

HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: UM COMPARATIVO ENTRE O BRASIL E A ARGENTINA SOB O ENFOQUE DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS
Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: UNA COMPARACIÓN ENTRE BRASIL
Y ARGENTINA BAJO DE LA PERSPECTIVA DEL TRANSCONSTITUCIONALISMO

Elvis Donizeti Voltolin¹

RESUMO

O artigo promove, sob o enfoque do transconstitucionalismo, uma comparação entre as duas últimas Constituições da Argentina e do Brasil a respeito da hierarquia que atribuem aos tratados internacionais de direitos humanos. Considera, ainda, o tratamento deferido pelos tribunais constitucionais dos dois Estados aos referidos documentos internacionais, especialmente quanto à aplicação do controle de convencionalidade. Conclui que a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina é que confere maior efetividade aos tratados internacionais de direitos humanos no seu plano interno, especialmente quanto ao controle de convencionalidade. No entanto, a Constituição Federal brasileira confere maior facilidade para a incorporação dos direitos veiculados por meio dos tratados de direitos humanos e para a realização do controle de convencionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de convencionalidade. Tratados internacionais. Direitos humanos. Transconstitucionalismo. Bloco de constitucionalidade.

RESUMEN

El artículo promueve, bajo del enfoque del transconstitucionalismo, una comparación entre las dos últimas constituciones de Argentina y Brasil a respecto a la jerarquía que conceden a los tratados internacionales de derechos humanos. También considera el trato otorgado por los tribunales constitucionales de los dos Estados a tales documentos internacionales, especialmente la aplicación del control de convencionalidad. Se concluye que la Corte Suprema de Justicia da la Nación Argentina es la que proporciona una eficacia más grande de

¹ Mestre em Direito Constitucional pelo Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino. Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Tributário pelo Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino. Especialista em Direito Civil e em Direito Processual Civil pelo Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino. Advogado.

los tratados internacionales de derechos humanos en su ámbito interno, especialmente en relación con el control de convencionalidad. Sin embargo, la Constitución Federal brasileña confiere una mayor facilidad para la incorporación de los derechos transmitidos por medio de tratados sobre derechos humanos y la realización del control de convencionalidad.

PALAVRAS-CLAVE: Control de convencionalidad. Tratados internacionales. Derechos humanos. Transconstitucionalismo. Bloque de constitucionalidad.

1. INTRODUÇÃO

O controle de convencionalidade, assim como o de constitucionalidade, apresenta-se como um condicionador de todas as normas que lhe são subjacentes.

Para que se compreenda toda a sua extensão, é fundamental, logo no início, buscar situar os tratados internacionais de direitos humanos na hierarquia normativa do Estado. As conclusões auferidas nesse primeiro momento permitirão aferir a amplitude desempenhada pelo controle de convencionalidade: quanto mais próximo o documento se coloque do ápice da pirâmide normativa, mais amplo será o seu campo de incidência, pois maior será o número de normas subjugadas.

Tencionando alcançar a mesma finalidade, impõe-se perquirir se é admissível que as normas veiculadas por meio dos tratados internacionais incidam diretamente sobre as relações firmadas no âmbito jurídico nacional ou se, ao contrário, o Estado para deve criar uma legislação nacional que permita a aplicabilidade dos tratados de direitos humanos.

Tais indagações levarão à constatação de que o Brasil e a Argentina trilharam um caminho histórico diferenciado quanto à hierarquia e a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos.

Na Argentina, mesmo sob a forte incidência da vertente nacionalista do monismo, veiculada pelo artigo 31 da Constituição da Confederação Argentina, de 1. de maio de 1853, a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina conferiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também chamada de Pacto de San José da Costa Rica, a mesma hierarquia ocupada pelas normas constitucionais.

Por sua vez, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, adotando um posicionamento mais modesto que o previsto no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal², dispensou à

² O parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal conta com a seguinte redação: [...] 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.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos o *status* de norma *supralegal*, subordinando-a às normas constitucionais, mas admitindo-lhe prevalecer sobre as demais.

Apesar do descompasso entre os dois Estados, a abordagem dos direitos humanos lhes é tema comum e, no caso brasileiro, exige um aprofundamento jurisprudencial para que, definitivamente, ocupe o *status* dispensado às normas constitucionais.

O interesse pelo comparativo entre os dois Estados, além da proximidade geográfica e da submissão recente ao regime de exceção, justifica-se pela iniciativa que manifestam na consolidação do Mercado Comum do Sul, Mercosul. Esse desiderato exige uma contínua homogeneização dos ordenamentos e dos posicionamentos jurisprudenciais adotados, respeitando-se, evidentemente, as características particulares de cada Estado.

Nesse estudo comparativo, o *transconstitucionalismo*, proposto por Marcelo Neves³, coloca-se como uma ferramenta fundamental. Através dele, é possível confrontar ordens distintas, buscando os pontos capazes propiciar-lhes progresso em temas já consolidados, sem que uma delas venha a se sobrepor à outra.

Por meio do transconstitucionalismo é possível estabelecer *pontes de transição* entre os Estados envolvidos. Nessa interação, assuntos já pacificados acabam sendo rediscutidos, admitindo-se a cada Estado firmar, com liberdade, as suas próprias conclusões.

Veja-se que o mesmo documento internacional, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, acabou por ocupar posições hierárquicas diferentes nos ordenamentos argentino e brasileiro.

Frise-se, ainda, que o *status* supralegal só viera a ser-lhe conferido pelo Supremo Tribunal Federal no dia 03 de dezembro de 2008. Anteriormente a esta data, os tratados de direitos humanos, no Brasil, equiparavam-se à legislação ordinária.

Se a ascensão hierárquica dos tratados de direitos humanos é uma tendência no Brasil, quiçá o modelo argentino sirva de inspiração para, por meio do transconstitucionalismo, elevá-los ao *status* de normas constitucionais, tal como admite o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal.

2. HIERARQUIA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NA ARGENTINA

A análise da evolução histórica do tratamento dispensado pela Constituição e pela jurisprudência argentinas ao *status* ocupado pelos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico interno permite diferenciar três períodos distintos.

³ **Transconstitucionalismo.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 236.

O primeiro deles encontra respaldo no artigo 31 da Constituição da Confederação da Argentina, de 1. de maio de 1853. Nitidamente influenciado pela vertente *nacionalista* da teoria monista sobre a interação dos ordenamentos nacional e internacional⁴, preconiza a prevalência da Constituição e das leis em relação aos tratados firmados na esfera internacional. Prescreve o dispositivo citado:

Art. 31. Esta Constitución, as leis da Confederação que em sua consequência sejam promulgadas pelo Congresso e os tratados com as potencias estrangeiras são a lei suprema da Nação, sendo que as autoridades de cada província estão obrigadas a cumpri-las, não obstante qualquer disposição em contrário que contenham as leis ou constituições provinciais (tradução livre do autor)⁵.

Manuel Eduardo Góngora Mera⁶ registra que o dispositivo externava a supremacia do direito interno sobre o internacional. A Constituição estava no ápice do ordenamento jurídico, sendo seguida pelas leis nacionais e, num terceiro plano, colocavam-se os tratados internacionais.

