de 2009, Relator Ministro Celso de Mello.

Anna Candida da Cunha Ferraz, a respeito dessas decisões do Supremo Tribunal Federal, afirma que:

A rigor, o Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos proferidos, não alterou completamente a sua posição anterior, nem se posicionou frontalmente contra as alegações de ordem doutrinárias retroexpostas, em que pesem brilhantes vozes discordantes. Com efeito, não chegou a atribuir, como pretendido por muitos, a natureza de norma constitucional aos documentos anteriores à Constituição de 1988 e à EC nº 45/2004. Adotou, a esse respeito, uma posição intermediária especialmente decorrente da interpretação das disposições contidas no §2º do art. 5º. A decisão do Supremo Tribunal, tomada ante a aplicação do Pacto de San José da Costa Rica sedimentou-se, principalmente, no acórdão relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, lavrado no Recurso Extraordinário nº 349.703-1/RS, interposto pelo Banco Itaú S/A em que se questionava a prisão de depositário infiel decorrente de alienação fiduciária.<sup>91</sup>

Para melhor compreensão do assunto, faz-se importante mencionar trechos do referido acórdão:

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo

<sup>90</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 97.772/SP. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12 out. 2108.

<sup>91</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha *et al.* O Status Hierárquico dos Tratados e as Convenções Internacionais de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro. In: *Direitos Humanos Fundamentais: Doutrina, Prática e Jurisprudência*. Niterói: Ed. Impetus, 2013. p. 187-188.

Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).<sup>92</sup>

O voto-vista após reconhecer que a prisão do depositário infiel é proibida expressamente nas mais avançadas legislações de direitos humanos, que apenas admitem prisão civil do devedor de alimentos, o Ministro Relator aponta que:

[..] desde a promulgação da Constituição de 1988 surgiram diversas interpretações que consagram um tratamento diferenciado aos tratados relativos aos direitos humanos, em razão do disposto § 2º do art. 5º, o qual afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Assim, pautado por essa decisão no julgamento do Recurso Extraordinário nº 349.703-1/RS, o Ministro Relator sistematizou quatro correntes lançadas sobre a natureza do *status* dos documentos internacionais dos direitos humanos: a) a que lhes reconhece a natureza *supraconstitucional*; b) a que lhes atribui caráter *constitucional*, c) a que reconhece o *status* de lei ordinária a tais documentos internacionais; e, por fim, a que lhes atribui caráter *supralegal*.

Assim, após analisar em profundidade cada uma das correntes, descarta o Ministro Relator as três primeiras correntes apontadas, optando pela quarta corrente.

Diante dessas argumentações e da demonstração, ao longo do acórdão de doutrinas e jurisprudências, de que a tese até então adotada era de que o Supremo Tribunal Federal atribuía o caráter de legislação ordinária aos tratados e convenções já assinalados e referendados pelo País deveria ser revisitada, conclui o Ministro Gilmar Mendes:

Portanto, **diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos**, não é difícil entender que a sua **internalização ao ordenamento jurídico** por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, **tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante**. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, **a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel** (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão ao Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art.

<sup>92</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 349.703-1/RS**, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 03/12/2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 14 out. 2108.

11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica (art. 7º, 71), **mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria**, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. Tendo em vista o **caráter supralegal** desses diplomas normativos, **a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada**. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916. Enfim, **desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7) não há base legal para a aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel**.<sup>93</sup>

Em que pese a divergência e discordância com relação ao *status* dos documentos internacionais, com fundamento no § 2º do art. 5º, a posição do Ministro Relator prevaleceu no plenário e ensejou a decisão final do Supremo Tribunal Federal, tal como consta da Ementa do Acórdão proferido no RE 349.703-1/RS.

Assim, conforme bem ponderado por Anna Candida da Cunha Ferraz,

impõe-se, porém, observar que a tese da *supralegalidade* dos tratados e convenções de direitos humanos, ao menos tal como adotada com relação ao Pacto de San José da Costa Rica, produz na prática as mesmas consequências da tese que atribui a natureza da norma constitucional a tais tratados e convenções.<sup>94</sup>

Por fim, conclui a autora que:

[...] ao menos nas decisões em que a tese da supralegalidade foi admitida – (decisões sobre a impossibilidade de regulamentação da figura do depositário infiel impressa em norma constitucional, porquanto proscrita pelo Pacto) –, a conclusão do acórdão foi no sentido de que a norma constitucional, *in fine* do art. 5º, inciso LXVII, não mais tem aplicabilidade. É norma *nati-morta* portanto, já que não é possível regulamenta-la como determina a Constituição.<sup>95</sup>

Importante a respeito desse tema reafirmar que, em que pese a abertura propiciada pelo art. 5º, § 2º, a Constituição Federal aponta para a expansividade do catálogo dos direitos fundamentais, sendo no mínimo questionável o fato de se poder cogitar de direitos

<sup>93</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 349.703-1/RS**, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 03/12/2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 14 out. 2108. (grifo do autor).

<sup>94</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha et al. O Status Hierárquico dos Tratados e as Convenções Internacionais de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro. In: *Direitos Humanos Fundamentais: Doutrina, Prática e Jurisprudência*. Niterói: Ed. Impetus, 2013. p. 187-188.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 187-188.

fundamentais de menor estatura normativa, por não estarem, no plano da hierarquia das normas, ao mesmo nível dos direitos fundamentais positivados no texto constitucional, ou mesmo dos direitos implicitamente positivados ou decorrentes do regime e dos princípios da Constituição Federal.

Contudo, muito embora o pleito em prol do reconhecimento da hierarquia constitucional (paridade entre tratado de direitos humanos e a Constituição Federal), não é esse o entendimento dominante no STF, a despeito da evolução ocorrida nesse particular. Com efeito, se é verdade que durante muito tempo, mesmo após a promulgação da Constituição Federal, o STF ainda sustentava – ainda que não de modo unânime – a paridade entre tratados de direitos humanos e a legislação ordinária, equiparando, de regra, todos os tratados quanto a esse aspecto, após a inserção do § 3º no art. 5º da CF o Tribunal revisitou o tema e passou a assegurar, novamente sem alcançar a unanimidade entre os julgadores, hierarquia supralegal aos tratados de direitos humanos, conforme observa-se do julgamento do RE 466.343/SP.

Embora alguns ministros tenham votado em favor da hierarquia constitucional, esta foi afastada, em parte em virtude do argumento de que tal hierarquia levaria a um indesejável e incontrolável processo de ampliação do bloco de constitucionalidade, além do problema da adequada definição de quais são realmente os tratados de direitos humanos e do que terá hierarquia constitucional – todo tratado ou apenas as disposições que consagram direitos –, o que deflui basicamente do voto do Ministro Gilmar Mendes, em que também restou mantida a tese de que tratados, no ordenamento interno, poderão ser declarados inconstitucionais, de modo que para tanto não podem ter hierarquia igual à da Constituição.

Com efeito, embora o Supremo Tribunal Federal tenha adotado a tese da hierarquia supralegal no caso do depositário infiel, há uma questão bem mais complexa e polêmica. Ao editar a Súmula Vinculante 25/2009, proibindo a prisão do depositário infiel a qualquer título, o STF acabou notadamente ao vedar qualquer hipótese de prisão do depositário infiel, dando, nesse caso pelo menos e no que diz com efeitos da decisão, mais valor ao tratado que à Constituição, já que a previsão, no art. 5º, LXVII, da CF, da hipótese de prisão do depositário infiel resultou letra morta, vedada pelo STF, até mesmo a criação, por lei, de nova modalidade de prisão civil, pelo menos a prevalecer o entendimento atual.

### 3.4 As inovações da Emenda Constitucional nº 45/2004: a inserção do § 3º do art. 5º e a hierarquização constitucional dos novos documentos internacionais (tratados e convenções) de direitos humanos

O § 3º foi inserido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45/2004, também conhecida por Emenda da Reforma do Poder Judiciário, como uma necessidade de regulamentar ou interpretar a segunda parte do § 2º, que admite a incorporação dos tratados e convenções sobre direitos humanos ao direito constitucional pátrio.<sup>96</sup> Com a inclusão de tal dispositivo constitucional, foi concedido ao Congresso Nacional, na seara dos tratados ou convenções internacionais que versem sobre direitos humanos, a possibilidade de incorporação dessas normas ao ordenamento interno brasileiro, com *status* equivalente ao das emendas constitucionais.

Dessa forma, poder-se-ia dizer que a regra geral para vigência dos tratados internacionais no âmbito jurídico brasileiro continua a ser o entendimento de que a sua incorporação se dá com o *status* de lei ordinária<sup>97</sup>, desde que após a celebração de tal tratado haja a deliberação do Congresso Nacional, com a sua aprovação por meio de decreto legislativo, e conste a ratificação, por meio de decreto, do presidente da República. Justamente nessa última etapa, o tratado adquire executoriedade interna, ou seja, recebe a sua ordem de execução para a aplicação geral e obrigatória interna.

Isso implica que o Direito Brasileiro impõe um procedimento para a norma internacional, presente em um tratado do qual o país é signatário: ser vigente e eficaz no direito interno. No entanto, excepcionalmente, quando o tratado internacional versar sobre direitos humanos, tem o Congresso Nacional a discricionariedade de optar pela incorporação de tal tratado com *status* infraconstitucional, por meio do procedimento do artigo 49, I, ou optar pelo procedimento do § 3º do artigo 5º, conferindo *status* equivalente ao das Emendas Constitucionais.

Assim, se o tratado internacional versar sobre direitos humanos e sua deliberação no Parlamento contemplar o *quorum* idêntico ao das Emendas Constitucionais, isto é,

---

<sup>96</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentários à Constituição*. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 179.

<sup>97</sup> A Jurisprudência brasileira chegou a adotar a primazia do Direito Internacional sobre o Direito Interno. Porém, “desde 1977 vigora na jurisprudência do STF no país o sistema em que o tratado, uma vez formalizado, passa a ter força de lei *ordinária*, podendo, por isso, revogar as disposições em contrário, ou ser revogado diante de lei posterior: Tal regra era entendida para os tratados de direito internacional comuns, à exceção dos tratados de direitos humanos”. MAZUOLLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 303.

aprovação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos respectivos membros, suas normas serão recepcionadas como direito constitucional interno e *formal*. Classificam-se sempre como direito constitucional *material*, por se tratar de normas sobre direitos humanos e receberem tratamento jurídico diferenciado, conforme § 2º do artigo 5º. Adquirem, porém, também o *status* constitucional *formal*, desde que observado o procedimento do § 3º.

Essa é a grande vantagem desse *quorum* qualificado, uma vez que, adquirido natureza constitucional *formal*, no caso de um eventual conflito com as normas infraconstitucionais, será cabível o sistema de controle de constitucionalidade, seja na via direta, seja na incidente, ao passo que para as normas de tratados incorporadas enquanto lei ordinária, em caso de conflitos, estes serão resolvidos por meio das técnicas comuns de solução, ou seja, aplicação do princípio da especialidade, ou pelo critério cronológico. Porém, tendo em vista que as normas de direitos humanos, independentemente do *quorum* para a sua aprovação, possuem, materialmente, *status* constitucional, não poderiam ser revogadas por lei posterior. No caso de conflitos entre as normas que consagram direitos e garantias fundamentais decorrentes do Direito Internacional, deve ser aplicada a norma mais favorável à pessoa protegida.

Com a mudança legislativa constitucional, a exigência de um procedimento especial para garantir o *status* constitucional formal às normas internacionais sobre direitos humanos desmontam a visão anterior, defendida por alguns doutrinadores, de que a incorporação das normas ao ordenamento interno seria automática, sendo que o procedimento do art. 49, I, da Constituição Federal era considerado exigível para os demais tratados e convenções internacionais. Assim, com a inclusão do § 3º, fica enfraquecida a tese de que as normas de direito internacional dos direitos humanos teriam adotado a concepção monista<sup>98</sup>, ao passo que para demais tratados a incorporação não automática implicaria na adoção da concepção dualista. O procedimento ordinário passou a ser considerado obrigatório para a vigência e eficácia de todo e qualquer tratado internacional, devendo ser observado, uma vez que a mera assinatura do Brasil no tratado não é por si só suficiente. Ao mesmo tempo, uma vez que não é exigida a edição de lei formal para a

---

<sup>98</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

incorporação do tratado, mas apenas de um procedimento constitucional, iguala-se a posição de um dualismo moderado.<sup>99</sup>

O § 3º não oferece regras no tocante à aplicação retroativa ou não de seus efeitos em relação aos tratados e às convenções internacionais de direitos humanos já ratificados pelo Brasil. Essa questão é relevante, tendo em vista que os principais tratados internacionais referentes ao funcionamento dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos já passaram pela aprovação do Congresso, antes mesmo da Emenda Constitucional nº 45. E todas essas convenções não foram submetidas ao escrutínio descrito em tal parágrafo.

Admitir a paridade normativa dos tratados internacionais, seja em matéria de direitos humanos, seja quanto aos demais conteúdos, como as leis ordinárias editadas pelo Estado, conforme vem sendo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, gera consequências graves, inclusive ilegais, do ponto de vista internacional sob a alegação de que uma lei posterior interna está revogando o tratado internacional de direitos humanos, o que implica, inclusive, na responsabilidade internacional do Estado faltoso.

No caso da Argentina, a Constituição, no art. 75, inciso 22, dispôs expressamente sobre o procedimento de incorporação à posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica argentina:

Artigo 75. Compete ao Congresso: 22. Aprovar ou recusar tratados concluídos com as demais nações e com as organizações internacionais com a Santa Sé. Os tratados e as concordatas têm hierarquia superior às leis. A Declaração dos Direitos e Deveres do Homem; a Declaração Universal dos Direitos Humanos; a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e seu Protocolo Facultativo; a Convenção sobre a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio; a Convenção Internacional sobre todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis Desumanas ou Degradantes; a Convenção sobre os Direitos da Criança; nas condições de sua vigência, têm hierarquia constitucional, não derogam nenhum artigo da primeira parte desta Constituição e devem entender-se complementares aos direitos e garantias por ela reconhecidos. Somente poderão ser denunciados, se for o caso, pelo Poder Executivo nacional, com prévia aprovação de dois terços da totalidade dos membros de cada Câmara. Os demais tratados e convenções sobre direitos humanos ao serem aprovados

---

<sup>99</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 34. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017. p. 682.

pelo Congresso, necessitarão do voto de dois terços da totalidade dos membros de cada Câmara para gozar de hierarquia constitucional.<sup>100</sup>

No que tange ao procedimento de incorporação, conforme anteriormente mencionado, o Presidente da Nação Argentina somente pode ratificar um tratado internacional, ainda que de direitos humanos, após a sua aprovação pelo Congresso; não cabe exclusivamente ao Presidente o trato com os Estados estrangeiros. Assim também é no direito brasileiro, vez que o Presidente da República, por força dos artigos 49, I e 84, VIII, da Constituição, somente pode ratificar um tratado internacional após a sua aprovação pelo Congresso Nacional.

Não é, contudo, a aprovação do tratado pelo Congresso que vincula o Estado argentino internacionalmente, mas, sim, a sua ratificação pelo Poder Executivo.

Assim, é atribuição do Presidente da Nação a manutenção das relações com outros Estados no âmbito do direito internacional, celebrando tratados, concordatas e outras negociações, ainda que o exercício dessa atribuição constitucional seja condicionada à atuação do Legislativo.

Por fim, um Estado, ao ratificar um tratado internacional, assume compromisso com todos os demais pactuantes, não podendo se eximir unilateralmente do tratado internacional assumido, sob pena de uma responsabilização internacional. Deve, portanto, providenciar as condições para que tal obrigação assumida seja cumprida internamente por seus nacionais, adotando os mecanismos impostos conforme o seu Direito doméstico. Mas seus procedimentos particulares não podem, de forma alguma, justificar uma violação do que foi pactuado internacionalmente; pelo contrário, ao aprovar o texto de um tratado internacional, o Poder Legislativo assume o compromisso implícito de não editar leis a ele contrárias.

---

<sup>100</sup> § 22 do artigo 75 da Constituição da Nação Argentina (tradução livre). ARGENTINA. [Constituição (1994)]. Constituição da Nação Argentina. Buenos Aires, AR: Organização dos Estados Americanos [2018]. Disponível em: [http://www.oas.org/juridico/mla/sp/arg/sp\\_arg-int-text-const.html](http://www.oas.org/juridico/mla/sp/arg/sp_arg-int-text-const.html). Acesso em: 5 ago. 2018.

### 3.4.1 A doutrina e a jurisprudência construídas sobre o § 3º do artigo 5º da Constituição Federal

O § 3º do artigo 5º da Constituição Federal surge por meio da Emenda Constitucional nº 45, com a reforma do Poder Judiciário, conforme amplamente discutido no capítulo anterior. Sobre esse tema, a congressista Zulaiê Cobra, em seu parecer sobre a reforma, ponderou que:

Buscando a efetividade da prestação jurisdicional, acolhemos também sugestão do Ministro Celso de Mello no sentido da outorga explícita da hierarquia constitucional aos tratados celebrados pelo Brasil, em matéria de Direitos Humanos, à semelhança do que estabelece a Constituição Argentina com a reforma de 1994 (art. 75, n.22), introdução esta no texto constitucional que afastará a discussão em torno do alcance do art. 5º, § 2º.<sup>101</sup>

Essa alteração na Constituição Federal, que objetiva pôr fim às contendas reportadas acerca da hierarquia normativa dos tratados e convenções de direitos humanos, está longe de alcançar sua pretensão, visto que começam a surgir, no âmbito da doutrina, vários questionamentos interpretativos concernentes ao novo tratamento constitucional dispensado aos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao nosso direito interno.

Surgem, assim, questões a respeito dos tratados e convenções sobre direitos humanos já ratificados pelo Governo brasileiro: estes recepcionados como lei federal, já que não foram aprovados pelo *quorum* qualificado? Os tratados poderiam ser submetidos a novo *referendum* congressional, objetivando obter o *quorum* especial?

