

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

ELISAIDE TREVISAM

IRANICE GONÇALVES MUNIZ

MARIA DE FATIMA DE CASTRO TAVARES MONTEIRO PACHECO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito internacional dos direitos humanos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Elisaide Trevisan; Iranice Gonçalves Muniz; Maria De Fatima De Castro Tavares Monteiro Pacheco – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-479-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Liberdade. 3. Constituição. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal)..

CDU: 34



Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia



VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

Apresentação

Dentre as várias reflexões tratadas no Grupo de Trabalho Direito Internacional dos Direitos Humanos II, que ocorreu no VII Encontro Internacional do CONPEDI, na Universidade do Minho (UMinho), na cidade de Braga, em Portugal, foi levantada a necessidade de discutir-se o estupro como crime de guerra no âmbito internacional em período de guerra. Após um levantamento das situações de estupro vivenciadas em vários conflitos internacionais, principalmente na África, concluiu-se que a prática de tal crime assume contornos de dominação e de humilhação mais do que por motivações de ordem sexual em si mesmas. Ficou registrado que no âmbito interno os Estados devem prever e tipificar os crimes atentatórios da dignidade humana, nomeadamente aqueles que atentam contra a integridade sexual dos cidadãos – situação especialmente gravosa no quadro da república do Brasil. Quanto à problemática da universalização dos Direitos Humanos, buscou-se elucidar a dificuldade da legitimação da perspectiva ocidental na conceptualização desses direitos. Com efeito, os problemas da diversidade cultural e religiosa implicam questionar a imposição de um direito universal. A busca de uma solução dos dissensos mediante o balanceamento entre o respeito pelas identidades e o respeito incondicional da dignidade humana, que está na base de todos os direitos humanos e na base de qualquer organização política, deve a dignidade da pessoa humana ser o valor-limite contra as situações de aniquilação existencial e vivencial do ser humano, pois ela tem um valor próprio que baseia o princípio antropológico inerente a todos os direitos fundamentais e humanos. Deve, portanto, a dignidade humana ser o bem jurídico específico que exige respeito e proteção universal. Sobre a justiça indígena em países da América Latina, foi feito um percurso sobre o poder judiciário e o sistema carcerário na América Latina, propondo-se um combate ao sistema da ditadura de privilégio questionando-se como o estado de coisas inconstitucionais pode mudar o sistema carcerário e a mentalidade social sobre tal sistema e, no que tange a situação desumana nas prisões brasileiras, se fez referência às necessidades de reformas para humanizar o sistema atual. Com o avanço da crise migratória na União Europeia, delimitou-se, como objeto de reflexão, as implicações das medidas adotadas pela União Europeia (UE) sobre os Direitos Humanos dos indivíduos. Sendo certo que a solidariedade humana implica que a protecção dos refugiados esteja ligada à protecção internacional dos Direitos Humanos, refletiu-se sobre a proibição das expulsões coletivas, prevista no art. 4.º da CEDH, e o princípio da “não-repulsão”, o que demonstra que a União Europeia honra os compromissos decorrentes do Direito Internacional e está vinculada aos direitos fundamentais, tal como consignados na

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Sob um outro aspecto dos Direitos Humanos, foi discutido o tema da tradição, cultura e civilização, analisando as premissas religiosas que formam a cosmovisão da cultura judaico-cristã. Ainda que afirmando que os direitos fundamentais devem ser intrinsecamente neutros, sustentou-se que os preceitos cristãos fundamentaram os princípios consagrados na Declaração Universal dos Direitos do Humanos, de 1948, e os direitos consignados no Pacto de Direitos Civis e Políticos, de 1966. Sendo a liberdade de religião uma liberdade negativa que consiste em professar ou não uma religião ou mudar de religião, tal significa que tal liberdade é uma liberdade de defesa frente ao Estado. A liberdade religiosa sob a visão da União Europeia foi situada na complexidade do cosmopolitismo e nas consequências da supressão de fronteiras europeias sobre os direitos fundamentais, em especial sobre o exercício da liberdade religiosa. Mencionando que a liberdade religiosa tem por fonte o art. 9.º, n.º 1, da CEDH e as tradições constitucionais comuns dos Estados-membros da União Europeia e partindo do fato que a proteção na União Europeia deve ser pelo menos igual à garantida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, se trata de um direito pessoal universal.

Diante das necessárias e relevantes reflexões apresentadas nos artigos desse livro, o que deve ser salientado é que se trata de assuntos que são bases para a construção de um novo pensamento sobre o Direito Internacional dos Direitos Humanos, indispensáveis para a busca de uma vivência mais justa e democrática. Os artigos aqui apresentados tem o escopo de auxiliar os leitores e pesquisadores a estarem atentos, de forma dinâmica, às problemáticas enfrentadas na área dos Direitos Humanos.

Boa leitura a todas e a todos!

Profa. Dra. Elisaide Trevisan (EPD e UNINOVE)

Profa. Dra. Maria de Fatima De Castro Tavares Monteiro Pacheco (UMinho)

Profa. Dra. Iranice Gonçalves Muniz (Centro Universitário de João Pessoa)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE VERSUS CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE - ANÁLISE CONSTITUCIONAL E SUAS
PECULIARIDADES EM RELAÇÃO AOS TRATADOS INTERNACIONAIS**

**CONTROL OF CONVENTIONALITY VERSUS CONTROL OF
CONSTITUTIONALITY - CONSTITUTIONAL ANALYSIS AND ITS
PECULIARITIES WITH REGARD TO THE INTERNATIONAL TREATIES**

Andressa Dias Aro ¹
Sérgio Tibiriçá Amaral ²

Resumo

O presente artigo científico proporciona um estudo a respeito do direito internacional de direitos humanos, tratados internacionais de modo geral, bem como dois controles, sendo eles o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade. O principal foco desse trabalho é mostrar a diferença de entendimento entre a Suprema Corte e o entendimento doutrinário a respeito da aplicabilidade do controle de convencionalidade. Para tanto, possui respaldo jurídico constitucional e em doutrina nacional e estrangeira.