Perceba-se que o dispositivo não distingue os tratados internacionais comuns dos tratados internacionais de direitos humanos. O mesmo tratamento hierárquico deferido aos documentos internacionais firmados para a efetivação de relações comerciais acaba sendo estendido aos que se destinam a tutelar o direito à vida ou o devido processo legal.

A partir de 07 de julho do ano de 1992, quando do julgamento do caso Ekmekdjian, Miguel Ángel v. Sofovich, Gerardo y otros, decisão 315:1492⁷, o posicionamento da jurisprudência construída pela *Corte Suprema de Justicia da Nación Argentina* começa a se modificar, destoando da redação adotada pelo artigo 31 da Constituição então vigente. Tem

⁴ São duas as teorias instituídas para estudar as relações estabelecidas entre os ordenamentos nacional e internacional. A primeira, designada *dualista*, sustenta que os ordenamentos nacional e internacional são independentes, sendo que um não busca o seu fundamento de validade no outro. Na Alemanha, é defendida por Carl Heinrich Triepel e, na Itália, tem Dionisio Anzilotti como seu expoente.

A *teoria monista*, por sua vez, baseia-se na relação de interdependência entre essas duas ordens. Quando a ordem interna busca seu fundamento de validade na internacional, tem-se a sua vertente *internacionalista*, defendida por Hans Kelsen. Todavia, quando é o ordenamento internacional que procura o seu fundamento de validade no interno, priorizando a Constituição de cada Estado, tem-se a face *nacionalista* do monismo, adotada pela Constituição da Confederação da Argentina, de 1. de maio de 1853.

Sobre as distinções entre as teorias dualista e monista, vide: REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 4-5.

⁵ “Art. 31. Esta Constitución, las leyes de la Confederación que em su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante qualquiera disposición em contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales”.

⁶ **El bloque de constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad**. Disponível em: <http://www.nmrz.de/wp-content/uploads/2009/11/Bloque_Constitucionalidad_Argentina_impunidad.pdf>. Acesso em 07 out. 2010.

⁷ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia da Nación Argentina. Decisão 315:1492. Miguel Ángel Ekmekdjian, Gerardo Sofovich e outros. Buenos Aires, 07 de julho de 1992. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/16072007/sofovich.pdf>>. Acesso em 20 jan. 2011.

início o segundo período evolutivo do tratamento deferido pelo ordenamento nacional aos tratados de direitos humanos.

Num programa de televisão denominado *La Noche del Sábado*, exibido no dia 11 de junho de 1988 pelo canal dois de televisão, Gerardo Sofovich leu uma carta escrita por Dalmiro Sáenz. Através dela, o autor referia-se às imagens de Jesus Cristo e da Virgem Maria de forma ofensiva e desrespeitosa.

A leitura do documento fez com que Miguel Ángel Ekmekdjian se sentisse ferido em seu sentimento religioso.

Decidido a fazer valer o seu direito de resposta, enviou uma carta à emissora, solicitando fosse lida no mesmo programa.

Nessa oportunidade, Gerardo Sofovich decidiu não proceder à leitura do documento.

A negativa fez com que Miguel Ángel Ekmekdjian ajuizasse demanda pleiteando que o apresentador do programa fosse coagido a conferir-lhe o direito de resposta.

Para tanto, fundamentou o seu pedido nas disposições do artigo 33 da Constituição da Confederação da Argentina e no artigo 14 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁸, da qual a Argentina era signatária.

O artigo 33 reforçava a orientação nacionalista incutida no artigo 31, salientando que as declarações, direitos e garantias enumerados na Constituição não excluem outros não enumerados; todavia estes encontram-se condicionados pelo princípio da soberania do povo e pela forma republicana de governo:

Art. 33. As declarações, direitos e garantias enumerados na Constituição não devem ser interpretados como uma negação de outros direitos e garantias não enumeradas; mas nascem do princípio da Soberania do Povo e da Forma Republicana de Governo⁹.

Por sua vez, o artigo 14.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos admite o direito de réplica; todavia, condiciona-o à legislação interna de cada Estado. Prevê o dispositivo:

[...] Toda pessoa atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei.

⁸ O artigo 14 da Convenção sobre os Direitos Humanos trata do direito de retificação ou resposta.

⁹ “Art. 33. Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumeradas; pero que nacen del principio de la Soberanía del Pueblo y de la Forma Republicana de Gobierno”.

Como a legislação interna da Argentina não regulou o direito disposto no Pacto de San José da Costa Rica, o pedido ajuizado por Miguel Ángel Ekmekdjian foi indeferido em primeira instância.

Quando o litígio alcançou a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, o posicionamento adotado em primeira instância fora revisto e, com ele, toda a orientação jurisprudencial até então implementada pelo Tribunal.

Naquela oportunidade, a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina salientou incumbir ao Poder Judiciário velar pelas relações internacionais estabelecidas pelo Estado, a fim de que não venham a ser afetadas pelos atos e omissões decorrentes do direito argentino.

Ademais, a expressão “[...] nas condições que estabeleça a lei [...]” não inibe o direito de réplica conquistado a duras penas no decurso da evolução dos direitos na Argentina.

A Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina entendeu que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos exige, unicamente, que a legislação nacional disponha sobre a forma de exercício do direito de réplica, não o excluindo da esfera jurídica dos jurisdicionados na hipótese de o legislador se mostrar omissos. Para tanto, incumbiu o legislador de especificar, dentre outros pontos: a) o tempo deferido para a réplica, se igual ou maior àquele do qual resultou a ofensa; b) a ocasião em que a resposta, uma vez recebida, deve ser divulgada; c) bem como o lapso temporal deferido ao ofendido para que exerça o seu direito de réplica.

Em vista dos argumentos apresentados e considerando a responsabilidade da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina perante a comunidade internacional, Miguel Ángel Ekmekdjian teve o seu pedido acolhido.

O julgamento é paradigmático, pois colide com a visão de hierarquia normativa eleita pela própria Constituição da Confederação da Argentina, de 1. de maio de 1853. Enquanto o artigo 31 da Constituição faz expressa opção pela vertente nacionalista do monismo, o acórdão revela a preocupação da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina em ver cumprido, no âmbito nacional, a obrigação assumida por meio da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mesmo diante da omissão do legislador nacional em regular o direito resposta.

Por efeito do transconstitucionalismo, a inquietação manifestada pela jurisprudência logo resvalou na reforma constitucional empreendida pela Argentina no ano de 1994. A *ponte de transição* entre a esfera jurisprudencial e a constitucional foi, justamente, a proteção dos direitos humanos veiculados por meio dos tratados internacionais. Tinha início o terceiro período evolutivo do tratamento dispensado pela Argentina à hierarquia ocupada pelos tratados de direitos humanos.

Ao contrário do artigo 31 da anterior, veja-se que o número 22 do artigo 75 da Constituição da Nação Argentina, de 22 de agosto de 1994, difere os tratados de direitos humanos daqueles tidos como tradicionais¹⁰:

Artigo 75 – Compete ao Congresso:

[...]

22. Aprovar ou rejeitar tratados celebrados com outras nações e organizações internacionais e as concordatas com a Santa Sé. Os tratados e as concordatas prevalecem sobre as leis

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e seu Protocolo Facultativo; Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação contra a Mulher, a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção sobre os Direitos da Criança, nas condições de vigência, têm *status* constitucional, não revogam qualquer artigo da primeira parte desta Constituição e devem ser entendidos complementares aos direitos e garantias por ela reconhecidos. Só podem ser denunciados, se houver, para o Poder Executivo, prévia aprovação de dois terços de todos os membros de cada Câmara.