Em verdade, a redação do dispositivo em apreço poderá levar à conclusão de que somente os tratados aprovados por *quorum* especial teriam valor hierárquico de norma constitucional, o que significaria que os ratificados antes da promulgação da Emenda nº 45/2004 seriam recepcionados como lei ordinária. Essa parece ser a compreensão de Carmen Tiburcio, que afirma que o texto introduzido pela reforma não deixa dúvidas de que unicamente os atos normativos internacionais submetidos ao *quorum* privilegiado teriam a hierarquia das emendas constitucionais; já os aprovados por maioria simples

---

<sup>101</sup> CALMON FILHO, Petronio (org.). *Reforma Constitucional do Poder Judiciário*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual, *Cadernos IBDP*. Propostas Legislativas: 1, 2000. p. 70.

adquiririam apenas o *status* de lei ordinária, assim como aqueles cancelados anteriormente, os quais permaneceriam tendo paridade com a lei comum.<sup>102</sup>

Analisando a matéria, Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari destaca a fórmula argentina adotada por ocasião da reforma de 1994, a qual não só estabeleceu mecanismos para a constitucionalização dos tratados vindouros, como também equacionou a situação dos anteriores, conferindo-lhes a condição de norma constitucional. Isso não ocorre com a Emenda nº 45/2004, que é omissa quanto a atribuir a dimensão constitucional aos tratados de direitos humanos que lhe são anteriores. Essa omissão e a exigência de *quorum* maior acabam por aparentar, na visão do citado autor, um endosso à “interpretação de que as disposições do § 2º do art. 5º, vigentes desde a promulgação da Constituição de 1988, não teriam o condão de por si sós gerar para os tratados nessa matéria os efeitos de norma da Constituição”. Assim, conclui que a decisão do Congresso Nacional, voltada, em princípio, para conferir maior relevância às normas internacionais de direitos humanos, comprometeu seriamente a tese mais favorável à promoção dos direitos da pessoa humana.<sup>103</sup>

Ainda sobre o assunto, José Carlos Francisco, embora admita ser sustentável a alteração daqueles que negam a recepção dos tratados anteriores à Emenda nº 45/2004 como normas constitucionais, receia que essa não seja a melhor conclusão diante da máxima efetividade, pelo qual o operador do direito deve primar por dar maior aplicabilidade concreta aos comandos constitucionais, principalmente aqueles atinentes aos direitos humanos. Nesse contexto, José Carlos Francisco entende que negar hierarquia constitucional aos atos internacionais incorporados ao direito interno brasileiro (atribuindo-lhes força normativa de lei ordinária) significa violentar a própria lógica que impulsionou o constituinte reformador a introduzir o § 3º do artigo 5º da Lei Fundamental, vale dizer, os imperativos que exigem a concreção dos direitos humanos, afastando suas previsões normativas do alcance do legislador ordinário, conferindo nível constitucional aos diplomas internacionais, conforme dispõe o art. 4º, inciso II, da Carta da República, ou seja, a prevalência dos direitos humanos.<sup>104</sup>

---

<sup>102</sup> TIBURCIO, Carmen. A EC nº 45/2004 e temas de direito internacional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 126.

<sup>103</sup> DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. Tratados internacionais na emenda constitucional. In: TAVARES, André Ramos (org.). *Tribunal e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998. p. 103.

<sup>104</sup> TAVARES, André Ramos. Bloco de Constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais. In: \_\_\_\_\_ (org.). *Tribunal e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998. p. 103.

Em que pesem tais considerações, importante aqui explicar um pouco o que a doutrina brasileira entende a respeito da eficácia e da aplicabilidade das normas de direitos fundamentais. Sobre esse tema, José Afonso da Silva discorre:

A *eficácia e aplicabilidade* das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do Direito Positivo. A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*. Mas é certo que depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais.<sup>105</sup>

Ainda sobre a aplicação imediata dos direitos fundamentais, podemos mencionar Jorge Miranda, que, em seu *Manual de Direito Constitucional*, afirma o seguinte:

II – Nem todas as normas sobre direitos, liberdades e garantias são imediatamente exequíveis. Não o são, por exemplo, as relativas às garantias contra a utilização abusiva de informações pessoais (arts. 26º, n.º 2, e 35º), ao direito de antena (art. 40º) à objecção de consciência (arts. 41º, n.º 6) e até ao próprio direito de sufrágio (art. 49º). E deles se aproximam as normas sobre direito económicos, sociais e culturais (arts. 58º e segs.), essas quase todas programáticas.

Mas tanto as normas preceptivas não exequíveis, como as programáticas são também, em certo sentido, directamente aplicáveis:

- a) Enquanto proibem a emissão de normas legais contrárias ou actos por elas impostos – como, por exemplo, a negação de objecção de consciência por parte dos médicos em caso de interrupção voluntária de gravidez (arts. 44º, n.º 6), a abolição do limite máximo da jornada de trabalho [arts. 59º, n.º 1, alínea d], a privação de regalias sociais da mulher trabalhadora durante a dispensa após o parto (art. 68º, n.º 3) ou a não gratuidade do ensino básico [arts. 74º, n.º 2, alínea a];
- b) Enquanto só por constarem da Constituição contam para a interpretação sistemática e, através da analogia, podem contribuir para a integração de lacunas;
- c) Enquanto fixam critérios para o legislador nos domínios sobre que versam.

Não há, pois que circunscrever o art. 18º, n.º 1, aos direitos, liberdades e garantias, nem a violação das normas não exequíveis por si mesmas a inconstitucionalidade por omissão.<sup>106</sup>

<sup>105</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2017. p. 182.

<sup>106</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora: 2008. t. 4. p. 288-289.

Assim, o que podemos observar das normas de direitos fundamentais que não possuem aplicabilidade imediata, pois são de eficácia contida ou limitada, é que tais normas acabam por compor o chamado bloco de constitucionalidade, já que tratam de direitos fundamentais constitucionais. Esse tema será tratado mais adiante, no tópico em que será discutido especificamente o bloco de constitucionalidade.

Ingo Wolfgang Sarlet, por sua vez, entende que os tratados de direitos humanos poderão tanto ser aprovados por meio de uma emenda constitucional convencional, isto é, que siga o rito do art. 60 da CF em sua plenitude, quanto mediante outra figura legislativa, observado, nesse caso, o previsto no artigo 5º, § 3º, da CF. Indicativo de que tal será – na esfera da prática político legislativa – a orientação a ser seguida é a circunstância de que o Congresso Nacional, valendo-se da figura do decreto legislativo, mas observando os requisitos do art. 5º, § 3º, aprovou o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência (Decreto Legislativo nº 68/2008). De todo modo, resulta evidente que o Congresso Nacional (desde que tal orientação seja observada pelos legitimados para a propositura do projeto de emenda constitucional) poderá, como nesse primeiro caso, seguir utilizando apenas a figura do decreto legislativo para a aprovação dos tratados internacionais, observando no caso de tratados de direitos humanos os parâmetros do art. 5º, § 3º, da CF, deixando de lado a possibilidade de aprovar os tratados pelo procedimento das emendas à Constituição.<sup>107</sup>

No que diz respeito à Jurisprudência, interessante observar a decisão monocrática do Ministro Edson Fachin no que se refere a esse tema no julgamento da ADI nº 5.357, proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN), em face do art. 28, § 1º, e do art. 30, *caput*, da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), Lei nº 13.146/2015, *in verbis*:

Assim, a igualdade não se esgota, com a previsão normativa do acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso a sua efetivação concreta. Posta a questão nestes termos, foi promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009 a Convenção Internacional sobre os direitos da Pessoa com Deficiência, dotada do propósito de promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, por todas as pessoas com deficiência, promovendo o

---

<sup>107</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. O procedimento de incorporação dos tratados de direitos humanos na perspectiva da Constituição Federal. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 339-340.

respeito pela sua inerente dignidade (art. 1º). A edição do Decreto seguiu o procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição da República.<sup>108</sup>

### 3.5 Reflexos do § 3º na interpretação do § 2º, ambos do artigo 5º da Constituição Federal

O § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, conforme mencionado nos capítulos anteriores, surge com a alteração do texto constitucional, sendo inserido pela EC 45, de dezembro de 2004. Segundo esse dispositivo, “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”. Tal preceito interpretado em sintonia com o art. 5º, § 2º, pode ser compreendido numa primeira aproximação, como assegurando – *em princípio e em sendo adotado tal procedimento* – a condição de direitos formais e materialmente constitucionais (e fundamentais) aos direitos consagrados no plano das convenções internacionais. Todavia, considerando que a absoluta maioria dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil foi incorporada antes da entrada em vigor da EC 45/2004, tais tratados passaram a ser equivalentes às emendas constitucionais.

A resposta à questão da incorporação dos tratados internacionais de Direitos Humanos com força de emenda constitucional, anterior à entrada em vigor da EC 45/2004, em que pesem entendimentos nesse sentido, é negativa, por várias razões. Em primeiro lugar, parece evidente que não há como aplicar no caso dos tratados internacionais de Direitos Humanos o argumento da recepção, visto se tratar de procedimentos legislativos distintos (ainda que haja compatibilidade material), como se fosse possível transmutar um decreto legislativo aprovado pela maioria simples do Congresso Nacional, em emenda constitucional, que exige uma maioria reforçada de três quintos dos votos, sem considerar os demais limites formais das emendas à Constituição, maioria qualificada, aliás, reclamada pelo próprio art. 5º, § 3º, da CF.

Além disso, a não necessidade de se recorrer a tal expediente argumentativo, frágil, na sua concepção, decorre do fato de que uma hierarquia privilegiada dos tratados de direitos humanos já podia ser fundamentada, com base na norma contida no art. 5º, § 2º, da CF, como bem demonstra a doutrina que sustentava isto, muito antes da inserção do § 3º

---

<sup>108</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI no 5.357 MC-DF**, julgada em 18 de novembro de 2015. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.aspx?numero=5357&classe=ADI&codigoClasse=0&ORIGEM=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=>. Acesso em: 3 jun. 2018.

do art. 5º à hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos.<sup>109</sup> Nessa mesma linha, aliás, situa-se atual posicionamento majoritário do STF, que assegurou, mesmo aos tratados incorporados até dezembro de 2004, hierarquia supralegal, mas não *status* equivalente ao da emenda constitucional.

Assim sendo, na esfera dos tratados de direitos humanos, que uma vez ratificados operam como fonte de direitos fundamentais na ordem interna brasileira (teor do disposto no art. 5º, § 2º, da CF), há que distinguir os tratados ratificados antes da entrada em vigor da EC nº 45/2004, ou mesmo os tratados posteriores que porventura não tenham sido aprovados mediante o procedimento qualificado previsto no art. 5º, § 3º, da CF, dos tratados aprovados mediante recurso ao procedimento estabelecido nesse mesmo parágrafo do artigo quinto.

### 3.6 Reflexos da inovação constitucional

A Constituição Federal Brasileira traz uma regra um pouco distinta daquela apresentada pela Constituição Argentina, a qual foi expressa ao afirmar que os tratados anteriores sobre os direitos humanos passam a ter com a reforma de 1994 hierarquia constitucional. A esse respeito, a regra brasileira foi omissa.

No caso do Brasil, a respeito do tema dos tratados internacionais de direitos humanos, há quatro posições jurisprudenciais principais, quais sejam: a) tratados e convenções desde que aprovados por 3/5 dos votos dos seus membros em cada Casa do Congresso Nacional e em dois turnos de votação: equivalentes a *emendas constitucionais* e, como visto, podem ser objeto de controle de constitucionalidade; b) tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados pela regra anterior à Reforma, que segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal guardam estrita relação de paridade administrativa com as leis ordinárias e, portanto, podem ser objeto de controle de constitucionalidade; c) a tese do Ministro Gilmar Mendes sobre a supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, os quais, embora tenham o condão de “paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante” (RE 466.343), podem sofrer controle de constitucionalidade, já que devem respeito ao princípio da Supremacia da Constituição; d)

---

<sup>109</sup> A esse respeito, vide, por exemplo: SGARBOSSA, Luis Fernando. *Direitos e garantias fundamentais extravagantes*. Cidade: Porto Alegre Editora: Sergio Antonio Fabris Editor, ano: 2008. p. 25 e ss.

e, por fim, os tratados e as convenções internacionais de outra natureza podem ser objeto de controle e têm força de lei ordinária.

Assim sendo, a inserção do § 3º no art. 5º da Constituição Federal serviu para assentar alguns questionamentos acerca da natureza dos tratados internacionais sobre direitos humanos, bem como a adoção do procedimento do art. 5º, § 3º, da CF.

Considerados esses argumentos, os tratados em matéria de direitos humanos passariam a integrar o bloco de constitucionalidade, que representa a reunião de diferentes diplomas normativos, de cunho constitucional, que atuam, em conjunto, como parâmetro do controle de constitucionalidade, o que configura um avanço e uma posição mais restritiva do nosso Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, que, por exemplo, não outorga força normativa superior ao Preâmbulo da Constituição, como se verá mais adiante.

Procurando esclarecer a alteração no conceito constitucional por meio do bloco de constitucionalidade, Pedro Lenza afirma que:

O reconhecimento do bloco de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro importa em estender o conceito atribuído a Constituição escrita e posta, como pelas leis com valor constitucional formal (emenda à Constituição e, nos do art. 5º, § 3º (EC 45/2004), os tratados e convenções sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros); pelo conjunto de preceitos e princípios decorrentes da Constituição, inclusive implícitos (não-escritos) e, ainda, ampliativamente segundo alguns, pelos princípios integrantes daquilo que a doutrina vem a denominar de “ordem constitucional global”.<sup>110</sup>

Assim, conforme podemos observar no § 3º do art. 5º da Constituição Federal, um dos reflexos dessa inovação constitucional é justamente o reconhecimento do bloco de constitucionalidade, o qual expande as disposições constitucionais, abrindo espaço para o crescimento e fortalecimento dos direitos fundamentais. De tal modo, o bloco de constitucionalidade pode ser entendido como um conjunto normativo dotado de materialidade constitucional que se encontra distante do texto constitucional.

Dessa forma, o sistema constitucional brasileiro reconhece o bloco de constitucionalidade de maneira expressa, ao estabelecer no art. 5º da Constituição os § 2º e § 3º.

---

<sup>110</sup> Pedro Lenza. *Direito Constitucional esquematizado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 155.

### 3.7 Os controles difuso e concentrado de constitucionalidade e sua aplicabilidade aos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro

O controle difuso de constitucionalidade também é conhecido por diversos outros nomes, controle descentralizado, aberto, incidental, ou americano de constitucionalidade, e permite que tanto um juiz de primeiro como um de segundo grau, bem como os tribunais superiores, exercendo a tutela jurisdicional, deixem de aplicar determinada lei ou ato normativo ao caso concreto por entendê-lo inconstitucional.

Por isso é chamado de difuso, pois não é concentrado, exercido com exclusividade por um único órgão do Poder Judiciário, distinguindo-se nesse ponto do método concentrado, que é justamente o oposto.

Isso é possível, pois os juízes monocráticos possuem plena competência para declarar a lei ou ato normativo inconstitucional, para o fim de deixar de aplicá-lo ao caso concreto levado a sua apreciação, porque o ordenamento jurídico não exige procedimento solene, muito menos impõe cláusula condicionando a eficácia jurídica da decisão, bastando que o faça por sentença fundamentada.

Deste modo, pela via difusa o que se discute em juízo é um litígio concreto, e a inconstitucionalidade da lei é arguida incidentalmente, pela via de exceção, como questão prejudicial. Significa dizer que o reconhecimento da inconstitucionalidade não é objeto principal da ação. Porém o seu enfrentamento é pressuposto para o julgamento do mérito.

Por isso, diz-se que o procedimento é *incidenter tantum*, ou seja, a exceção é apreciada como incidente da ação e, após resolvê-la, o juiz julga o pedido principal. Por conseguinte, esta decisão só vale para as partes no caso concreto *sub judice* e normalmente tem força *ex tunc*, ou seja, a disposição normativa é declarada nula desde a sua origem.

O próprio juiz pode, em qualquer grau de jurisdição, quando necessário para o julgamento do caso concreto, suscitar a questão prejudicial, buscando repelir a incidência da norma tida por inconstitucional. Assim a possibilidade de sua arguição não fica restrita entre às partes.

Já o controle concentrado de constitucionalidade, possui a sua origem no modelo austríaco e se irradiou pela Europa, e consiste na atribuição da guarda da Constituição a um

único órgão ou, a um número limitado deles, em lugar do modelo americano de fiscalização por todos os órgãos jurisdicionais (sistema difuso).

O controle concentrado, abstrato ou por via de ação objetiva retira do sistema jurídico a lei ou o ato normativo em tese, ou em abstrato, tidos por inconstitucionais. De fato, enquanto a via de exceção apenas subtrai alguém dos efeitos de uma lei eivada de inconstitucionalidade, a via de exceção expunge do ordenamento jurídico a lei inconstitucional.

Neste sentido elucida Joaquim Gomes Canotilho:

O controle abstrato de normas não é um processo contraditório de partes; é sim, um processo que visa sobretudo a defesa da Constituição e da legalidade democrática através da eliminação de atos normativos contrários à Constituição. Dado que se trata de um processo objetivo, a legitimidade para solicitar este controle é geralmente reservada a um número restrito de entidades.<sup>111</sup>

E segundo Zeno Veloso:

O controle concentrado se realiza através de um processo ‘objetivo’, para usar a expressão da doutrina alemã. Só o fato de estar vigorando uma lei que contraria a Constituição, afrontando o postulado da hierarquia constitucional, representa uma anomalia alarmante, um fator de insegurança que fere, profundamente, a ordem jurídica, desestabilizando o sistema normativo, reclamando providência expedita e drástica para a eliminação do preceito violador. E isto se faz independentemente de qualquer ofensa ou lesão a direito individual.<sup>112</sup>

A competência para apreciar a questão atinente à constitucionalidade se concentra em um único órgão do Poder Judiciário, no Brasil, no Supremo Tribunal Federal. O objetivo da lide é a inconstitucionalidade, sem considerar a sua aplicação ao caso concreto, e os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, são *erga omnes*, para todos, e não *inter partes*, com o desfazimento do ato inconstitucional.

Anote-se, que o controle concentrado compreende, de acordo com a Constituição de 1988: a) a ação direta de inconstitucionalidade, b) a ação declaratória de constitucionalidade, c) a ação direta de inconstitucionalidade, por omissão.

Elival da Silva Ramos, faz a distinção entre o sistema de controle concentrado e o sistema difuso, nos seguintes termos:

---

<sup>111</sup> CANOTILHO, Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 793.

<sup>112</sup> VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 61-62.

Destarte, para saber se determinado sistema de controle é difuso ou concentrado, considera-se o aparato jurisdicional no seu todo e verifica-se de quem é a competência para efetuar o controle de constitucionalidade das leis: se houver dispersão dessa competência, de sorte que qualquer juiz ou tribunal, de conformidade com os critérios pelos quais a massa de causas existentes no país lhes é distribuída, esteja habilitado em tese a fazer controle de constitucionalidade, o sistema é difuso; ao contrário, se apenas a um tribunal é confiada a competência para a fiscalização de constitucionalidade das leis, o sistema é concentrado<sup>113</sup>

Importante o estudo e a distinção entre os controles difuso e concentrado de constitucionalidade para que possamos vislumbrar a aplicação destes controles aos tratados internacionais de direitos humanos anteriormente estudados.

Conforme amplamente estudado nos capítulos anteriores duas são as formas de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos previstas na Constituição Federal: a incorporação segundo o § 2º do artigo 5º, onde os tratados internacionais ingressam no direito positivo interno brasileiro com natureza de lei ordinária e o § 3º do artigo 5º, onde o tratado internacional de direitos humanos é incorporado como norma constitucional obedecido os tramites do processo legislativo.

Assim, para que o tratado internacional seja incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro como emenda constitucional é necessária a aprovação nas duas Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, pelo *quorum* de três quintos dos parlamentares em cada uma das Casas. Aprovado o tratado ou convenção internacional sobre direitos humanos na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, mas sem o quórum qualificado de 3/5, a norma ingressará no direito interno brasileiro na qualidade de *lei federal*.

