



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD
Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito

FILIPÉ TORRI DA ROSA

**Aplicabilidade do controle jurisdicional de convencionalidade no ordenamento
jurídico brasileiro**

Brasília – DF
2015

FILIPPE TORRI DA ROSA

**Aplicabilidade do controle jurisdicional de convencionalidade no ordenamento
jurídico brasileiro**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito pelo programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília - UNICEUB.

Orientadora: Prof^a. Dra. Alice Rocha da Silva.

Coorientador: Prof. Dr. Nitish Monebhurrin.

Brasília

2015

Filipe Torri da Rosa

**Aplicabilidade do controle jurisdicional de convencionalidade no ordenamento
jurídico brasileiro**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito pelo programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília - UNICEUB.

Brasília, de julho de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Orientadora, Dra.

Prof. Examinador, Dr.

Prof. Examinador, Dr.

Prof. Examinador, Dr.

AGRADECIMENTO

Primeiramente, agradeço a Deus por ter me dado saúde e força para trilhar essa jornada.

Agradeço à Profa. Alice Rocha da Silva por sempre estar disponível para me orientar, mesmo estando de licença, e por ter disponibilizado seu grupo de pesquisa para incrementar a pesquisa aqui tratada.

Agradeço à Zelinda Torri e ao Everton Luís Santos da Rosa, pais queridos, que sempre me deram o melhor exemplo de perseverança e ao meu irmão Tiago pelo companheirismo.

Agradeço à Kamila Rodrigues Rosenda, que trilha essa jornada como minha namorada e hoje é minha noiva, minha alma gêmea academicamente, profissionalmente e no amor.

Agradeço ao Prof. Nitish Monebhurrin, que com suas valiosas observações ajudou a concretizar esse trabalho.

Agradeço ao Prof. Marcelo Dias Varella por ter me oferecido oportunidades de crescer academicamente desde a graduação.

Agradeço à CAPES pela bolsa concedida para cursar o mestrado e pela possibilidade de cursar duas matérias do doutorado.

Agradeço ao Kayo Miranda Leite e ao Sidney Junior pela amizade sempre presente.

Agradeço aos Professores da banca e do Mestrado e Doutorado do Uniceub pelas importantes lições e aos colegas pelos debates calorosos.

Agradeço à Marley, Aline, Ieda, Tati, Rose, Alexandre e Yuri por sempre estarem dispostos a ajudar.

Por fim, agradeço a todos os familiares e amigos, que compreenderam a ausência decorrente da pesquisa.

Resumo

O ordenamento jurídico do Estado brasileiro não mais se oxigena, apenas, pelas normas internas, mas, além disto, reflete um extenso rol de direitos estabelecidos em normas internacionais. A implementação dos direitos humanos, por meio dos tratados, passou a exigir uma atitude proativa dos Estados. É nesse dever que se insere o instrumento de controle jurisdicional de convencionalidade, aparato a ser utilizado pelo judiciário para compatibilizar a legislação ordinária aos tratados de direitos humanos. Os critérios clássicos para a solução de tais conflitos não são mais suficientes, em vista do seu perfil dialético. Dessa maneira, a harmonização de tais normas acaba por demandar teorias que permitam o efetivo diálogo entre as normas, de modo a concretizar o ideal de proteção do ser humano. Assim, a relevância atribuída aos tratados de direitos humanos, o que garante a possibilidade de controle de convencionalidade, resulta numa nova perspectiva para o ordenamento jurídico pátrio. Contudo, alguns aspectos acabam por ofuscar a aplicabilidade do controle jurisdicional de convencionalidade em nosso ordenamento. Tais aspectos, em geral, se configuram, primeiro, na utilização do controle de constitucionalidade como se controle de convencionalidade fosse, segundo, no completo desconhecimento a respeito do instituto e, terceiro, na aplicação teoricamente deficiente do instituto pelos tribunais. Portanto, necessário se torna a utilização do diálogo das fontes como argumento de aplicabilidade do controle jurisdicional de convencionalidade. Essa aplicabilidade pressupõe o entendimento da nova feição do ordenamento jurídico brasileiro em vista do controle de convencionalidade e se confirma pela distinção desse instituto em relação ao controle de constitucionalidade.

Palavras-chave: Controle jurisdicional de convencionalidade. diálogo das fontes. tratados de direitos humanos.

Abstract

The legal system of the Brazilian state no longer oxygenates, only by the internal norms, but, moreover, reflects an extensive list of rights established in international norms. This implementation of human rights through treaties, began to demand a proactive attitude of States. It is in this duty that is inserted the instrument of conventionality judicial review, apparatus that should be used by the judiciary to harmonize the legislation to human rights treaties. The classic criteria for the solution of such conflicts are no longer sufficient, in view of its dialectical profile. Thus, harmonization of these standards eventually require theories that enable effective dialogue between norms in order to realize the ideal of human protection. Thus, the importance given to human rights treaties, which ensures the possibility of conventionality control, resulting in a new perspective to the Brazilian legal system. However, some aspects eventually overshadow the applicability of the conventionality judicial review in our system. Such features, in general, are described, first, as the use of judicial review as if it was a conventionality judicial review, second, as the complete ignorance about the institute and, third, in the lack of theoretical substance in the usage of the institute by the courts. Therefore, it becomes necessary to use the dialogue of sources as an argument for the use of conventionality judicial review. This applicability presupposes understanding the new face of Brazilian legal system under the use of conventionality control and confirms itself by the distinction of this instrument in relation to judicial review.

Keywords: Conventionality judicial review. dialogue of sources. human rights treaties.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO 1 – A TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES COMO ARGUMENTO DE APLICABILIDADE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL.....	17
1.1 A validade dialógica da norma: da revogação à convivência sob o enfoque convencional.....	17
1.2 A insuficiência dos critérios clássicos de solução de antinomias normativas para o controle de convencionalidade.....	25
1.3 Os conflitos normativos inerentes à convencionalidade pelo novo parâmetro do diálogo das fontes.....	32
1.4 O controle pelo diálogo.....	44
CAPÍTULO 2 – A NOVA FEIÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO SOB O PRISMA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.....	52
2.1 A posição normativa dos tratados no ordenamento brasileiro.....	53
2.1.1 O retrato jurisprudencial até 1988.....	53
2.1.2 A posição dos tratados de direitos humanos sob o prisma do §2º do art. 5º da CF.....	62
2.2 Da constitucionalidade à suprallegalidade: a recalcitrante posição do STF....	74
2.3 A expansão do controle jurisdicional de convencionalidade sem fundamento legal?.....	100
CAPÍTULO 3 – O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE PARA ALÉM DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	109
3.1 O enquadramento convencional sob o manto do controle de constitucionalidade.....	109
3.2 O controle jurisdicional de convencionalidade superficial.....	128
3.3. O controle jurisdicional de convencionalidade aplicado.....	143
CONCLUSÃO.....	163
REFERÊNCIAS.....	174
TABELAS.....	201

INTRODUÇÃO

A necessidade de concretização dos direitos inerentes ao homem, no âmbito interno do Estado, consiste em matéria que eclode no campo de estudo do direito constitucional e, também, do direito internacional. No primeiro caso, em razão dos direitos fundamentais que estejam expressos ou que sejam assegurados pelo texto da Constituição, e, no segundo vetor, em virtude dos direitos humanos esculpidos em tratados de direitos humanos.

Essa premência em tornar efetivo o direito do homem advém, principalmente, da perspectiva global, ponto do qual se observa que duas grandes guerras foram suficientes para demonstrar a capacidade do ser humano para violar os direitos de outros indivíduos. Estabelecendo um novo patamar para os requintes de crueldade a que o homem pode chegar, até mesmo por meio da política e da exploração industrial para alcançar esse fim.¹

É sob essa perspectiva de efetividade que os diversos sistemas de proteção regionais dos direitos humanos surgem², ou seja, para viabilizar a ampliação de uma cultura de proteção aos direitos humanos e para tornar aplicáveis as disposições dos tratados de direitos humanos.

O surgimento de tais sistemas leva em conta também que, sob o prisma da soberania, os Estados tinham a tendência de não proteger os direitos humanos previstos em tratados e, para além disso, permitir violações extenuantes a tais direitos.³

O terreno fértil deixado com a “queda dos Estados totalitários” e após a eclosão das atrocidades aos direitos humanos, presenciadas na Segunda Guerra,

¹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 2; PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 118.

² Os sistemas regionais atuais de proteção dos direitos humanos são: Sistema Regional Interamericano, Sistema Regional Europeu e Sistema Regional Africano. É importante notar também que a cultura de direitos humanos se propagou para todos os cantos do mundo, o que justifica a existência de uma Declaração Islâmica dos Direitos Humanos, nesse sentido, vide: HABERLE, Peter. *Direitos Humanos e Globalização*. In: *Temas de Direito Constitucional e Internacional*, 1, 2010, Brasília. Programa Diálogos Acadêmicos. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2010, p. 1.

³ Isso pode ser visto em grande parte da América Latina tendo em conta os diversos regimes autoritários que por aqui se instalaram, permitindo violações aos mais básicos direitos do ser humano.

ensejaram a elaboração de novas constituições, criando limites materiais à atuação do Poder Legislativo, não apenas de fato, mas também de direito.⁴

Essas barreiras à atuação do Legislativo são consubstanciadas tanto em razão de “amplas declarações de direitos individuais e sociais”, como por uma nova forma de controle quanto à “legitimidade das leis”.⁵

Contudo, apesar de os direitos previstos na Constituição possuírem um considerável nível de segurança quanto a sua aplicação pelos tribunais pátrios, os tratados de direitos humanos internalizados no Brasil não gozam do mesmo nível de efetividade em nosso ordenamento.

A falta de aplicabilidade de tais instrumentos tem direta relação com o valor que a eles é atribuído no ordenamento jurídico, tendo em vista que a posição desses tratados foi, por longo tempo, equiparada a da legislação ordinária, não é estranho afirmar que o desuso dos tratados de direitos humanos decorre da própria tradição jurisprudencial aquilatada em nosso judiciário.⁶

Apesar disso, a necessidade de tornar efetivos tais tratados passou a ser um dever dos Estados vinculados ao Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos⁷ e não apenas aos submetidos à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Isso leva em conta o fato de que a CIDH determinou que uma espécie de controle de convencionalidade interno, ou, como passou a ser denominado no Brasil, controle jurisdicional de convencionalidade, deveria ser adotado.⁸

⁴ BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 71.

⁵ BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 71.

⁶ Nesse sentido, José Levi aponta para o fato de que o STF considerava os tratados como lei ordinária e que não poderiam dispor sobre matéria de lei complementar. Para mais, ver: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Os tratados no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da Ajuris*, v. 75, n. 11, p. 287-309, 1999.

⁷ Atualmente, os seguintes países ratificaram a Convenção Americana: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, El Salvador, Equador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Trindade e Tobago, Uruguai, Venezuela. No entanto, Trindade e Tobago e a Venezuela denunciaram a Convenção.

⁸ Expressão cunhada por MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009; VARELLA, Marcelo D. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. 2012.