Palavras-chave: Tratados internacionais, Direitos humanos, Controle de convencionalidade, Controle de constitucionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

This scientific article provides a study on international human rights law, international treaties in general, as well as two controls, such as Constitutionality Control and Conventional Control. The main focus of this work is to show the difference of understanding between the Supreme Court and the doctrinal understanding regarding the applicability of conventionality control. For this, use as support in Constitution and justify with base on legal scholars national and foreign.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: International treaties, Human rights, Conventional control, Constitutionality control

¹ Graduação de bacharel em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE-Bauru (2015); Mestranda em Direito na área de concentração “Sistema Constitucional de garantias de Direitos” – ITE-Bauru; Advogada.

² Doutor em Sistema Constitucional de Garantias pela ITE 2011. Coordenador de Direito - Antônio Eufrásio Toledo. Membro fundador da Associação Mundial de Justiça Constitucional e Asociacion Colombiana Derecho Processal Constitucional.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como principal objetivo trazer ao conhecimento, a análise de que tanto o controle de convencionalidade, com o controle de constitucionalidade, devem andar juntos servido como instrumentos de validação normativa.

Quanto aos aspectos metodológicos de pesquisa, foi utilizado o método dedutivo de pesquisa, partindo de um estudo amplo e genérico até chegar ao foco principal do estudo.

Buscou-se por meio de pesquisas bibliográficas em obras nacionais e estrangeiras algumas definições dentro do recorte desejado.

Iniciamos o estudo pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, através do seu histórico, conceitos e preocupação da comunidade internacional em proteger os Direitos Humanos.

Mostrou ainda como a expansão dos direitos humanos se tornou necessária, pontuando a Segunda Grande Guerra Mundial como ponto crucial que rompeu com as bases do direito humano, fazendo com que eles adquirissem importância internacional.

Como consequência dessa expansão trouxemos então dissipação de vários tratados internacionais de proteção a esses direitos muito importantes para a manutenção da dignidade da espécie humana.

Em seguida explicamos o que é um tratado internacional, como é formado, quem pode fazê-lo e suas fases de elaboração, que foram esmiuçados, bem como trazemos a tona a questão da hierarquia entre os tratados que versem sobre direitos humanos, que não é algo novo, pois o Código Tributário Nacional do Brasil coloca os tratados dessa natureza na condição de superiores às leis ordinárias.

Dando sequência ao estudo científico, apresentamos as formas de controle constitucional, focando o estudo mais especificadamente em dois, sendo eles, o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade.

O controle de convencionalidade nasce na Europa, mas em termos de Organização dos Estados Americanos é algo bastante recente com o caso *Almonacid Arelhano Vs. Chile* (A Última Tentação de Cristo) e a Opinião Consultiva n. 14 formulada sobre o Poder Originário do Peru, sob a presidência de Alberto Fujimori criar a pena de morte. Por isso no primeiro capítulo busca-se discorrer sobre a criação

do direito internacional dos direitos humanos que tem papel importante no controle.

Ambos os controles foram estudados e apresentados pormenorizadamente de forma individualmente elencando suas peculiaridades, importâncias e finalidades bem como os critérios adotados no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim trazemos a tona a grande discussão que norteia o entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação ao Controle de Convencionalidade aplicado aos tratados internacionais de forma geral e em especial, aos tratados internacionais de direitos humanos, que foram explanados.

2 DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

O Direito Internacional dos Direitos Humanos é um assunto relativamente recente na história do direito internacional, uma vez que se intensificou pós Segunda Guerra Mundial (1939-1945), em decorrência principalmente pelas atrocidades cometidas em período de guerra e do nazismo, bem como as violações cometidas pelos japoneses, que ensejaram a criação de dois tribunais “ad hoc”, o de Nuremberg e o de Tóquio, com apoio das Nações Unidas.

A maior preocupação desse direito é a comunidade internacional, preservando o Direito Humanitário dos povos, o que consequentemente colocou limites à autonomia dos Estados perante os conflitos, embora a criação da Cruz Vermelha tenha sido o primeiro momento no qual se pensou que mesmo nos conflitos armados haveria necessidade de algumas regras, como colocar a salvo os hospitais e a população civil.

É claro que toda essa repercussão não começou por acaso, a proporção que os direitos humanos estava tomando, foi tamanha que se estendeu ao direito internacional, tendo como enfoque a proteção também da dignidade da pessoa humana.

Flávia Piovesan (206, p.117) explica esse momento histórico e a necessidade da expansão dos direitos humanos para a seara internacional:

Nesse contexto, desenha-se o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar sua reconstrução.

A necessidade de uma ação internacional mais eficaz para a proteção dos direitos humanos impulsionou o processo de internacionalização desses direitos, culminando na criação da sistemática normativa de proteção internacional.

O processo de internacionalização dos direitos humanos – que, por sua vez, pressupõe a delimitação da soberania estatal – passa, assim, a ser uma importante resposta na busca da reconstrução de um novo paradigma, diante do repúdio internacional às atrocidades cometidas no holocausto.

Pois bem, o povo começou a refletir que todos os atos cometidos, todas as atrocidades e atitudes sanguentas fizeram perder a essência do ser humano o tornando apenas coisas, momento em que a dignidade humana foi deixada de lado, levando a humanidade a um fracasso generalizado.

Todavia, foi após esse acontecimento histórico, Segunda Grande Guerra Mundial, que as bases do direito humano se romperam, dando a ela importância internacional.

Leonardo Jun Ferreira Hidaka (2002, p.24-25) faz um reexame desse período expondo a ideia de que foi o momento para que os governos se responsabilizassem pelos seus atos.