A diferença importante está justamente na forma de incorporação dos tratados, assim as normas infraconstitucionais que violarem as normas internacionais acolhidas na forma do § 3º são inconstitucionais e ficam sujeitas ao sistema de controle de constitucionalidade na via incidente, como na via direta; os tratados internacionais de direitos humanos que não forem recepcionadas como emenda constitucional ingressam no ordenamento jurídico interno como lei ordinária e eventual conflito com as demais normas infraconstitucionais se resolverá pelo modo de apreciação da colidência entre lei especial e lei geral.

---

<sup>113</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Controle de Constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 68



## **CAPÍTULO 4 – O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE E A SUA ADOÇÃO NO BRASIL**

Este capítulo tratará do Bloco de Constitucionalidade, analisando o seu conceito, a sua extensão e aplicabilidade no âmbito latino-americano, bem como a sua atuação no direito brasileiro. Tal reflexão é de suma importância, pois no capítulo final desta dissertação trataremos do controle de convencionalidade, tema diretamente relacionado ao bloco de constitucionalidade.

### **4 Conceito de “Bloco de Constitucionalidade”, sua origem e seu objeto**

Segundo Angelo Miguel de Souza<sup>114</sup>, em sua dissertação sobre bloco de constitucionalidade, o mesmo afirma que a Constituição é dotada de extrema rigidez para produção de suas normas, por um procedimento cauteloso de adequação do ordenamento jurídico ao seu conteúdo, de um órgão guardião pela sua permanência e durabilidade e, principalmente, pela subordinação das demais normas infraconstitucionais, impõe uma dificuldade em caracterizar quais normas são qualificadas como constitucionais. Significa dizer que, como as normas constitucionais possuem determinadas características e peculiaridades que lhes atribuem uma natureza jurídica distinta (de superioridade) das demais, identificar como constitucional qualquer norma jurídica exige um cuidado para não reconhecer como tal normas que não o sejam.

Ainda, segundo esse autor, ele reconhece que a tarefa de definir quais são as normas que compõem a Constituição e, portanto, que estão aptas a fazerem parte do Bloco de Constitucionalidade, demonstrando as balizas constitucionais de determinado país, acaba por se tornar mais árdua quando visualizada de uma maneira global, ou seja, sem definir previamente um ordenamento jurídico em específico. O conceito do Bloco de Constitucionalidade está enrijecido nessa problemática.

Segundo Francisco Rubio Llorente, verificam-se justamente essas dificuldades ao procurar estabelecer uma definição para o bloco de constitucionalidade. Em seus dizeres:

---

<sup>114</sup> SOUZA, Angelo Miguel de. *O Bloco de Constitucionalidade: reconhecimento e consequências no sistema constitucional brasileiro*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 11-12.

La expresión “bloc de constitutionnalité” no es, en consecuencia, la denominación de una categoría, sino el enunciado de un problema, y de un problema, además, que no hace referencia alguna, ni de lejos ni de cerca, a la función de delimitación competencial que realizan al menos parte de las normas que entre nosotros se consideran parte del bloque de la constitucionalidad.<sup>115</sup>

Por sua vez, Louis Favoreu<sup>116</sup> citado por Angelo Miguel de Souza Vargas, conceitua o bloco de constitucionalidade como “conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respecto se impone a la ley”. São verdadeiramente os princípios e regras de valor constitucional.

Ignacio de Otto concebe que bloco de constitucionalidade são “todas aquellas leyes cuya infracción determina la inconstitucionalidad de otras leyes que tienen, sin embargo, idéntico rango a las primeras”<sup>117</sup>.

Francisco Rubio Llorente<sup>118</sup> afirma que definir o bloco de constitucionalidade é “tratar de establecer un concepto material de ‘Constitución’ que no coincide exactamente, o solo parcialmente, com el concepto puramente formal”.

Na doutrina brasileira, por sua vez, encontramos o posicionamento de José Alfredo de Oliveira Baracho<sup>119</sup>, ao encaixar o princípio da subsidiariedade no conteúdo do bloco de constitucionalidade, afirmando que o “bloco de constitucionalidade está constituído por um conjunto de normas que não pertencem formalmente à Constituição”. Em sequência, leciona o autor:

<sup>115</sup> LLORENTE, Francisco Rubio. El bloque de la constitucionalidad. In: *Simposium franco-español de derecho constitucional*. Madrid: Civitas 1991. p. 109. *Apud* referência SOUZA, Angelo Miguel de. *O Bloco de Constitucionalidade: reconhecimento e consequências no sistema constitucional brasileiro*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 12.

<sup>116</sup> FAVOREU, Louis. Ponencia francesa. In: FAVOREU, Louis; RUBIO LLORENTE, Francisco (org.). El Bloque de la Constitucionalidad. In: *Simposium franco-español de Derecho Constitucional*. Madrid: Civitas, 1991. p. 19. *Apud* referência SOUZA, Angelo Miguel de. *O Bloco de Constitucionalidade: reconhecimento e consequências no sistema constitucional brasileiro*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 13.

<sup>117</sup> OTTO, Ignacio de. Derecho constitucional. Sistema de Fuentes. *Revista española de derecho constitucional*, Barcelona: Ariel, Año 1987, p. 94/95. *Apud* referência SOUZA, Angelo Miguel de. *O Bloco de Constitucionalidade: reconhecimento e consequências no sistema constitucional brasileiro*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 13

<sup>118</sup> LLORENTE, *op. cit.*, p. 109.

<sup>119</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de Subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 80. *Apud* referência SOUZA, Angelo Miguel de. *O Bloco de Constitucionalidade: reconhecimento e consequências no sistema constitucional brasileiro*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 13

Como norma jurídica básica, a aplicação imediata e direta dos princípios constitucionais constitui não apenas um mandato genérico ao legislador ordinário, que deverá incorporar os princípios constitucionais ao Direito positivo ordinário. Está o legislador obrigado a adequar-se ao ordenamento e aos princípios da Constituição.

Bernardo Leôncio Moura Coelho<sup>120</sup> defende que o bloco de constitucionalidade trata de uma “condensação de princípios que se situa num plano supraconstitucional e que servirá de parâmetro para as decisões que envolvam os temas nele inseridos”.

Desta maneira, conclui Angelo Miguel de Souza<sup>121</sup> que o bloco de constitucionalidade possui a sua importância, justamente, por ele estar inserido dentro da estrutura constitucional no estudo do controle de constitucionalidade das leis e, também, na hierarquia das normas jurídicas.

As Constituições, inegavelmente, possuem certa carga axiológica e, por isso, a superioridade delas em relação às demais normas, o que vincula, no momento da elaboração das normas inferiores, a observância das premissas constitucionais, compatibilizando-as material ou formalmente. Tal adequação apenas se torna efetiva em face da característica de algumas Constituições serem rígidas, ou seja, necessitem de um processo mais gravoso para sua alteração do que o processo estipulado para as demais leis.<sup>122</sup>

Assim, conforme é possível observar, o conceito atribuído ao termo “bloco de constitucionalidade” não se modifica de maneira expressiva entre a doutrina, em que pese a sua importância e finalidade no sistema. Mas compreender com exatidão o significado que surge da noção de bloco de constitucionalidade determina o paradigma de confronto que alicerçará a tutela da ordem constitucional quando do manuseio do controle de constitucionalidade.

---

<sup>120</sup> COELHO, Bernardo Leôncio Moura. O Bloco de constitucionalidade e a proteção à criança. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 1994. p. 260.

<sup>121</sup> SOUZA, Angelo Miguel de. *O Bloco de Constitucionalidade: reconhecimento e consequências no sistema constitucional brasileiro*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 14

<sup>122</sup> Isso não significa dizer que nas Constituições flexíveis não é possível o controle de constitucionalidade. Canotilho afirma que existe a possibilidade de ocorrer o controle de constitucionalidade em sistemas de constituição flexível, isto porque há normas que dispõem sobre a forma de produção das normas gerais, cuja inobservância poderá dar origem à inconstitucionalidade formal (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Editora Almedina. 5. ed. 1998. p. 973). *Apud* referência SOUZA, Angelo Miguel de. *O Bloco de Constitucionalidade: reconhecimento e consequências no sistema constitucional brasileiro*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 14

Seguindo esse raciocínio, Celso de Mello afirma que “a delimitação conceitual do que representa o parâmetro de confronto é que determinará a própria noção do que é constitucional ou inconstitucional, considerada a eficácia subordinante dos elementos referenciais que compõem o bloco de constitucionalidade”.<sup>123</sup>

Destarte, o bloco de constitucionalidade exorbita os limites de uma Constituição escrita, buscando valores que permeiam ao redor da norma constitucional escrita e, em função da sua relevância material no sistema, principalmente como paradigma para controle de constitucionalidade, acaba por tornar-se essencialmente norma constitucional.

Pautado nessa ideologia, o Supremo Tribunal Federal, distanciando-se das exigências inerentes ao positivismo jurídico, proclamou que a Constituição Federal, muito mais do que o conjunto de normas e princípios nela formalmente positivados, há de ser também entendida em função do próprio espírito que a anima, afastando-se, desse modo, de uma concepção impregnada de evidente minimalismo conceitual.

O que se aparenta dificultoso é constatar o efetivo conteúdo do bloco de constitucionalidade, haja vista a heterogeneidade do ordenamento de cada país. Logo, apresentam-se cada qual com as suas peculiaridades. Antes de adentrar nessa polêmica, vislumbra-se necessário apresentar a origem e evolução do instituto.

O Bloco de Constitucionalidade pode ser definido como um conjunto de normas materialmente constitucionais que, junto com a constituição codificada de um Estado, forma um bloco normativo de hierarquia constitucional. A expressão originou-se no Direito francês, com a decisão proferida pelo Conselho Constitucional em 16 de julho de 1971, por meio da qual foi afirmada a existência de um bloco de princípios e regras dotadas de nível constitucional, composto pela Constituição de 1958, pelo Preâmbulo da Constituição de 1946, pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e pelos princípios fundamentais previstos nas leis da República.

A adoção de um bloco de constitucionalidade foi necessária pelo fato de a Constituição da França de 1958 não conter uma lista de direitos fundamentais. Nessa decisão de 1971, o Conselho Constitucional declarou inconstitucional uma lei que violava a liberdade de associação, prevista em uma Lei da República, mas ausente na Constituição de 1958.

---

<sup>123</sup> Posicionamento exarado na Ação Direta de Inconstitucionalidade 595 – ES, encontrado inclusive no informativo 258 do STF.

Para poder declarar a inconstitucionalidade, o Conselho viu-se obrigado a elevar o *status* hierárquico dessa Lei da República ao nível constitucional, construindo, desse modo, um bloco de constitucionalidade. O *bloc de constitucionalité* foi criado pelo Conseil Constitutionnel com base no denominado “bloco de legalidade”, proposto por Maurice Hauriou no início do século XX, também na França, para conferir *status* de lei a algumas normas administrativas.<sup>124</sup>

Como já dito linhas acima, o bloco de constitucionalidade, na França, iniciou-se com a importante decisão de 16 de julho de 1971 a respeito da liberdade de associação. O bloco de constitucionalidade francês é formado pela Constituição de 1958, pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, pelo Preâmbulo da Constituição de 1946 e pelos Princípios Fundamentais reconhecidos pelas leis da República.

As previsões estabelecidas na Constituição de 1958 tem grande importância nas decisões do Conselho Constitucional, de maneira que representa quantidade significativa do conteúdo do bloco de constitucionalidade francês, apresentando sempre uma igualdade entre as normas, não havendo uma hierarquização normativa.

Tais disposições – a maioria delas – tratavam da regulamentação dos poderes públicos; contudo, algumas se referiam aos direitos e às liberdades fundamentais, como: o artigo 2º refere-se à liberdade religiosa, liberdade de consciência, a não discriminação por razão de origem; o artigo 3º, aos direitos cívicos; o artigo 4º, aos partidos políticos; o artigo 64, à independência da magistratura; e o artigo 66, à liberdade individual e à proteção pela autoridade individual.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a partir da decisão de 1971, teve reconhecido o seu valor constitucional sedimentado, de maneira que não há dúvida hoje acerca do seu caráter normativo. Pontua-se ainda que serviu como parâmetro de controle em 27 de dezembro de 1973, quando o Conselho fundamentou uma decisão a respeito da declaração de inconstitucionalidade de uma lei de finanças, tendo em vista violar expressamente o seu art. 6º. Ademais, o Conselho Constitucional salientou a importância de tal Declaração elegendo sua força normativa equivalente pelo menos à reconhecida no Preâmbulo da Constituição de 1946, isto é, uma declaração de direitos

---

<sup>124</sup> FAVOREU, Louis. Ponencia francesa. In: FAVOREU, Louis; RUBIO LLORENTE, Francisco (org.). El Bloque de la Constitucionalidad. In: *Simposium franco-espanhol de Derecho Constitucional*. Madrid: Civitas, 1991. p. 19-21.

econômicos e sociais que completava a Declaração de Direitos de primeira geração de 1789, tendo sua primeira aplicação numa decisão de 15 de janeiro de 1975.

Os princípios fundamentais da República vêm sendo reconhecidos progressivamente, aplicando-se como normas constitucionais os seguintes princípios: liberdade de associação; direito de defesa; liberdade individual; liberdade de cátedra; liberdade de consciência; competência exclusiva da jurisdição administrativa em matéria de anulação de atos de autoridade pública; e autoridade judicial como guardião da propriedade privada.

Sendo assim, os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República compõem o bloco de constitucionalidade, haja vista o Preâmbulo da Constituição de 1958. Mesmo não mencionando expressamente, faz referência ao Preâmbulo da Constituição de 1946, que os reafirma solenemente, atribuindo-lhes um valor equivalente ao dos direitos e liberdades consagrados na Declaração de 1789.

#### 4.1 O Bloco de Constitucionalidade na América Latina

Segundo Humberto Nogueira Alcalá<sup>125</sup>, por bloco constitucional de direitos fundamentais entende-se o conjunto de direitos da pessoa (atributos) assegurados por fonte constitucional ou por de direito internacional dos direitos humanos (tanto o direito convencional como o direito consuetudinário e os princípios *ius cogens*) e os direitos implícitos, expressamente incorporados ao nosso ordenamento jurídico por meio do artigo 29, letra “c”, da Convenção Americana de Direitos Humanos:

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: [...] c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo [...]<sup>126</sup>.

O bloco de direitos fundamentais caracteriza-se por assegurar: a) a Carta Fundamental explícita; b) os Direitos Implícitos; c) o direito internacional através do *ius cogens*; d) o direito convencional internacional dos direitos humanos e direitos humanitários; e, por fim, e) o direito internacional consuetudinário.

<sup>125</sup> ALCALÁ, Humberto Nogueira. *El Bloque Constitucional de Derechos Fundamentales y su Aplicación en Chile y América Latina*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010 (*Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América Latina*). p. 494.

<sup>126</sup> CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 6 jan. 2019.

O enfoque interpretativo da Constituição em matérias de direitos fundamentais, complementa-se com o direito internacional dos direitos humanos que vem de fora e se incorpora como fonte, mas como fonte dos direitos essenciais e fundamentais, complementando o que assegura diretamente a Constituição, como estabelece explicitamente a Constituição Chilena no seu artigo 5º inciso II.

O Bloco Constitucional dos Direitos Fundamentais não se limita a uma soberania restrita e fechada, mas encontra uma garantia aberta de novas exigências essenciais da pessoa humana.

O artigo 29, letra “b”, da Convenção Americana de Direitos Humanos, exige ao operador jurídico aplicar, quando se encontra frente a diversas normas de direitos humanos ou direitos fundamentais, a norma – interna ou internacional – que melhor otimize o gozo e exercício do direito.

Assim, pode-se compreender que tanto os direitos fundamentais (atributos) contidos nas normas constitucionais formais nacionais como os direitos contidos nos tratados internacionais, o direito consuetudinário internacional e os princípios do *ius cogens*, constituem um bloco em matéria de direitos fundamentais de acordo com o qual devem ser interpretadas as leis e demais normas infraconstitucionais, que constituem parte do parâmetro do controle de constitucionalidade.

Distintos Tribunais e Cortes constitucionais latino-americanas têm assim determinado. Para exemplificar, citaremos alguns casos de cortes latino-americanas que consideram como parte dos direitos fundamentais os atributos assegurados pelo direito convencional internacional.

No caso da Argentina, a Corte Suprema tem uma linha jurisprudencial consolidada acerca da integração do bloco constitucional com os direitos assegurados pelos tratados internacionais, mantendo assim mesmo uma linha jurisprudencial consolidada acerca da integração do bloco constitucional com os direitos assegurados pelos tratados internacionais, bem como o seguimento da jurisprudência na matéria da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No “caso Gioldi”, a Corte Suprema Argentina referiu-se ao alcance do artigo 75, inciso 22, parágrafo 2º, da Constituição argentina, determinando que o alcance constitucional da Convenção Americana de Direitos Humanos significa acatá-la do modo como ela rege o direito internacional e

[...] considerando particularmente a sua efetiva aplicação jurisprudencial pelos Tribunais Internacionais competentes para a sua interpretação e aplicação, a aludida jurisprudência deve servir de guia para a interpretação dos preceitos convencionais na medida em que o Estado Argentino reconheceu a competência da Corte Interamericana para conhecer de todos os casos relativos a sua interpretação e aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos.<sup>127</sup>

No “caso Hooff”, a Corte Suprema Argentina, em recurso extraordinário, admitiu a demanda e argumentou a violação dos artigos 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos e do artigo 25 do Pacto Internacional de Direito Civil e Político (PIDCyP) das Nações Unidas, ambos equiparados à Constituição Nacional.

A Corte Argentina declarou discriminatória a disposição da Constituição provincial de Buenos Aires, em seu artigo 177, que exige do Juiz de Primeira Instância haver nascido em território argentino ou ser filho de cidadão nativo, ainda que nascido em país estrangeiro, como requisito para fazer parte da Câmara de Cassação, pois, se esse Juiz houvesse nascido em país estrangeiro ou fosse argentino naturalizado, não poderia fazer parte da Câmara de Cassação.<sup>128</sup>

O Tribunal Constitucional da Bolívia, na sentença 1494/2004-R, de 16 de setembro de 2004, com fundamentos jurídicos III.1, segundo parágrafo, decidiu:

Agora bem como há reconhecido a jurisprudência deste Tribunal, os direitos tuteláveis através do amparo constitucional, são os seguintes: 1. Os expressamente previstos no catálogo de direitos apontados no artigo 7 da CPE; 2. Outros direitos que apesar de não estarem incluídos no art. 7 aludido, por sua natureza e aplicabilidade sistemática, são partes integrantes dos direitos fundamentais que estabelece a ordem constitucional boliviana (assim, SSCC 338/2003-R, 1662/2003-R, 686/2004-R, entre outras); 3. Os direitos contidos nos tratados de direitos humanos subscritos pela Bolívia, pois como há entendido a jurisprudência deste Tribunal, formam parte do ordenamento jurídico do sistema constitucional boliviano como parte do bloco de constitucionalidade, de maneira que esses instrumentos internacionais têm caráter normativo e são de aplicação direta.

A sentença da Corte Constitucional colombiana C-225/95 determinou:

O único sentido razoável que se pode conferir à noção de prevalência dos tratados de direitos humanos e de direito internacional humanitário (CP 93 y 214 n° 2) é que eles formam com o resto do texto constitucional um “bloco de constitucionalidade”, cujo respeito se impõe à lei. Com efeito,

<sup>127</sup> “Horacio Giroidi y otros s/ recurso de casación” de 7 de abril de 1995. Fallos 318:514, considerados 5 y 11°.