Os demais tratados e convenções sobre direitos humanos, após aprovados pelo Congresso, exigem o voto de dois terços do total dos membros de cada Câmara para gozar de hierarquia constitucional. [...] (tradução livre do autor)¹¹.

O texto não reluta em admitir que os direitos carreados em seu texto sejam complementados pelos previstos nos tratados internacionais de direitos humanos. Admite,

¹⁰ A definição dos *tratados internacionales tradicionales* ou *tratados internacionales comunes* se faz por um critério de exclusão. Assim, a exceção dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, todos os demais devem ser tidos como tradicionais. Considerando essa definição, devem ser tidos como tratados internacionais tradicionais os referentes à comercialização de produtos agrícolas ou o Acordo Geral de Tarifas e Comércio, GATT, para citar dois exemplos.

¹¹ “Artículo 75. Corresponde al Congreso: [...] Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional. [...].

ainda, que os tratados de direitos humanos aprovados por dois terços do total dos membros de cada Câmara do Congresso passem a gozar de hierarquia constitucional.

Definitivamente, o dispositivo afasta do plano de incidência dos direitos humanos a aplicação da vertente nacionalista da teoria monista, abrindo o ordenamento argentino aos influxos dos documentos firmados no plano internacional.

Essa abertura ganhou reforço quando a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina julgou o caso *Mazzeo*¹². Nessa oportunidade, fez-se, pela primeira vez, referência ao *controle de convencionalidade*, tido como o instrumento de aferição de compatibilidade entre os tratados de direitos humanos e as normas que lhe são subjacentes:

[...] Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas que aplicam aos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que dele tem sido feita pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana [...] (tradução livre do autor)¹³.

O excerto, mais uma vez, deixa nítida a preocupação com a implementação plena do documento internacional no ordenamento interno argentino, fazendo remissão, inclusive, à forma com que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos deve ser interpretada. É a mesma inquietude que fez com que os tratados de direitos humanos deixassem de ocupar uma hierarquia infraconstitucional, sob a vigência da Constituição da Confederação Argentina, de 1853, para erigirem-se à das normas constitucionais, funcionando como paradigmas para a realização do controle de convencionalidade.

3. HIERARQUIA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Assim como se sucedera com a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal vem sendo perquirido sobre a hierarquia que os tratados ocupam no ordenamento nacional.

No ano de 1971, o então Ministro Oswaldo Trigueiro, na condição de Relator,

¹² ARGENTINA. Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina. Julio Lilo Mazzeo e outros. Buenos Aires, 13 de julho de 2007. Disponível em: <http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp>. Acesso em 20 jan. 2011.

¹³ “[...] En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana [...]”.

deparou-se com litígio no qual se discutia a possibilidade de o prazo prescricional, previsto na *Lei Uniforme sobre Cheque*, adotada pela *Convenção de Genebra*, incidir diretamente sobre as relações firmadas com base no direito interno brasileiro, sem que houvesse lei, elaborada pelo Poder Legislativo brasileiro, que a regulamentasse no plano nacional¹⁴.

A resolução da contenta passava pela prévia apreciação de dois posicionamentos confrontantes.

O primeiro deles, guinado pela visão monista nacionalista, sustentava que a Lei Uniforme sobre Cheque somente poderia ser aplicada no plano nacional se houvesse legislação interna dispendo sobre o seu conteúdo.

De outro ângulo, a segunda corrente, contrária ao posicionamento jurisprudencial então vigente na Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, admitia a aplicação imediata da Lei Uniforme sobre Cheque às relações jurídicas firmadas sob a vigência do direito interno.

Adotando o segundo posicionamento, o Ministro Relator Oswaldo Trigueiro acentuou a incoerência de exigir-se que o Congresso Nacional elaborasse, previamente, a legislação integrativa para que se admitisse a incidência do tratado internacional. Se o Congresso Nacional é o responsável pela internalização do tratado internacional, não se vê motivo para que dele também se exija a elaboração de uma lei que apenas reprise todo o conteúdo já disposto no documento internacional.

Nesse primeiro julgamento, como se afere da ementa do decisório, o Supremo Tribunal Federal equiparou os tratados internacionais à legislação ordinária, haja vista ter-lhes admitido modificá-la. Uma norma mais recente somente altera a que lhe precede quando ocupam o mesmo patamar:

[...] Lei Uniforme sobre o Cheque, adotada pela Convenção de Genebra. Aprovada essa Convenção pelo Congresso Nacional e regularmente promulgada, suas normas têm aplicação imediata, inclusive naquilo em que modificarem a legislação interna. Recurso Extraordinário conhecido e provido.

Quase seis anos mais tarde a discussão sobre o *status* ocupado pelos tratados internacionais na pirâmide normativa brasileira retornou à pauta de julgamentos do Supremo Tribunal Federal¹⁵.

Nessa segunda oportunidade discutiu-se se o artigo 2º do Decreto-Lei 427, de 22 de

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 71.154 Paraná. Odilon Mello de Freitas e Aníbal Goulart Maia Filho. Relator: Ministro Oswaldo Trigueiro. Brasília, 04 de agosto de 1971.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 80.004 Sergipe. Belmiro da Silveira Gois e Sebastião Leão Trindade. Relator: Ministro Cunha Peixoto. Brasília, 01 de junho de 1977.

janeiro de 1969¹⁶, poderia exigir que a validade dos títulos de crédito ficasse condicionada ao seu registro na repartição a ser definida pelo Ministério da Fazenda.

Reafirmando o posicionamento adotado quando do julgamento do Recurso Extraordinário 71.154, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela aplicabilidade do artigo 2º¹⁷. Se os tratados revogam a legislação ordinária por se alocarem no mesmo patamar hierárquico, é admitido à última, quando mais recente, revogar ou modificar o primeiro. Reconhecida a nulidade do título, afastou-se a responsabilidade patrimonial do avalista, que interpusera o Recurso Extraordinário.

O único voto divergente foi o do Ministro Xavier de Albuquerque. Argumentou que a exigência prévia do registro não poderia ser admitida, pois afrontava a finalidade para a qual a Convenção de Genebra fora instituída: a facilitação da circulação de títulos de crédito, mormente duplicatas e notas promissórias, no mercado internacional.

Embora se trate de voto vencido, o posicionamento adotado pelo Ministro Xavier de Albuquerque inseriu a noção de *supralegalidade* dentre as discussões empreendidas pelo Supremo Tribunal Federal. Se os tratados internacionais permanecessem no mesmo patamar da legislação ordinária, acabariam por perder seu objeto e, com ele, a sua própria utilidade.

O julgamento majoritário admitiu ao legislador nacional estabelecer requisitos suplementares aos dispostos nos tratados internacionais; todavia, a semente da supralegalidade estava plantada e já angariava amparo na legislação interna.