Entendeu-se com o fim da Segunda Guerra Mundial que, se houvesse um efetivo sistema de proteção internacional dos direitos humanos, capaz de responsabilizar os Estados pelas violações por eles cometidas, ou ocorridas em seus territórios, talvez o mundo não tivesse tido que vivenciar os horrores perpetrados pelos nazistas, ao menos em tão grande escala

Esse Direito Internacional dos Direitos Humanos, foi de extrema importância que fez com que os Estados pensassem antes de tomar qualquer atitude que afrontasse a dignidade humana, já que com seu fortalecimento, os cidadãos passaram a ter tratamento diferenciados e caso alguém transgredissem as regras haveria como responsabiliza-los por isso.

Desta feita, e tendo uma noção de como surgiu o Direito Internacional dos Direitos Humanos, como poderíamos conceituá-lo ?

Nos utilizaremos de alguns doutrinadores para exemplificar seu significado. Iniciaremos a explanação com Dunshee Abranches (2004, p.25-26) vejamos a seguir:

[...] o conjunto de normas subjetivas e adjetivas do Direito Internacional que tem por finalidade assegurar ao indivíduo, de qualquer nacionalidade, inclusive apátrida, e independente da jurisdição em que se encontre, os meios de defesa contra os abusos e desvios de poder praticados por qualquer Estado e a correspondente reparação quando não for possível prevenir a lesão.

Para esse autor, o Direito Internacional dos Direitos Humanos reflete a importância da proteção dos indivíduos em geral como meio de defesa da sua própria dignidade, tudo isso previsto em um conjunto de normas.

Richard Bilder (2006, p.6) por sua vez, no mesmo sentido também conceitua esse direito como um conjunto de normas, porém o tratando como um sistema que prevê a proteção dos direitos humanos em um âmbito mundial, quando diz: “um sistema de normas, procedimentos e instituições internacionais desenvolvidos para implementar esta concepção e promover o respeito dos direitos humanos em todos os países, no âmbito mundial”.

De modo geral concordamos que a consolidação desse direito se deu pós Segunda Guerra Mundial e que é destinada a proteção dos direitos humanos, de qualquer cidadão independente de sua nacionalidade, cor, raça ou classe social.

Esse direito o qual tratamos defende e protege em sua essência a dignidade da pessoa humana, retirando a máscara de coisificação da espécie humana, devolvendo sua integridade.

Como consequência e necessidade, o desenrolar e aprimoração desse direito levaram a criação da Tratados Internacionais de Direitos Humanos que serão tratados no próximo tópico.

2.1 Tratados Internacionais de Direitos Humanos

Todos sabemos da existência de diversos tratados internacionais, que surgem com o fim de países exporem suas ideias e todos entraram em acordo através de seus consentimentos.

Entre os mais conhecidos a título de exemplo temos, em nível de Organização das Nações Unidas, a Carta Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, bem como os Pactos de Nova York, bem como outros tratados setoriais. No entanto, no âmbito regional há a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, bem como uma série de tratados no MERCOSUL, entre outros, que interferem na sociedade internacional.

Apenas a título de esclarecimento, é importante lembrar que não podemos confundir convenção com tratado, mas, podemos dizer que qualquer convenção é elaborada da forma mais similar possível ao do tratado e, por isso, enquadrados nessa

pesquisa a convenção a título de exemplo nos tratados.

Para darmos início ao nosso estudos vamos ao conceito de tratado internacional, que de forma ampla nada mais é do que um acordo entre os participantes da negociação para que todos desfrutem do texto formulado que dará vida a um tratado internacional.

Nas palavras de Eulálio do Nascimento e Silva e Hildebrando Accioly (1998, p. 23): “Por tratado entende-se o ato jurídico por meio do qual se manifesta o acordo de vontades entre duas ou mais pessoas internacionais.”

Ou seja, quando dois sujeitos internacionais possuem interesses semelhantes e entram em acordo desejando colocar os planos em um papel, fazem uma reunião e através de suas manifestações fazem um tratado seguindo todo o procedimento elaborativo.

O artigo segundo da Convenção sobre direitos dos tratados de 23 de maio de 1969 também preleciona a respeito da definição, segue *in verbis*:

Art. 2 -1. Para os fins da presente Convenção:

a) “tratado” significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica;

No mesmo sentido o artigo da Convenção acima elencado também trás um conceito, acrescentando que o acordo entre as partes (sujeitos internacionais) gera um instrumento de utilização de ambos.

Para tanto, é necessário que haja algumas condições que acarretem a validade dos tratados. Não existe ao certo regras precisas para a validação dos tratados, mas é inquestionável que discutir a personalidade jurídica internacional dos contratantes.

Dessa forma os pré-requisitos para a validade de um tratado internacional, muito parecidos com a de um contrato, todavia, adaptados as necessidades de um tratado internacional são: a) capacidade civil das partes contratantes; b) objeto lícito e possível; c) consentimento mútuo livre e consciente; d) habilitação dos agentes signatários.

De maneira clara todo e qualquer Estado dotado de soberania pode celebrar contratos, o mesmo ocorre com à Santa Fé e os beligerantes e as Organizações Internacionais.

Quanto a habilitação dos agentes signatários é relevante expor que para que estejam aptos e autorizados, é concedida um aval chamada plenos poderes.

Francisco de Assis Maciel Tavares (2005, p.16-17) esclarece sobre a carta de plenos poderes e sua competência para que assim possam os sujeitos celebrar contratos.

Geralmente cabe a direito internacional de cada Estado a determinação da competência dos órgãos, que podem exprimir a vontade do Estado nas relações internacionais e, portanto, autorizar a celebração de tratados. As pessoas ou órgãos investidas desses poderes (plenos poderes) são denominadas plenipotenciários.

Valendo dizer que nesse caso os Chefes de Estado e de Governo e os Ministros do Exterior não necessitam dessa autorização, já que são dotados de plenos poderes para tanto.

Sabendo por quem os tratados internacionais podem ser elaborados; seus pré-requisitos de validade; conceito e sua finalidade, nos resta estudarmos qual o procedimento de elaboração do mesmo.

No próximo tópico será explanado qual o procedimento de elaboração dos tratados internacionais, explicando brevemente suas fases.