O caso pioneiro quanto a esse entendimento foi “Almonacid Arellano e outros V. Chile” de 2006, no qual restou consignado o fato de que não é estranho à CIDH a exigência de que os juízes cumpram a lei conforme preceitua o ordenamento jurídico de cada país.⁹

No entanto, a partir do momento em que o Estado assume os compromissos de um tratado de direitos humanos, os juízes também estão incluídos nessa vinculação, de modo que devem aplicar um controle de convencionalidade perante as normas internas, levando em conta, nesse mesmo intuito, a interpretação dada pela CIDH.¹⁰ Sendo essa a linha postulada também em outros julgados, reafirmando o dever estatal.¹¹

Veja-se que o controle de convencionalidade, tanto na sua vertente interna quanto internacional, tem como fonte principal o art. 2º do Pacto de São José da Costa Rica, que determina que os Estado devem adequar suas leis aos termos da Convenção para possibilitar a efetividade dos direitos e liberdades.¹²

606 f. Tese (Livre-docência), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 258.

⁹ Veja trecho do julgado: “124. The Court is aware that domestic judges and courts are bound to respect the rule of law, and therefore, they are bound to apply the provisions in force within the legal system.” ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros Vs Chile. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, nº 154. p. 54-55.

¹⁰ Trecho da decisão: “[...] But when a State has ratified an international treaty such as the American Convention, its judges, as part of the State, are also bound by such Convention. This forces them to see that all the effects of the provisions embodied in the Convention are not adversely affected by the enforcement of laws which are contrary to its purpose and that have not had any legal effects since their inception. In other words, the Judiciary must exercise a sort of “conventionality control” between the domestic legal provisions which are applied to specific cases and the American Convention on Human Rights. To perform this task, the Judiciary has to take into account not only the treaty, but also the interpretation thereof made by the Inter-American Court, which is the ultimate interpreter of the American Convention”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros Vs Chile. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, nº 154. p. 54-55.

¹¹ É o que se nota no presente trecho: “The judges and organs responsible for the administration of justice at all levels are obliged to exercise ex officio control to ensure that domestic norms are in line with the American Convention, within their respective spheres of competence and the corresponding procedural regulations. In this task, the judges and organs for the administration of justice must take into account not only the treaty, but also its interpretation by the Inter-American Court, as the final interpreter of the American Convention”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte interamericana de direitos humanos. Caso Furlan e família v. Argentina (Objecções preliminares, mérito, reparações e custas), Série C, n. 246, sentença de 31 de agosto de 2012, par. 303, p. 95

¹² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção americana de direitos humanos, de 22 de novembro de 1969. São José, Costa Rica, 1969. Disponível em: < http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 15/01/2014.

Além disso, a obrigação está constituída em princípio, que demanda a adequação do direito interno aos compromissos internacionais assumidos, conforme já estabelecido em julgado da Corte Permanente de Justiça Internacional em 1925, ao afirmar que esse princípio é evidente, existindo independentemente de uma cláusula expressa nesse sentido.¹³

De forma auxiliar ao princípio da adequação do direito interno, ocorre a aplicação do *pacta sunt servanda* quanto à obrigação de os Estados respeitarem o que foi acordado no tratado, princípio que representa peça chave para os Estados de Direito.¹⁴ Tal princípio está diretamente previsto na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados em seu art. 26, internalizada em nosso ordenamento pelo Decreto 7.030 de 2009.¹⁵

Ademais, acha-se ligado umbilicalmente a esses dois princípios o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que prevê que nenhum Estado pode invocar seu ordenamento para se eximir dos compromissos firmados em um tratado.¹⁶ A CIDH tem reafirmado o citado artigo diversas vezes, inclusive postulando que nem mesmo as constituições tem poder para justificar o inadimplemento de um tratado.¹⁷

Sendo assim, o judiciário brasileiro encontra-se, atualmente, imbuído do dever de controlar a convencionalidade das normas de nosso ordenamento jurídico. Ocorre que, mesmo quando se apresenta um caso para a aplicação do controle de

¹³ Vide: “[...] A principle which is self-evident according to which a State which has contracted valid international obligations is bound to make in its legislation such modifications as may be necessary to ensure the fulfilment of the obligations undertaken”. CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. Exchange of greek and turkish populations: Lausanne convention VI, January 30th, 1923, article 2. Advisory opinion, series B, n. 10, 1925, p. 20.

¹⁴ HAARSCHER, Guy. A filosofia dos direitos do homem. Trad. Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 27.

¹⁵ O art. 26 descreve o seguinte: “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé”. BRASIL. Decreto Nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 24 abril 2015.

¹⁶ O art. 27 dispõe nos seguintes termos: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46”. BRASIL. Decreto Nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 24 abril 2015.

¹⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte interamericana de direitos humanos. Caso *Bulacio v. Argentina*. (Mérito, reparações e custas). Série C, nº 100, Sentença de 18 de setembro de 2003, p. 49, par. 118.

convencionalidade, o judiciário tende a aplicar um controle de constitucionalidade ou, o que é pior, nega a existência do controle de convencionalidade ou a competência do órgão para utilizar esse instrumento.

Nesse importe, manifesta-se necessário conceituar alguns pontos da presente pesquisa. A importância dos direitos humanos é inegável, contudo, para os fins do presente trabalho, torna-se indispensável estabelecer de que direitos estamos a tratar. Nesse espeque, é importante notar que os direitos humanos são todos aqueles previstos em tratados e que foram internalizados no ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, os tratados internacionais de direitos humanos que orbitam em nosso ordenamento devem ser considerados como parâmetros mínimos para a proteção dos direitos dos indivíduos, são, assim, instrumentos que estabelecem um “mínimo ético irredutível” ou “standards mínimos e universais”.¹⁸

Dessa forma, entendendo que os tratados de direitos humanos são o parâmetro de controle, torna-se fácil descrever o controle de convencionalidade como o instrumento de conformação das normas aos ditames dos tratados de direitos humanos, que representam o nível de proteção mínimo aos direitos humanos.

Para além disso, levando em conta que o controle de convencionalidade pode ser utilizado no âmbito da CIDH, deve-se entender que o controle de convencionalidade é um instrumento de controle a ser utilizado pelos tribunais brasileiros e, sob essa perspectiva, acrescenta-se a palavra jurisdicional à expressão.¹⁹

¹⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 37; GODINHO, Fabiana de Oliveira. *Diversidade cultural no direito internacional em um horizonte de justiça internacional*. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flavia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Direitos Humanos, Democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Cap. 2, p. 293; MENEZES, André Felipe Barbosa de. *Controle de Convencionalidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. 2009. 361 f. Tese (Doutorado)-Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009, p. 53.

¹⁹ Controle jurisdicional de convencionalidade é expressão cunhada primeiramente em nosso país por Mazzuoli, vide: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. No entanto, outros autores têm denominado de forma diversa o instituto, como André de Carvalho Ramos que o denomina controle

Portanto, o controle jurisdicional de convencionalidade é aquele utilizado pelos tribunais brasileiros para adequar as normas do ordenamento jurídico aos ditames dos tratados de direitos humanos.

No presente estudo, não será nosso objetivo destrinchar a forma como a Corte Interamericana de Direitos Humanos utiliza o controle de convencionalidade, mas apenas como o Brasil aplicou até agora o citado controle no âmbito judicial e se isso corresponde à aplicação mais adequada do instituto.

Além disso, não teremos como foco os debates erigidos pelas teorias monistas ou dualistas sobre a interação entre as normas internacionais e internas, tendo em conta que ante a situação brasileira está claro, para nós, que as normas internacionais internalizadas tem imediata aplicação e devem ser aplicadas como normas próprias do ordenamento.

Nessa linha, importante ressaltar que também não serão objeto de nosso estudo duas outras formas de controle de convencionalidade, a primeira delas que diz respeito à técnica legislativa voltada a prevenir a responsabilização do Estado por violação de tratado de direitos humanos, o chamado controle legislativo de convencionalidade.²⁰

A segunda que se conecta ao afazer administrativo quando da aplicação das leis em vista de tratados de direitos humanos, denominado controle executivo de convencionalidade.²¹ Circundando, portanto, o âmbito da pesquisa ao controle pelo Judiciário pátrio.

A problemática que se coloca no presente estudo é a seguinte: o controle jurisdicional de convencionalidade é adequadamente aplicado no ordenamento jurídico brasileiro? Em outras palavras, os tribunais pátrios utilizam o controle de convencionalidade de maneira a dar máxima efetividade ao instrumento?

de convencionalidade nacional, vide: RAMOS, André de Carvalho. Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2012, p. 213.

²⁰ Para um estudo sobre essa aplicação do instituto, ver: RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004.

²¹ Para isso ver: ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado derecho administrativo, a la luz del control de convencionalidad. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*. Santa Fe, vol. 2, n. 1, p. 283-300, ene./jun. 2015, p. 295-296.

Essa problemática será verificada por uma linha de pesquisa denominada “dogmático – instrumental”, pela qual se pretende analisar um problema prático do direito, com base na legislação, doutrina e jurisprudência, tanto de âmbito nacional, como do plano internacional. Trata-se de pesquisa que tem por objetivo verificar a coerência do sistema e de seus elementos no plano jurídico.

A justificativa para essa problemática decorre do fato de que a responsabilização dos Estados por violação dos direitos humanos previstos em tratados posa como realidade pulsante na atualidade, existindo condenações contra o Brasil no âmbito da CIDH.²²

Dessa forma, tendo a CIDH estabelecido que os Estados devem aplicar um controle de convencionalidade, a incorreta manifestação desse controle não servirá como medida para evitar a responsabilização do Estado por tais violações.

Pelo contrário, a incorreta aplicação do instituto ensejará, além do prolongamento da demanda nos tribunais, por meio de recursos, a inafastável responsabilização reiterada do Estado no âmbito internacional.

Nesse prisma, o estudo sobre o controle de convencionalidade e o judiciário brasileiro consubstancia-se em análise de temática que perfaz hodierna importância para a sociedade, pois diz respeito à garantia de direitos que tem como titulares todos os seres da humanidade.

Além disso, apesar de o tema ter sido perquirido por importantes vozes da doutrina²³, ainda, demonstra-se pouco, em virtude do fértil campo a ser explorado nas diversas arestas que delinham o objeto de estudo.

Dessa forma, a hipótese que se coloca é de que o controle jurisdicional de convencionalidade não é aplicado de forma adequada no Brasil, ensejando, assim, a falta de utilidade do instituto e, conseqüentemente, dos tratados de direitos humanos. Essa aplicação incorreta pode ser atribuída a três fatores.

²² O Brasil já foi condenado pela CIDH nos seguintes casos: Caso Ximenes Lopes v. Brasil, Caso Escher e outros v. Brasil, Caso Garibaldi v. Brasil, Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") v. Brasil.

²³ Vide: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (coord.) *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano* Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013

O primeiro deles é o fato de que a teoria utilizada para dar fundamento ao controle de convencionalidade não é, muitas das vezes, a que faz prevalecer o princípio *pro homine*, pelo contrário, aplica-se, na maioria das vezes, uma racionalidade hierárquica, quando deveria ser utilizada uma teoria que permita o diálogo entre normas.

Nesse sentido, o primeiro capítulo terá como foco, em primeiro momento, estabelecer os elementos necessários para uma teoria do diálogo das fontes no âmbito nacional, para, logo após, delinear a insuficiência dos critérios clássicos de solução de antinomias normativas que acaba por atrair um diálogo entre fontes.

Num terceiro momento, observaremos o conflito entre normas pelo prisma do diálogo das fontes, o que explicitará o fértil campo que se abre com tal teoria em nosso ordenamento. Por fim, analisaremos como o diálogo das fontes enseja uma aprimorada aplicabilidade do controle de convencionalidade perante as normas brasileiras.