<sup>128</sup> Pedro Cornelio Frderico Hooff c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidade, de 16 de noviembre de 2004. Fallos, 327:3294.

desta maneira se harmoniza plenamente com o princípio da Supremacia da Constituição, como das normas (C.P. artigo 4), com a prevalência dos tratados ratificados pela Colômbia, que reconhecem os direitos humanos e proíbem a limitação nos Estados de Exceção (C.P., artigo 93) (Fundamento Jurídico nº 12)

Na Sala Constitucional da Corte Suprema Costa-Riquenha, a sua decisão 3435, de 1992, esclareceu que a N 5759-93 determina que “os instrumentos de direitos humanos, vigentes na Costa Rica, têm não só um valor similar de Constituição Política, senão nas medidas que outorguem maiores direitos ou garantias as pessoas, primados sobre a Constituição”.

Por sua vez, o Tribunal Constitucional Chileno estabeleceu como aplicação para as bases fundamentais do ordenamento jurídico constitucional que “o respeito e promoção dos direitos essenciais do homem, que são superiores e anteriores ao Estado e à Constituição, que não se criam, mas sim reconhecem e asseguram”, agregando que esses preceitos não são meramente declarativos, mas sim constituem disposições expressas que obrigam os governantes e governados tanto em si mesmas, como também normas reatoras e vitais que coadunam a desentranhar o verdadeiro sentido do espírito das disposições da Constituição.

Assim, parte do bloco constitucional de direitos fundamentais são aqueles direitos que estão assegurados por princípios imperativos do direito internacional e eles se impõem aos Estados de maneira direta e automática, devendo ser aplicados pelos órgãos estatais; e a jurisdição interna deve dotá-los de aplicabilidade direta e imediata, assim também como o direito consuetudinário internacional, que assegura a garantia dos direitos fundamentais, já que este precede gerações de direito convencional dos direitos humanos.

#### 4.2 O Bloco de Constitucionalidade e a inserção dos documentos internacionais de direitos humanos como parâmetro para o exercício do controle jurisdicional no Brasil

No Brasil, a Constituição Federal prescreve no art. 84, VIII, como competência do Presidente da República “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”. Essa regra deve ser associada ao art. 49, I, da Constituição Federal, que prevê como sendo da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver, definitivamente, sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Essa competência

do Congresso Nacional é exercida por meio de decreto legislativo, conforme art. 59, VI, da Constituição Federal.

Dessa forma, é possível observar que o processo de formação dos tratados internacionais é composto por três fases: a assinatura, realizada pelo Poder Executivo; a apreciação e aprovação, materializada pelo Poder Legislativo; e, por fim, a ratificação do Poder Executivo.

Porém, isso não significa, para parte da doutrina brasileira, que o tratado internacional estará apto a produzir os seus efeitos jurídicos no cenário interno. Duas são as correntes de pensamento que conduzem à incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos: a incorporação não automática, ou legislativa, e a incorporação automática.

Na primeira corrente, incorporação não automática, os tratados internacionais ratificados não são incorporados imediatamente no plano interno, pois dependem da legislação que os regula, ou seja, o Estado recusa a vigência imediata do direito internacional na ordem interna, sob a alegação de necessária legislação que o implemente (conforme o disposto na Constituição Federal Brasileira em seus artigos art. 49, I, 59, VI e 84, VIII). Assim, para que o conteúdo de uma norma internacional vigore na ordem interna, faz-se imprescindível a sua transformação por uma fonte interna. Por isso, nesse sistema de incorporação legislativa, o direito internacional e o direito interno são duas ordens jurídicas distintas.

Já na segunda corrente, denominada incorporação automática, o Estado reconhece a vigência da norma internacional no direito interno, independentemente de qualquer norma regulamentadora. Faz-se necessário apenas o ato de ratificação do tratado internacional para que este passe a vigorar imediatamente, tanto na ordem internacional como na ordem interna.

Na ótica jurídica brasileira de alguns doutrinadores, como Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan, em função do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, determinar a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, e sendo os tratados internacionais de direitos humanos veiculadores de direitos e garantias fundamentais, apenas permite concluir que esses tratados internacionais também possuem aplicabilidade imediata.

Segundo esses mesmos doutrinadores, isso é diferente no caso dos demais tratados internacionais que não abordam direitos e garantias fundamentais, pois em tais tratados não se aplica o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, restrito apenas aos direitos e às garantias fundamentais. Portanto, para esses tratados internacionais, vigora a incorporação legislativa, ou não automática.

Antônio Augusto Cançado Trindade posiciona-se afirmando que:

Se para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar as suas disposições, vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos, consoante os arts. 5º (2) e 5º (1) da Constituição brasileira de 1988, passam a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.<sup>129</sup>

Flávia Piovesan, por sua vez, pregando pela existência de um sistema misto de incorporação dos tratados internacionais, afirma que:

O direito brasileiro faz opção por um sistema misto; no qual, aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, § 1º –, aplica-se a sistemática de incorporação automática, enquanto aos demais tratados internacionais se aplica a sistemática de incorporação legislativa na medida em que se tem exigido a intermediação de um ato normativo para tornar o tratado obrigatório na ordem interna. [...] O § 3º do art. 5º tão-somente veio a fortalecer o entendimento em prol da incorporação automática dos tratados de direitos humanos.<sup>130</sup>

Apesar de o posicionamento brasileiro admitir um sistema misto de incorporação dos tratados internacionais, é importante registrar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal exige a expedição do decreto como forma de garantir o princípio da publicidade e conferir executoriedade ao tratado ratificado.<sup>131</sup>

Assim, a existência de um bloco de constitucionalidade no Brasil é controvertida. Diante desse panorama, alguns juristas defendiam a existência de um bloco de constitucionalidade brasileiro com base em outras situações. Desse modo, Gerson Lima,

<sup>129</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito Internacional e Direito Interno: sua interação na proteção dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>. Acesso em: 9 jul. 2018.

<sup>130</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 86-87.

<sup>131</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn 1480 – DF**, rel. Min. Celso de Mello. Informativo STF. nº 109, DJU 13 de maio de 1998. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1646696>. Acesso em: 6 de jan. 2019.

por exemplo, invocava as normas de emendas constitucionais não incorporadas no texto constitucional, como no caso dos artigos 25 a 33 da EC nº 19/1998, como exemplos de bloco.

As emendas constitucionais apresentam alguns dispositivos que já se integraram, ao texto da Constituição, enquanto outros permanecem fora dele, no sentido corpóreo, objetivo, da matéria escrita. Os primeiros são mais comuns e ocorrem quando dizem que determinado artigo da Constituição passará a ter redação “tal”, o que acrescentado no dispositivo “qual” implique supressão de texto. Já os segundos compõem um corpo a parte, com disposição própria, tratando de temas constitucionais. Mas óbvio que todos eles compõem a Constituição, que passa a ser tanto o complexo de seus artigos, reunidos e ordenados numericamente no mesmo diploma, quanto dos dispositivos periféricos integrantes das emendas constitucionais.<sup>132</sup>

Esse aumento do elenco das normas com nível constitucional era, entretanto, visto com certo receio, conforme o próprio Lima alertava:

A crítica que se pode acrescer ainda, é a de que o elastecimento incauto destas normas pode tornar o complexo jurídico um arcabouço de normas constitucionais banalizadas, com a vulgarização da Constituição. E então, a possibilidade da ineficácia constitucional aumentaria, eis que ante o número de disposições regulamentando tudo, ensejaria interpretações fragilizadas da sociedade. Com efeito, a experiência jurídica do direito comparado mostra que as constituições mais analíticas são as de textos mais frágeis, enquanto as sintéticas possuem disposições textuais mais respeitadas. Enquanto as primeiras tendem a levar a interpretações literais e restritivas, as outras pendem para uma hermenêutica verticalizada, com o elastecimento de suas disposições e de sentido do texto, em todos os seus aspectos (políticos, sociais, jurídicos...). Reflexo de como a sociedade contribui para a formação histórica de sua Constituição.<sup>133</sup>

Ademais, não bastassem tais fatos, parte da doutrina se debruçou no estudo da existência no ordenamento jurídico constitucional do convívio entre normas formalmente e materialmente constitucionais, ainda que fora do *corpus constitucional*, ou seja, o conjunto limitado de materiais normativos que forma a Constituição que, por seu conteúdo, por sua natureza e por sua importância esses materiais podem ser reconhecidos como normas constitucionais inseridas entre os direitos fundamentais.<sup>134</sup>

Essa possibilidade de expansão dos direitos e das garantias fundamentais está expressamente prevista na Constituição Brasileira de 1988, em seu § 2º do art. 5º, a denominada cláusula aberta, de “não tipicidade dos direitos fundamentais”.

<sup>132</sup> LIMA, Francisco Gerson Marques. Bloco de constitucionalidade: os sistemas francês e espanhol. *Revista opinião jurídica*, v. 2, n. 3, 2004.

<sup>133</sup> *Ibid.*, n.3.

<sup>134</sup> CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1016-1017.

Assim está preceituado o § 2º do art. 5º:

Art. 5 [...] § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela aludidos, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

O bloco de constitucionalidade é justamente a possibilidade de identificar o que deve ser entendido como parâmetro de constitucionalidade, havendo atualmente duas correntes doutrinárias: a corrente ampliativa e a corrente restritiva.

A corrente ampliativa defende que para a aferição das normas inferiores com as superiores deve-se apurar a compatibilidade vertical não somente das normas formalmente constitucionais mas também dos princípios não escritos, os denominados valores suprapositivos.

Comentando essa corrente ampliativa do bloco de constitucionalidade, o Ministro Celso de Mello, na ADI nº 595/ES, julgada em 18 de fevereiro de 2002, Inf. 258/STF, afirmou de forma didática e primorosa:

[...] cabe ter presente que a construção do significado de Constituição permite, na elaboração desse conceito, que sejam considerados não apenas os preceitos de índole positiva, expressamente proclamados em documento formal (que consubstancia o texto escrito da Constituição), mas sobretudo, que sejam havidos, igualmente, por relevantes, em face de sua transcendência mesma, os valores de caráter suprapositivo, os princípios cujas raízes mergulham no direito natural e o próprio espírito que informa e dá sentido à Lei Fundamental do Estado.

Não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, certa vez, e para além de uma perspectiva meramente reducionista, veio a proclamar – distanciando-se, então, das exigências inerentes ao positivismo jurídico – que **a Constituição da República, muito mais do que o conjunto de normas e princípios nela formalmente positivados, há de ser também entendida em função do próprio espírito que anima, afastando-se, desse modo, de uma concepção impregnada de evidente minimalismo conceitual (RTJ 71/289, 292 – RTJ 7/657).**

A definição do significado de bloco de constitucionalidade – independente da abrangência material que se lhe reconheça reveste-se de fundamental importância no projeto de fiscalização normativa abstrata, pois a exata qualificação conceitual dessa categoria jurídica projeta-se como fator determinante do caráter constitucional ou não dos atos estatais contestados em face da Carta Política [...]. É por tal razão que os tratadistas – consoante observa JORGE XIFRA HERAS (“Curso de Derecho Constitucional”, p. 43) –, em vez de formularem um conceito único de Constituição, costumam referir-se a uma pluralidade de acepções, dando ensejo à elaboração teórica do conceito de bloco de constitucionalidade (ou parâmetro constitucional), cujo significado – revestido de maior ou de menor abrangência material – projeta-se, tal seja

o sentido que se lhe dê, para além da totalidade de regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da própria Constituição formal, chegando, até mesmo, a compreender normas de carácter infraconstitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando desse modo, e em função de perspectivas constitucionais mais amplas, a concretização da ideia de ordem constitucional global. Sob tal perspectiva, que acolhe conceitos múltiplos de Constituição, pluraliza-se a noção mesma de constitucionalidade/inconstitucionalidade, em decorrência de formulações teóricas, matizadas por visões jurídicas e ideológicas distintas, que culminam por determinar – quer elastecendo-as, quer restringindo-as– próprias referências paradigmáticas conformadoras do significado e do conteúdo material inerentes à Carta Política.

Torna-se relevante destacar, neste ponto, por tal razão, o magistério de J.J. GOMES CANOTILHO (“Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, p. 811/812, item n 1,1998, Almedina), que bem expôs a necessidade de proceder-se à determinação do parâmetro de controle de constitucionalidade, considerando as posições doutrinárias que se degladiam em torno do tema:

“Todos os actos normativos devem estar em conformidade com a Constituição (art. 3º/3). Significa isto que os actos legislativos e restantes actos normativos devem estar subordinados, formal, procedimental e substancialmente ao parâmetro constitucional. Mas qual é o estalão normativo de acordo com o qual se deve controlar a conformidade dos actos normativos?”

As respostas a este problema oscilam fundamentalmente entre duas posições: (1) o parâmetro constitucional equivale à constituição escrita ou leis com valor constitucional formal, e daí que conformidade dos actos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos da constituição (ou de outras leis formalmente constitucionais); (2) o parâmetro constitucional é a ordem constitucional global, e, por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos actos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global.

Na perspectiva (1), o parâmetro da constitucionalidade (=normas de referência, bloco de constitucionalidade) reduz-se às normas e princípios da constituição e das leis com valor constitucional; para a posição (2), constantes das leis constitucionais escritas, devendo alargar-se, pelo menos, aos princípios reclamados pelo ‘espírito’ ou pelos ‘valores’ que informa a ordem constitucional global.”

Veja-se, pois, a importância de compreender-se com exatidão, o significado que emerge da noção de bloco de constitucionalidade –tal como é concebido pela teoria constitucional (BERNARDO LEONCIO MOURA COELHO, “O Bloco de Constitucionalidade e a Protecção à Criança”, in Revista de Informação Legislativa nº 123/259-266, 263/264, 1994, Senado Federal; MIGUEL MONTORO PUERTO, “Jurisdicción Constitucional y Procesos Constitucionales” p. 33/35. Item C, 1997,

Berdejo; IGNACIO DE OTTO, Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes”, p.95/109, itens ns. I e II, 1991, CIvitas; JOSE ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, “O Princípio da Subsidiariedade: Conceito e Evolução, p. 55/56, item n 43, 1986, Presses Universitaires de France, v.g.) -, pois dessa percepção, resultará, em última análise, a determinação do que venha a ser o paradigma de confronto, cuja definição mostra-se essencial, em sede de controle de constitucionalidade, à própria tutela de ordem constitucional.

E a razão de tal afirmação justifica-se por si mesma, eis que a delimitação conceitual do que representa o parâmetro de confronto é que determinará a própria noção do que é constitucional ou inconstitucional, considerada a eficácia subordinante dos elementos referenciais que compõe o bloco de constitucionalidade <sup>135</sup>

Por outro lado, a corrente restritiva defende que somente pode se aferir a constitucionalidade de leis a partir das normas e princípios previstos expressamente na constituição escrita e positivada.

Para a segunda corrente, o legislador amplia o espectro de proteção da norma constitucional, fazendo surgir o chamado bloco de constitucionalidade, formado por normas não formalmente constitucionais.

Apesar de a corrente ampliativa do espectro de constitucionalidade se mostrar ainda tímida, vigorando a ideia de supremacia formal, a sua força e o seu convencimento parecem ter sido acolhidos de forma definitiva pelo Supremo Tribunal Federal.

Todavia, é possível que a ampliação do bloco de constitucionalidade esteja prevista no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal.

Filiamos-nos àquela corrente que reconhece a existência de direitos fundamentais para além daquelas normas previstas expressamente na Constituição; contudo, compreendemos que esse entendimento está muito longe de ser pacífico na doutrina e jurisprudência nacionais.

Ademais, esse receio em relação ao Bloco de Constitucionalidade no Brasil foi superado em razão da promulgação da EC nº 45/2004, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estabelecendo que “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Com essa norma, os tratados de direitos

---

<sup>135</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI no 595/ES**, julgada em 18 e fevereiro de 2002. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14815695/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-595-es-stf>. Acesso em: 3 jun. 2018.

humanos, aprovados de acordo com o procedimento adotado para a aprovação de emendas constitucionais, passaram a ter a mesma hierarquia desse tipo de norma, ou seja, hierarquia constitucional.

Já há hoje no Brasil um tratado com *status* de norma constitucional. Trata-se da Convenção Internacional de Pessoas com Deficiência, aprovada em 2007 e ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Isso significa que os tratados de direitos humanos aprovados seguindo o rito previsto no art. 5º, § 3º, fazem parte do bloco de constitucionalidade. Ingo Wolfgang Sarlet afirma o seguinte sobre o tema:

[...] A adoção do procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da CF, os tratados em matéria de direitos humanos, passariam a integrar o bloco de constitucionalidade, que representa a reunião de diferentes diplomas normativos de cunho constitucional, que atuam, em seu conjunto, como parâmetro do controle de constitucionalidade, o que configura um avanço em relação à posição mais restritiva no nosso Supremo Tribunal Federal na matéria, que, por exemplo, não outorga força normativa superior ao Preâmbulo da Constituição.<sup>136</sup>

Foi esse o entendimento adotado na decisão monocrática do Ministro Edson Fachin do STF, que indeferiu a medida cautelar pleiteada na ADI nº 5.357 (STF, 2015, *online*), proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN), em face do art. 28, § 1º, e do art. 30, *caput*, da Lei nº 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Estatuto da Pessoa com Deficiência). Nesse sentido:

Assim, a igualdade não se esgota, com a previsão normativa do acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso a sua efetivação concreta. Posta a questão nestes termos, foi promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009 a Convenção Internacional sobre os direitos da Pessoa com Deficiência, dotada do propósito de promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, por todas as pessoas com deficiência, promovendo o respeito pela sua inerente dignidade (art. 1º). A edição do Decreto seguiu o procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição da República, o que lhe confere *status* equivalente de emenda constitucional, reforçando o compromisso internacional da República com a defesa dos Direitos

---

<sup>136</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: algumas notas sobre o novo § 3º do art. 5º Constituição. *Revista Depoimentos*, Vitória, n. 9, p. 11-31, jan./dez. 2005.

Humanos e compo o Bloco de Constitucionalidade que funda o ordenamento jurídico pátrio.<sup>137</sup>

O reconhecimento da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência como parte integrante do bloco de constitucionalidade brasileiro fortaleceu a fundamentação da constitucionalidade do Estatuto da Pessoa com Deficiência, garantindo, nesse caso concreto, o acesso das pessoas com deficiência a instituições públicas ou privadas de ensino, conferindo, dessa forma, efetividade ao direito à educação, sob o paradigma da inclusão social.

Trata-se, sem dúvida, de uma significativa mudança de posição do STF em relação ao bloco de constitucionalidade nacional, confirmando a abertura do ordenamento jurídico brasileiro à proteção internacional dos direitos humanos no marco do diálogo de fontes, cuja finalidade precípua é a salvaguarda da dignidade de todo ser humano.

---

<sup>137</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI no 5.357 MC-DF**, julgada em 18 de novembro de 2015. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.as numero=5357&classe=ADI&codigoClasse=0&ORIGEM=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=>. Acesso em: 3 jun. 2018.