2.1.1 Procedimento

O procedimento para elaboração de um tratado é dividido em fases, iniciando pela negociação, seguido pela assinatura, ratificação, promulgação, publicação e por fim o registro.

Na negociação é lavrado uma versão autêntica do tratado que há de ser feito no território de uma das partes quando se tratar de negociação bilateral. Na negociação coletiva, convoca-se uma conferência diplomática internacional, que irá discutir o conteúdo.

Para que haja uma expressão do consentimento dos envolvidos no tratados, ocorre a assinatura autenticando o texto discutido na negociação, assim como expressa o artigo 11 da Convenção sobre Direito dos Tratados.

Art. 11. O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado pode manifestar-se pela assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim acordado.

A assinatura é de extrema importância pois prova que ambos os sujeitos internacionais (representantes) estavam de acordo com ideias explanadas, expondo dessa forma seu consentimento.

É na ratificação que um Chefe de Estado declara o aceite do conteúdo do tratado, que deve ocorrer após ser devidamente aprovado pelo Parlamento, partindo em seguida para a promulgação e publicação.

Jorge Reinaldo Vanossi e Alberto Ricardo Dalla Via¹ (2000, p.130) afirmam o compromisso do Presidente da República quando da ratificação.

La ratification es un acto ulterior por el que el presidente promulga el tratado; acto en el que declara el compromiso de cumplirlo y así lo comunica a las otras partes contratantes o al organismo o Estado que ha sido elegido como depositario de las ratificaciones. Esto es lo que también se conoce con el nombre de “canje de los instrumentos de ratificación”.

A ratificação pelo presidente é importante pois nela declara que concorda com o exposto, e que se disporá em cumprir o acordado entre os participantes.

Após a ratificação o tratado internacional está liberado para a sua promulgação e publicação de seus atos.

José Francisco Rezek (1998, p.84) ressalta como isso ocorre no Brasil:

No Brasil se promulgam, por decreto do presidente da República, todos os tratados que tenham feito objeto de aprovação congressional. Publicam-se apenas, no Diário Oficial da União, os que hajam prescindido de assentimento parlamentar e da intervenção confirmatória do chefe do Estado.

Então, registra-se o tratado já ratificado para que os Estados possam dele usufruir, regra estabelecida pelo artigo 80 da Carta da Organização das Nações Unidas, fornecendo a cada estado um certificado.

Após o registro do tratado, após todas as suas fases anteriores de elaboração, este está apto e pode ser usufruído por ambas as partes que elaboraram o instrumento e pode ser utilizado por ambos quando do relacionamento internacional.

Todavia, uma questão nos vem à tona, é possível falar em hierarquia entre tratados internacionais ? A resposta dessa questão será discutida no próximo tópico o

¹ Tradução livre - A ratificação é ato pelo qual o presidente promulga o tratado; ato que declara o compromisso de que irá cumpri-la comunicando as outras Partes Contratantes ou o órgão que Estado foi escolhido como depositário de ratificações. Isto também é conhecido como "troca de instrumentos de ratificação"

qual todos estão convidados a refletir.

2.2 Hierarquia dos Tratados Internacionais

O Supremo Tribunal Federal seguindo a norma da Carta Magna adotava a ideia de que seja qual for o tratado internacional e seu conteúdo, este tinha status de lei ordinária. Segue *in verbis* o artigo 102, III, b, da Constituição Federal.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

Todavia, para Antônio Augusto Cansado e Flávia Piovesan, que defendiam a mesma tese, os tratados internacionais que versassem a respeito de direitos humanos possuem a mesma hierarquia das normas constitucionais por força do artigo 5 parag. 2 da Constituição Federal. Vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 2º 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.

O parágrafo segundo do artigo quinto da Constituição Federal inspirou ambos os autores na tese, em que consideram válida a equiparação do tratados internacionais de direitos humanos as normas constitucionais.

Flávia Piovesan (2006, p.6) ressalta:

Desse modo passam esses direitos humanos recepcionados pelo Brasil a ser considerados material e formalmente constitucionais, tendo em vista que agora são aprovados pelo mesmo *quorum* exigido às emendas constitucionais.

Seguindo, Antônio Cançado Trindade no mesmo sentido que Flávia, também expõe sua tese citando por ora o mesmo artigo e seu parágrafo que deu origem a explanação.

Antônio Augusto Cançado Trindade e sua tese que foi lançada no prefácio da obra de George Galindo(2002, p.9):

A disposição do artigo 5º, §2º, da Constituição Brasileira vigente, de 1988, segundo a qual os direitos e garantias nesta expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil é Parte, representa, a meu ver, um grande avanço para a proteção dos direitos humanos em nosso país. Por meio deste dispositivo constitucional, os direitos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja Parte incorporam-se *ipso jure* ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. (...) O propósito do disposto nos §§2º e 1º do artigo 5º da Constituição Federal não é outro que o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção, alçada a nível constitucional. (...) A tese da equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional – tal como ainda seguida por alguns setores em nossa prática judiciária, - não só representa um apego sem reflexão a uma postura anacrônica, já abandonada em vários países, mas também contraria o disposto no artigo 5º, §2º, da Constituição Federal brasileira.(...) O problema – permito-me insistir – não reside na referida disposição constitucional, a meu ver claríssima em seu texto e propósito, mas sim na falta de vontade de setores do Poder Judiciário de dar aplicação direta, no plano de nosso direito interno, às normas internacionais de proteção dos direitos humanos que vinculam o Brasil. Não se trata de problema de direito, senão de vontade (*animus*).

Cristalino que a ideia de ambos os autores chegam ao mesmo destino, ou seja, uma tese em que se verifica a possibilidade de igualar os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos as normas constitucionais, como já salientado.

Seguindo o raciocínio Saulo José Casali Bahia (2000, p.113) faz uma reflexão sobre o tema:

A regra contida no parag. 2 do artigo da Carta Magna vem sendo interpretada, por parte da doutrina, no sentido de que as normas convencionais sobre direitos humanos representariam uma espécie de complemento aos incisos do artigo 5., que não seriam exaustivos.