Contrariando a jurisprudência então vigorante do Supremo Tribunal Federal, o artigo 98 do Código Tributário Nacional admitiu a prevalência dos tratados internacionais em relação à legislação nacional. A redação do dispositivo se pauta nos seguintes termos: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

¹⁶ O Decreto-Lei 427, de 22 de janeiro de 1969, dispõe em seu artigo 2º: “[...] No prazo de 60 (sessenta) dias da data da publicação deste Decreto-lei, deverão ser registradas na repartição competente, definida pelo Ministério da Fazenda, tôdas as notas promissórias e letras de câmbio emitidas até a publicação deste Decreto, sob pena de nulidade desses títulos de crédito”.

¹⁷ A ementa do acórdão foi redigida nos seguintes termos:
“[...] CONVENÇÃO DE GENEBRA – LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CÂMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS – AVAL APOSTO A NOTA PROMISSÓRIA NÃO REGISTRADA NO PRAZO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE DE SER O AVALISTA ACIONADO, MESMO PELAS VIAS ORDINÁRIAS. VALIDADE DO DECRETO-LEI N. 427, DE 22.01.1969.

Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Dec.-lei n. 427, que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título.

Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade da cambial a que foi aposto.

Recurso extraordinário conhecido e provido”.

Os dois julgados referidos não distinguem os tratados de direitos humanos dos remanescentes.

A discussão sobre a hierarquia ocupada pelos tratados de direitos humanos só alcançou o Supremo Tribunal Federal no ano de 1996, quando se julgara o *Habeas Corpus* número 72.131-1¹⁸.

Naquela ocasião, um dos pontos discutidos versava sobre a hierarquia ocupada pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos no ordenamento jurídico nacional. A lide versava sobre a possibilidade de prisão do devedor que, figurando num contrato de alienação fiduciária, firmado nos termos do Decreto-Lei número 911, de 1. de outubro de 1969, já não detinha o bem quando requisitado.

Deferindo aos tratados internacionais de direitos humanos o mesmo tratamento consubstanciado quando da abordagem da hierarquia ocupada pela Convenção de Genebra, o Ministro Moreira Alves foi incisivo:

Com efeito, é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária (o que ficou ainda mais evidente em face de o artigo 105, III, da Constituição que capitula, como caso de recurso especial a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça como ocorre com relação à lei infraconstitucional, a negativa de vigência de tratado ou a contrariedade a ele), não se lhes aplicando, quando tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1988, o disposto no artigo 5º, § 2º, pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado. [...]

É importante salientar que a liminar concedida pelo Ministro Relator Marco Aurélio não estava fundamentada no documento internacional, mas na natureza jurídica do contrato de alienação judiciária em face da legislação interna. A mesma argumentação foi repetida quando da emissão do seu voto.

Salientou que o Decreto-Lei número 911, de 01 de outubro de 1969, subverteu, maliciosamente, o campo de incidência da prisão civil, admitida pelo parágrafo 17 do artigo 150 da Constituição Federal de 1967¹⁹.

Na verdade, a definição de depositário infiel deveria ser aquela estabelecida pelo

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 72.131-1 Rio de Janeiro. Lairton Almagro Vitoriano da Cunha, Marcello Ferreira de Souza Granado e Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 27 de novembro de 1996. D.J. 24 ago. 2001.

¹⁹ O parágrafo 17 do artigo 150 da Constituição Federal de 1967 conta com a seguinte disposição: “Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 17 – Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel, ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar na forma da lei”.

artigo 1.265 do Código Civil²⁰, o de 1916, deferindo o designativo, unicamente, àquele que se compromettesse a guardar um bem móvel, por certo lapso de tempo, e, quando reivindicado, já não dispunha dele.

Em seu voto, o Ministro Relator Marco Aurélio frisa que a natureza do encargo assumido por meio do contrato de depósito é *real*, consistente na devolução do bem quando reivindicado.

Na alienação fiduciária, ao contrário, o encargo tem natureza *pessoal*, pois o reconhecimento do contrato de depósito e a subsequente decretação da prisão civil do contratante são desencadeados pelo inadimplemento da dívida contraída. Tanto é verdade que, uma vez quitado o débito, que é a obrigação principal exigida, não mais se falará em devolução do bem.

Apontado esse primeiro julgamento e os fundamentos do voto proferido pelo Ministro Relator Marco Aurélio, impõe-se constatar que a fundamentação das decisões posteriores, afastando a prisão daquele que se desfez de um bem adquirido por meio de contrato de alienação fiduciária, passa a se deslocar para a adoção expressa das previsões contidas em documentos internacionais, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, particularmente o número 7 de seu artigo 7º: “[...] Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

Perfilhando essa nova dinâmica, também o *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos* ganha uma atenção especial, particularmente quando às disposições de seu artigo 11: “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir uma obrigação contratual”.

Os julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal no dia 03 de dezembro de 2008 denotam um considerável aprofundamento na investigação da hierarquia ocupada pelos tratados, especialmente os de direitos humanos, em face do ordenamento brasileiro.

Naquela oportunidade, o Supremo Tribunal Federal apreciou dois Recursos Extraordinários, 379.703-1²¹ e 466.343-1²², e dois *Habeas Corpus*, 87.585-8²³ e 92.566-9²⁴. Nos quatro acórdãos, por votação majoritária, decidiu-se que os tratados de direitos humanos

²⁰ O artigo 1.265 do Código Civil de 1916 dispunha da seguinte redação: “Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame”.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 349.703-1 Rio Grande do Sul. Banco Itaú S/A, Armando Luiz Segabinazzi. Relator originário: Ministro Carlos Britto. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 03 de dezembro de 2008.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343-1 São Paulo. Banco Bradesco S/A, Vera Lúcia de Albuquerque e outro(a/s). Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 87.585-8 Tocantins. Alberto de Ribamar Ramos Costa, Superior Tribunal de Justiça. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 03 de dezembro de 2008.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 92.566-9 São Paulo. José Arlindo Passos Correa, Eduardo Gomes de Queiroz e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 03 de dezembro de 2008.

posicionam-se entre a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional.

O aparente consenso, proclamando a hierarquia supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, esconde a calorosa discussão travada em cada um dos votos proferidos.

Contraopondo-se ao pensamento majoritário, o Ministro Celso de Mello, firmado no conteúdo dos tratados internacionais, foi contundente em sustentar que os tratados de direitos humanos devem ocupar a mesma hierarquia conferida às normas constitucionais. A supralegalidade ficaria adstrita aos tratados internacionais comuns.

As ponderações do Ministro têm amparo legal no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal que, a exemplo do número 22 do artigo 75 da Constituição da Nação Argentina, coloca os tratados internacionais como fontes complementares dos direitos expressos pela Constituição.

Se os tratados internacionais de direitos humanos complementam os direitos elencados na Constituição Federal, devem ocupar o mesmo nível na escala normativa. É essa a exigência do parágrafo 2º do seu artigo 5º.

Por meio do referido dispositivo, confere-se aos tratados internacionais de direitos humanos o *status* de normas constitucionais, fazendo com que venham a integrar o bloco de constitucionalidade brasileiro.

Consoante a noção proposta por Manuel Eduardo Góngora Mera, tem-se como bloco de constitucionalidade o conjunto de normas que, perante o ordenamento jurídico interno, ocupam hierarquia constitucional²⁵.

O voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, construído sobre a redação contida no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, sustentando a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos e inserindo-os no bloco de constitucionalidade, segue na linha da tese de doutoramento de Flávia Piovesan:

Ora, ao prescrever que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais”, a *contrario sensu*, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Este processo de inclusão implica na incorporação pelo texto constitucional desses direitos.

Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja, a hierarquia de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Esta conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do texto,

²⁵ **El bloque de constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad.** Disponível em: <http://www.nmrz.de/wp-content/uploads/2009/11/Bloque_Constitucionalidad_Argentina_impunidad.pdf>. Acesso em 07 out. 2010.

especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional²⁶.

Da mesma forma, encontra assento na tese de doutoramento de Valerio de Oliveira Mazzuoli que, com fundamento no mesmo parágrafo, confere a todos os tratados de direitos humanos o *status* de normas constitucionais²⁷. É sobre essa noção, aliás, que constrói toda a sua teoria sobre o *controle de convencionalidade*, abordada nos itens subsequentes.

Evidentemente, o posicionamento minoritário sustentado pelo Ministro Celso de Mello não ficou ileso de críticas.

O Ministro Gilmar Mendes, quando da explicação dos votos proferidos nos Recursos Extraordinários 349.703-1 e 466.343-1 demonstrou a sua preocupação quanto ao Supremo Tribunal Federal conferir aos tratados de direitos humanos *status* que os equiparasse às normas constitucionais. Chamou a atenção para o risco de se gerar a *atomização* da Constituição Federal, inserindo os direitos nela previstos, tidos como paradigmas para a realização do controle de constitucionalidade, no universo vasto e indefinido dos direitos humanos.

Confessa, dirigindo-se à Ministra Ellen Gracie, que, em algumas circunstâncias, não se mostra apto a identificar um documento internacional como um tratado de direitos humanos. Essa dificuldade, certamente, acabará por impedi-lo de localizar o próprio parâmetro que servirá para condicionar as normas que lhes estariam subordinadas.

A Ministra Ellen Gracie que, no voto proferido no *Habeas Corpus* 87.585-8, compactuou com o posicionamento sustentado pelo Ministro Celso de Mello, havia assinalado que a doutrina e a jurisprudência são bastante claras quanto à definição dos tratados que veiculam direitos humanos. Assim, não vislumbra obstáculos intransponíveis ao atribuir-lhes o *status* de normas constitucionais.

Por sua vez, o Ministro Menezes Direito, de forma isolada, apresentou suas considerações no sentido de que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos somente admitem a prisão por infidelidade do depositário judicial.

O Ministro argumentava que a exclusão da prisão nessa hipótese acabaria por

²⁶ **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 75-76.

²⁷ “Com base neste dispositivo [parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal], que segue a tendência do constitucionalismo contemporâneo, sempre defendemos que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior. [...]”. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 22.

fragilizar a credibilidade do Poder Judiciário, admitindo ao depositário judicial frustrar a expectativa que o próprio Estado lhe depositara quanto à conservação do bem.

Ressaltou, na mesma medida, que o eventual reconhecimento da impossibilidade de se vir a impor a coerção física determinada pela prisão civil ao depositário judicial importaria a revogação do verbete 619 da Súmula do Supremo Tribunal Federal²⁸.

Os debates sobre o ponto levantado pelo Ministro Menezes Direito acabaram por aprofundar-se, sendo que, no *Habeas Corpus* 92.566-9, o Supremo Tribunal Federal decidiu revogar o verbete 619, encerrando as discussões sobre a possibilidade de aplicação da prisão civil àquele que, na condição de depositário, não desempenhe da forma devida o múnus de preservar o bem que lhe fora conferido.

Em síntese, a análise dos quatro acórdãos selecionados permite apontar duas conclusões: a primeira dirige-se à constatação da abertura da jurisprudência aos influxos dos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil seja parte; a segunda constata a atrofia da jurisprudência brasileira que, quando comparada à da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, ainda reluta em conferir *status* constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, mesmo quando o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal assim o exige.

Quanto à primeira conclusão, é preciso ter a sensibilidade de perceber a modificação da própria fundamentação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Enquanto a argumentação disposta no *Habeas Corpus* 72.131-1, afastando a prisão do depositário infiel, estava encorpada, unicamente, nas disposições da legislação nacional, a proferida nos quatro acórdãos abordados passa amparar-se em normas de direitos humanos, firmadas perante a comunidade internacional.

Essa dinâmica denota uma nítida influência do transconstitucionalismo, haja vista todos os Estados signatários dos tratados de direitos humanos manifestarem a inclinação de incorporá-los ao seu direito nacional, influenciando-se mutuamente, respeitadas as particularidades dos ordenamentos de cada um deles.

O avanço em admitir a abertura da jurisprudência ao ordenamento internacional é, no entanto, freado pelo descompasso gerado pela hierarquia supralegal conferida pelo Supremo Tribunal Federal aos tratados de direitos humanos.

Ao contrário da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina que, quando do

²⁸ O Enunciado 619 do Supremo Tribunal Federal contava com a seguinte redação: “[...] A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”.

juízo do caso Ekmekdjian, Miguel Ángel v. Sofovich, Gerardo y otros, Fallos 315:1492, colocou-se à frente do monismo nacionalista disciplinado pelo artigo 31 da Constituição da Confederação Argentina, o Supremo Tribunal Federal está aquém da expectativa de sua Constituição Federal. Despreza o avanço do parágrafo 2º de seu artigo 5º, que confere ao Poder Judiciário o instrumento do *controle de convencionalidade*, para adotar o acanhado *controle de supralegalidade*, referido, na seara fiscal, pelo artigo 98 do Código Tributário Nacional.

Considerando todos os argumentos até agora apresentados e adotando-se o posicionamento expressado pelo Ministro Celso de Mello nos votos proferidos nos Recursos Extraordinários 349.703-1 e 466.343-1 e no *Habeas Corpus* 87.585-8, confere-se aos tratados internacionais de direitos humanos o *status* de normas constitucionais e aos demais a hierarquia supralegal. Só assim tornar-se-á possível implementar o controle de convencionalidade no Brasil, nos moldes formulados por Valerio de Oliveira Mazzuoli.

Espera-se, ainda, que o transconstitucionalismo continue a influenciar a jurisprudência brasileira a fim de que, no futuro, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal seja consonante com tutela jurídica da convencionalidade viabilizada pela Constituição Federal.

4. HIERARQUIA E CONTROLE

Como enunciado no início, a posição hierárquica ocupada pela norma dentro do ordenamento jurídico determina a amplitude do controle que exerce sobre as que lhe são subjacentes. Assim, quanto mais próxima a norma se encontra do ápice da pirâmide normativa, maior será o número daquelas condicionadas por ela.

Partindo desse pressuposto, Valerio de Oliveira Mazzuoli²⁹ enumera quatro formas de controle: o de legalidade, o de supralegalidade, o de constitucionalidade e o de convencionalidade.

O controle de legalidade é o que se processa no patamar hierárquico mais próximo da base da pirâmide normativa. É o que busca aferir a adequação de um decreto à lei que lhe confere fundamento de validade.

A relação de subordinação do decreto à lei conta, inclusive, com previsão constitucional. É o que denota o inciso IV, última parte, do artigo 84 da Constituição

²⁹ **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 110-111.