## Capítulo 5 – O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Este capítulo tratará do conceito de “controle de convencionalidade” e a diferença entre este e o controle de constitucionalidade. Além disso, analisará quais são os tipos de controle de convencionalidade e os controles de convencionalidade na Europa e na América Latina.

### 5. Conceito de “controle de convencionalidade” e a diferença entre este e o controle de constitucionalidade

Kildare Gonçalves de Carvalho, em seu livro *Teoria do Estado e da Constituição*, conceitua o “controle de convencionalidade” nos seguintes termos: “O controle de convencionalidade consiste na verificação vertical das leis e atos normativos internos com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelos Estados e em vigor no país”<sup>138</sup>.

Nessa perspectiva, o controle de convencionalidade constitui um controle de validade da legislação nacional que tem como parâmetro os compromissos internacionais no âmbito dos direitos humanos fundamentais, e não o texto constitucional. Apesar de a Constituição proteger os direitos fundamentais, o controle de convencionalidade está além do controle de constitucionalidade, já que não pressupõe a compatibilidade da lei ou ato normativo interno com a própria Constituição, mas com os tratados internacionais de direitos humanos. Esse controle leva em conta que o direito internacional tem caráter subsidiário e se constrói em torno do princípio *pro homine*, quer dizer, as convenções sobre o tema somente têm aplicação quando a proteção do Estado nacional se revelar insuficiente e no caso de a proteção consignada nos tratados ser mais benéfica à proteção individual.

Ainda segundo Kildare Gonçalves de Carvalho:

A inconveniência, por sua vez, diz respeito à desconformidade da norma de direito interno com os tratados internacionais de direitos humanos. Desse modo, embora vigente perante o ordenamento jurídico nacional, a norma incide em vício de invalidade, por ser o controle

---

<sup>138</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Teoria do Estado e da Constituição*. 21. ed. São Paulo: DelRey, 2014. p. 642.

incompatível com os compromissos internacionais relativamente à proteção dos direitos humanos.<sup>139</sup>

A diferença entre o controle de constitucionalidade e o de convencionalidade está no fato de que o primeiro se pauta pela Constituição Federal e tem como fundamento a ideia de que a produção normativa do Estado, por estar subordinada à norma constitucional, não poderá contrariá-la ou negar vigência ao seu texto, sob pena de invalidade. Assim, o controle de constitucionalidade tem por escopo garantir a unidade do ordenamento jurídico, retirando a validade das leis que contrariam a Constituição. Já o controle de convencionalidade é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no País.

Ademais, Valério Mazzuoli, em artigo publicado na *Revista dos Tribunais*<sup>140</sup>, considera que o controle de convencionalidade é um *plus* em relação ao controle de constitucionalidade e tem caráter complementar e coadjuvante, não sendo, assim, subsidiário do controle de constitucionalidade.

Por fim, relativamente ao seu âmbito, o controle de constitucionalidade é sempre nacional, e o de convencionalidade pode ser tanto nacional quanto internacional, atribuído a cortes internacionais ou supranacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Europeia.

## 5.1 O Controle de Convencionalidade Internacional e o Controle de Convencionalidade Nacional

O Controle de Convencionalidade Internacional é atividade de fiscalização dos atos e condutas dos Estados em confronto com seus compromissos internacionais. Em geral, o controle de convencionalidade é atribuído a órgãos compostos por julgadores independentes, criados por tratados internacionais, o que evita que os próprios Estados sejam ao mesmo tempo fiscais e fiscalizados. Entre os órgãos de maior prestígio, estão os

---

<sup>139</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Teoria do Estado e da Constituição*. 21. ed. São Paulo: DelRey, 2014. p. 643.

<sup>140</sup> MAZZUOLI, Valério. Teoria geral de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 98, n. 889, nov. 2009, p. 129.

tribunais internacionais de direitos humanos (Corte Europeia, Interamericana e Africana), a Corte Internacional de Justiça e os Tribunais de Direito de Integração.<sup>141</sup>

Já o Controle de Convencionalidade Nacional é aquele que se debruça sobre o exame de compatibilidade do ordenamento interno com as normas internacionais feitas pelos tribunais internos.

Importante ainda ressaltar outras nítidas diferenças entre esses dois tipos de controle de convencionalidade.

Em primeiro lugar, a hierarquia do parâmetro de controle de convencionalidade internacional reside nas escolhas internacionais, em sintonia com o princípio de primazia do Direito Internacional. Em segundo lugar, no controle de convencionalidade nacional, a hierarquia do tratado-parâmetro depende do próprio Direito Nacional, que estabelece o estatuto dos tratados internacionais. Em terceiro e último lugar, a interpretação do que é compatível ou incompatível com o tratado-parâmetro não é a mesma. Há tribunais internos que se socorrem de normas previstas em tratados sem sequer mencionar qual é a interpretação dada a tais dispositivos pelos órgãos internacionais, levando a conclusões divergentes.

## 5.2 O Controle de Convencionalidade na Europa: França, Alemanha, Espanha e Itália

Nesta subseção, trataremos do Controle de Convencionalidade e suas principais características nos seguintes países europeus: França, Alemanha, Espanha e Itália.

### A) FRANÇA

O controle de convencionalidade surgiu na França aparentemente em 1976, quando o Conselho Constitucional utilizou pela primeira vez essa expressão. A seguir, serão analisadas algumas das principais características essenciais desse controle.

#### I) Características do Controle de Convencionalidade

---

<sup>141</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 250.

Primeiramente, na sentença prolatada no caso *Interruption volontaire de grossesse (IVG)*<sup>142</sup>, de 15 de janeiro de 1975, o Conselho Constitucional francês se negou a realizar um “controle de convencionalidade” ou de fiscalização de conformidade das leis francesas com um Tratado Internacional dentro do mecanismo de controle de constitucionalidade.

Para o Conselho Constitucional, uma coisa é o controle de constitucionalidade das leis que se deve praticar, com previsão expressa na Constituição e no qual a superioridade desta possui caráter “absoluto e definitivo” de respeito às leis; e, de outro lado, a superioridade dos tratados e convenções que somente possuem hierarquia “relativa e contingente” sobre as leis, o que gera o controle de convencionalidade.<sup>143</sup> Neste último caso, o Conselho Constitucional não se considerou competente. O controle de constitucionalidade e de convencionalidade para o referido Conselho possui, pois, naturezas diferentes.

Mas o fato de o Conselho Constitucional não se julgar competente não deixava de apontar para o fato de que na França não havia o controle de convencionalidade. O art. 55 da Constituição francesa estabelece expressamente o princípio da superioridade do Tratado Internacional sobre uma Lei Nacional. Por tal razão, o Conselho entendeu a necessidade e primazia de se efetivar o “controle de convencionalidade” das leis, o qual deveria ser de responsabilidade das jurisdições ordinárias. Assim, no caso em concreto, tanto o juiz judicial como o juiz administrativo deveriam realizar o “controle de convencionalidade”, utilizando-se da aplicação da condição de suprallegalidade dos Tratados, prevista constitucionalmente no art. 55 da Constituição, desde que regularmente ratificados e aprovados.

O controle de convencionalidade nas mãos do juiz ordinário tende a desenhar-se como difuso, imediato e permanente. A norma de referência, identificada como controle normativo material, é comunitária ou supranacional. O juiz comum deve deixar de aplicar a lei interna contrária à norma superior. Na prática, é permitido por parte do juiz comum um controle sobre a lei bem mais penetrante do que o atribuído ao Conselho Constitucional. Hoje, o juiz ordinário é o verdadeiro juiz de controle da Lei. O verdadeiro problema que se

---

<sup>142</sup> ROUJOU DE BOUBEE, Gabriel. *L'interruption volontaire de la grossesse: commentaire de la loi*, nº 75-17, 17 de janeiro de 1975. Paris: Dalloz. p. 56.

<sup>143</sup> BRUCE, Eva. *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité Réflexions autour de l'article 88-1 de la Constitution dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*. Disponível em: <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes5/BRUCE2.pdf> Acesso em: 24 jun. 2017.

concebe é a falta de compatibilidade das normas comunitárias, supranacionais e internacionais com as do ordenamento jurídico e da Constituição Francesa.

Dessa maneira, surgiu o que Eva Bruce denomina de jurisdição bipartite: a) o Conselho Constitucional, como juiz da constitucionalidade direta da Constituição, para invalidar as leis opostas a ela; b) e a dos juízes ordinários, como juízes da convencionalidade das leis, o que implica uma sorte de juízo indireto sobre a validade constitucional das leis opostas aos tratados (e que estes, segundo o artigo 55 da Constituição, prevalecem sobre as leis).<sup>144</sup> Em matéria de Direitos Fundamentais, em síntese, o sistema de proteção é duplo: mediante o controle de constitucionalidade, tutela-se a supremacia desses direitos enunciados na Constituição ante eventual infração por leis; e, por meio do controle de convencionalidade, ampara-se a supremacia dos direitos declarados na Convenção Europeia e em acordos e documentos ratificados na forma ditada pela Constituição, frente a sua possível negação pelas normas legais.

Algumas correntes dos controles podem dar resultados distintos. Por exemplo, uma lei de acordo com a Constituição Francesa não é por si só obrigada a também ser conforme a Convenção Europeia de Direitos Humanos. E a situação inversa, de uma lei oposta à Convenção, tampouco, sozinha, é necessariamente oposta à Constituição. Ademais, a lei declarada inconstitucional em abstrato pelo Conselho Constitucional é invalidada, e a lei reputada inconvenção pelo juiz ordinário em concreto é inaplicada e permanece em vigor.

Deve ficar bem claro que em matéria de controle de convencionalidade a Constituição é a norma situada no mais alto escalão do ordenamento jurídico interno francês.

## II) Impacto do Controle de Convencionalidade no Direito Francês

O Controle de Convencionalidade não é visto somente como um instrumento destrutivo das normas internas, ou seja, um dispositivo de exclusão. Também cumpre as chamadas funções construtivas, que são de resgate e inclusão das normas locais para fazer

---

<sup>144</sup> BRUCE, Eva. *Controle de constitutionnalité et controle de conventionnalité. Réflexions autour de l'article 88-1 de la Constitution dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*. Disponível em: <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes5/BRUCE2.pdf> Acesso em: 24 jun. 2017.

funcionar o Direito Doméstico em consonância com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Ele equivale à doutrina denominada “interpretação conforme” da lei ordinária com a Constituição, em matéria de controle de constitucionalidade, e tende a preferir como operáveis as interpretações constitucionais de uma lei, frente a possíveis e descartáveis “interpretações constitucionais” de tal lei, a fim de salvar juridicamente a norma questionada e impedir a declaração de inconstitucionalidade, ou, no caso, de inconveniência.

Importante sublinhar que o controle de convencionalidade na França implica não somente em comparar, aplicar e interpretar as normas locais, por exemplo, com o texto da Convenção Europeia de Direitos Humanos, mas também com a jurisprudência emitida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, intérprete final da Convenção. E, em outro sentido, estende-se também à primazia dos Direitos Cíveis e Políticos sobre o direito interno.

Esses aspectos do controle de convencionalidade levam a questionamentos como, por exemplo, se o poder do juiz nacional frente ao legislador doméstico aumentou ou diminuiu. A resposta recai sobre a primeira alternativa: o juiz incrementou o rol de censor da lei. Como efeito, por outro lado, esse juiz deverá fiscalizar o legislador nacional com um material controlador significativamente ampliado (não só com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, mas também com a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos). De maneira oposta, e se a esse respeito não houver um artigo da Convenção ou existir escassa jurisprudência, de todo modo o juiz disponibilizaria ali uma maior potência interpretativa da Convenção Europeia de Direitos Humanos e da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, já que não estaria condicionado em sua exegese por pautas prévias assentadas pelo Tribunal Europeu. E seu novo produto interpretativo configuraria outro parâmetro de revisão da lei local.

### III) Até a Construção de um Direito Comum Europeu

Outro apontamento, não menos importante, do controle de convencionalidade é por certo a gestação de um *ius commune*, desenhado pela Convenção Europeia de Direitos Humanos e por sua interpretação segundo o Tribunal Europeu de Direitos Humanos,

projetado, depois, em cada país, por seus juízes nacionais, alinhados com a Corte, como direito prevalecente e direito unificador.

Trata-se, como se pode observar, de um direito excludente de normas e interpretações domésticas que os contradigam e de um direito includente de normas e diretrizes jurisprudenciais provenientes da ordem internacional.

O controle de convencionalidade apresenta-se como um direito subsidiário, isso porque suas diretrizes não suplantam nem pretendem extinguir o direito interno. Mas, antes, complementa o direito interno e opera como um estandarte mínimo, razão pela qual cedem se as normas locais são mais protetoras para as pessoas.

#### IV) A Reforma do art. 88-I da Constituição Francesa

Em 1992, incorporou-se ao texto constitucional francês uma nova norma, a qual adverte que a República Francesa participa da União Europeia e que esta é constituída pelos Estados que assim dispuseram livremente em virtude dos Tratados que as institui para exercer em comum algumas de suas competências.

Essa importante emenda tem suscitado uma dúvida: a de se o Conselho Constitucional não deveria assumir, a título de controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade do Direito Comunitário contemplado pelo aludido art. 88-I. E também, em última instância, se não é hora de trocar a jurisprudência do Tribunal Constitucional, já mencionada no caso *IVG*<sup>145</sup>, e unificar o controle de convencionalidade com o controle de constitucionalidade, ficando este a cargo daquele. Ou de deixar nas mãos do Tribunal Constitucional um “controle de fundamentabilidade” a favor dos Direitos Fundamentais das pessoas, independentemente de esses direitos estarem enunciados na Constituição ou em uma Convenção Internacional de Direitos Humanos. Os questionadores, inclusive, conceituam, ou não, o Direito Comunitário como parte do bloco de constitucionalidade francês. Até o momento, a resposta tende a ser negativa, mas não se pode negar que o sistema misto se encontra em estado de mutação<sup>146</sup>.

---

<sup>145</sup> ROUJOU DE BOUBEE, Gabriel. *L'interruption volontaire de la grossesse: commentaire de la loi*, nº 75-17, 17 de janeiro de 1975. Paris: Dalloz. p. 56.

<sup>146</sup> JOEI. Adriantsimbazovina. L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au nivel européen et a niveau national. Vers un contrôle de fondamental. *Revue Française de Droit Administratif*, Paris, p. 127-129, 2002.

Na França, uma das preocupações mais frequentes gira em torno da possibilidade de se outorgar ao Conselho Constitucional funções próprias do controle de convencionalidade, questionando-se, também, se esse tipo de controle total ou parcial, hoje na mão dos juízes ordinários e do Conselho, é compatível com a doutrina do caso *Simmenthal*<sup>147</sup>, julgado em 9 de março de 1978 pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

No pronunciamento a respeito do caso *Simmenthal*, o Tribunal de Justiça da União Europeia atribuiu de modo difuso aos juízes nacionais a condição de juízes de Direito Comum do Direito Comunitário, pontuando que o controle por eles exercido deve dar supremacia ao Direito Internacional dos Direitos Humanos sobre o direito local, não devendo este, pois, ficar exclusivamente nas mãos das Cortes Constitucionais dos Estados.

O tema é difícil. Uma solução possível seria entender que o caso *Simmenthal* proíbe outorgar aos Tribunais Constitucionais uma competência exclusiva para julgar os temas de Direito Comunitário antes que o façam os juízes ordinários. Mas nada impediria conferir ao Conselho do Tribunal Constitucional competência parcial em certos temas ordinários e, conseqüentemente, o controle de convencionalidade do Direito Comunitário.<sup>148</sup>

## **B) ESPANHA**

Na Espanha, o controle de convencionalidade, assim como o denomina parte da doutrina, tem sido avaliado como um fenômeno controvertido e incompleto, mas bastante inovador na experiência jurídica desse país. Refere-se à inaplicabilidade, por um juiz ordinário, de uma lei interna em vigor que não foi declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional e que contradiz um Tratado Internacional, ou a interpretação de dito tratado pelo órgão máximo de controle estabelecido por tal Convenção. Tudo isso, além do já

---

<sup>147</sup> Em 1973, a sociedade *Simmenthal*, importadora de carne bovina, viu-se obrigada a submeter-se a um controle sanitário por conta da carne de vaca importada da Itália para a França e a pagar uma taxa de 581.480 liras. O juiz italiano fez um reenvio prejudicial ao Tribunal da Justiça da Comunidade Europeia a fim de determinar a compatibilidade dessa taxa com o direito comunitário, de acordo com o Regulamento do Conselho número 805/68, de 27 de junho de 1968. Fonte: eucaselaw.wordpress.com. Acesso em: 16 jun. 2017.

<sup>148</sup> BRUCE, Eva. *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité Réflexions autour de l'article 88-1 de la Constitution dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*. Disponível em: <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes5/BRUCE2.pdf> Acesso em: 24 jun. 2017.

requerido e efetivado pelos juízes comuns, é um marco da União Europeia desde o caso *Simmenthal*.

Segundo Luis Jimena Quesada<sup>149</sup>, o controle de convencionalidade, em geral, poderia ser praticado por juízes ordinários e, de modo difuso, pela aplicação analógica do “princípio da hierarquia normativa”, que autoriza que esses juízes deixem de aplicar certas regras quando estas forem contrárias à Constituição ou à lei. Um segundo argumento, do “princípio da primazia do Direito Comunitário”, deriva da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, que conduziu, nesse caso, por via de analogia, ao mesmo resultado (paralelamente, aponta Quesada, que se consentiu sem objeções que os juízes nacionais deixem de aplicar as normas locais que conflitam com o estatuto da União Europeia). Esse referido controle de convencionalidade, a título de controle preventivo das normas, foi também aceito em termos gerais pelo Conselho de Estado da Espanha em seu memorial Anual de 1997.<sup>150</sup>

Uma das dificuldades mais sérias para subscrever um amplo controle de convencionalidade na Espanha é que o princípio da primazia dos tratados sobre as leis comuns não se encontra expressa e claramente enunciado na Constituição Espanhola (nesse sentido, vide os arts. 95 e 96 da Constituição Espanhola), nem é totalmente aceito pela jurisprudência e pela doutrina desse país de modo particular por autores constitucionalistas.<sup>151</sup> Sem embargo, a posição majoritária dos internacionalistas em diversos pronunciamentos, entre outros provenientes da Sala Contenciosa Administrativa do Tribunal Superior de Justiça de Madrid, do Tribunal Superior de Justiça de Castilha de La Mancha e do Tribunal de Justiça da Comunidade Valenciana, abandona a tese da condição supralegal das Convenções Internacionais. Cabe advertir que “supralegalidade” não significa, e isto está bem claro, “supraconstitucionalidade”. Os tratados são usualmente entendidos no âmbito local, como subordinados à Constituição.

Na experiência jurídica, o Tribunal Constitucional Espanhol não tem seguido algumas vezes a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, atitude que não demonstra um bom sinal para a doutrina do controle de convencionalidade. Mas diversos tribunais inferiores, como a Sala do Contencioso Administrativo do Tribunal Superior de

---

<sup>149</sup> QUESADA, Luis Jimena. *Jurisidiccion nacional y control de convencionalidad: a proposito del dialogo global y la tutela multinivel de derechos*. España: Editora Aranzadi, 2013. p. 2-3.