Por esta razão, as disposições contidas nos tratados internacionais possuiriam a mesma natureza das normas constitucionais relativas aos direitos humanos, ou seja, possuiriam hierarquia constitucional.

Saulo José Casali Bahia, com intuito de esclarecer a tese de ambos os doutrinadores explica o raciocínio de ambos para o desenvolvimento da ideia final, tornando então possível essa igualação.

Para por fim a discussão a Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, acrescentou o parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza,

garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

O parágrafo terceiro incluído pela emenda constitucional 45 deu novo entendimento ao artigo, estabelecendo que o tratado internacional que verse sobre direitos humanos e aprovado nos mesmos procedimento das emendas pelo Congresso Nacional, terão a mesma equivalência dado as emendas.

Assim todo e qualquer tratado ou convenção possuem status de lei ordinária, todavia, aquele tratado internacional que versar sobre direitos humanos e for aprovado em cada casa do Congresso Nacional em dois turnos por três quintos dos votos dos respectivos membros terão a mesma equivalência de uma emenda constitucional.

Superada essa discussão iniciaremos uma explanação a respeito do Controle Jurisdicional de Convencionalidade e Controle de Constitucionalidade, como forma de cumprimento do disposto nos tratados internacionais de direitos humanos.

3 CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Para iniciarmos a explanação é interessante destacar que seja qual for a norma, esta precisa passar por um controle de validade. Desta forma, podemos afirmar que existem três tipos de controle, o de legalidade, de constitucionalidade e por fim, o de convencionalidade.

O que difere um controle do outro é a norma-parâmetro que cada controle averigua. Para melhor esclarecer, o controle de constitucionalidade é usado em linhas gerais para analisar a compatibilidade da norma com a lei em si.

O controle de constitucionalidade é usado para averiguar a compatibilidade da norma com a Magna Carta, enquanto que o de convencionalidade analisa os tratados e convenções internacionais.

A norma-parâmetro é aquela norma base que será usada pra verificação do controle onde é exercido.

No direito Brasileiro as normas-parâmetro para o controle de

constitucionalidade podem ser: Constituição Federal; Emendas Constitucionais; princípios constitucionais implícitos; e os tratados internacionais de direitos humanos com força de Emenda Constitucional.

Aquele que sofre o controle é chamado de norma-objeto que é diferente em cada tipo de controle. Se falarmos em controle de legalidade a norma-objeto pode ser os atos infralegais, enquanto que no de constitucionalidade qualquer ato infraconstitucional.

Já no controle de convencionalidade a norma-objeto será sempre atos de hierarquia legal ou infralegal.

Nesse trabalho concentraremos o nosso estudo nos dois últimos controles acima citados, sendo eles, o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade que serão esmiuçados no próximo tópico com mais clareza.

3.1 Controle de Constitucionalidade

Como já adiantado o controle de constitucionalidade faz uma análise vertical entre um ato infraconstitucional e a Constituição. Ou seja, compara um ato legislativo ou normativo com a Carta Maior.

Quando a norma-objeto entra em confronto com a norma-parâmetro está deve ser então declarada inconstitucional.

Lembrando que para o controle de constitucionalidade a norma-parâmetro usada serão: Constituição Federal; Emendas Constitucionais; princípios constitucionais implícitos; e os tratados internacionais de direitos humanos com força de Emenda Constitucional.

Tudo isso, para que as normas não se tornassem banais no ordenamento jurídico e fossem jogadas sem que fossem ao menos compatíveis com a Constituição Federal ou com qualquer outra norma do bloco de constitucionalidade.

Marcos Augusto de Vasconcelos Diniz (1995, p.22) fala exatamente sobre isso:

O surgimento do controle de constitucionalidade representou o aperfeiçoamento das ideias do movimento constitucionalista de introduzir, nas relações sociais, uma regulamentação jurídica.

Compreendeu-se que não bastava apenas colocar em um documento escrito as linhas fundamentais da estrutura política do Estado, fazia-se necessário instituir técnicas através das quais as normas e princípios constitucionais fossem

efetivamente aplicados, quanto a atividade dos detentores do poder político negligenciasse a esse propósito.

Marcos exemplifica em linhas gerais pontualmente o fundamento do controle o qual estamos tratando nesse tópico.

Faz-se extremamente necessário o controle das normas, até mesmo para que aqueles que detêm poder não façam uso livre de suas prerrogativas para uso próprio ou de terceiro, fazendo com que passem por análise de controle de constitucionalidade e não sendo aceita, esta será declarada inconstitucional.

Em consequência disso, temos que a finalidade do controle de constitucionalidade é justamente manter a supremacia da Constituição Federal, na medida que preserva sua supremacia formal e material.

A título de informação histórica nesse ponto vale ressaltar um importantíssimo precedente desse controle.

No ano de 1803 nos Estados Unidos a Suprema Corte se reuniu para julgar mais um caso, denominado Marbury v. Madison. Mas o que eles não imaginavam é que esse acontecimento iria se tornar o maior precedente constitucional histórico em termos de controle de constitucionalidade.

O Presidente da Suprema Corte naquela época era John Marshall fonte de uma argumentação histórica a respeito da Supremacia da Constituição.

O que ocorreu foi em no fim de seu mandato, o Presidente John Adams nomeou várias pessoas a cargo no judiciário, entre eles William Marbury, como juiz de paz.

No novo mandato, o novo presidente, Thomas Jefferson pediu que seu secretário, James Madison não desse o cargo aos beneficiários.

Inconformado com a situação, William Marbury, impetrou uma ação com base em uma lei de 1789, que outorgava a Suprema Corte o poder de conceder mandatos, pleiteando dessa forma sua nomeação como juiz.

Todavia, a ação foi julgada improcedente por John Marshall quando alegou que a lei sob análise seria inconstitucional justamente por prever uma prerrogativa que não era prevista na Constituição, optando pela supremacia da Carta.