O segundo ponto que enseja a aplicabilidade incorreta do instituto é que o nosso ordenamento jurídico, sob o entendimento jurisprudencial, apontou, por longo período, que os tratados de direitos humanos tinham equivalência à legislação ordinária.

Essa visão foi arraigada na tradição jurídica pátria, contudo, o controle de convencionalidade, como dever estatal, acarreta uma nova feição ao nosso ordenamento, dando maior relevância aos tratados de direitos humanos.

Em sendo assim, o segundo capítulo iniciará analisando a posição normativa dos tratados em nosso ordenamento, priorizando uma investigação da posição dessas normas no antes e no pós Constituição de 1988. Em seguimento, passaremos a uma análise do período posterior à Emenda Constitucional n. 45 de 2004, momento no qual a Constituição passou a prever rito próprio para a equiparação dos tratados de direitos humanos às emendas constitucionais.

Em último momento, serão abordadas as dificuldades acarretadas pela expansão sem fundamento legal do controle jurisdicional de convencionalidade e como nosso ordenamento jurídico não mudou no que toca à posição dos tratados,

mas passou a ter uma feição diferenciada pela perspectiva de que se atribui aos tratados de direitos humanos a possibilidade de controle.

O terceiro aspecto que acarreta a incorreta aplicação do controle de convencionalidade diz respeito à vinculação, em certos casos confusão, do instituto com o controle de constitucionalidade ou a aplicação esvaziada do instituto.

Portanto, o terceiro capítulo trará à baila, sob o primeiro enfoque, o enquadramento, que é feito por alguns julgados, do controle de convencionalidade como sendo uma espécie de controle de constitucionalidade, o que advém, em grande parte, da ideia de que tais tratados pertencem ao bloco de constitucionalidade.

Essa análise é importante para que fique claro que o controle de convencionalidade não se confunde com o controle de constitucionalidade, tais institutos podem ter, por vezes, âmbito de aplicação assemelhado, mas atuam de forma distinta, permitindo-se cogitar pela existência de um bloco dialógico de direitos fundamentais, que permitiria a aplicação da norma mais protetiva ao ser humano.

Noutro turno, serão analisados, num segundo momento, os precedentes que, apesar de utilizar o controle de convencionalidade, não aplicam corretamente o instituto ou utilizam esse controle como argumento superficial. Para tanto, investigaremos os bancos de dados dos tribunais pátrios para extrair a real aplicabilidade do instituto no nosso ordenamento.

Por fim, a análise final será no sentido de colacionar os julgados que melhor se aproximaram da aplicação do controle jurisdicional de convencionalidade com base num diálogo das fontes e explicitar alguns critérios que permitiriam utilizar tal instituto de forma adequada no nosso ordenamento.

Vale ressaltar que o presente estudo não tem por objetivo exaurir a temática, mas apenas lançar luzes sobre a aplicabilidade do controle jurisdicional de convencionalidade por meio da avaliação de nosso ordenamento jurídico e do posicionamento dos tribunais brasileiros, sob uma perspectiva de diálogo das fontes.

CAPÍTULO 1 – A TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES COMO ARGUMENTO DE APLICABILIDADE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL

O conflito entre normas de um ordenamento jurídico acompanha a própria ideia de sistema normativo. A introdução de normas em qualquer ordem jurídica enseja a possibilidade de divergência, situação que demanda a equalização do sistema.

As normas que internalizam tratados de direitos humanos tendem a tornar mais visíveis as situações de conflito entre normas já existentes no ordenamento jurídico, já que não emanam, propriamente, do Legislativo, apesar de dependerem da vontade desse Poder para serem internalizadas.

Nessa perspectiva de incongruência normativa, o controle jurisdicional de convencionalidade surge como instrumento de conformação de normas aos ditames dos tratados de direitos humanos. Porém, não se aplica uma lógica meramente hierárquica que afaste a ideia de contradição de imediato. Em casos tais, a solução do conflito decorre de um diálogo entre normas.

De modo geral, pode-se dizer assim que a utilização do controle jurisdicional de convencionalidade não ocorre de forma adequada sob o parâmetro exclusivo dos métodos tradicionais de solução de conflitos normativos, exigindo também a adoção de uma teoria diversa para solução desses conflitos.

Sendo assim, o presente capítulo tratará dos pressupostos para uma teoria de diálogo das fontes, da convivência entre os métodos tradicionais de solução de conflitos e o método do diálogo das fontes e, por fim, argumentará pela utilização do controle de convencionalidade sob o paradigma do diálogo das fontes.

1.1A validade dialógica da norma: da revogação à convivência sob o enfoque convencional

A norma jurídica é caracterizada por três elementos basilares: pela sua existência, pela conformação com as normas superiores e por sua concretude de atuação. Esta base diz respeito à vigência, validade e eficácia da norma, estes institutos têm, em reiterados momentos, sido incorretamente interpretados.

A principal razão para isso é a confusão entre a vigência (também denominada existência) e a validade da norma, iniciada com o Positivismo Clássico e ainda presente na doutrina, ou seja, o equívoco estava em não preceituar um terreno fora do “plano da legalidade (e da revogação)”, tal terreno é materializado pela figura da invalidade.²⁴

Ao revés, confundia-se invalidade com revogação da lei, instituindo “uma presunção de validade de todas as leis vigentes”.²⁵ Essa redundância dos institutos é alvo de crítica, pois emana “de uma simplificação, que deriva, por sua vez, de uma incompreensão da complexidade da legalidade no Estado constitucional de direito [...]”.²⁶

Neste lume, torna-se imperativo delinear que a revogação de uma lei importa apenas em sua extirpação formal do ordenamento jurídico, incidindo para tanto no plano da vigência e não no da validade da norma.²⁷ Nesta razão, vigência pode ser definida, hodiernamente, como a rigidez formal necessária às leis, ou seja, é o resultado de um procedimento específico²⁸ que garante a existência da norma no ordenamento jurídico.²⁹

Sendo certo que, após a publicação, pode ocorrer a limitação imposta pelo período de *vacatio legis*, e, caso inexistente, pela disposição do art. 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – que delimita um período de quarenta e

²⁴ VENOSA, Silvio Salvo. *Introdução ao estudo do direito*. 1. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 122; GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 62.

²⁵ GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 62.

²⁶ No original: “el fruto de una simplificación, que se deriva, a su vez, de una incompreensión de la complejidad de la legalidad en el Estado constitucional de derecho”. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 4. ed. Madrid: Editora Trotta, 2004, p. 20.

²⁷ GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 61.

²⁸ Esse procedimento específico em nosso ordenamento diz respeito à elaboração, discussão e aprovação pelo Parlamento, a posterior sanção, tácita ou expressa, pelo Presidente da República, a promulgação e a publicação oficial da Lei.

²⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 99-102.

cinco dias para entrada em vigor da lei – importando, após este período, a existência da lei no ordenamento jurídico.³⁰

Apregoa-se, de forma analítica, que esta definição de vigência não vem a ser a única no campo doutrinário, como já exposto acima, em razão do ideal clássico positivista. Neste sentido, podemos elencar algumas lições que divergem da posição adotada por nós, sendo a primeira delas constituída pelo ideário positivista de Kelsen e a segunda na corrente de alguns autores da atualidade.

No que tange o pensamento da linha positivista, garimpa-se deste seguimento que o termo vigência corresponde, no seu significado, à palavra validade, pois se confunde o momento de existência da norma com o de sua validade, para tanto Kelsen afirma no seguinte sentido:

Com a palavra ‘vigência’ designamos a existência específica de uma norma. [...] podemos exprimir a vigência (validade) de uma norma dizendo que certa coisa deve ou não deve ser, deve ou não ser feita.³¹

Portanto, revela-se a ambiguidade da análise efetivada pelo positivismo clássico, ao não enfrentar o viés que diferencia tais termos, optando por encaixar a validade como uma espécie de vigência.

Noutra ponta, alguns autores, diferenciando os conceitos de validade e vigência, afirmam que para uma norma ser válida é necessário “[...] que seja cumprido o processo de formação ou de produção normativa, em conformidade com os requisitos do próprio ordenamento [...]”.³²

Por outro lado, informam que vigência diz respeito à “exigibilidade de um comportamento, a qual ocorre a partir de um dado momento e até que a norma seja revogada. Em geral, a vigência começa com a publicação”, definem, ainda, a vigência como referência “[...] ao tempo de validade” de uma norma.³³

³⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 99-102.

³¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998, p. 7.

³² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 197-198.

³³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 198-199.

De forma complementar e traçando por linhas semelhantes, verificam-se lições que distinguem vigência de vigor, explicando que a norma emite ao ordenamento jurídico um valor temporal de sua existência, por outro lado, vigor diz respeito à “[...] força vinculante da norma, sua imperatividade”, caracterizando como própria característica da vigência de uma norma, não visualizando, desta forma, tais autores o entendimento por nós esposado.³⁴

Não obstante, em seguimento ao *main stream* do debate, *mister* estabelecer aquilo que determinamos como validade da norma, trata-se de instrumento estabilizador da ordem jurídica, na medida em que permite a verificação da conformação formal e material das leis frente à norma que lhe dá fundamento, ou seja, a Constituição, e, para além dela, na atualidade, os tratados de direitos humanos.

Como visto, a validade pode ser tanto formal como material, sendo, neste sentido, a lição de Otto Bachof ao pugnar pela existência de violação formal e material da Constituição em virtude da declaração de inconstitucionalidade, o que afeta o plano da validade, conforme segue:

A distinção entre Constituição em sentido formal e em sentido material conduz a que igualmente se distinga entre a inconstitucionalidade de normas jurídicas resultante da infracção da Constituição escrita (formal) e a resultante da infracção do direito constitucional material não escrito.³⁵

Neste quadro, alguns doutrinadores ampliam o leque de definições ao prescreverem que a “[...] validade material repousará no *quantum* de legitimidade que venha a expressar [a norma]”, ou seja, a validade material servirá para avaliar a essência da norma, o seu núcleo material perante o paradigma constitucional e, atualmente, também convencional, garantindo, assim, uma validade dialógica da norma pela interação entre as fontes normativas.³⁶

De forma que, com esta compatibilização material, será vencido um dos impedimentos validatórios que incidem sobre a lei, restando ainda, no entanto, a

³⁴ VENOSA, Silvio Salvo. *Introdução ao estudo do direito*. 1. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 128-129.

³⁵ BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 48.

³⁶ BONIFÁCIO, Artur Cortez. O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 121. *Apud*: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 101.

compatibilização de caráter formal, sob a perspectiva da aferição da validade formal.³⁷

Em reflexão sobre a validade, importante consignar o magistério de Dworkin, para quem quando um conceito jurídico é válido não há que se erigir questionamentos por parte do juiz, ficando obrigada à aplicação do instrumento, “[...] mas se não é válido, os juízes devem, *prima facie*, decidir os mesmos pleitos no sentido oposto”.³⁸

Nesse plano, podemos estabelecer que para a ocorrência de verificação da validade de uma norma devemos ter como pressuposto que este ato normativo seja vigente no ordenamento jurídico, pois se assim não fosse teríamos o Poder Judiciário analisando normas que não existem no plano jurídico, ou seja, não são normas, e por esta razão nunca produziriam efeitos.