Federal³⁰, conferindo ao Presidente da República a competência privativa para expedir decretos e regulamentos para a fiel execução da lei.

Embora o dispositivo distinga *decretos* e *regulamentos* é importante lembrar, adotando o entendimento de Michel Temer³¹, que os regulamentos também são veiculados por meio de decretos, dando ensejo aos denominados *decretos regulamentares*.

Assim como a *sentença* é o ato próprio por meio do qual se expressa o Poder Judiciário em primeira instância, o *decreto* é o instrumento disponibilizado para a manifestação do Poder Executivo, podendo veicular, em seu conteúdo, regulamentos.

Vencida essa primeira espécie, à medida que o foco do controle implementado pela norma subordinante em relação à subordinada se afasta da base da pirâmide normativa e caminha para o seu topo, tem ensejo o controle de suprallegalidade.

Como já observado, o controle de suprallegalidade é o que se encontra vinculado aos tratados internacionais comuns, normas estas que se colocam num patamar hierárquico superior ao ocupado pelas leis infraconstitucionais, mas que se subordinam à Constituição Federal.

Por sua vez, de conformidade com as disposições seu artigo 5º, parágrafo 2º, o ápice da pirâmide normativa brasileira é ocupado pela Constituição Federal, acompanhada dos tratados internacionais de direitos humanos. Ambos se inserem no mais elevado dos estamentos.

A Constituição Federal, dentro dessa dinâmica, é o documento que condiciona todas as demais normas do direito interno, pois nela buscam, de forma imediata, seu fundamento de validade. É esta construção normativa que dá ensejo ao controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade desenvolve-se nos planos *preventivo* e *repressivo*.

Quando empregado no plano preventivo, tem como finalidade impedir que “[...] alguma norma maculada pela eiva da inconstitucionalidade ingresse no ordenamento jurídico [...]”³².

Uma vez inserida no ordenamento jurídico, a norma se sujeita ao controle repressivo de constitucionalidade. Este objetiva removê-la a fim de restabelecer a compatibilidade hierárquica entre as normas que o integram.

No plano repressivo, o controle das inconstitucionalidades pode se dar por três meios distintos: o difuso, o das ações genéricas e o das ações interventivas. Enquanto a ação direta

³⁰ “Art. 84. Compete privativamente ao presidente da República: [...] IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução [...]”.

³¹ **Elementos de direito constitucional**. 14. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 156.

³² MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 4. ed. rev. amp. São Paulo: Atlas, 1998. p. 491.

de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão dão ensejo ao controle realizado por meio das ações genéricas, a intervenção federal, regulada pelos artigos 34 e seguintes da Constituição Federal, permite a realização do controle de constitucionalidade por meio das ações interventivas.

A última modalidade, o controle de convencionalidade, por sua vez, caracteriza-se como aquele direcionado à aferição da compatibilidade entre a legislação interna do Estado e os tratados de direitos humanos dos quais se coloca como signatário. Merecem destaque, nesse ponto, as palavras de Valerio de Oliveira Mazzuoli:

Falar em controle da *convencionalidade* significa falar em compatibilidade vertical das normas de direito interno com as convenções internacionais de *direitos humanos* em vigor no país. Significa, também, falar em técnica *judicial* de compatibilização vertical das leis com tais preceitos internacionais de direitos humanos (Grifo do autor)³³.

Como o excerto transcrito evidencia, a utilização da técnica do controle de convencionalidade refere-se à aferição da compatibilidade da legislação subjacente ao paradigma representado pelos tratados internacionais de direitos humanos. Em hipótese alguma abrange os tratados internacionais comuns. A estes se reserva o controle de supralegalidade³⁴.

Da definição extraída da obra de Valerio de Oliveira Mazzuoli identifica-se, ainda, que a expressão *controle de convencionalidade* está vinculada às técnicas judiciais que dão ensejo à compatibilização vertical das leis com os tratados internacionais de direitos humanos.

Essas técnicas buscam inspiração na forma com que se dinamiza o controle de constitucionalidade e determina as espécies por meio das quais tem ensejo o controle de convencionalidade.

5. DAS ESPÉCIES DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

A classificação do controle de convencionalidade, segundo Valerio de Oliveira Mazzuoli, tem seu ponto de partida na, por ele chamada, *teoria da dupla compatibilidade vertical*³⁵.

Por meio dela, sempre se baseando na hierarquia ocupada pela norma tida como

³³ O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 17.

³⁴ Ibid., p. 19.

³⁵ Ibid., p. 65.

parâmetro de controle no ordenamento nacional, estabelece dois limites. No primeiro aloca as normas que servem de parâmetro para a realização dos controles de constitucionalidade e de convencionalidade³⁶. O segundo limite é o que encampa os tratados internacionais comuns, por meio dos quais se promove o controle de suprallegalidade³⁷.

O controle de legalidade, referente à aferição de compatibilidade entre o decreto e a lei que operacionaliza, não compõe a teoria da dupla compatibilidade vertical.

O primeiro ponto a ser registrado é o de que o controle de suprallegalidade sempre se apresentará na forma difusa³⁸, estabelecendo uma relação de prejudicialidade com o objeto principal da demanda. Assim, para que aprecie o pedido principal, impõe-se ao julgador, previamente, manifestar-se a respeito da violação do tratado internacional tradicional.

Nessa linha de pensamento, serve de exemplo o enunciado número 20³⁹ da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: no Brasil, para que se reconheça a isenção ao imposto sobre a circulação de mercadorias importadas de país que conceda o mesmo benefício tributário ao similar nacional e que seja signatário do Acordo Geral de Tarifas e Comércio, GATT, é preciso que, previamente, o Poder Judiciário, em sede de controle de suprallegalidade, manifeste-se a respeito da lei que instituiu o tributo.

Se o segundo limite somente se apresenta na forma difusa, o primeiro, quando se referir ao controle de constitucionalidade, apresentar-se-á, invariavelmente, nas formas difusa e concentrada. O controle de constitucionalidade, como referido anteriormente, admite, ainda, a utilização das ações interventivas.

O ponto fundamental deste tópico reside, no entanto, no controle de convencionalidade, segunda modalidade inserida no primeiro limite da teoria do controle de dupla verticalidade material. Esta sempre se apresentará na forma difusa e, eventualmente, poderá se manifestar na forma concentrada⁴⁰.

Até o dia 08 de dezembro de 2004, data da entrada em vigor da Emenda

³⁶ Ibid., p. 65 e 115.

³⁷ Ibid., p. 130.

³⁸ Ibid., p. 113.

³⁹ Prevê o enunciado número 20 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: “A mercadoria importada de país signatário do GATT é isenta do ICM, quando contemplado com esse favor o similar nacional”.

⁴⁰ Até a presente data, mês de março do ano de 2013, somente a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência preenche os requisitos necessários para admitir os controles difuso e concentrado de convencionalidade. Assim se dá porque é o único tratado internacional de direitos humanos aprovado por meio do procedimento descrito no parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal. Informação obtida mediante consulta ao sítio mantido pela Presidência da República Federativa do Brasil na *Internet*. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/internacional/tratados-equivalentes-a-emendas-constitucionais-1#content>>. Acesso em: 12 mar. 2013.