Luís Roberto Barroso (2004, p.5) relata o episódio como sendo um importantíssimo precedente para o controle de constitucionalidade.

Marbury v. Madison foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com a sua interpretação, fossem inconstitucionais. Assinale-se por relevante, que a Constituição não conferia a ela ou a qualquer outro órgão judicial, de modo explícito, competência dessa natureza.

Marshall no desenvolvimento de seu voto, ressaltou que uma lei ordinária não poderia inovar a Constituição e era isso que estava ocorrendo no caso, e em sendo assim, esta incorreria numa inconstitucionalidade.

Desta feita, o alegado por Marbury foi a lei judiciária de 1789, onde previa a possibilidade da Corte poder nomeá-lo ao cargo de juiz, coisa que não prevista na Constituição e diante desse conflito entre lei e Constituição chegou a grande questão do hoje chamado de controle de constitucionalidade, uma vez que questionou se era ou não possível a Corte deixar de aplicar uma lei por ser essa incompatível com a Constituição.

Em consequência disso o Brasil influenciado por esse modelo passou a adotar o controle judicial de constitucionalidade na Constituição Republicana de 1891 e o controle abstrato de constitucionalidade na sua Constituição de 1946 com a Emenda Constitucional n. 16 em 1965.

Em suma, o controle de constitucionalidade possui diversos acessórios. Existem dois tipos de inconstitucionalidade, a inconstitucionalidade por ação e por omissão.

Ainda há dois tipos de controle, sendo eles o preventivo, aquele exercido pelo Poder Executivo e Legislativo; e o repressivo, exercido pelo Poder Judiciário.

Pode esse controle ser exercido por uma órgão político, judicial ou judiciário ou ainda misto. No Brasil, por exemplo os juízes esse controle é feito pelo juízes ou tribunais quando falamos do órgão judicial.

No tocante ao órgão político, a título de exemplo, na França, este é feito pelo Conselho Constitucional.

Quanto a esse tema José Afonso da Silva (2007, p. 48):

O controle misto, realiza-se quando a Constituição submete certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional como ocorre na Suíça, onde as leis federais ficam sob controle político da Assembleia Nacional, e as leis locais sob o controle jurisdicional.

Quanto aos critérios de controle o Brasil adota tanto o difuso (aquele

exercido pelo Poder Judiciário), como o concentrado (aquele exercido por um Tribunal Superior).

No Brasil, como é adotado os dois sistemas, é usado o difuso em controle concreto, e o concentrado no controle abstrato. Em países como a Alemanha por exemplo, o controle concentrado é exercido por uma Corte Constitucional.

Mauro Capelleti (1999, p.67) define:

o “sistema difuso”, isto é, aquele em o poder de controle pertence *a todos os órgãos judiciários* de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência; e o “sistema concentrado”, o poder de controle se concentra, ao contrário, *em um único órgão judiciário*.

Os meios de controle podem ser incidental ou via de defesa e ainda principal ou via de ação. Sendo os efeitos da decisão inter partes ou erga omnes, dependendo da via adotada (via de defesa ou via de ação), e via de regra, ex tunc.

Ainda sobre o tema de controle de constitucionalidade, há em que se falar do controle de convencionalidade, que como já adiantado no prefácio desse título, analisa contradições entre a norma-parâmetro e tratados internacionais ou convenções.

O controle de convencionalidade será tratado com mais cautela no próximo tópico onde será analisado os seus elementos.

3.2 Controle de Convencionalidade

Após a análise a cerca do controle de constitucionalidade e suas peculiaridades apresentaremos nesse trabalho o mais novo controle, o de convencionalidade.

Como já elencado, os tratados internacionais que versem sobre a proteção aos direitos humanos adquiriram na legislação brasileira uma caráter superior a de uma lei ordinária.

Portanto temos, que aquele tratado que versar sobre a proteção de direitos humanos e for aprovada em cada casa do Congresso Nacional em dois turnos por três quintos dos votos dos respectivos membros terão a mesma equivalência de uma emenda constitucional tem equivalência a uma Emenda Constitucional.

Dessa forma, tem-se que os efeitos de um tratado desse porte se propaga por todo o ordenamento jurídico, fazendo com que este sirva como parâmetro de controle

de validade e eficácia das normas jurídicas.

O controle de convencionalidade surge justamente como parâmetro de controle vertical a esses tratados ou convenções internacionais.

Alexandre Coutinho Pagliarini e Dimitri Dimoulis (2012, p.298) falam sobre o tema:

Independentemente do nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico estatal ou do procedimento de incorporação, o que fora pactuado tem que ser cumprido em respeito aos princípios gerais de boa-fé e do pacta sunt servanda.

O chamado controle de convencionalidade surge nesse contexto da exigibilidade do cumprimento das disposições pactuadas nos tratados internacionais de direitos humanos como seu instrumento de verificação.

Assim a norma-parâmetro do controle de convencionalidade são os tratados internacionais (seja aquele supralegal, ou aquele com força de emenda constitucional. Enquanto a norma-objeto será sempre atos de hierarquia legal ou infralegal.

Portanto, uma lei ordinária por exemplo que contraria um tratado de hierarquia supralegal ou com força de emenda constitucional será considerada então ilícita ou inconveniente.

No Brasil, o controle de convencionalidade foi utilizada pela primeira vez na tese de doutoramento de Valério de Oliveira Mazzuoli (2011, p.23) que conceitua esse controle como sendo “compatibilidade vertical das normas do direito interno com as convenções internacionais de direitos humanos em vigor em um determinado país”.

Ou seja, esse controle é extremamente importante justamente para assegurar que os direitos humanos salvaguardados nos tratados ou convenções internacionais sejam sempre assegurados e nunca infringidos.