<sup>150</sup> CAMPOS, Paloma Biglino. La primacia del derecho comunitario. Una mirada contrapuesta, La perspectiva española. *La Unión Europea en perspectiva constitucional*. Madrid: Editora Aranzadi, 2008. p. 41.

<sup>151</sup> Defende essa tese a constitucionalista Paloma Biglino Campos.

Justiça de Andaluzia, ou a Sala do Contencioso Administrativo do Tribunal Supremo, acreditam em um certo exercício de tal fiscalização.

Para promover e consolidar na Espanha o controle de convencionalidade desde baixo, ou seja, praticado pelos juízes nacionais, vislumbram-se certos problemas, alguns de cunho pedagógico e sociológico, como a falta de ensino dessa matéria em muitas universidades, a ausência de vontade concreta para encarar tal tarefa por todos os tribunais e os riscos que poderiam levar a um exercício irreflexivo e imprudente desse controle. Muitos alertaram<sup>152</sup>, por exemplo, sobre a possibilidade de um juiz nacional invocar o exercício do controle de convencionalidade sem ser genuinamente respeitoso aos parâmetros fixados pelos Tribunais Supremos Europeus. Finalmente, outro conflito que não se pode ignorar é como o juiz nacional pratica o controle de convencionalidade, quando tem a sua frente pautas distintas supranacionais, e como ele mede a jurisprudência divergente, por exemplo, do Tribunal de Justiça da União Europeia e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Para esse conflito, uma via de solução é escolher a pauta judicial mais protetora da pessoa.

Dentro desse cenário espanhol, deve-se destacar o significativo art. 10-2 da Constituição Espanhola, pelo qual os direitos reconhecidos pela Constituição devem ser interpretados em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os tratados internacionais sobre a mesma matéria ratificados pela Espanha. O art. 10-2 da Constituição Espanhola tem, via de regra, possibilitado fluida “interpretação conforme” e uma positiva interação com o Direito Constitucional e Infraconstitucional Local, com os Convênios Internacionais e Comunitários e com a doutrina dos organismos específicos. A cláusula de referência, segundo Fernández de Casadevante e Jiménez García, autoriza e agrega uma abertura constitucional do sistema espanhol e uma nova cultura jurídica do Direito Internacional dos Direitos Humanos.<sup>153</sup>

---

<sup>152</sup> CAMPOS, Paloma Biglino. La primacia del derecho comunitario. Una mirada contrapuesta, La perspectiva española. *La Unión Europea en perspectiva constitucional*. Madrid: Editora Arazandi, 2008. p. 41.

<sup>153</sup> ROMANI, Carlos Fernandez de Casadevante; GARCIA, Francisco Jimenez. *El derecho internacional de los derechos humanos em la constitucion espanhola: 25 anos de jurisprudência constitucional*. Madrid: Thomson/Civitas, 2006. p. 26 e ss.

### C) ALEMANHA

Além da vigência da doutrina *Simmenthal*, que foi um marco da União Europeia, cabe reconhecer, sem embargo, que na Alemanha existe um profundo debate, com diversas vicissitudes, sobre a supremacia do Direito Comunitário Europeu, quando este entra em choque com o “núcleo intangível” ou com as estruturas fundamentais do ordenamento constitucional. Uma série de sentenças do Tribunal Constitucional Federal tem delineado o tema, algumas vezes de maneira bem variante. A ideia essencial que subjaz em todos os casos é que a cessão dos direitos soberanos a uma organização internacional não pode ser um ataque à estrutura básica constitutiva da ordem constitucional e dos Direitos Fundamentais reconhecidos pela Lei Fundamental de Bonn (que opera como a Constituição da República Federal Alemã). Alguns chamam isso de princípio da “reserva constitucional”.<sup>154</sup>

O Tribunal Constitucional manifestou-se sobre a aceitação constitucional do Tratado de Maastricht e, mais recentemente, sobre o de Lisboa.

No que diz respeito ao Conselho da Europa e à Convenção Europeia de Direitos Humanos, a jurisprudência alemã tem interpretado, na medida do possível, o direito interno em conformidade com a referida Convenção e também a sua interpretação segundo o Tribunal Europeu de Direitos Humanos de Estrasburgo. Sobre esse tema, escreve Matthias Herdengen que

[...] desta maneira, a Convenção Europeia de Direitos Humanos atua como diretriz de interpretação de respeito aos conteúdos da ordem constitucional” e indiretamente, interpretação de todo o resto do Direito Interno. Em certos casos, a jurisprudência alemã admite exceções quando o direito local não pode ser interpretado segundo aquelas pautas provenientes do Direito Internacional, para as quais guia a doutrina do “metodologicamente possível”.

Em tais casos, o juiz alemão deve fundamentar a sua decisão em termos metodológicos com os parâmetros emergentes da Convenção Europeia de Direitos Humanos e sua interpretação pelo Tribunal Europeu.<sup>155</sup>

<sup>154</sup> VIDAL, Carlos. *Justicia Constitucional y Union Europea*. Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2008. p. 50.

<sup>155</sup> HERDEGEN, Matthias. La internacionalización del orden constitucional. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Uruguai, v. 16, 2010. p. 74.

Ademais, sobre esse assunto, cumpre ainda dizer que a expressão utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão é ambígua, porque o mesmo Tribunal sustenta que a aludida Convenção de Direitos Humanos tem categoria legal, mas não constitucional, pois a Constituição Alemã está acima da Convenção. Aqui subjaz um conflito latente entre uma eventual confrontação entre a Constituição e o Conselho, porque, do ponto de vista do Direito Internacional, as coisas são distintas: o direito das gentes, com efeito, requer que a Constituição Nacional seja adaptada às exigências do Conselho. É certo que o Tribunal Constitucional é adaptado às exigências do Conselho. É certo que o Tribunal Constitucional nunca negou a possibilidade de que a Constituição seja reformada para submeter-se ao Conselho, mas enquanto isso não ocorre “não há atualmente uma solução legal”, salvo pretender, na medida do possível, interpretar a Constituição em harmonia com as obrigações internacionais que se encontram na Convenção.<sup>156</sup>

De acordo com Matthias Hartwig, quando surge um conflito entre o Direito Comunitário e o Direito Nacional na esfera da União Europeia, os tribunais tendem a inaplicar a norma nacional pelo *princípio da prevalência do direito comunitário*. Mas, na área do Conselho da Europa e da Convenção Europeia de Direitos Humanos, os juízes não deixam de aplicar uma norma alemã, por não estarem de acordo com a Convenção. Sem embargo, esse autor esclarece que felizmente não há casos graves de confrontação, porque o Direito alemão, em termos gerais, coincide com o direito julgado pelo Conselho.<sup>157</sup>

## D) ITÁLIA

Na União Europeia, a Itália é o cenário onde se plantou a doutrina do caso *Simmenthal*. A sua Corte Constitucional havia reservado para si a competência exclusiva do poder de sancionar e declarar inconstitucionais as leis contrárias ao Direito Comunitário. Ao contrário, como se viu, o então Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (hoje, Tribunal de Justiça da União Europeia) declarou que o controle de legalidade comunitária não deveria estar concentrado nas mãos dos juízes da Corte Constitucional e que todos os Juízes nacionais poderiam operar como juízes do Direito Comum do Direito Comunitário. Todos eles constituíam órgãos da ordem comunitária, o

---

<sup>156</sup> HARTWIG, Matthias Ver. Much to do about human rights the federal Constitutional Court confronts the European Court of Human Rights. *German Law Journal*, Frankfurt, v. 6, 2005, p. 869.

<sup>157</sup> *Ibid.*, p. 869.

que implicava conferir, de algum modo, o controle de convencionalidade aos juízes comuns. A Corte Constitucional italiana, posteriormente, submeteu-se a essa diretriz e reconheceu a obrigação do juiz ordinário de aplicar o Direito Comunitário e de inaplicar toda disposição contrária à legislação nacional. Posteriormente, a Corte Constitucional admitiu sua intervenção direta para eliminar como inconstitucionais certas normas internas opostas ao Direito Comunitário.

No Direito Italiano, a Corte Constitucional italiana voltou a repensar o tema da primazia dos Princípios e Direitos Fundamentais da Constituição relativos às pessoas, nas quais o Direito Comunitário passa a prevalecer sobre o Direito Italiano.

Assim, a Corte Constitucional italiana passa a decretar a inconstitucionalidade das leis italianas violadoras daqueles princípios e direitos fundamentais da Constituição e possibilita, ordena e executa normas comunitárias do Direito Comunitário que possam invalidar cláusulas constitucionais no que se referiam aos Princípios e Direitos Fundamentais inconstitucionais.

O tema da inaplicabilidade das leis nacionais inconventionais é hoje matéria de debate na doutrina italiana, mas também dentro do marco da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Por fim, da leitura de cada um desses países europeus, pode-se compreender que na Europa não existem critérios uniformes acerca do nível de prevalência do Direito Internacional Comunitário ou não sobre as regras constitucionais internas, bem como não existem regras específicas referentes a um controle de convencionalidade das normas internacionais de direitos humanos frente às Constituições Nacionais.

### 5.3 A origem do Controle de Convencionalidade na Corte Interamericana de Direitos Humanos

No ano de 2006, a Corte Interamericana decidiu o *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, julgado em 26 de setembro de 2006, resumidamente nos seguintes termos:

A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao ímpeto da lei, e por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes ao ordenamento jurídico. Porém, quando um Estado, ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus

juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obrigava a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e fim, e que desde seu início careçam de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário *deve exercer um 'controle de convencionalidade'* entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.<sup>158</sup>

Note-se a redação imperativa da Corte no sentido de ser um *dever* do Poder Judiciário interno o de controlar a convencionalidade de suas leis em face dos tratados de direitos humanos em vigor no país. Ao final do trecho citado, (“deve ter em conta não somente o tratado, *senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana*, intérprete última da Convenção Americana”), fica claro que o controle de convencionalidade exercido pelo juízes e tribunais nacionais deverá também se pautar pelos padrões estabelecidos pela “intérprete última” da Convenção Americana.

Ademais, no que diz respeito ao caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs Peru*, a Corte enfatizou que os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não um certo controle, como no caso *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, mas um controle de convencionalidade. Nesse preciso exercício de conceito, a Corte Interamericana referiu-se a algumas características específicas desse controle, quais sejam:<sup>159</sup>

- a) É uma aplicação *ex officio* por parte dos órgãos do Poder Judiciário; evidentemente um marco de suas respectivas competências e regulações processuais correspondentes. Nesse sentido, essa função deve ser limitada exclusivamente pelas manifestações ou atos dos acionantes em caso concretos, o que não implica que esse controle deva ser exercido sempre, sem considerar outros pressupostos formais e materiais de admissibilidade e procedência desse tipo de ação.
- b) É complementar ao controle de constitucionalidade, de maneira que se deve aplicar, além do citado controle, o controle de convencionalidade.

<sup>158</sup> CIDH, *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, Exceções Preliminares Mérito, Reparações e Custas, sentença de 26 de setembro de 2006, Série C, n. 154, parágrafo 124.

<sup>159</sup> RIVAS, Juana María Ibáñez. *Control de convencionalidad precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Disponível em: [www.anuariocdh.uchile.cl](http://www.anuariocdh.uchile.cl). Acesso em: 13 jun. 2017.

- c) É de aplicação também em um eventual contexto de impedimentos normativos e práticos para assegurar um acesso real à justiça em uma situação generalizada de ausência e garantias e ineficácia das instituições judiciais.

Em seu voto sobre sentença no *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, o então juiz do Tribunal, Sérgio García Ramírez, assinalou que no caso concreto a Corte referiu-se ao “controle de convencionalidade tendo em vista a aplicabilidade e aplicação da Convenção Americana; a mesma função se emprega, por idêntica razão no que toca aos instrumentos de igual natureza, integrantes do *corpus juris* convencional dos direitos humanos que o Estado é parte”, citando como exemplo o protocolo de São Salvador, o Protocolo relativo à abolição da pena de morte, a Convenção para Prevenir e Sancionar a Tortura, a Convenção de Belém do Pará para a erradicação da Violência contra a mulher e a Convenção sobre Desaparecimento Forçado. Conforme assinalou García Ramírez, “há uma conformidade entre os atos internos e os compromissos internacionais contraídos pelo Estado, que geram para estes determinados deveres e reconhecem aos indivíduos certos direitos”.<sup>160</sup>

O “controle de convencionalidade” é definido então como uma ferramenta jurídica, complementar ao controle de constitucionalidade, de aplicação obrigatória *ex officio* por todos os órgãos do Poder Judiciário e que permite garantir que a atuação de ditos órgãos resulte conforme as obrigações contraídas pelo Estado em respeito aos tratados dos quais são partes.

### 5.3.1 Sujeitos habilitados a realizar o controle de convencionalidade no Sistema Interamericano e sua condição jurídica

O debate doutrinário gira em torno da discussão de quem são os sujeitos autorizados a praticar o controle “repressivo” de convencionalidade: se todos os juízes (controle difuso) ou somente alguns (os que estão habilitados a concretizar o controle de constitucionalidade). Em certos países, com efeito, é comum que os juízes não estejam habilitados para declarar a inconstitucionalidade das normas, de competência reservada para os seus Tribunais, Salas Constitucionais ou Corte Suprema de Justiça.

---

<sup>160</sup> Voto dado pelo juiz Sergio García Ramírez na Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso Vs Perú*.

A dúvida nasce porque em algumas sentenças, como no caso dos *Trabajadores Cesados del Congreso*, a Corte Interamericana, ao descrever o controle de convencionalidade, explica que “os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não só um controle de constitucionalidade, mas também de convencionalidade, evidentemente no marco de suas respectivas competências e regulações processuais pertinentes”.<sup>161</sup> Ato seguido, aclara que o controle deve ser verificado tendo em conta os pressupostos formais e materiais de admissibilidade e procedência desse tipo de ação.

Disso, pode-se entender uma aproximação com o que reserva o aludido teste de convencionalidade aos juízes que praticam o controle de constitucionalidade, e sempre dentro dos cânones e moldes dos rituais nacionais pertinentes.<sup>162</sup> Se assim for, o juiz não está autorizado para invalidar as normas inconstitucionais (como ocorre com o juiz ordinário no Uruguai, Panamá, Costa Rica, Chile e em boa medida no México) e terá que remeter a questão para a apreciação da convencionalidade ao órgão jurisdicional habilitado para concretizar o controle.

Paralelamente, cabe alertar que para realizar um controle de convencionalidade “constutivo” ou “positivo” todo juiz está autorizado (e obrigado) para, em tal hipótese, não declarar inconveniente nenhuma norma; ou seja, nesse caso o juiz não irá invalidar a norma, atuando apenas como um intérprete de um preceito do Direito Interno, segundo o Pacto de San José e da Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nessa circunstância, está-se presumindo que a norma nacional do caso pode ser compatível com esses parâmetros e se adapta a eles. Essa tese é basicamente a que foi aderida pelo juiz Eduardo Ferrer Macgregor em seu ilustre voto coerente e razoável no caso *Cabrera García-Montiel Flores*<sup>163</sup>. O assunto é algo similar ao caso do juiz comum em algum dos países citados anteriormente.

Ademais, são inúmeros os autores, quem sabe a maioria, que se filiam com os que entendem que o Controle de Convencionalidade exigido pela Corte Interamericana é definitivamente difuso ou não concentrado. Uma nova leitura considerando o caso *Trabajadores Cesados del Congreso* mostra que, à parte dos defeitos de imprecisão que o

---

<sup>161</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, sentença de 24.11.2006.

<sup>162</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro. El control de convencionalidad, em particular sobre las constituciones nacionales. In: BOGDANDY, Armin Von; MACGREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). *La justicia constitucional y su internalización Hacia un ius commune em America Latina?* México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam, 2010. p. 761.

<sup>163</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Cabrera García-Montiel Flores Vs. México*, sentença de 26 de novembro de 2010.

caso contém, não há, nesse caso específico, necessariamente uma exclusão do juiz local não habilitado para realizar o controle de constitucionalidade para que se abstenha também de realizar o controle de convencionalidade.

Em todo caso, o juiz local que realize a função repressiva ou a construtiva que impõe um controle de convencionalidade desenhado pela Corte Interamericana está, na verdade, atuando como um agente operador do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, contemplado pelo Pacto de São José da Costa Rica, e não exercendo, *a priori*, competências domésticas como juiz nacional.

Como observação final, mais recentemente, nos casos datados de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos alude genericamente aos juízes nacionais como sujeitos compelidos a realizar o controle de convencionalidade.

Desse último veredito, depreende-se uma diretriz ampla: incluir entre os sujeitos obrigados a praticar o controle de convencionalidade todos os juízes pertencentes aos organismos oficiais.

Assim, como é possível observar de todo exposto, os juízes nacionais têm o dever de realizar o controle de convencionalidade. Porém, a Corte realiza o controle das normas internas em face do Pacto.<sup>164</sup>

Segundo a Convenção, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (art. 33) são os órgãos que têm competência para reconhecer as questões relacionadas ao cumprimento de suas normas pelos Estados-partes. A Comissão possui, entre outras funções, a de atuar diante das petições e comunicações que lhes são apresentadas, conforme preveem os art. 44 a 51 da Convenção. O art. 44 determina que qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou mesmo entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, podem apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação à

---

<sup>164</sup> Neste caso, o Juiz Augusto Cançado Trindade assim argumentou: “14. Si alguna duda todavia persistia en cuanto a este punto. i.e., a que la propia existencia y aplicabilidad de una norma de derecho interno (sea infraconstitucional o constitucional) pueden *per se* comprometer la responsabilidad estatal bajo un tratado de derechos humanos, los hechos del presente caso “La Ultima Tentación de Cristo” contribuyen, a mi modo de ver decisivamente, a díspar dicha duda. De los hechos en este caso “La Ultima Tentación de Cristo” se desprende, mas bien, que, en circunstancia como las del *cas d’espece*, el intento de distinguir entre la existencia y la aplicacion efectiva de una norma de derecho interno, para el fin de determinar la configuración o no de la responsabilidad internacional del Estado (...) la Corte correctamente determina que, en las circunstancias de *cas d’espece*, las modificaciones en el ordenamiento jurídico interno requeridas para armonizarlo con la normativa de protección de la Convención Americana constituyen una forma de reparación no pecuniária bajo de la Convención”. (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, caso *La Ultima Tentacion de Cristo Vs Chile*, sentença de 05.02.2000).

Convenção por Estado-parte. De outro lado, em situação de urgência, a Comissão, ao reconhecer a admissibilidade da petição ou comunicação de violação de direitos, solicitará informações do Governo do Estado a que pertença a autoridade acusada que for responsável pela violação.

Ao receber as informações ou depois de exaurido o prazo sem manifestação, a Comissão verificará se existem ou subsistem os motivos da petição ou comunicação, podendo determinar o arquivamento ou declarar inadmissibilidade ou improcedência. Não sendo essas as hipóteses, a Comissão realizará o exame dos fatos, com conhecimento das partes. Poderá pedir ao Estado interessado qualquer informação pertinente, colocando-se à disposição das partes interessadas para tentar chegar a uma solução amistosa (art. 48 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Na falta de solução consensual, a Comissão redigirá relatório em que exporá os fatos e suas conclusões, agregando-se a ele as exposições verbais ou escritas feitas pelos interessados.