Constitucional número 45, que inseriu o parágrafo 3º⁴¹ no artigo 5º da Constituição Federal, o Brasil só contava com o controle difuso de convencionalidade.

Fundamentado no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, o controle difuso de convencionalidade, a exemplo do difuso de constitucionalidade, é aquele que se encontra espreado pelos diversos órgãos do Poder Judiciário. Pode ser realizado por qualquer dos seus órgãos e sempre se manifesta por meio de uma relação de prejudicialidade.

Como se comprovou nos votos proferidos pelo Ministro Celso de Mello quando do julgamento dos Recursos Extraordinários 379.703-1 e 466.343-1, impôs-se o prévio reconhecimento da inconveniência do Decreto-Lei 911, de 1. de outubro de 1969, em face da Convenção Americana sobre Direitos Humanos para, em seguida, afastar do devedor que não conservou o bem adquirido por meio de contrato de alienação fiduciária, a ameaça da prisão civil.

O controle de convencionalidade difuso é exercido porque o conteúdo dos tratados de direitos humanos confere-lhes o *status* de normas constitucionais, incorporando-os ao bloco de constitucionalidade brasileiro.

Se os tratados de direitos humanos veiculam direitos de conteúdo idêntico ao dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, devem contar com os mesmos mecanismos jurisdicionais de proteção.

Esse mínimo necessário para a preservação da hierarquia do bloco de constitucionalidade se manifesta por meio dos controles difusos de constitucionalidade e de convencionalidade.

Com o advento da Emenda Constitucional número 45, de 08 de dezembro de 2004, o Poder Constituinte Derivado agregou uma nova espécie ao controle de convencionalidade. Trata-se da modalidade concentrada.

Se o controle difuso de convencionalidade baseia-se no *conteúdo* dos tratados internacionais de direitos humanos, o controle concentrado toma como base a *forma* que lhes é conferida pelo parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal.

Considerando os termos do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, o Congresso Nacional, por ato discricionário, pode vir a submeter um determinado tratado de direitos humanos à aprovação. Para tanto, deverá obter a maioria qualificada de três quintos em cada uma das suas Casas. Finalizado esse processo, passará a equivaler às emendas

⁴¹ “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”.

constitucionais.

Note-se que o procedimento contido no parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal não modifica o conteúdo do tratado internacional de direitos humanos submetido à aprovação por ato de mera deliberalidade do Congresso Nacional. O procedimento descrito apenas agrega ao documento o requisito formal do quórum exigido para a aprovação das emendas constitucionais.

É por essa razão que o procedimento descrito no dispositivo introduzido pela Emenda Constitucional número 45, de 04 de dezembro de 2004, é o mesmo que o parágrafo 2º do artigo 60⁴² da Constituição Federal disciplina.

Até esta data, mês de março do ano de 2013, o único tratado internacional de direitos humanos a receber o requisito formal da equivalência às emendas constitucionais, uma vez que aprovado na forma do mencionado parágrafo 3º, é a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência⁴³. Porque cumula o *status* de norma constitucional e a equivalência às emendas constitucionais, se tomada como parâmetro de controle de convencionalidade, é a única que dá suporte para todas as suas espécies, controle difuso e concentrado.

É importante frisar que o acréscimo da equivalência às emendas constitucionais não faz com que os tratados de direitos humanos desfaçam-se do *status* de normas constitucionais, haja vista não sofrerem qualquer alteração em seu conteúdo.

Mesmo que gozem da equivalência às emendas constitucionais, os tratados de direitos humanos continuam aptos a gerar o controle difuso de convencionalidade.

Entretanto, quando passam a equivaler às emendas constitucionais, os tratados de direitos humanos passam a dispor de todo o instrumental jurídico disponibilizado para a proteção das normas constitucionais, isso inclui as ações genéricas.

Os tratados de direitos humanos aprovados por meio do procedimento disposto no parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal agregam o requisito formal da equivalência às emendas constitucionais. Em razão dele, passam a admitir o ajuizamento das ações genéricas de controle de convencionalidade. Surgem, assim, a ação direta de inconvenção, a ação declaratória de convencionalidade, a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental que toma como parâmetro de controle um tratado

⁴² O parágrafo 2º do artigo 60 da Constituição Federal conta com a seguinte redação: “A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros”.

⁴³ A aprovação se deu por meio do Decreto 186, de 09 de julho de 2008. BRASIL. Decreto Legislativo número 186, de 09 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. BRASIL. **Biblioteca digital do Senado Federal**. Disponível em: < <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/99423>>. Acesso em 12 mar. 2013.

internacional de direitos humanos e a ação direta de inconvenção por omissão.

Como registra Valerio de Oliveira Mazzuoli⁴⁴, a equivalência às emendas constitucionais faz com que o controle de convencionalidade *empréste* a sistemática disposta no ordenamento jurídico para a realização do controle de constitucionalidade. Assim, para citar um exemplo, o ajuizamento da ação direta de inconvenção se faz por meio dos legitimados do artigo 103⁴⁵ da Constituição Federal.

Por fim, resta aferir sobre a possibilidade de aplicação da ação interventiva para a realização do controle de convencionalidade. Ressalte-se que Valerio de Oliveira Mazzuoli não se reportou a essa possibilidade em seu estudo. Todavia, respeitada a sua natureza jurídica, parece ser admissível falar-se em uma ação interventiva de inconvenção.

Segundo Heloísa da Silva Krol⁴⁶, as ações interventivas caracterizam-se como um mecanismo de fiscalização *concreta e concentrada* de constitucionalidade, fazendo com que se encontrem cumuladas as peculiaridades dos controles difuso e concentrado.

A fiscalização concreta se manifesta diante da necessidade de o Poder Judiciário apreciar a violação dos pressupostos materiais da intervenção, arrolados nos incisos do artigo 34 da Constituição Federal. Essa operação, inevitavelmente, far-se-á no plano fático, como ocorre com o controle difuso.

Por sua vez, a forma concentrada decorre da particularidade de que, nos termos dos três incisos do artigo 36 da Constituição Federal, o julgamento do pedido de intervenção se coloca como tarefa a ser empreendida, exclusivamente, pelo Supremo Tribunal Federal.

Em momento algum, a ação interventiva conduz ao efeito abstrato inerente às ações genéricas de controle de constitucionalidade, o qual as desvincula da apreciação de qualquer fato surgido no meio social. Se assim se dá, por evidente, dispensa-se o procedimento contido no parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal para a sua realização. Basta, portanto, que o tratado internacional de direitos humanos esteja integrado no bloco de constitucionalidade brasileiro.

Essas características fazem com que o *status* de norma constitucional se coloque

⁴⁴ **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 124-125.

⁴⁵ “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. [...]”

⁴⁶ Considerações sobre a ação direta interventiva e a proteção dos direitos fundamentais. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 11, p. 87-96, jan./mar. 2003. p. 88-89.

como o único pressuposto necessário para a realização do controle de convencionalidade por meio das ações interventivas. Aliás, a preservação dos direitos da pessoa humana se impõe, ao mesmo tempo, como um dos princípios constitucionais sensíveis⁴⁷ e como o elo de ligação entre as ações interventivas e o bloco de constitucionalidade brasileiro, que sempre é reforçado pelos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário.