Razão pela qual, estas normas não têm força impositiva e não podem ser reguladas pelas normas paradigma (Constituição e tratados de direitos humanos), em virtude de nunca terem pertencido ao encarte normativo brasileiro.

De modo conceitual, observa-se uma tendência pela igualdade entre vigência e validade formal, pois nos casos em que se declara a inconstitucionalidade formal da lei – afetando o âmbito da validade formal – também ocorre a inutilização de sua vigência.

No entanto, com base na análise científica, aqui proposta, torna-se aparente, para nós, um critério diferenciador entre tais institutos. Como já extraído da perquirição, a validade da norma tem como requisito a sua precedente vigência, neste montante, a vigência tem como pressupostos, a outorga por órgão competente e todo um processo de formação, que vai da elaboração legislativa até a publicação, com seu eventual período de *vacatio legis*.

Ou seja, esse processo representa ao instituto da vigência uma *conditio sine qua non* ou, em outras palavras, um elemento basilar da figura jurídica, por esta

³⁷ BONIFÁCIO, Artur Cortez. O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 121. *Apud*: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 101.

³⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 1. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001, p. 176.

razão, Bittencourt, ao interpretar a situação de uma lei que não obedeceu ao procedimento constitucional de criação, leciona no seguinte sentido:

Tem lugar a *inexistência* da lei quando na sua elaboração não forem obedecidas ou observadas as formalidades constitucionais prescritas para o processo legislativo. [...] A lei, no caso, não é nula ou ineficaz, mas, simplesmente, *inexiste como lei*. Se o ato a que se atribui este nome não se apresenta sob a forma estabelecida pela Constituição, ou não foi baixado pelos órgãos competentes para fazê-lo, ou não obedeceu na sua elaboração ao rito e ao processo prescritos, não se trata, na hipótese, de uma lei.³⁹

Destarte, para que a lei exista como tal, ou seja, tenha vigência deverá percorrer de forma vinculada a regulação constitucional. No entanto, quando visualizamos a validade formal, verificamos que esta postula como instituto de aferição do estrito cumprimento do processo Constitucional, exercido com base em fatos ocorridos anteriormente à vigência.

Desse modo, torna-se claro o critério diferenciador inerente a cada um dos institutos, enquanto a vigência toma o processo de criação como elemento nuclear de sua eclosão, a validade formal irá confrontar o processo de instituição da norma com aquele prescrito na Carta Constitucional, visando assim, a verificação da conformidade legal com a norma superior, no que tange ao critério formal.

Exemplo disto encontra-se estabelecido no art. 16 da Constituição Federal, que possui a seguinte redação: “Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”, pela leitura do texto constitucional podemos nitidamente observar que o momento em que a lei, no caso que verse sobre o processo eleitoral, passa a existir é o de sua publicação.⁴⁰

Apesar disso, essa norma só será determinada quanto a sua validade formal – por estar de acordo com o procedimento da Constituição – após análise do órgão competente para tanto, neste caso o Poder Judiciário, que irá declarar sua inconstitucionalidade ou constitucionalidade, e indo além, só será eficaz quando

³⁹ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 133.

⁴⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25/03/2015.

houver pleito que se localize temporalmente após o período de um ano, ou seja, quando efetivamente ocorra as eleições posteriores ao primeiro ano de existência.

Vale pontuar, ademais, que apesar dos critérios diferenciadores, explanados acima, quanto aos institutos da vigência e validade formal, não podemos refutar que, a invalidade formal de uma norma terá efeitos no plano da vigência, neste mesmo sentido, referem-se alguns autores, vejamos:

Existe, contudo, uma hipótese excepcional: quando a lei é declarada inconstitucional por vício de forma (e isso foi reconhecido pelo STF, por exemplo, nos HC 77.724-SP e 77.734-SC), não há como negar que essa declaração de inconstitucionalidade afeta (desde logo) o plano da *validade* da norma, mas, antes de mais nada, também o da *vigência*. Uma lei que não tenha seguido o procedimento legislativo correto, após a declaração da sua inconstitucionalidade formal (embora publicada no *Diário Oficial*), deixa de possuir vigência. Se é certo que a declaração de inconstitucionalidade material não toca nesse aspecto (vigência), não se pode dizer a mesma coisa em relação à inconstitucionalidade formal.⁴¹

Poderia ainda, em um último questionamento, ser observado por nós que no Brasil há a possibilidade de controle preventivo, pelo Judiciário, da constitucionalidade de projetos de lei e de projetos de emenda à Constituição, não sendo concebível, portanto, a separação apresentada entre vigência e validade formal.

No entanto, cabe a nós pontuar que, não se trata aí de um caso típico de controle efetivado pelo Judiciário, como é o repressivo. Podemos afirmar, noutro turno, que o controle preventivo não se apresenta como um modo de aferição da validade de uma norma, pois na medida em que, o documento legislativo é um mero projeto, não podemos afirmar que este é existente no ordenamento jurídico – mas sim no sistema legislativo – tão pouco que este projeto seja válido, pois, para tanto, seria necessário que fizesse parte do compêndio de normas do ordenamento brasileiro.

Noutras palavras, a decretação de inconstitucionalidade de projetos legislativos postula como um controle das ações do Poder Legislativo e não propriamente da norma em si, por esta razão tal controle pode ser visto como uma

⁴¹ GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 63.

exceção, que só ocorre no controle difuso e em casos de violação ao devido processo legislativo, e, ainda, com o devido respeito à separação dos poderes.

Isso foi o que restou confirmado em recente julgado do STF no qual, negando seguimento ao mandado de segurança, afirmou pela impossibilidade de controle de constitucionalidade prévio fora dos casos excepcionais, já que a regra é o controle sobre normas estabelecidas no ordenamento jurídico.⁴²

Dessa forma, galgamos estabelecer aquilo que, doravante, devemos entender como vigência, validade formal e validade material, restando-nos, apenas, delinear o conceito de eficácia das normas. A eficácia, neste seguimento, consiste nos “[...] efeitos fácticos irradiados de norma válida ou [ainda não declarada] inválida”, ou seja, terá eficácia a norma que importa em concretude junto à “realidade social”, quando do momento de sua aplicação.⁴³

Nesta linha, não haveria que se falar em eficácia de uma norma inválida, pois estaríamos admitindo que uma norma, já julgada incongruente com os elementos paradigmáticos superiores, pode efetivamente atuar no campo concreto de aplicação da norma, o que engendraria grave inconsistência na força normativa dos textos superiores, derivando numa volatilidade da consistência de normas no ordenamento jurídico regulado. É por isso que o sistema prevê a presunção de constitucionalidade da norma, até que seja declarada inconstitucional.

Nesse percurso, podemos concluir que, a validade deixará de atuar, tão somente, para a conformação material das leis infraconstitucionais à Constituição, passando agora a atuar, também, como método de aferição da conformidade das

⁴² Vide: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. DIREITO CONSTITUCIONAL. DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO. CONTROLE JUDICIAL. CABIMENTO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM EXCLUSIVA DO PARLAMENTAR EM EXERCÍCIO. MANDADO DE SEGURANÇA CONHECIDO. POSSIBILIDADE DO EXAME JUDICIAL DA CONSTITUCIONALIDADE DURANTE A TRAMITAÇÃO DE PROJETO DE LEI. MEDIDA EXCEPCIONAL NÃO APLICÁVEL AO CASO. SEPARAÇÃO ENTRE OS PODERES E PREVISÃO CONSTITUCIONAL PARA SUAS ATUAÇÕES. MANDADO DE SEGURANÇA A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. MS 33.615. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, 29 de maio de 2015. Dje n. 105, 03/06/2015. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=306956701&tipoApp=.pdf> Acesso em: 05/06/2015.

⁴³ NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, p. 51; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 103.

leis frente os tratados de direitos humanos, por meio do controle de convencionalidade.⁴⁴

Possibilitando, outrossim, a declaração de inconvencionalidade, que no mesmo molde da declaração de inconstitucionalidade material, retirará a norma do plano da validade por sua insubordinação ao *suprassumo* convencional, mantendo, no entanto, a vigência da mesma, pois encontra-se de acordo com o procedimento de criação estabelecido na Constituição, em outras palavras, irá remanescer presente “nos compêndios legislativos publicados”.⁴⁵

Para além disto, caso a decisão que declare a inconvencionalidade seja *inter partes*, como, via de regra, ocorre no controle concreto ou difuso, terá a norma vigência, podendo ser reguladora de outros casos concretos.⁴⁶

Nesse estande, após determinarmos os pontos de consistência de cada um dos elementos, vigência, validade e eficácia, torna-se imprescindível que tratemos de como se dá o conflito entre normas e a forma de solução desses conflitos, para, em seguida, demonstrar a forma de diálogo entre normas que permite um novo meio de solução para o conflito de normas.

1.2 A insuficiência dos critérios clássicos de solução de antinomias normativas para o controle de convencionalidade

Nesse desmembramento, é cediço que, quando confrontado com uma situação em que duas normas se revelam incompatíveis, deve o operador do direito aparelhar-se de critérios, decorrentes do sistema jurídico, para a resolução dessas antinomias, tratando-se aqui, de problemática clássica enfrentada por “juristas de todos os tempos”.⁴⁷

Em razão disso, foram estabelecidos alguns critérios clássicos para solução de conflitos entre normas, quais sejam: o critério cronológico, o critério hierárquico e

⁴⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 96, 99-100.

⁴⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 96, 99-100.

⁴⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 96, 99-100.

⁴⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 81.

o critério da especialidade, importante salientar que, atualmente, em casos específicos, pode ocorrer a substituição destes elementos analíticos, como solução de conflitos, por um critério de ponderação de normas derivadas de princípios, pois se dá preferência, nestas casuísticas, as regras que decorrem do princípio de maior relevo.⁴⁸

Além disso, inclui-se na possibilidade de substituição, também, o método de harmonização pelo “diálogo” que pode ser feito entre as normas de nosso ordenamento jurídico, como iremos abordar no tópico seguinte ao da presente análise dos critérios clássicos.

Antes de adentrarmos, especificamente, na análise dos critérios clássicos, devemos estabelecer que as antinomias, no ideário clássico, podem ser reais (ou insolúveis) ou aparentes (ou solúveis), segundo classificação de Bobbio, sendo reais aquelas antinomias em que os critérios de solução de conflitos, que serão analisados abaixo, não são suficientes para resolução do conflito, pois ambas as normas apresentam-se em uma das seguintes situações: estão no mesmo patamar hierárquico, são contemporâneas ou as duas são gerais.⁴⁹

Noutro ponto, serão aparentes as antinomias em que entre as normas existe uma das seguintes disparidades: de superioridade e inferioridade, de anterioridade e posterioridade e de generalidade e especialidade.⁵⁰

Neste patamar, golpeia-se como impreterível uma ordenada e profunda análise dos critérios clássicos acima dispostos, como veremos a seguir:

a) O critério cronológico é aquele que importa para duas normas incompatíveis, na medida em que, dá prevalência a norma posterior frente à norma mais antiga, segundo o princípio da *lex posterior derogat priori*, trata-se, aqui, do

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 92; TORRENS, Haradja Leite. Neopositivismo e pós-positivismo jurídico nas doutrinas de Hebert Hart e Ronald Dworkin. In: TORRENS, Haradja Leite. ALCOFORADO, Mario Sawatani Guedes. (Org.). *A expansão do direito: estudos de direito constitucional e filosofia do direito em homenagem a willis santiago guerra filho*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 154.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 92 e 97; NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, p. 37.