Em seu relatório, a Comissão poderá formular as proposições e recomendações que julgar adequadas (art. 50 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Caso no prazo de três meses a questão não tenha sido solucionada ou submetida à decisão da Corte pela Comissão ou por Estado interessado, a Comissão poderá emitir, pela maioria absoluta dos votos dos seus membros, sua opinião e suas conclusões sobre a questão submetida a sua análise. A Comissão fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe incumbam para remediar a situação examinada. Transcorrido o prazo fixado, a Comissão decidirá, pela maioria absoluta dos votos de seus membros, se o Estado tomou ou não as medidas adequadas e se publica ou não o seu informe (art. 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

De outro lado, a Corte Interamericana somente pode ser provocada pelos Estados-partes e pela própria Comissão. Além disso, apenas poderá conhecer de qualquer caso após esgotadas a fase preliminar de admissibilidade e instrução do caso e a tentativa de solução amistosa perante a Comissão, com a expedição de seu relatório nos termos do art. 50 da Convenção.

A Corte entendeu, num primeiro momento, que apenas poderia realizar controle sobre norma já submetida a determinado caso. Afirmou não ter competência para realizar controle em abstrato relacionado com uma função consultiva. Esse foi o entendimento da

Corte quando do julgamento *Lacaro Vs Nicaragua*<sup>165</sup>, no qual a Corte declarou não ter competência para realizar controle em abstrato relacionado com uma função consultiva.

Todavia, tal entendimento foi superado quando do julgamento do caso *Suarez Rosero Vs Equador*<sup>166</sup>, em que a Corte reconheceu sua competência para declarar a inconvenionalidade de norma que violara o artigo segundo da Convenção, independentemente de a norma ter sido aplicada em caso concreto ou ter causado algum prejuízo.

Para exemplificar a atuação da Comissão e da Corte no controle de convencionalidade das leis, é oportuna a consideração do caso *Barrios Altos*.

No Peru, existia uma lei que anistiava os militares que tivessem violado direitos humanos. Essa lei foi editada após denúncia contra pessoas que integrariam um grupo paramilitar chamado Colina, que seria o responsável pelo assassinato de 15 pessoas em *Barrios Altos*, em Lima. A juíza que recebera a denúncia decidiu que o artigo primeiro da Lei de Anistia violava as garantias constitucionais e obrigações do Estado diante do Sistema Interamericano. Após alguns incidentes processuais, foi aprovada nova lei, que declarou que a primeira lei não poderia ser objeto de revisão pelo Poder Judiciário.

Em 14 de julho de 1995, a Corte Superior de Justiça de Lima decidiu arquivar definitivamente o processo. Assim, o caso *Barrios Altos* foi levado, por meio de petição, para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, onde tramitou de 1995 até 2000, quando foi submetido à Corte. A Comissão solicitou à Corte, além das providências pertinentes a continuidade da investigação e a reparação de danos, que revogasse ou tornasse sem efeito a Lei de Anistia. Em seu voto, o juiz Cançado Trindade afirmou a incompatibilidade das leis de anistia com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, concluindo serem elas destituídas de validade jurídica no plano do Direito Internacional dos direitos, já que a lei excluía a responsabilidade e permitia o impedimento da investigação e punição de pessoas ditas responsáveis por violações de direitos humanos – culminando por decidir pela sua “inconvenionalidade” e declarando a não aplicação das normas internas com efeito *erga omnes* para todos os poderes públicos<sup>167</sup>.

---

<sup>165</sup> Comissão Interamericana de Direitos Humanos, caso *Lacaro Vs Nicaragua*, sentença de 25 de janeiro de 1995.

<sup>166</sup> Comissão Interamericana de Direitos Humanos, caso *Suarez Rosero Vs Equador*, sentença de 12 de novembro de 1997.

<sup>167</sup> Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso *Barrio Altos Vs Peru*, sentença de 04 de fevereiro de 2001.

O descumprimento de decisão da Corte Interamericana gera ao Estado responsabilidade internacional. Não obstante, alguns Estados não se constringem em cumprir as decisões da Corte, como exemplifica recente decisão do Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela, que simplesmente declarou ser inexecutável a sentença proferida no caso *Lopez Mendonza Vs. Venezuela*.

Diante disso, questiona-se a legitimidade da Corte Interamericana para interferir sobre as decisões dos Estados. O problema do *deficit* de legitimidade democrática dos juízes é mais grave no cenário da justiça transnacional. Note-se que, se a autonomia dos direitos humanos importa para a consolidação de um Estado de Direito, também interfere nos processos ordinários de autodeterminação coletiva.

Pense-se em pronunciamento da Corte que afeta a autodeterminação do povo de Estado – parte, a exemplo do que ocorreu no caso *Gelman Vs. Uruguai*<sup>168</sup>, em que se negou a validade da Lei de Anistia (*Lei de Caducid*) uruguaia, mesmo que legitimada mediante a participação direta, em duas ocasiões.

Atos praticados em ditaduras e que não respeitam os direitos humanos são reprováveis e merecedores de severa condenação. Trata-se de uma premissa óbvia. O problema em si é que a Corte, sem questionar a qualidade democrática das formas de participação direta que deram base à lei uruguaia, afirmou ser insuficiente essa participação para legitimar a lei perante o Direito Internacional. A Corte, para decidir esse caso, argumentou que a inconveniência da Lei de Anistia não deriva da ilegitimidade do processo que a fez surgir ou da autoridade que a editou, mas sim da circunstância de deixar os atos de violação aos direitos humanos sem punição. A inconveniência, afirmou a Corte, decorre de um aspecto material, e não de uma questão formal, como a sua origem.

Assim, a ideia de que a participação popular direta constitui uma “questão formal” sem importância – diante da inegável imprescindibilidade de proteção aos direitos humanos – requer meditação<sup>169</sup>. Os direitos humanos não são incompatíveis com a democracia. Ambos convivem e, por isso, essa relação deve ser medida por uma interpretação democrática<sup>170</sup>. A Corte não está dispensada de legitimar suas decisões, confrontando os direitos humanos com a vontade da maioria de um país. Diante disso, terá de evidenciar quando não é possível deliberar e, especialmente, quando uma decisão

---

<sup>168</sup> Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Gelman v Uruguai*, sentença de 04 de fevereiro de 2011.

<sup>169</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 21.

<sup>170</sup> NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1997. p. 32.

majoritária, apesar de formalmente tomada, não expressa a vontade real de um povo, por ter sido elaborada sem adequada discussão ou com a exclusão real ou virtual de parte de população<sup>171</sup>. Assim, caberia à Corte demonstrar, de forma racional, ou que a vontade do povo é incompatível com a extinção de punibilidade de crimes contra os direitos humanos ou que a decisão majoritária carece de base democrática.

Sucedem que a demonstração de incompatibilidade entre democracia e direitos humanos não se faz com uma frase impositiva, em que simplesmente se afirma o que se deve evidenciar. No mais, significa dizer que a vontade da maioria não é compatível com os direitos humanos. É preciso comprovar, mediante argumentação racional, que determinados direitos são inconciliáveis com a democracia. Frise-se que não se está dizendo que a extinção da punibilidade o seja – até porque não é esse o aspecto da decisão que aqui importa –, mas que faltou à Corte legitimar a sua decisão. A questão fulcral, como já dito, nada tem a ver com a essência perversa dos atos praticados pelas ditaduras militares, mas sim com o questionamento da legitimidade da Corte, composta por homens de notável saber, que negam a legitimidade de uma decisão majoritária, sem precisar se preocupar com a sua qualidade democrática, qual seja, a expressão da vontade do povo.

### 5.3.2 Instrumentação do controle de convencionalidade no Sistema Interamericano

No caso do julgamento do *Trabajadores Cesados del Congreso*, a Corte Interamericana formulou uma importante definição: o controle de convencionalidade realizado pelos juízes nacionais deve ser verificado a pedido da parte, mas também *de ofício*, circunstância essa que muito importa para tais magistrados nacionais, razão pela qual não podem ignorar o Pacto de São José da Costa Rica. Tampouco podem alegar desconhecimento e ir contra a jurisprudência daquela Corte.

O controle realiza-se mediante um trabalho de comparação normativa. Há uma “norma de referência” (a controlante), que é o Pacto de São José da Costa Rica, a Convenção Americana sobre os Direitos do Homem e a jurisprudência da Corte Interamericana sobre o Pacto vertidas (já que o Tribunal não faz diferença), em sentenças contenciosas definitivas ou de reparação, resoluções interpretativas das sentenças da Corte Interamericana, medidas provisórias ou opiniões consultivas. Ademais, importante

---

<sup>171</sup> GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno (sobre el carácter contramayoritario del poder judicial)*. Barcelona: Ariel, 1996. p. 33 e ss.

sublinhar que toda essa doutrina judicial da Corte adquire então, por sua própria vontade, categoria normativa equiparada ao Pacto. E há normas controladas, conformadas por todo o direito de cada país, formal ou consuetudinária, incluindo a convencionalidade que se pratica sobre as “leis contrárias ao seu objeto e fim”. Mas, no caso específico do julgamento do *Trabajadores Cesados del Congreso*, a ementa considerou o material controlado como as “normas jurídicas internas”, sem diferenciar as infraconstitucionais e as constitucionais<sup>172</sup>.

O controle de convencionalidade pressupõe que o material controlante seja juridicamente superior ao material controlado. Nesse sentido, Eduardo Ferrer Mac-Gregor tratou com eficiência o tema do princípio da “supremacia convencional”.<sup>173</sup>

A tese de Eduardo Ferrer Mac-Gregor pode ser de difícil digestão em países em que as Constituições estão acima do Pacto, por mais que sejam tidas como superiores às leis, e em nações onde o Pacto e a Constituição possuem a mesma hierarquia jurídica (por exemplo, a Argentina, que prevê isso expressamente no art. 75, XXII, de sua Constituição). Mas são poucas as Constituições que vão nesse mesmo sentido. Inclusive, em várias delas, tal tese se encontra de forma diminuta, representada por uma jurisprudência parca e, de vez em quando, desnaturalizadora da tese do controle de convencionalidade.

Como observação complementar, deve-se recordar o caso *Almonacid Arellano* e igualmente outros vereditos nos quais a Corte Interamericana de Direitos Humanos alertou que o controle de convencionalidade se referia, por exemplo, à Convenção Americana sobre os Direitos do Homem, mas mencionou igualmente que tal controle poderia ser aplicado a outros Tratados Internacionais. Seguindo esse discurso, é fácil pensar, também, no controle de convencionalidade por parte dos juízes nacionais como, por exemplo, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais.

Em uma sugestiva abertura, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, em seu voto proferido no caso *Cabrera Garcia-Montiel Flores*, falou inclusive em um “bloco de convencionalidade” composto pelo Pacto de São José da Costa Rica, pelo protocolo de São Salvador da Bahia, pela Convenção de Belém do Pará e pela Convenção Interamericana

---

<sup>172</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, sentença de 24 de novembro de 2006.

<sup>173</sup> MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional. In: FOX-ZAMUDIO, Hector; VALADÉS, Diego (coord.). *Formación y perspectivas del Estado Mexicano*. Ciudad de México: El Colegio Nacional-UNAM, 2010. p. 186.

sobre o Desaparecimento Forçado de pessoas que configuram um *corpus iuris interamericano*. Essa ideia, na verdade, é oriunda dos ensinamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à qual cabe reconhecer que, na ordem das realidades, a sua instrumentação depende primeiro da consolidação da aplicação do controle de convencionalidade repressivo e construtivo em relação ao Pacto de São José da Costa Rica, bem como em relação à jurisprudência dessa Corte.

#### 5.4 Modos de controle de convencionalidade no direito brasileiro: análise da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Segundo Daniel Mitidiero<sup>174</sup>, o controle de compatibilidade da lei com os tratados internacionais de direitos humanos pode ser feito mediante ação direta, perante o Supremo Tribunal Federal (STF), quando o tratado for aprovado de acordo com o art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.

Ainda sobre esse tema, Valério de Oliveira Mazzuoli<sup>175</sup> afirma que para realizar o controle das normas de convencionalidade de direito interno os tribunais nacionais não necessitam de qualquer autorização internacional. Tal controle passa a ter caráter difuso a exemplo do controle difuso de constitucionalidade, em que qualquer juiz ou tribunal pode se manifestar a respeito. De um juiz singular (estadual ou federal) até os tribunais estaduais (Tribunais de Justiça dos Estados) ou mesmo os Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral, etc.), todos eles podem realizar um controle de convencionalidade de maneira incidente.

Dessa maneira, à medida que os tratados de direitos humanos forem sendo incorporados ao direito pátrio, os tribunais locais podem realizar o controle de convencionalidade desses com as leis domésticas vigentes no País.<sup>176</sup>

---

<sup>174</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Modos de controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016 p. 1343.

<sup>175</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p.111.

<sup>176</sup> A esse respeito, assim se expressou o juiz Sergio García Ramírez, no seu voto citado: “Si existe esa conexión clara y rotunda – o al menos suficiente, inteligible, que no naufrague em la duda o la diversidad de interpretaciones -, y em tal virtud los instrumentos internacionales son inmediatamente aplicables en el ámbito interno, los tribunales nacionales pueden u deben llenar a cabo su próprio ‘control de convencionalidad’. Así a lon hecho diversos órganos de la justicia, despejando el horizonte que se

Importante, a propósito, verificar em que casos a Convenção Americana de Direitos Humanos é aplicada diretamente pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, cabe indicar algumas decisões selecionadas para demonstrar a tese apontada.

No HC 91657, em caso envolvendo a liberdade provisória com revogação de prisão preventiva para extradição, o Supremo Tribunal Federal aplicou o art. 7º, n. 5, da Convenção Interamericana em interpretação conjugada com o art. 5º, LXVI, da Constituição Federal, conforme ementa: “Inexiste razão, tanto com base na CF/88, quanto nos tratados internacionais com relação ao respeito aos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, para que tal entendimento não seja aplicado às PPE’s (prisão preventiva para extradição)”.

No voto do Ministro Gilmar Mendes, consta a expressão “transnacionalidade”:

Em nosso Estado de Direito, a prisão é uma medida excepcional e, por essa razão, não pode ser utilizada como meio generalizado de limitação das liberdades dos cidadãos. E não vejo razão, tanto com base em nossa Carta Magna, quanto nos tratados internacionais com relação aos direitos humanos e dignidade da pessoa humana, de que somos signatários, para que não apliquemos tal entendimento no que concerne àquelas prisões preventivas para fins de extradição. O Pacto de San José da Costa Rica, celebrado com a finalidade de evitar a perpetuação da cultura da impunidade quanto à violação de direitos e garantias fundamentais nos âmbitos nacionais e ratificado pelo Governo Brasileiro, proclama a liberdade provisória como direito fundamental da pessoa humana, e, como tal, tem caráter universal e de transnacionalidade.<sup>177</sup>

No caso do interrogatório, meio de defesa do réu como corolário da garantia constitucional do devido processo legal, art. 5º, LIV e LV (HC 94.601), assim consignou o Ministro Celso de Mello:

A justa preocupação da comunidade internacional com a preservação da integridade das garantias processuais básicas reconhecidas às pessoas meramente acusadas de práticas delituosas tem representado, em tema de proteção aos direitos humanos um dos tópicos mais sensíveis e delicados da agenda dos organismos internacionais, seja em âmbito regional, como o Pacto de São José da Costa Rica (Artigo 8º), aplicável ao sistema interamericano, seja em âmbito global, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Artigo 14), celebrado sob a égide da

---

hablaba ensombrecido, inaugurando una nueva etapa de mejor protección de los seres humanos y acreditando la idea – que he reiterado – de que la grand batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito internacional” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Peru, de 24 de novembro de 2006, voto apartado do juiz Sérgio García Ramírez, parágrafo 11).

<sup>177</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 91.657/SP**, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13/09/07. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/listarProcessos.asp?classe=&numeroProcesso=91657>. Acesso em: 6 jan. 2019.

Organização das Nações Unidas, e que representam instrumentos que reconhecem, a qualquer réu, dentre outras liberdades eminentes, o direito à plenitude de defesa e as demais prerrogativas que derivam da cláusula concernente à garantia do devido processo.<sup>178</sup>

No HC 108.929, em caso envolvendo o princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal), houve interpretação constitucional conjugada com o art. 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos. Nesse sentido, segue abaixo o voto do Ministro Teori Zavascki:

Assim, ante o quadro apresentado, imperioso reconhecer que a situação retratada é incompatível com o princípio da razoável duração do processo (CF, art. 5º, XXXIII). Ora, a decisão que determinou a segregação cautelar durante o curso da ação penal é tomada no pressuposto implícito de que o processo tenha o curso normal e prazo razoável de duração, o que, aliás, é direito fundamental dos litigantes (Convenção Americana sobre os direitos humanos, promulgada pelo decreto 678/92, art. 7º). Não sendo assim, a prisão acaba representando, na prática, uma punição antecipada, sem devido processo e sem condenação.<sup>179</sup>

Nesses casos, é possível observar a existência de um controle de convencionalidade *ex officio* e desde *abajo*, para lembrar a expressão cunhada por Néstor Sagües<sup>180</sup>, ainda que assim não o declare o Supremo Tribunal Federal.

Um outro exemplo seria o caso da “marcha da maconha”. Houve a interpretação conjugada do art. 13, § 5º, da Convenção Americana dos Direitos Humanos e do art. 5º, IV, V e X, da Constituição Federal (ADPF 187). Assim expressou-se o Ministro Celso de Mello:

Tenho para mim, Senhor Presidente, que o Supremo Tribunal Federal defronta-se, no caso com um tema de magnitude inquestionável, que concerne ao exercício de duas das mais importantes liberdades públicas – a liberdade de expressão e a liberdade de reunião – que as declarações constitucionais de direitos e convenções internacionais – como a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (Artigos XIX e XX), e a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Arts. 13 e 15) e o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (Artigos 19 e 21) – têm consagrado no curso de um longo processo de desenvolvimento a de afirmação histórica dos direitos fundamentais titularizados pela pessoa humana. [...]. O sentido de fundamentalidade de que se reveste

<sup>178</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 94.601/CE**, Rel. Min. Celso de Mello, j. 11/09/09. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/listarProcessos.asp?classe=&numeroProcesso=94601>. Acesso em: 6 jan. 2019.

<sup>179</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal **HC 108.929/PE**, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/12/13. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4095893>. Acesso em: 6 de jan. 2019.

<sup>180</sup> SAGÜES, Néstor Pedro. *El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales, concordancias y diferencias con el sistema europeo*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27778.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

essa liberdade pública, permite afirmar que as minorias titularizam, sem qualquer exclusão ou limitação, o direito de reunião, cujo exercício mostra-se essencial à propagação de suas ideias, de seus pleitos e de suas reivindicações, sendo completamente irrelevantes, para efeito de sua plena fruição, quaisquer resistências por maiores que sejam, que a coletividade oponha às opiniões manifestadas pelos grupos minoritários, ainda que desagradáveis, atrevidas, insuportáveis, audaciosas ou impopulares.<sup>181</sup>

No Brasil, conforme é possível observar nas decisões supramencionadas, o Supremo Tribunal Federal não exerce um controle efetivo de convencionalidade; ele apenas dialoga de maneira fluida e positiva com esse controle ao mencionar decisões prolatadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, bem como pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim, diferentemente de outros países latino-americanos, como a Argentina, por exemplo, não há como dizer que o Brasil exerce um controle concentrado de convencionalidade.