Internacionalmente o controle de convencionalidade surgiu na França, mais precisamente na década de 70, quando o Conselho Constitucional entendeu que não era o competente para julgar a convencionalidade de determinadas leis em relação a Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Uma das sentenças pioneiras onde o controle de convencionalidade teve aparição foi no caso *A última tentação de cristo v. Chile*, que teve sua sentença em 05 de fevereiro de 2001, onde foi entendido pela Corte local que o Pacto de San José da Costa Rica teria sido violado por um artigo da Constituição do Chile.

Nestor Pedro Sagués (2017, p.384) aponta três fundamentos principais para o

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

No tocante aos sujeitos autorizados para exercer o controle, estes devem ser observados as regras no tocante ao controle de constitucionalidade. Pode ser por via difusa por um tribunal ou até mesmo juiz de direito, ou ainda pela via concentrada onde será exercida por um tribunal.

Essa modalidade de controle pode ainda ser concreto, onde se exige um caso concreto e é realizado via de regra pela via incidental para amenizar as lides ou até mesmo pela via de exceção, todavia, salienta-se que além de existir o caso concreto é, necessário que este esteja adequado ao caso que está em discussão.

Como prevê Íris Saraiva Russowsky (2017 p. 1751):

Esse controle exige caso concreto, dessa forma, só pode realizar o controle aquele que foi atingido pela lei inconstitucional, assim, a legitimidade para suscitar o controle é de qualquer pessoa em qualquer processo, sendo os efeitos da declaração de inconstitucionalidade apenas *inter partes*, entre as partes.

Ou seja, nessa situação, o magistrado é embutido de poder e tem o dever de realizar o poder difuso de convencionalidade. No mais, deve esse magistrado ter conhecimento do Tratado Internacional de Direito Humano, até mesmo para que não vá de encontro com o direito adquirido pela parte para solucionar a lide.

No mais, estando incompatível, deve o juiz ou tribunal declarar a inconvenção da mesma, estando ela inválida. Este produzirá efeitos *inter partes*, ressaltando que nessa modalidade de controle está ausente a cláusula de reserva de plenário, prevista para o controle de constitucionalidade.

Ainda sobre o controle concreto de convencionalidade Juan Carlos Hitters² (2009, p.124) expõe que “esta verificación de convencionalidad tiene um carácter

² Tradução Livre: Esse controle de convencionalidade possui um caráter difuso, já que cada um dos magistrados locais podem e devem cumprir a tarefa, sem prejuízo de posterior intervenção da Corte Interamericana.

difuso ya que cada uno de los magistrados locales puede y debe cumplir la tarea, sin perjuicio de la postrera intervención de la Corte Interamericana”.

Juan reforça e a ideia de Íris no sentido da poder dever dos magistrados em cumprir sua tarefa em relação ao controle, controlando dessa forma a convencionalidade das leis.

Todavía, há ainda em que se falar do controle abstrato de convencionalidade, uma vez que pode ocorrer que o caso analisado não seja em concreto, mas em abstrato.

Nesse caso o Supremo Tribunal Federal tem se posicionando que só poderá ocorrer com tratados internacionais de direitos humanos com força de emenda constitucional nos termos do parágrafo 3, do artigo 5 da Constituição Federal como já alvejado.

Juan Carlos Hitters³ (2009, p.118) expõe sobre essa possibilidade:

Conviene poner de resalto que en los primeros tempos tal Tribunal Interamericano sostenía que ra impropiciente la revisión supranacional si el precepto atacado no había sido aplicado. Empero ultimamente el órgano aludido cambió de tornas destacando su potestad de controlar la convencionalidad de las normas locales, aún en abstrato.

Em linhas gerais há essa possibilidade de controle abstrato, como já ressaltado, quando se tratar de Tratado Internacional de Direitos Humanos com força constitucional, possuindo ainda a decisão efeitos erga omnes.

Assim, os Estados, dotados de poder e dentro de suas competências, obedecendo os tramites estabelecidos pela lei realizam o controle difuso de convencionalidade nos mesmo moldes de procedimento como é realizado pela Corte Interamericana.

Podemos afirmar que nessa posição os juízes adotam a posição de juízes interamericanos de direito garantindo que as condutas, realizadas por órgãos do Estado, não sejam contrários a Convenção Americana de Direitos.

É justamente a aplicabilidade desse controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal que será discutido no próximo tópico.

³ Tradução Livre: Convém ressaltar que nos primeiros tempos o Tribunal Americano declarou que injusto avaliação supranacional se a disposição atacada não tinha sido aplicada. Mas ultimamente a mudança órgão referido ocorre destacando seu poder para controlar a convencionalidade dos regulamentos locais, mesmo em abstrato.

4 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL VERSUS CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Notoriamente que a Emenda Constitucional número 45 de 30 de dezembro de 2004, que inovou o ordenamento dando redação ao parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, mudou nitidamente a ideia do Supremo Tribunal Federal em relação aos Tratados Internacionais.

Antes dessa edição referente a Emenda 45, o Supremo Tribunal Federal e seus julgadores entendiam que os Tratados Internacionais tinham viés de lei ordinária Federal, ou seja, hierarquicamente inferior ao texto constitucional.

Em outras palavras, entendiam que os tratados estavam no mesmo plano de validade, eficácia e portanto entre esses tratados e uma lei ordinária federal encontrava-se ao mesmo pé de igualdade normativa.

Anteriormente os tratados internacionais deveriam ser aprovados através de um decreto legislativo, por maioria simples, nos termos do artigo 49, inciso I da Constituição de 1988, e após submetidos ao Presidente da República para ratificação.

Todavia, essa forma de recepção dos tratados, iguais aos tratados que não versam sobre direitos humanos causou muitas discordâncias, como já analisado no texto.

Assim, com a Emenda Constituição de 45, todos os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos serão equivalentes a Emenda Constitucional, ou seja com força constitucional.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal, teve que readequar o seu entendimento a respeito já que o tratamento em relação aos tratados teve essa notória modificação.