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 92 e 97; NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, p. 37.

entendimento de que a Lei é expressão da vontade do legislador e por esta razão estaria confirmada pelo último ato emanado da vontade deste.⁵¹

Neste parâmetro, visualiza-se que a existência de “[...] duas normas gerais, criadas pelo mesmo órgão em diferentes momentos, [...] igualmente válidas e, conseqüentemente igualmente aplicáveis [...]” fertilizam um terreno fértil ao desencontro normativo e podendo estabelecer um verdadeiro caos jurídico, caso não fosse utilizado o critério acima descrito.⁵²

No entanto, vale anotar que a “*lex posterior* apenas será aplicada se o legislador teve o propósito de afastar a anterior”, portanto, existe a possibilidade de inclusão de uma norma ao ordenamento jurídico que não revoga outra anterior, mas tenta estabelecer uma nova interpretação harmônica entre as duas disposições legais.⁵³

Noutro prisma, o critério busca o “progresso do jurídico” e sua conseqüente adaptação às necessidades da sociedade, se de forma contrária fosse, levaria a cabo um critério que privilegia a precedência da norma em prejuízo à inovação, resultando em um obstáculo que estagnaria o próprio Direito.⁵⁴

b) O critério hierárquico decorre da necessidade de “unidade” entre as normas de uma ordem jurídica, ou seja, a partir do momento em que “[...] as normas de um ordenamento são colocadas em planos diferentes: são colocadas em ordem hierárquica” temos um escalonamento normativo, que conceitualmente é visualizado na ideia de pirâmide de Kelsen.⁵⁵

Neste ponto, vale anotar que para Kelsen uma inconsistência hierárquica entre uma norma estabelecida em patamar superior e outra em degrau inferior não pode ser considerada um conflito em si, pois, em realidade, o fundamento de validade da norma de menor tom decorre da própria norma superior.

⁵¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 92-93.

⁵² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 88.

⁵³ DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 35.

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 92-93.

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 93.

Ou seja, para esta corrente caso a norma não seja válida ou vigente – tendo em vista o ideal positivista – ela não estará em conflito com outra norma superior, pois, na verdade, esta norma é inexistente no ordenamento jurídico.⁵⁶

Em uma análise comparativa, podemos vislumbrar que, apesar do constitucionalismo, que eclodiu no final do século XVIII, ter tomado como centro a “premissa da hierarquia entre normas”, como módulo estruturante, é perceptível que esta ideia de escalonamento remonta a um ponto ulterior, onde predominavam “dois aspectos fundamentais da integração da sociedade”, sendo eles: a integração sistêmica e a integração social.⁵⁷

No que tange a integração sistêmica, emprestava-se a esta forma de integração da sociedade o caráter de estrutura binária “[...] entre poder superior e inferior [...]”, onde o tempero coercitivo era proporcionado por uma “semântica moral-religiosa” formada tanto por uma distinção “[...] entre o bem e o mal [...]”, no campo da moral.⁵⁸

Assim como por um viés religioso na separação entre transcendente – no sentido de estar além daquilo que o homem pode entender – e imanente – referindo-se aquilo que pode ser materialmente compreendido dentro da realidade humana.⁵⁹

Neste caso, a “nobreza”, na maior parte das ocasiões, representava o “bem”, que se posicionava acima do “mal”, que tinha sua expressão na “plebe”, sendo assim, o patamar mais baixo só estaria agindo corretamente em vista da fórmula de “bem” proposta pelos hierarquicamente superiores.⁶⁰

Já no que toca a integração social, verifica-se que esta se escalonava conforme uma concepção de “[...] membro ou não membro [...]”, sendo que os indivíduos estabelecidos sob a classificação de membro estavam em um patamar superior, pois faziam parte do núcleo social estabelecido naquele momento,

⁵⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998, p. 146.

⁵⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 87; NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 6.

⁵⁸ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 7.

⁵⁹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 7.

⁶⁰ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 7.

enquanto os não membros viviam a margem dos “benefícios e prestações” estabelecidos à “camada superior”.⁶¹

Portanto, aponta-se que a ideia de estruturação hierárquica perpassa a história do homem, não surgindo como um simples meio de solução aos conflitos entre normas, e, além disso, ilustra uma concepção de completude do ordenamento jurídico.

No entanto, é perceptível que esta estrutura de hierarquia não é mais “contínua e linear”, mas, por outro lado, forma um composto de escalonamentos descontínuos e não lineares, na medida em que, hoje resta abalada “[...] a ideologia da impermeabilidade [...]”, assim como, modificou-se “[...] radicalmente o monopólio estadual de criação do direito”, que permitiam uma estabilidade do conceito de ordenamento jurídico escalonado.⁶²

c) O critério da especialidade representa um modo de solução da antinomia normativa, que se caracteriza pelo entendimento de que uma “norma especial (ou excepcional) deve prevalecer sobre a norma geral”, aqui, também, reina a ideia de que a última vontade do legislador prevalece sobre a anterior, mas, neste caso, não quanto à época de criação da norma e sim no que diz respeito à necessidade de profundidade na abordagem de um determinado tema.⁶³

Ademais, outra explicação que se dá, para necessidade desse critério, gira em torno do fato que a regra geral frente novas situações jurídicas, já não providencia ideal regência da questão normatizada, isto termina gerando a necessidade de lei que acrescente novos padrões descritivos ao tema, de forma que, situações que eram injustamente qualificadas como iguais, sejam agora, tuteladas por regramento específico.⁶⁴

⁶¹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 7 e 8.

⁶² DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. 1. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2004, p. 87; HABERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007, p. 9 e 10; CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Editora Almedina, 1998, p. 616.

⁶³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 87; BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 96.

⁶⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 87-89.

Trata-se de verdadeira concretização de uma igualdade substancial, portanto, pode-se afirmar que uma norma será especial em comparação a outra “quando comporta em seu enunciado todos os elementos caracterizadores da regra geral e um *plus* em seus elementos típicos denominados caracteres especializantes”.⁶⁵

Nesse sentido, o critério pode ser estabelecido pelo princípio *lex specialis derogat generali* e deriva da ideia de que a disposição normativa especializada é um “[...] reflexo da regra de justiça *suum cuique tribuere* [dar a cada um o que lhe pertence], tornando a lei geral exceção, tal como é a passagem da legalidade abstrata à equidade”, além de simbolizar “[...] um momento ineliminável do desenvolvimento de um ordenamento”.⁶⁶

Sendo assim, podemos inferir que numa ordem de preferência quanto à utilização dos critérios deve-se aplicar primeiramente o critério hierárquico, pois reflete a norma que dá validade à norma inferior, caso não seja possível, utiliza-se consequentemente o critério da especialidade, tendo em vista que a *lex posterior generalis non derogat priori speciali*.

Esse preceito garante a prevalência da lei específica frente a uma lei geral posterior, sendo cabível afirmar, portanto, que o critério cronológico é o último a ser instrumentalizado dentre os critérios clássicos de solução de antinomias normativas.

Noutro fator, Bobbio leciona que no caso de conflito entre uma norma geral e outra especial temos uma “[...] antinomia *total-parcial*”. Esta espécie de antinomia ocorre quando, em razão da norma específica, a eliminação da norma geral não é completa, mas incide somente sobre a “[...] parte da lei geral que é incompatível com a lei especial”, enquanto que na utilização dos critérios hierárquico e cronológico “[...] tem-se geralmente a eliminação total de uma das duas normas”.⁶⁷

De qualquer forma, observa-se que tais critérios, apesar de consagrados em nossa tradição jurídica, não respondem aos conflitos normativos inerentes ao controle de convencionalidade tão adequadamente quanto à teoria do diálogo das

⁶⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 87-89.

⁶⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 96; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 88.

⁶⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 97.

fontes. A insuficiência desses critérios decorre de três fatores, que passaremos a expor a seguir.

O primeiro fator que importa na insuficiência é o fato de que tais critérios tomam por base uma perspectiva meramente formalista, em outras palavras, fora a hipótese de especialidade da norma, não se avalia o conteúdo propriamente dessa norma, mas apenas a posição hierárquica ou a época de sua edição.

O segundo fator que gera insuficiência diz respeito ao resultado da aplicação desses critérios, quando utilizamos tais critérios clássicos somente uma das normas prevalecerá no caso concreto.⁶⁸ Temos, assim, uma resposta única para um problema que demanda, muitas das vezes, a aplicação conjunta das normas. Trata-se do que Claudia Lima Marques descreveu como uma “monosolução”.⁶⁹

Por outro lado, na perspectiva do diálogo das fontes, a harmonização dessas normas e sua aplicação simultânea corresponde à chamada “coerência derivada ou restaurada”, necessária para a eficiência funcional do sistema plural e complexo dos nossos dias”.⁷⁰

O terceiro fator que importa em insuficiência refere-se ao fato de que, por vezes, os critérios clássicos não fazem valer os preceitos de justiça no caso concreto, podendo afastar até mesmo a aplicação da dignidade da pessoa humana. É por isso que Alberto leciona da seguinte forma:

O “diálogo” das fontes é útil, também, para a realização da justiça concreta, entendida como a estipulação do valor que organiza as relações sociais e define o que é legítimo em determinado momento histórico. Esse fato se verifica, especialmente, quando uma das normas que dialoga apresenta conteúdo variável, vago ou

⁶⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 65; MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 27.

⁶⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 1, n. 51, p. 34-67, jul./set., 2004, p. 57.

⁷⁰ AMARAL JUNIOR, Alberto do. O “diálogo” das fontes: fragmentação e coerência no direito internacional contemporâneo. *Anuário brasileiro de direito internacional*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 11-33, jul./dez. 2008. Semestral. p. 17.

indeterminado, sendo necessário, por isso, recorrer às valorações internacionais predominantes para garantir a sua aplicação.⁷¹

Sendo assim, torna-se necessária uma teoria que possa suprir a insuficiência dos critérios clássicos e atuar como forma de aplicação do controle de convencionalidade, razão pela qual passaremos a investigar as arestas que definem tal teoria.

1.3 Os conflitos normativos inerentes à convencionalidade pelo novo parâmetro do diálogo das fontes

Nessa esteira, alçando olhar no Direito pós-moderno podemos visualizar existir um método para solução de conflitos que não depende do preceito de que uma norma deve excluir outra incompatível, estabelecido classicamente. Mas que, com fulcro na harmonização das normas e pela atuação interpretativa do juiz, se estabelece em uma hierarquia material, de forma oposta a uma hierarquia formal, sempre priorizando a norma que melhor protege os seres humanos.⁷²

Trata-se aqui de análise de modelo semelhante ao do “diálogo das fontes”, criado por Erik Jayme, que se justifica como apto a solver conflitos, propondo soluções harmônicas, o que ficou consignado em sua lição clássica da seguinte forma:

[...] O fenômeno mais importante é o fato de que a solução dos conflitos de leis surja do resultado de um diálogo entre as fontes mais heterogêneas. Os direitos humanos, as constituições, as convenções internacionais, os sistemas nacionais: todas essas fontes não se excluem mutuamente; elas "falam" umas com as outras. Os juízes são legalmente obrigados a coordenar essas fontes escutando o que elas dizem.⁷³ [Tradução nossa]

⁷¹ AMARAL JUNIOR, Alberto do. O “diálogo” das fontes: fragmentação e coerência no direito internacional contemporâneo. Anuário brasileiro de direito internacional, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 11-33, jul./dez. 2008. Semestral. p. 21.