Dessa maneira, conclui-se que, como é possível observar nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, o controle de convencionalidade, quando muito, está embutido em uma interpretação constitucional. Trata-se, na verdade, de um controle de constitucionalidade concomitante com aspectos do controle de convencionalidade. A decisão final, parece, sempre respalda a tese da inconstitucionalidade ou constitucionalidade dos atos questionados.

---

<sup>181</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **ADPF 187**, Rel. Ministro Celso de Mello, j. 15/06/11. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691505>. Acesso em: 6 de jan. 2019.

## CONCLUSÃO

O progressivo desenvolvimento das relações entre os Estados, o alargamento da proteção jurídica conferida igualmente a temas sensíveis ao direito Interno e ao direito Internacional, além do aparecimento de sujeitos internacionais que desenvolvem as suas ações, concomitantemente, nos contextos nacional e exterior tem conduzido à expressiva intensificação dos pontos de contato entre o Direito Constitucional e os Direitos Humanos.

Inúmeras foram as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, e por tais razões logo após este período surgiram diversos tratados de direitos humanos e muitas organizações internacionais, para que não se repetissem os horrores cometidos durante a guerra.

Em face da criação e do fortalecimento de importantes tratados internacionais de direitos humanos, tanto países europeus, como França, Portugal e Espanha, como países latino-americanos, como Argentina, Paraguai e Uruguai, tiveram de adequar as suas Constituições às novas realidades jurídico-sociais. Assim, esses países tiveram de incorporar tratados internacionais de direitos humanos às suas respectivas Constituições sem desrespeitar a ordem suprema constitucional.

No caso latino-americano, a Constituição que tratou de forma mais clara da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos foi a Argentina, a qual expressou, sem deixar dúvidas, que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à reforma constitucional possuem força constitucional.

No Brasil as Constituições dos anos de 1824, 1891, 1934, 1946, 1967 e 1969 não trataram expressamente da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos; todavia, todas elas seguiram o mesmo entendimento no sentido de que competia à União celebrar tratados e convenções internacionais, bem como ser de competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre os tratados e convenções celebrados pelo Presidente da República com os Estados estrangeiros.

A Constituição de 1988 manteve a forma de incorporação dos tratados internacionais tal qual era realizada nas constituições anteriores, trazendo, no entanto, duas novidades referentes ao tema dos direitos fundamentais e aos tratados e convenções de direitos humanos, quais sejam: os parágrafos primeiro e segundo do artigo quinto da

Constituição Federal. O parágrafo primeiro do artigo quinto prevê expressamente a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais e o parágrafo segundo deste mesmo artigo tratou expressamente do fato de que direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados nem dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte.

O parágrafo primeiro do artigo quinto da Constituição de 1988 não gerou dúvidas com relação à aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais; porém, o parágrafo segundo desse artigo, gerou inúmeros questionamentos a respeito do tema.

O Supremo Tribunal Federal adotava o entendimento de que todo e qualquer tratado internacional, independentemente de seu conteúdo, tinha o *status* de lei ordinária (CF, artigo 102, III, b).

No entanto, o disposto no parágrafo 2º do artigo 5º, da Carta Política de 1988, gerou inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais, isso porque os internacionalistas defendiam que a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos eram equivalentes a emendas constitucionais e não a leis ordinárias, todavia não era essa a compreensão de constitucionalistas que afirmavam que a origem das disposições daquele parágrafo no direito constitucional pátrio remonta ao artigo 78 Constituição Federal de 1891.

Ademais, é possível observar a divergência dos ministros do Supremo Tribunal com relação à interpretação do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 79.785-RJ.

Para que tais dúvidas e questionamentos fossem sanados, surge com a Reforma do Poder Judiciário a Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, na tentativa de pôr fim à controvérsia, a qual acrescentou um terceiro parágrafo ao artigo 5º. Tal dispositivo estabeleceu que, se os tratados ou convenções sobre direitos humanos fossem aprovados pelo Congresso Nacional com o mesmo procedimento previsto para as emendas, aqueles serão equivalentes a estas.

A partir de então os tratados internacionais, via de regra, possuem *status* de uma lei ordinária e se situam no nível intermediário, ao lado dos atos normativos primários. Já os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, se aprovados em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes a emendas constitucionais.

Todavia, no julgamento do RE 466.343-SP pelo Supremo Tribunal Federal, por cinco votos a quatro, prevaleceu a tese da supralegalidade, do Ministro Gilmar Mendes.

Ora, então o que é a figura da supralegalidade no ordenamento jurídico brasileiro? Nada mais é do que uma criação jurisprudencial do Ministro Gilmar Mendes para justificar que os tratados internacionais de direitos humanos que foram ratificados antes da Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, e que não foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro na forma do parágrafo terceiro do artigo quinto da Constituição Federal não possuem *status* nem de lei ordinária e nem de emenda constitucional, mas sim de norma supralegal, ou seja, abaixo da Constituição e acima das leis ordinárias.

Essa criação é justamente uma tentativa de aproximação do que fez a Argentina em sua Constituição ao prever expressamente que todos os tratados internacionais de direitos humanos que fossem ratificados seriam equivalentes a emendas constitucionais. Porém, o artigo 75, 22, foi expresso ao dispor que mesmo os tratados anteriormente ratificados são considerados emendas constitucionais.

Todavia, esse não foi o caso do Brasil, vez que, o Ministro Gilmar Mendes criou uma nova figura dentro do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, a supralegalidade, na qual os tratados de direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, não são leis ordinárias, tampouco emendas constitucionais.

Isso causou e ainda causa divergência entre diversos constitucionalistas que dispõem ser a supralegalidade uma criação jurídica do Ministro, não se enquadrando em nenhuma das formas do processo legislativo previstas nos incisos I a VII do artigo 59 da Constituição Federal.

Importante, ressaltar ainda, que a influência do Bloco de Constitucionalidade, no caso do Brasil – diferentemente de países como a Colômbia e a Argentina, que adotaram expressamente em suas respectivas constituições o bloco de constitucionalidade – é tema ainda muito incipiente, visto que construído sob a forma sistêmica de constitucionalidade, entendido como um conjunto normativo aberto de regras e princípios que se articulam de modo a produzir uma unidade harmoniosa, primando sempre pela prevalência da força normativa da constituição.

A cláusula aberta, ou de receptividade, do respectivo sistema constitucional permite que este construa, de maneira constante, um alargamento no padrão constitucional,

passando a ter como parâmetro para a fixação do paradigma de controle de constitucionalidade um conjunto de atos normativos, não codificado em um único documento legislativo, mas em normas constitucionais dispersas pelo ordenamento jurídico.

Com a edição da Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, a formatação do bloco de constitucionalidade na ordem jurídica brasileira tornou-se inevitável. Assim, o sistema constitucional brasileiro constrói o seu bloco de constitucionalidade por meio da reunião da Constituição de 1988, dos direitos fundamentais sediados nos tratados internacionais, bem como dos direitos fundamentais implícitos que são extraídos dos próprios direitos fundamentais e dos direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição. Vale dizer que, como a materialidade constitucional é fator determinante da dignidade da Magna Carta, o sistema constitucional brasileiro acaba por exigir a reunião das suas normas para efetivar a ótima concretização de sua vontade, construindo, assim, o bloco de constitucionalidade brasileiro.

Desta maneira, com o fortalecimento da incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a incorporação destes tratados ao bloco de constitucionalidade brasileiro, não podemos deixar de esquecer uma importante discussão, qual seja o controle de convencionalidade realizado nestas normas incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro.

O que podemos concluir é que o estudo do controle de convencionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, ainda é incipiente, isso porque enquanto no caso latino-americano, a Corte Interamericana de Direitos Humanos há muito já vislumbra em suas decisões o controle de convencionalidade, ao decidir que os países latino-americanos que fazem parte da Organização dos Estados Americanos e os seus respectivos Poderes Judiciários devem exercer um “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, tal fato ainda não é uma realidade corriqueira do Brasil, isso porque conforme podemos observar dos estudos jurisprudencial e doutrinário, prevalece ainda o controle de constitucionalidade das normas, seja ele difuso ou concentrado.

Assim, não há no Brasil um controle de convencionalidade propriamente dito, visto que existem poucos casos em que a Convenção Americana de Direitos Humanos foi aplicada diretamente pelo Supremo Tribunal Federal. Na maioria dos julgamentos

realizados no Brasil as decisões são pautadas por Súmulas e Jurisprudências dos Tribunais Superiores, que realizam um efetivo controle de constitucionalidade.



## REFERÊNCIAS

- ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. Bogotá: *Anuario de derecho constitucional latino-americano*, 2013.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de; FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Os princípios fundamentais do processo constitucional. *Revista Mestrado em Direito – Unifief*, Osasco, n. 62, 2006.
- ALVES, José Carlos Moreira. O Controle de Constitucionalidade no Brasil. *Revista da Procuradoria Geral da República*, n. 9, p. 127-140, jul./dez. 1996.
- AMARAL JUNIOR, Alberto do. *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- ANDRADA, Fátima. Instituciones Internas de Protección de derechos humanos. In: EL PARAGUAY a frente de lo sistema interamericano de derechos humanos. Uruguay: Fundaciós Konrad-Adenauer Uruguay, 2004.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Verbatim, 2017.
- ARENDDT, Hannah. *As origens do Totalitarismo*. Tradução de Roberto de Raposo. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2012.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Jus Navegandi*, Teresina, nov. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito#ixzz3deHC15RG>. Acesso em: 23 jun. 2017.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BAZAN, Victor. Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales latino-americanos: el control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional crítico. *Fundación Profesor Manuel Broseta e*

*Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos*, n. 16, 2º Semestre 2010, Valencia, 2011.

BAZAN, Victor. ¿La Corte Suprema de Justicia Argentina se reinventa, presentándose como un tribunal constitucional? *Revista Mestrado em Direito Unifieo*, Osasco, n. 2, 2010.

BIELSA, Rafael. *Estudios de Derecho Publico*. Buenos Aires: Editora Depalma, 1952. v. 3.

BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de Direito*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. São Paulo: Campus, 2015.

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 1. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; MORALES, Mariela. *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2017.

BREWER-CARIAS, Allan R.; GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

BRUCE, Eva. *Controle de constitutionnalité et controle de conventionnalité Réflexions autour de l'article 88-1 de la Constitution dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*. Disponível em: <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes5/BRUCE2.pdf> Acesso em: 24 jun. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

BUERGENTHAL, Thomas. *International Human Rights*. Minnesota: West Publishing, 1988.

CAMPOS, Paloma Biglino. *La primacia del derecho comunitario. Una mirada contrapuesta, La perspectiva española. La Unión Europea en perspectiva constitucional*. Madrid: Editora Arazandi, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e Interconstitucionalidade - Itinerários dos Discursos Sobre a Historicidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e a teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis*. Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução José Mário Wanderly Gomes Neto. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

CARO, Ernesto J. Rey. *Los Tratados Internacionales y la constitución nacional*. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba, 1995.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Teoria do Estado e da Constituição*. São Paulo: Editora DelRey, 2015.

CASTRO, Marcela Baudel de. *A proteção aos Direitos Humanos nas Constituições brasileiras*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-protecao-aos-direitos-humanos-nas-constituicoes-brasileiras,44107.html>. Acesso em: 10 jun. 2018.

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

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. Notas sobre o controle de convencionalidade. *Os Constitucionalistas*, São Paulo, 13 fev. 2012. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/notas-sobre-o-controle-de-convencionalidade>. Acesso em: 26 jun. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONCI, Luiz Guilherme Aracaro. *O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

DUGUIT, Leon. *La Separación de Poderes y La Asamblea Nacional de 1789*. *Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, 1996.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FAVOREU, Louis. Le Contrôle de constitutionnalité du traité de Maastricht et le développement du “droit constitutionnel international”. *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, v. 97, 1993.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Anotações sobre o controle de constitucionalidade no Brasil e a proteção dos direitos individuais. *Revista Mestrado em Direito Unifiteo*, Osasco, 2004.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Conflitos e tensões na Jurisdição Constitucional Decorrentes da Internacionalização dos Direitos Humanos*. São Paulo: *Direitos Fundamentais e Justiça*, 2014.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Inovação na Jurisdição Constitucional Brasileira*. Madrid: *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2012.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: MaxLimonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. Rio de Janeiro: *Revista de Direito Administrativo*, 2009.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989.

FIGUEIREDO, Marcelo. *A Jurisprudência e o diálogo entre tribunais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FISS, Owen. *The law as it could be*. New York: New York University Press, 2003.

GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno* (sobre el carácter contramayoritario del poder judicial). Barcelona: Ariel, 1996.

GIMÉNEZ, Luis María Díez-Picazo. *El derecho comunitario*. Madrid: S.L. CIVITAS EDICIONES, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. *Controle de Convencionalidade: Valério Mazzuoli “versus” STF*. Migalhas, São Paulo, 1º jul. 2009. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI87878,91041Controle+de+Convencionalidade+Valerio+Mazzuoli+versus+STF>. Acesso em: 28 jun. 2017.

GONÇALVES, José Wilson. *Monografia Jurídica, Técnicas e Procedimentos de Pesquisa*. Campo Grande: Universidade Católica Dom Bosco, 2001.

GONZALEZ, Carmen. El relanzamiento del Mercosur y la incorporación de sus normas en los ordenamientos jurídicos internos, con especial referencia al Uruguay, Rio de Janeiro: *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v.15, 2015.

HARTWIG, Matthias Ver. Much to do about human rights the federal Constitutional Court confronts the European Court of Human Rights. *German Law Journal*, Frankfurt, v. 6, 2005.

HERDEGEN, Matthias. La internacionalización del orden constitucional. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Uruguai, v. 16, 2010.

HESSE, Konrad. *Elementos do Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HORBACH, Carlos Bastide. *A nova roupa do Direito Constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

KANT, Immanuel. Fundamental Principles of the Metaphysics of Moral. In: WOOD, Alen (ed.) *Basic Writings of Kant*. New York: The Modern Library, 2001.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito: introdução à problemática científica do Direito*. Tradução José Cretella Júnior. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, 2014.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Francisco Gerson Marques. Bloco de constitucionalidade: os sistemas francês e espanhol. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 2, n. 3, 2004.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional. In: FIX-ZAMUDIO, Héctor; VALADÉS, Diego (coord.). *Formación y perspectiva del Estado Mexicano*. Ciudad de México: El Colegio Nacional-UNAM, 2010.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. O Conflito entre os tratados internacionais: sob a ótica internacional e perante os ordenamentos constitucionais brasileiro e argentinos. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis*, Petrópolis, v. 1, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentário à Constituição Brasileirade 1946*. São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1948.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 9. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Controle de convencionalidade tem singularidades no Brasil. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 10 abril 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-24/valerio-mazzuoli-control-e-convencionalidade-singularidades>. Acesso em: 3 jul. 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v, 98, n. 889, p. 105-147, nov. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

MIRANDA, Pontes de. *Comentário à Constituição Brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960.

NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1997.

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.

PIERA, Alejandro. *La incorporación de la normativa del Mercosur en el derecho positivo paraguayo*. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 15, p. 81-90, 2015.

PINTO, Monica. El principio pro homine. Criterios de hermenêutica y pautas para La regulación de los derechos humanos. In: *LA APLICACIÓN de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Ediar, Centro de Estudios Legales y Sociales: Editorial del Puerto, 1997.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PRUJEL, Maria Elodia Almiron. Los derechos humanos y la Constitución nacional In: *El Paraguay a frente de lo sistema interamericano de derechos Humanos*. Uruguai: Fundaciós Konrad-Adenauer Uruguay, 2004.

RAMIREZ, Sergio Garcia. El control judicial interno de convencionalidad. *Revista IUS – Revista Científica del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, n. 28, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, Elival da Silva. *Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIVAS, Juana Maria Ibáñez. *Control de convencionalidad precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Disponível em: [www.anuariocdh.uchile.cl](http://www.anuariocdh.uchile.cl). Acesso em: 13 jun. 2017.

ROMANI, Carlos Fernandez de Casadevante; GARCIA, Francisco Jimenez. *El derecho internacional de los derechos humanos en la constitucion espanhola: 25 años de jurisprudencia constitucional*. Madrid: Thomson/Civitas, 2006.

ROUJOU DE BOUBEE, Gabriel. *L'interruption volontaire de la grossesse: commentaire de la loi*. Paris: Dalloz, 1974.

SAFFON, María Paula; GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio. Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial em derechos sociales en Colombia. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, 2011.

SAGÜES, Néstor Pedro. *El “control de convencionalidad” em el sistema interamericano y sus anticipos em el âmbito de los derechos econômico-sociales, concordancias y diferencias com el sistema europeo*. p. 382-385. Disponível em: <http://biblio.juricas.unam.mx/libros/7/2063/16.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

SANCHÍS, Pietro. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Controle de convencionalidade dos tratados internacionais*. Consultor Jurídico, São Paulo, 10 abril 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-control-e-convencionalidade-tratados-internacionais>. Acesso em: 27 jun. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual da Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

TAVARES, André Ramos. *Tribunal e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Desafíos de la protección internacional de los derechos humanos al final del siglo XX. In: SEMINÁRIO SOBRE DERECHOS HUMANOS, São José da Costa Rica, 1997.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: SAFE, 1999. 2 v.

VARGAS, Angelo Miguel de Souza. *O Bloco de Constitucionalidade: reconhecimento e consequências no sistema constitucional brasileiro*. 2007. 209. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2007.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VIDAL, Carlos. *Justicia Constitucional y Union Europea*. Um estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2008.

WALDRON, Jeremy. *Theories of rights*. Oxford/New York: Oxford University Press, 1984.

WEIS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2006.

ZIULU, Adolfo Gabino. La globalización, los tratados internacionales y la Constitución. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata*. La Plata, v.3, 1997.

**Sites:**

Câmara dos Deputados: <http://www2.camara.leg.br/>.

Conselho Constitucional Francês: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/>.

Constitución de La Nación Argentina de 1853: <http://www.senado.gov.ar/>.

Constitución de La República de Paraguay de 1992: <http://www.camdip.gov.py/>.

Constitución de La República Oriental del Uruguay de 1967: <https://parlamento.gub.uy/>.

Constitución Española de 1978: <http://www.tribunalconstitucional.es/>.

Constituição da República Portuguesa de 1976: <http://www.parlamento.pt/>.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina: <https://sj.csjn.gov.ar/sj/>.

Organization of American States: <http://www.oas.org>.

Planalto: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm).

Revista da EMERJ:

[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista15/revista15\\_11.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf).

Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.jus.br>.

Universidade de São Paulo – Biblioteca Virtual de Direitos Humanos:  
<http://www.direitoshumanos.usp.br/>