Seguindo o entendimento de Valério Mazzuoli (2011, p. 235), por força do parágrafo 2 do artigo 5 da Constituição Federal, todos os tratados desde ratificados e em vigor no Brasil, independente do quórum de aprovação possuem status constitucional.

Uma interessante discussão se deu em torno do depositário infiel, quando antes de 1992 o Brasil, após ratificar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, era comum os tribunais decretarem a prisão de depositário infiel.

Tudo isso por força do inciso LXVII, do artigo 5, da Constituição Federal de 1988, que segue *in verbis*: “LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Todavia o artigo 7, parágrafo 7 da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

Assim, a Convenção prevê apenas que a prisão pode ocorrer em caso de inadimplemento de obrigação alimentar e não em caso de depositário infiel.

Todavia o Supremo Tribunal Federal não tem o mesmo entendimento que Mazzuoli e Flávia Piovesan como já exposto, mas, até que após muita cobranças internacionais, pedindo que se desse maior valor aos tratados internacionais, o Supremo em 2008 deu uma importante decisão:

Ementa: Prisão Civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do artigo 5º, inciso LXVII e parágrafos 1º, 2º e 3º, da Constituição Federal de 1988, à luz do artigo 7º, parágrafo 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do Recurso Extraordinário -RE nº 349.703 e dos Habeas Corpus - HCs nº 87.5855 e nº 92.5666. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito (STF, RE 466.343/SP, 2008).

Essa decisão se deu em torno do depositário infiel, quando o Supremo então se posicionou no sentido de que os Tratados Internacionais que versassem sobre direitos humanos eram superiores a uma lei ordinária, todavia, não se igualaria a norma constitucional.

A consequência dessa decisão gira em torno da discussão de que, a partir de agora, uma lei infraconstitucional só terá validade se estiver em consonância com a Constituição, bem como com os tratados internacionais de direitos humanos.

Diante de todo o exposto e após análise jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal podemos dizer que o controle de convencionalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos assim como o controle de constitucionalidade devem andar lado a lado, operando como importantes instrumentos de validade normativa.

5 CONCLUSÃO

Após estudos científicos, na legislação e doutrinas brasileiras e estrangeiras, foi possível concluir que o controle de convencionalidade está sendo adaptado ao universo brasileiro.

Com as pesquisas levantadas deixou cristalino que ambos os controles, o de constitucionalidade, bem como o de convencionalidade são de extrema importância para manter a validação das normas, para que estas não sejam banalizadas pelo abuso de poder.

Que os direitos humanos estão cada vez mais dissipados pelo mundo, e se tornou uma preocupação internacional, até mesmo pelo diversos tratados de proteção aos direitos humanos espalhados pelo mundo.

O controle de constitucionalidade se mostrou historicamente enraizado no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo tendo sofrido alterações, e que este se mostra indispensável para tornar horizontal a compatibilidade das normas com a Constituição Federal de 1988.

Já o controle de convencionalidade embora ainda novo no ordenamento jurídico brasileiro, mas de origens mais remotas em outros países como a França, tem tomados grandes proporções no Brasil, sendo utilizado em decisões muito importantes.

Ainda, que após a Emenda Constitucional 45 que instituiu o parágrafo terceiro no artigo quinto da Constituição Federal, fez com que o Supremo Tribunal Federal repensasse sua ideia a respeito dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos.

Atualmente os tratados internacionais de direitos humanos tomado a tamanha importância internacional que este conquistou vem tomando força e já pode ser considerado equivalente a emenda constitucional, desde que aprovados de acordo com os requisitos de lei.

O Supremo Tribunal Federal diante de pressões internacionais se posicionaram na medida que reconhecem que os tratados internacionais de direitos humanos que forem aprovados e ratificados nos moldes do parágrafo terceiro do artigo quinto da Carta Magna, deixaram de ser equiparados apenas a leis ordinários, sendo superior a elas, mas hierarquicamente inferior constitucionalmente falando.

Por fim, embora todo o apanhado, cada controle possui sua finalidade, e que ambos os controles estudados nesse trabalho, o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade devem se unir, agindo conjuntamente como grandes instrumentos de validação das normas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANCHES, Dunshee apud ANNONI, Danielle. **Direitos Humanos & acesso à justiça no direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2004;

ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de Direito Internacional Público**. vol 1. São Paulo: Quartier Latin, 2009;

BAHIA, Saulo José Casali. **Tratados Internacionais no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000;

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004;

BILDER, Richard apud PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006;

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 de abril. 2017;

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1999;

DIMOULIS, Dimitri; PLAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direito Constitucional Internacional dos Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012;

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **Controle de Constitucionalidade e Teoria da Recepção**. São Paulo: Malheiros, 1995;

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002;

HITTERS, Juan Carlos. **Control de constitucionalidade y control de convencionalidad: comparación: critérios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Estudios Constitucionales, Talca, año 7, n. 2, 2009;

LIMA JÚNIOR, Jaime Benvenuto (org). **Manual de Direitos Humanos Internacionais. Acesso aos Sistemas Global e Regional de Proteção dos Direitos Humanos**. HIDAKA, Leonardo Jun Ferreira. *In* Introdução ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Edições Loyola, 2002;

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

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006;

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. 7^a. ed. São Paulo: Saraiva, 1998;

RUSSOWSKY, Iris Saraiva: **O controle de convencionalidade das leis: uma análise na esfera internacional e interna**. Disponível em: <www.idb.dul.com/uploaded/files/2012_03_1745_1826.pdf>. Acesso em: 27 de abril de 2017;

SAGUÉS. Nestor Pedro. **El control de convencionalidad em el sistema interamericano, y sus anticipios em elámbito de los derechos enconómicos-socialies**: concordâncias e diferencias com el sistema europeo. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx>>. Acesso em 27 abril. de 2017;

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007;

TAVARES, Francisco de Assis Maciel. **Ratificação de Tratados Internacionais**. 2^a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005;

VANOSI, Jorge Reinaldo A. e VIA, Alberto Ricardo Dalla. **Régimen Constitucional de Los Tratados**. 2^a. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.