⁷² MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 1, n. 51, p. 57, jul./set., 2004; MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 1, n. 45, p. 88, jan./mar., 2003.

⁷³ No original: “le phénomène le plus important est le fait que la solution des conflits de lois emerge comme résultat d’un dialogue entre les sources les plus hétérogènes . Les droits de l’homme, les constitutions, les conventios internationaux, les systèmes nationaux: toutes ces sources ne s’excluent pas mutuellement; elles “parlent” l’une à l’autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu’elles disent”. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye, 1995. p. 259.

Esse tipo de solução dialógica ganha força “[...] quanto mais os riscos de conflitos [normativos] se tornam visíveis”, em outros termos, quanto mais pugnamos por tentar solucionar conflitos com arcaicos paradigmas, em mesma medida, o princípio de harmonia entre normas galga tornar-se elementar à sociedade hodierna.⁷⁴

Pontual estabelecer, em outra análise, que a dialógica, no nosso caso, em sua forma jurídica, não tem o mesmo significado que a dialética, enquanto a primeira palavra denota “a lógica da coordenação e da coexistência de interesses [...]”, a segunda toma como pressuposto um imanente conflito entre elementos onde um dos objetos deve prevalecer sobre o outro como forma de solução.⁷⁵

Previamente à perquirição dos meios pelo qual os ordenamentos “conversam”, é primoroso que apontemos o significado do que vem a ser os “vasos comunicantes” ou as “cláusulas de diálogo”. Caracterizam-se como pontes comunicativas incrustadas nos dispositivos da norma e que permitem uma harmonização entre ordenamentos jurídicos, em vista da possibilidade de diálogo entre eles.⁷⁶

Pode ser tomado como exemplo a cláusula de abertura constitucional do §2º, do artigo 5º, da nossa Constituição, que representa um legítimo “vaso comunicante”. No entanto, torna-se necessário apontar que os tratados comuns aparentemente não possuem cláusulas de diálogo, como fazem os tratados de direitos humanos ao possibilitar a utilização da norma mais protetiva ao ser humano, mesmo que interna.⁷⁷

⁷⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial*. 1. ed. São Paulo: Editora Lumen Juris, 2003, p. 63.

⁷⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 131.

⁷⁶ MARQUES, Cláudia Lima; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O consumidor-depositário infiel, os tratados de direitos humanos e o necessário diálogo das fontes nacionais e internacionais: a primazia da norma mais favorável ao consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 1, n. 70, p. 133, abr./jun., 2009; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 116-117; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 158; MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 1, n. 45, p. 76, jan./mar., 2003.

⁷⁷ MARQUES, Cláudia Lima; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O consumidor-depositário infiel, os tratados de direitos humanos e o necessário diálogo das fontes nacionais e internacionais: a primazia da norma mais favorável ao consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.

A classificação do diálogo das fontes, que não decorre do texto vestibular de Erik Jayme, mas de interpretação dada por Claudia Lima Marques, foi postulada por uma divisão em três tipos de diálogo, sendo estes o diálogo sistemático de coerência, o diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade e o diálogo de coordenação e adaptação sistemáticas.⁷⁸

Não obstante essa primeira classificação, Valerio de Oliveira Mazzuoli propõe, especificamente no campo que estuda a harmonização entre as normas internacionais e a legislação interna, um conteúdo diferente para tal classificação, visando enquadrar as diversas situações em que o diálogo entre fontes nacionais e internacionais está presente.⁷⁹

Dessa forma, dois são os gêneros de diálogo, possuindo, cada um destes, duas espécies. Os critérios dialógicos primários, ou gerais, dividem-se em diálogo horizontal e vertical, enquanto as espécies são, diálogo sistemático de complementaridade e diálogo rogatório de integração, que derivam da classificação horizontal, e, diálogo de inserção e diálogo de transigência, que fluem do critério vertical.⁸⁰

a) O diálogo horizontal caracteriza-se por estabelecer um *link*, entre o ordenamento internacional e o interno, baseado numa “[...] relação de complementaridade ou de integração”, na medida em que se constrói, por esta interligação, uma harmonização de preceitos. Este tipo de diálogo entre normas de mesmo plano se dá em dois momentos.⁸¹

O primeiro ocorre quando uma norma constitucional “[...] é mera repetição de um direito que já vem expresso em tratado internacional [...]”, enquanto o segundo

1, n. 70, p. 133, abr./jun., 2009; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 116-117; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 158; MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 1, n. 45, p. 76, jan./mar., 2003.

⁷⁸ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. 108-122.

⁷⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 152-177.

⁸⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 152-177.

⁸¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 154-155.

eclode com o preenchimento de lacunas normativas existentes no nosso ordenamento por normas convencionais, “[...] tanto na Constituição como em leis infraconstitucionais”.⁸²

Neste sentido, outorga-se voz a primeira ramificação desta operação horizontal, chamado de diálogo sistemático de complementaridade. Este modelo de diálogo se desenvolve pela coordenação de duas normas que serão aplicadas conjuntamente ao caso concreto, ou seja, as disposições de cada uma destas normas atuam para complementar os preceitos da outra, numa contraprestação recíproca.⁸³

Destarte, o caráter que deve estar presente em uma reciprocidade sistemática de complementaridade recai sobre os ombros da ideia de uma solidariedade, tanto normativa, como entre os ordenamentos jurídicos, ou seja, necessário que a sintonia dos textos seja, em sua mais pura essência, pela primazia na busca de concretização dos direitos do homem.⁸⁴

Neste debate, é que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece um diálogo de complementaridade, por meio de seu artigo 29, caput e alínea *b*.⁸⁵ Este dispositivo preceitua no seguinte sentido:

Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

[...]

b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser **reconhecidos em virtude de leis** de qualquer dos **Estados-partes** ou em virtude de **Convenções em que seja parte** um dos referidos Estados;⁸⁶ (grifo nosso)

⁸² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 154-155.

⁸³ MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 1, n. 51, p. 60, jul./set., 2004; MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 1, n. 45, p. 74, jan./mar., 2003.

⁸⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p.158.

⁸⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 105; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 158-159.

⁸⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção americana de direitos humanos, de 22 de novembro de 1969. São José, Costa Rica, 1969. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 24 Fev. 2015.

Extrai-se dessa norma, portanto, que o caráter complementar não diz respeito a uma dialética, que opera com base numa lógica asfixiante de outras proposições, mas a um legítimo diálogo em que mesmo a norma de hierarquia formal mais elevada deve ceder espaço à força propositiva, inerente aos direitos humanos, existente em uma norma de menor escalão.⁸⁷

Desta possibilidade de prevalência normativa, até mesmo de uma norma ordinária do ordenamento interno, podemos apontar, com base na análise de validade da norma, por um diferente tipo de validade normativa, pois não se verifica aí mera conformação aos ditames da norma formalmente superior, mas que apresenta aquilo que podemos chamar de “validade extravasante” ou verterante.

Tal distinção se justifica pelo fato dessa norma ultrapassar o limite conformativo (o critério clássico hierárquico), galgando a ampliação do escope protetivo, que impõe, também, a consideração de que esta norma jorra proposições mais adequadas no ordenamento jurídico, sendo, portanto, fortalecedora de sua validade e de todo o sistema de normas.

No que tange à segunda ramificação, desenvolve-se aqui o diálogo rogatório de integração, onde a presença de uma lacuna normativa, pela “[...] *falta* de norma interna (ou de norma interna satisfatória), capaz de guarnecer a proteção de um direito”, caso possa ser “integralizada” pela norma internacional, enseja a atitude rogatória do direito interno ao direito internacional, por meio da aplicação dos instrumentos internacionais pactuados pelo Estado.⁸⁸

Este diálogo está intimamente ligado com a ideia de que um ordenamento jurídico não é completo – em oposição ao significado atribuído pelo dogma da completude – mas em outra análise, ao invés do critério estático, que classifica a idílica pretensão de completude, temos um sistema de natureza dinâmica.⁸⁹

⁸⁷ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 28; MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 1, n. 51, p. 58, jul./set., 2004.

⁸⁸ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 25-26; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 163.

⁸⁹ NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, p. 30-31; BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade

Trata-se, portanto, de uma “completabilidade”, que se oxigena “[...] nos atos de criação-aplicação jurídica, através dos diversos mecanismos de integração (auto-integração e heterointegração)”, este último, assemelhado ao diálogo rogatório de integração, pois permite uma integração do ordenamento com base em recursos de outros ordenamentos, ou de outras fontes, que não aquelas representativas do *suprassumo normativo*.⁹⁰

Exemplo concreto do diálogo rogatório de integração diz respeito ao julgamento do Habeas Corpus nº 70.389/SP, em 23 de junho de 1994, onde foi questionado os casos que poderiam enquadrar-se no tipo penal de tortura, previsto pelo artigo 233, do Estatuto da Criança e do Adolescente, por tratar-se de norma que necessitava de regulamentação casuística e, em vista da lacuna do nosso ordenamento que só introduziu a lei que veio a definir os casos de tortura em 7 de abril de 1997, pela Lei nº 9.455.⁹¹

O STF entendeu por bem jungir o ordenamento internacional ao nacional, para que, neste caso, diversas normas internacionais, do qual o Brasil é parte, fossem utilizadas como regulamentadoras do conceito de tortura, para além de integralizadoras do anterior vácuo normativo.⁹²

b) O diálogo vertical, como a própria expressão grassa, se dá entre normas que não tem a mesma força normativa, ou seja, são diferenciadas quanto à sua força de concreção. Além disso, existe um caráter mais violento na interpelação das normas, que, no entanto, deve ser solucionado pela coordenação entre estas, a ser

de Brasília, 1999, p. 146; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 160.

⁹⁰ NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, p. 30-31; BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 146; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 160.

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. TORTURA CONTRA CRIANÇA OU ADOLESCENTE - EXISTÊNCIA JURÍDICA DESSE CRIME NO DIREITO PENAL POSITIVO BRASILEIRO - NECESSIDADE DE SUA REPRESSÃO - CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SUBSCRITAS PELO BRASIL [...]. HC 70.389. Rel. Sydney Sanches. Brasília, 23 de junho de 1994. Dj. 10/08/01. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72400>>. Acesso em: 10/01/2015.

⁹² PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 27; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 164.

efetivada pelo judiciário, para que cheguemos à norma que melhor se aplica ao caso.⁹³

Neste aspecto, no que tange a primeira divisão deste diálogo, enumera-se a espécie classificada como diálogo de inserção, que propugna por um “efeito aditivo dos tratados na ordem jurídica interna, uma vez que estes passam a adicionar (*inserir*) ao direito doméstico [...], direitos que a ordem jurídica interna não prevê expressamente [...]”, razão pela qual proporciona a incidência de uma cláusula inovativa do direito interno.⁹⁴

Nesta casuística, estão entalhadas as situações em que um tratado de direitos humanos apresenta direitos inéditos, que ampliam o rol dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, por força, também, da abertura constitucional ocasionada pelo §2º, do artigo 5º, da Constituição. Atualmente, existem diversos tratados de direitos humanos que asseguram direitos que não aqueles estabelecidos em nossa Carta Magna.⁹⁵

Importante esclarecer, nesse ponto, que o diálogo vertical de inserção difere do diálogo horizontal rogatório de integração. Apesar de aparentemente parecidos, a nota que diferencia tais diálogos é o fato de que no diálogo vertical de inserção estamos perante a inexistência de um direito no ordenamento, o que será inovado pela norma internacional.