Considerando toda a descrição efetuada, é possível concluir esse item com duas ponderações. A primeira é a de que o *status* de normas constitucionais, fundamentado no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, garante a preservação dos tratados de direitos humanos através do controle de convencionalidade difuso e das ações interventivas convencionais. O segundo apontamento diz respeito aos conseqüências da equivalência dos tratados de direitos humanos, requisito formal que lhes é atribuído por meio do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal: através dele lhes é admitida a proteção viabilizada por meio das ações genéricas de controle de convencionalidade que, como no controle difuso, pautam-se pelas mesmas características das de controle de constitucionalidade.

6. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E TRANSCONSTITUCIONALISMO

A teoria do transconstitucionalismo, proposta por Marcelo Neves⁴⁸, permite a análise concomitante de múltiplas esferas sistêmicas, ligadas por uma característica comum, sem que se tenha a pretensão de hierarquizá-las. As influências de uma sobre a outra decorre do mero contato entre essas esferas e da própria opção de cada uma delas de se ver modificada, aproximando-se das características das demais.

Às características que lhes são comuns, Marcelo Neves atribui o nome de *pontes de transição*⁴⁹.

Através do transconstitucionalismo é possível perceber que diversas esferas que se desenvolvem de forma independente possuem um ponto de contato que as aproxima.

Esse ponto de contato permite que se estabeleça um *raciocínio transversal*, capaz de ligá-las e de conferir-lhes aprimoramentos realizados de forma concomitante⁵⁰.

Durante toda a análise empreendida por meio deste artigo, quatro esferas diferentes e independentes se mostraram constantes, apresentando os seus avanços e as suas dificuldades:

⁴⁷ A afirmação tem fundamento na alínea *b* do inciso VII do artigo 34 da Constituição Federal: “Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: [...] b) direitos da pessoa humana [...]”.

⁴⁸ **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. IXX-XXV.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 288.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 50-51.

a) as duas últimas constituições argentinas; b) a jurisprudência da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina quanto à hierarquia ocupada pelos tratados internacionais de direitos humanos; c) a Constituição Federal brasileira e d) a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao posicionamento ocupado pelos tratados internacionais de direitos humanos no escalonamento normativo brasileiro.

O ponto comum que uniu essas quatro esferas, permitindo o estabelecimento do raciocínio transversal, foi a proteção dos direitos humanos.

Do estudo realizado, duas constatações tornaram-se evidentes. A primeira é a de que a jurisprudência argentina se mostra mais inclinada à preservação dos direitos humanos que a brasileira. Enquanto o artigo 31 da Constituição da Confederação Argentina, por meio da adoção da vertente nacionalista da teoria monista de interação entre os ordenamentos nacional e internacional limitava a aplicação imediata dos tratados internacionais de direitos humanos às relações firmadas no plano interno, a jurisprudência, assentada na ideia de responsabilidade internacional, da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, admitiu, no caso Miguel Ángel Ekmekdjian, Gerardo Sofovich e outros, a aplicação direta da Declaração Americana sobre Direitos Humanos no plano interno.

A guinada da jurisprudência argentina fez com que o número 22 do artigo 75 da Constituição da Nação Argentina, promulgada em 1994, abandonasse a vertente nacionalista para adotar, com parcimônias, a internacionalista da teoria monista.

O Brasil, por sua vez, desde o ano de 1988, tem o seu bloco de constitucionalidade aberto aos influxos dos tratados internacionais de direitos humanos. O parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal confere a qualquer documento dessa natureza, quando tenha o Brasil como signatário, o *status* de normas constitucionais, viabilizando-lhe a condição de paradigma do controle de convencionalidade.

No entanto, adotando posição acanhada, a jurisprudência brasileira recente, datada do ano de 2008, reluta em conferir aos tratados internacionais de direitos humanos o *status* de normas constitucionais que lhes é garantido pela própria Constituição Federal.

O tratamento que o Supremo Tribunal Federal defere, nesse contexto, aos valores elevados contidos nos tratados de direitos humanos é o mesmo que o artigo 98 do Código Tributário Nacional atribui aos tratados de conteúdo fiscal: o da suprallegalidade.

Enquanto a Argentina, no caso Julio Lilo Mazzeo e outros, de 1996, já trazia para a seara jurisprudencial a obrigação de o Estado implementar o controle de convencionalidade, o Supremo Tribunal Federal, até o ano de 2008, negava aos tratados de direitos humanos o *status* de normas constitucionais, pressuposto material para a implementação do referido

controle.

Se a jurisprudência brasileira precisa absorver a ideia de responsabilidade internacional, pulsante nos julgamentos da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, a Constituição da Nação Argentina esbarra na necessidade de ver implementada, em seu texto, a abertura proporcionada pela brasileira. Só assim disporá do instrumental jurídico necessário para ver sedimentada jurisprudência orientada pela responsabilidade internacional.

Essa afirmação decorre do fato de que, no Brasil, a incorporação dos tratados de direitos humanos em seu bloco de constitucionalidade se faz de forma automática, bastando que o Estado assuma a condição de signatário; na Argentina, essa implementação só ocorre quando, após o Estado tornar-se parte no tratado internacional de direitos humanos, seja o documento aprovado por maioria qualificada de dois terços em cada uma das Câmaras do Congresso. Esse disparate torna-se evidente quando o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira é confrontado com o número 22 do artigo 75 da Constituição da Nação Argentina.

Assinale-se, por fim, que toda a análise empreendida entre as esferas que compõem os dos Estados se fez sob o enfoque do mesmo documento internacional: a Declaração Americana sobre Direitos Humanos.

Essa opção faz com que as conclusões obtidas resultem das peculiaridades internas de cada Estado ou, numa visão pormenorizada, de cada uma das quatro esferas tomadas como parâmetro de estudo.

Procurou-se, por esse método, respeitar a individualidade de cada esfera, sem a pretensão de hierarquizá-las.

Ademais, não se pode perder de vista que a Argentina e o Brasil são parceiros no Mercado Comum do Sul, Mercosul, e, certamente, assumem grande responsabilidade para o seu desenvolvimento.

Para que essa união alcance o seu pleno desenvolvimento, exigir-se-á que o Brasil e a Argentina dispensem um tratamento mais uniforme aos direitos humanos, especialmente, aos tratados que os veiculam.

Para tanto, será importante que a jurisprudência brasileira aprenda a coordenar-se com o senso de responsabilidade preconizado pela argentina. Da mesma maneira, a Constituição da Nação Argentina deve deparar-se com a importância de se abrir, com maior efetividade, aos influxos dos tratados de direitos humanos.

É com essa interação entre todas as esferas analisadas que, coordenando-as, finalmente será possível alcançar o pleno desenvolvimento dos direitos humanos nos dois

Estados e, quiçá, na America Latina.

REFERÊNCIAS

KROL, Heloísa da Silva. Considerações sobre a ação direta interventiva e a proteção dos direitos fundamentais. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 11, p. 87-96, jan./mar. 2003.

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

MERA, Manuel Eduardo Góngora. **El bloque de constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad**. Disponível em: <http://www.nmrz.de/wp-content/uploads/2009/11/Bloque_Constitucionalidad_Argentina_impunidad.pdf>. Acesso em 07 out. 2010.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 4. ed. rev. amp. São Paulo: Atlas, 1998.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2002.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 14. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 1998.