Já no diálogo horizontal rogatório de integração, o direito existe no ordenamento jurídico brasileiro, mas o conteúdo desse direito não permite a sua aplicação ao caso concreto ou esse conteúdo é insatisfatório, exigindo que o ordenamento busque nas normas internacionais uma complementação de conteúdo desses direitos.

Noutro vetor, no que toca a segunda ramificação do gênero de diálogo vertical, apresenta-se o diálogo de transigência, que explicita uma situação de

⁹³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 165

⁹⁴ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 27. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 167.

⁹⁵ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 25-26; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 168-169.

aparente contrariedade, pois deve ser utilizado quando um “[...] tratado de direitos humanos consagra determinado direito cuja execução é *proibida* pelo ordenamento interno”.⁹⁶

Vale dizer, não seria aplicável o diálogo de transigência quando o tratado proibisse um direito e a Constituição o permitisse, pois, neste caso, seria utilizado o diálogo sistemático de coordenação, em virtude dos tratados de direitos humanos averbarem que podem ser excetuados, quando a norma do direito interno é mais protetiva.

Exemplo disto é o caso do devedor alimentante, que segundo o artigo 7º, item 7, da Convenção Americana, pode ser detido com o simples inadimplemento de obrigação alimentar, enquanto que, a Constituição no artigo 5º, inciso LXVII, restringe esta prisão por dívida, apenas, aos casos em que a dívida for devida de forma voluntária e inescusável.⁹⁷

Temos aí, duas disposições contrárias, que, no entanto, não serão submetidos ao viés do diálogo de transigência, mas sim a uma harmonia por complementaridade, dando-se preferência à disposição Constitucional.

Nesse confronto, para que a harmonização de normas seja feita por transigência é necessário que ambas estejam direcionadas ao propósito de oferecer concessões mútuas, em outras palavras, experimenta a semelhança das vestes de uma mediação.⁹⁸

Ou seja, um terceiro (o juiz) irá ouvir as partes (as normas) e permitir que cheguem a um consenso que estabilize a relação entre ambas, não obstante, no diálogo de transigência exclui-se o fator de que o objetivo final da conversa deve ser focado na vontade de partes, pois em realidade será objetivado na proteção dos direitos humanos.⁹⁹

⁹⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 172.

⁹⁷ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 28.

⁹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 105-106; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 176-177.

⁹⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 105-106; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 176-177.

De modo a exemplificar este diálogo, alguns autores apontam a divergência sobre o direito à liberdade sindical, entre os tratados de direitos humanos e na nossa legislação pátria, para tanto, afirmam que o artigo 22 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o artigo 8º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o artigo 16 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos depõem por um amplo direito à liberdade sindical.¹⁰⁰

Por outro lado, a Constituição teria uma liberdade sindical restrita, em virtude do princípio da unicidade sindical, expresso pelo art. 8º, inciso II, de seu texto. Com base nisso, afirmam que “[...] a unicidade sindical não parece constituir necessidade de uma sociedade democrática, e nem mesmo parece responder ao interesse da segurança nacional ou da ordem pública [...]” – que são algumas das exceções à restrição do direito à liberdade sindical – pugnando, portanto, pela necessidade de prevalência das normas convencionais frente à Constituição.¹⁰¹

Não obstante, entendemos que a escolha, em prever a unicidade sindical, da Constituição brasileira é acertada e também é respaldada pela exceção convencional. Isso em vista de que, se assim não fosse, a gigantesca quantidade de associações, num País como o Brasil que possui extensão continental, engendraria um caos à ordem pública – por exemplo, existiria o sindicato dos enfermeiros diurnos e outro dos enfermeiros noturnos ou até mesmo da área pública ou privada.

Além disso, instrumentos que garantem uma forma de participação democrática seriam impossibilitados, na sua aplicação, como é o caso da legitimidade de confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade, prevista no artigo 103, inciso IX, da Constituição.

Sendo assim, “[...] Não pode o juiz aplicar, simplesmente, os dados normativos residentes, por exemplo, no Código Civil, sem procurar adequá-los aos novos tempos e, mais, à ideia de direito consagrada na Constituição” e, também,

¹⁰⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 105-106; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 176-177.

¹⁰¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 105-106; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 176-177.

nos tratados de direitos humanos, para que possa palpar uma visão global do direito.¹⁰²

Em análise distinta, mas com repercussões quanto à busca da melhor norma a ser aplicada, em proteção ao ser humano, Dworkin problematiza, quanto a real impossibilidade em se promover uma solução aos problemas do direito, e oferece resposta, partilhando pela necessidade de aplicação da solução que melhor se adequa à proteção dos direitos individuais, conforme se extrai da seguinte passagem:

[...] uma proposição de Direito é bem fundada se faz parte **da melhor justificativa que se pode oferecer para o conjunto de proposições jurídicas** tidas como estabelecidas. [...] Duas teorias diferentes podem fornecer justificativas igualmente boas, segundo essa dimensão, em sistemas jurídicos imaturos, com poucas regras estabelecidas, ou em sistemas jurídicos que tratam apenas de um âmbito limitado da conduta de seus participantes. Mas, em um sistema moderno, desenvolvido e complexo, a probabilidade antecedente desse tipo de empate é muito pequena. O empate é possível em qualquer sistema, mas será tão raro nos sistemas modernos a ponto de ser exótico. Não quero dizer que será raro que os juristas discordem sobre qual teoria fornece, mesmo nessa dimensão, uma justificativa melhor. **Será raro que muitos juristas concordem que nenhuma fornece uma adequação melhor que a outra.**¹⁰³ (grifo nosso)

Esse percurso torna-se importante à pesquisa, pois, a partir dessas linhas descritivas podemos referenciar quatro situações peculiares ao nosso sistema normativo. A primeira delas repousa no conflito entre lei, que precede a criação da Constituição, e o texto da Carta Magna.¹⁰⁴

A segunda situação engloba os casos em que a lei é criada posteriormente à entrada em vigor da Constituição, mas conflita com esta, o terceiro momento diz respeito ao conflito entre uma lei anterior à entrada em vigor de um tratado e o texto

¹⁰² CLÈVE, Clemerson Merlin. Poder Judiciário: Autonomia e Justiça. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 30, n. 117, p. 304, jan./mar. 1993. Trimestral. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176094>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

¹⁰³ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 1. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001, p. 213.

¹⁰⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 118.

deste documento e a última situação refere-se à lei que é posterior à internalização do tratado, mas que com ele conflita.¹⁰⁵

Antes de adentrarmos na investigação destas situações é importante esclarecer que, caso a norma hierarquicamente inferior seja mais protetiva ao ser humano, esta deve ser aplicada em prejuízo à norma superior, tal ponto corresponde ao princípio da norma mais protetiva ao ser humano, também denominado princípio *pro homine*.

Apesar de sua origem como princípio meramente interpretativo, que permitiria extrair de uma norma o seu caráter mais protetivo ao ser humano, atualmente o princípio *pro homine* repercute também como instrumento a ser utilizado pelo diálogo das fontes de modo a permitir que o controle jurisdicional de convencionalidade opere corretamente na proteção dos direitos humanos.¹⁰⁶

Ou seja, o princípio em tela estabelece uma regra preliminar de que no diálogo entre as normas a preferência deve ser da norma que dê mais proteção ao ser humano, mesmo que tenha menor posição hierárquica. E não caberia alegar que isso não é uma forma de controle de convencionalidade, na medida em que além de tal princípio decorrer da própria natureza dos tratados de direitos humanos ele também está previsto em vários dispositivos dessas normas.¹⁰⁷

Portanto, ao permitir a aplicação de outras normas em decorrência do princípio *pro homine* não se deixa de fazer valer o tratado, mas se aplica a previsão convencional, decorrente da natureza do tratado ou de uma das suas cláusulas, de proteção do direito do homem no caso concreto.

No que toca à primeira situação, temos como certo que em casos entre lei anterior, ou normas pré-constitucionais, e a Constituição nova, ocorre o fenômeno

¹⁰⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 118.

¹⁰⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; RIBEIRO, Dilton. The Japanese Legal System and the Pro Homine Principle in Human Rights Treaties. *Journal of Civil & Legal Sciences*, v. 3, n. 123, p. 1-10, jun. 2014, p. 6.

¹⁰⁷ Exemplo de dispositivos que materializam o princípio *pro homine* são: Art. 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto 678/1992), Art. 5º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto 592/1992), Art. 1º, item 2, da Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (Decreto 40/1991) e Art. 1º, item 3, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (Decreto 65.810/1969).

da recepção ou da não-recepção, também chamado de revogação, onde se averigua apenas a compatibilidade material desta norma frente a Constituição atual, pois a sujeição formal torna-se irrelevante em vista da criação da lei ter sido efetivado com base em outros critérios.

Em outras palavras, caso a norma deponha contra algum dos direitos humanos da ordem jurídica hodierna deve ser entabulada a sua não-recepção. Como se pode inferir trata-se aí de um diálogo rogatório de integração, pois sendo certo que a ordem jurídica da Constituição anterior é distinta do sistema jurídico da Constituição de 1988, quando esta última aceita essas normas, leia-se recepciona, está justamente preenchendo a lacuna que existe em seu ordenamento.

Já no que diz respeito à lei criada posteriormente a Constituição, há de se verificar uma aferição de constitucionalidade/inconstitucionalidade, quando da abordagem de validade desta norma. Sendo possível de se afirmar que o diálogo, nestes casos, será delineado por uma sistemática de complementaridade, buscando-se sempre a primazia de uma hierarquia material, que prioriza o desenvolvimento da proteção aos direitos humanos.

Em vista da terceira situação, é observável que, uma lei anterior a tratado de direitos humanos em vigor no Brasil deve ser submetida a um controle jurisdicional de convencionalidade, para aferir a compatibilidade desta com as disposições convencionais.

Na oportunidade, havendo conformidade material estabelece-se um diálogo sistemático de complementaridade, com a consequente declaração de convencionalidade da norma, no entanto, caso exista divergência firma-se um diálogo vertical de transigência, onde a norma eivada de contrariedade a direitos do homem deve ser declarada inconvencional.

Por último, quanto à quarta situação, vigora, também, a necessidade de conformação do conteúdo da norma com os parâmetros de convencionalidade. Neste sentido, são aplicáveis todas as formas de diálogo, anteriormente estabelecidas por nós, resguardando-se a aplicação de cada uma, das formas de diálogo, com a visualização de cada situação.

Nessa esfera, tendo estabelecido os pressupostos para a teoria do diálogo das fontes e analisado seus fundamentos em vista dos métodos tradicionais de solução de conflitos, importante que passemos a uma análise de como controle jurisdicional de convencionalidade pode se beneficiar pela aplicação da teoria do diálogo das fontes.

1.4 O controle pelo diálogo

É importante notar que a teoria do diálogo das fontes pode ser utilizada para tornar aplicável o controle jurisdicional de convencionalidade no âmbito nacional. Contudo, deve-se observar que o instituto é anterior à própria teoria do diálogo das fontes.

Enquanto a teoria do diálogo das fontes surgiu em 1995 no curso ministrado por Erik Jayme na Academia de Direito Internacional de Haia, a possibilidade de controle de convencionalidade é bem mais antiga.

A doutrina que primeiro abordou o controle jurisdicional de convencionalidade no Brasil e autores franceses, afirmam que a ideia do controle de convencionalidade surgiu com a decisão n. 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975, do Conselho Constitucional Francês, que tinha como tema a aferição de validade da proposta normativa sobre interrupção voluntária da gravidez.¹⁰⁸

Firmou-se nesse precedente a ideia de que, apesar de os tratados terem uma hierarquia maior que a legislação, não seria competência do Conselho verificar a compatibilidade desses tratados com as leis, pois o controle de constitucionalidade previsto no art. 61 da Constituição francesa tem natureza diversa do controle de convencionalidade abarcado pelo art. 55 dessa Constituição.¹⁰⁹

¹⁰⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 70-71; RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2012, p. 213; LAMONTE, Olivier dutheillet de. Controle de constitutionnalite et controle de conventionnalite. In: ABRAHAM, Ronny; BON, Pierre; BONICHOT, Jean-Claude. *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*. Paris: Editora Dalloz, 2007, p. 2; FRANÇA. Conselho constitucional. Decisão 74-54 DC de 15 de janeiro de 1975. Disponível em: < <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/7454DCa7454dc.pdf>>. Acesso em: 25/05/2015.

¹⁰⁹ FRANÇA. Conselho constitucional. Decisão 74-54 DC de 15 de janeiro de 1975. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/7454DCa7454dc.pdf>>. Acesso em: 25/05/2015.

No entanto, a nós parece que esse não foi o primeiro momento em que a ideia de um controle de convencionalidade se materializou. Nesse sentido, veja-se que a Constituição dos Países Baixos previu, desde a reforma de 1953, a ideia de controle de convencionalidade naquele país.¹¹⁰ Mesmo antes dessa expressa previsão da Constituição, a doutrina aponta que desde 1919 a Corte Suprema dos Países Baixos entendia que os tratados estavam em posição superior às leis e existia uma presunção de convencionalidade.¹¹¹

Dessa forma, observa-se que o controle jurisdicional de convencionalidade pode ser utilizado no Brasil sem ter fundamento na teoria do diálogo das fontes, como se observa pela sua adoção em outros ordenamentos antes mesmo da existência dessa teoria. Isso ocorreria, por exemplo, com base na teoria tradicional de solução de antinomias, fazendo valer o tudo ou nada pelo critério hierárquico, no caso de os tratados estarem em posição superior à norma controlada.

Nesse viés, o controle de convencionalidade não deve ser entendido apenas como forma de conformação hierárquica de normas. Não se nega que o controle funciona, primariamente, com base na superioridade, o que se objetiva esclarecer é que o controle de convencionalidade, pela teoria do diálogo das fontes, realiza a superioridade não formal, mas substancial relativa à proteção dos direitos do homem.

Em outras palavras, fazer valer o preceito que mais proteja o ser humano também é uma forma de hierarquizar a relação entre normas, só que tomando os aspectos de conteúdo dessas normas para esse fim. É, nesse sentido, também que se preceitua que não abandonamos os critérios clássicos, apenas apontamos que,

¹¹⁰ Reafirmando esse viés, veja: “Even in the Netherlands, where since the 1950s, exceptionally, courts are allowed to review Acts of Parliament against directly effective treaty provisions [...]”. BESSELINK, Leonard F. M. The proliferation of constitutional law and constitutional adjudication, or how american judicial review came to europe after all. *Utrecht Law Review*, [S. l.], v. 9, n. 2, p. 19-35, mar., 2013, p. 24; REINO DOS PAÍSES BAIXOS. The constitution of the kingdom of the Netherlands 2008, de 22 de setembro de 2008. Disponível em: <www.government.nl/files/documents-and-publications/regulations/2012/10/18/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands-2008/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands-2008.pdf>. Acesso em: 12/08/2014.

¹¹¹ UZMAN, J; BARKHUYSEN, T; VAN EMMERIK, M.L. The Dutch Supreme Court: A Reluctant Positive Legislator?, vol. 14.3 *ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW*, dez., 2010, p. 5. Disponível em: <<http://www.ejcl.org/143/art143-16.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

em certos casos, tais critérios são insuficientes, merecendo a aplicação de uma teoria de diálogo.¹¹²

Sob essa perspectiva é que Claudia Lima Marques afirma pela nova roupagem dos critérios clássicos sob o parâmetro do diálogo das fontes, conforme se observa:

[...] A nova hierarquia, que é a coerência dada pelos valores constitucionais e a prevalência dos direitos humanos; a nova especialidade, que é a ideia de complementação ou aplicação subsidiária das normas especiais, entre elas, com tempo e ordem nesta aplicação, primeiro a mais valorativa, depois, no que couberem, as outras; e a nova anterioridade, que não vem do tempo de promulgação da lei, mas sim da necessidade de adaptar o sistema cada vez que uma nova lei nele é inserida pelo legislador.¹¹³

Nesse seguimento, de modo a tornar substancial a possibilidade de controle jurisdicional de convencionalidade pelo diálogo das fontes, passaremos a analisar 3 casos (1 do Supremo Tribunal Federal e 2 do Superior Tribunal de Justiça).

No primeiro houve a utilização do diálogo das fontes e do controle de convencionalidade, já nos dois casos do STJ, houve a aplicação do diálogo das fontes, mas não se utilizou os tratados de direitos humanos no diálogo. Em outras palavras, não ocorreu o controle jurisdicional de convencionalidade, mesmo sendo possível.

O caso inicial a ser analisado diz respeito ao HC 88.420 do STF, processo que tinha como objetivo permitir que o recurso de indivíduo condenado em primeira instância fosse apreciado pelo Tribunal, sem que essa análise ficasse condicionada à prisão do réu, nos termos do art. 594 do Código de Processo Penal, atualmente revogado.¹¹⁴

¹¹² ROCHA, Igara. A incidência da teoria do diálogo das fontes na defesa do consumidor. *Revista eletrônica jurídico-institucional do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte*. Natal, v. 3, n. 2, p. 1-14, jul./dez. 2013. p. 11. Semestral. Disponível em: < http://www.mp.rn.gov.br/revistaeletronicampn/abrir_artigo.asp?cod=1044>. Acesso em: 20 abr. 2015.

¹¹³ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 31.

¹¹⁴ Dizia o citado artigo: “Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”. BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 14 de abril de 2015.

No caso em tela, o STF utilizou a previsão do art. 8º, item 2, alínea “h”, do Pacto de São José da Costa Rica para garantir que o recurso do réu fosse recebido independentemente da prisão. Utilizou-se a disposição do tratado, pois o ordenamento brasileiro não elenca expressamente o direito ao duplo grau de jurisdição.¹¹⁵

Apesar de alguns autores considerarem tal caso como um diálogo vertical de inserção, que permite a adição de direito não resguardado pelo nosso ordenamento jurídico.¹¹⁶ Para nós, o caso é de diálogo horizontal rogatório de integração, pois o inciso LIV do art. 5º da Constituição prevê o devido processo legal.¹¹⁷

Nosso entendimento se fundamenta no fato de que, apesar de inexistir norma expressa sobre o duplo grau de jurisdição, nossa Constituição prevê de forma implícita o direito, já que, conforme Ada Pellegrini Grinover, “um sistema de juízo único fere o *devido processo legal*, que é garantia inerente às instituições político-constitucionais de qualquer regime democrático”.¹¹⁸

Sendo assim, o Pacto de São José da Costa Rica apresenta o duplo grau de jurisdição de forma a integrar o conteúdo do devido processo legal em nosso ordenamento jurídico, permitindo que o diálogo entre o tratado, a Constituição e Código de Processo Penal imponha o afastamento do dispositivo que condiciona o recurso à prisão do réu. Aplica-se, assim, o controle jurisdicional de convencionalidade, na medida em que o tratado afasta a aplicação da norma menos protetiva.

¹¹⁵ O artigo 8º prevê as garantias judiciais, seu item 2, alínea “h”, possui a seguinte redação: “2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior”. BRASIL. Decreto Nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 24 abril 2015.

¹¹⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 169.

¹¹⁷ A redação desse dispositivo é a seguinte: “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25/03/2015.

¹¹⁸ GRIONEVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhaes; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2008. p.22.

O primeiro caso do STJ diz respeito ao REsp 103.775-9/RJ, no qual o citado Tribunal afirmou o direito de uma criança de 3 anos a receber indenização por dano moral pela negativa injustificada na realização de exame radiológico. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro considerou que a criança em tal idade não poderia sofrer dano moral, pois isso não afetaria o seu psicológico.¹¹⁹

Nesse caso, o STJ utilizou o diálogo das fontes, mas adotou uma “aplicação simultânea da Constituição Federal, do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil”, nada tratando quanto aos tratados incorporados em nosso ordenamento e que também se aplicariam à hipótese em tela.¹²⁰

A aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, com base em seu art. 19, e da Convenção sobre os Direitos da Criança, com fulcro em seu art. 24, item 1, permitiria embasar o julgamento não apenas nos diplomas legais citados, mas também em tratados internacionais, possibilitando assim um diálogo horizontal sistemático de complementariedade.¹²¹

Dessa maneira, ante o dever de proteção da criança manejado pelo art. 19 da Convenção Americana e a determinação de que o Estado reconhece “o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde”, presente no art. 24, item 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança, torna-se claro que a negativa do caso

¹¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. RECUSA DE CLÍNICA CONVENIADA A PLANO DE SAÚDE EM REALIZAR EXAMES RADIOLÓGICOS. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. VÍTIMA MENOR. IRRELEVÂNCIA. OFENSA A DIREITO DA PERSONALIDADE [...]. REsp 1.037.759. Rel. Nancy Andrighi. Brasília, 23 de fevereiro de 2010. Dje. 05/03/10. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=8491699&num_registro=200800510315&data=20100305&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 20/04/2015.

¹²⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. Diálogo das fontes no direito do consumidor: a visão do Superior Tribunal de Justiça. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 189.

¹²¹ Art. 19 “Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado”. BRASIL. Decreto Nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 24 abril 2015; “Art. 24. 1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e à recuperação da saúde. Os Estados Partes envidarão esforços no sentido de assegurar que nenhuma criança se veja privada de seu direito de usufruir desses serviços sanitários”. BRASIL. Decreto Nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 24 abril 2015.

concreto enseja o dever de indenização, ainda mais quando inserimos nesse diálogo a determinação de reparação integral prevista no art. 6, inc. VI, do CDC.¹²²

Trata-se, assim, de um diálogo sistemático de complementaridade, pois existe uma identidade entre os fins objetivados pelas normas produzidas pelo ordenamento pátrio e as normas internacionais, de modo a fortalecer, pelo diálogo, as diretivas de proteção da pessoa humana.

Sendo assim, o controle jurisdicional de convencionalidade no caso ocorreria de modo que as normas convencionais complementassem as normas internas e dessem interpretação conforme às normas que haviam sido utilizadas para não conceder a indenização por dano moral no caso, permitindo a consequente reparação.

O segundo caso do STJ é o REsp 1.280.211/SP, no qual se questionava o aumento de mensalidade de plano de saúde para idoso que alcançou a idade de 60 anos. A decisão firmada nesse caso foi pela abusividade do aumento, pois era muito superior aos aumentos nos anos anteriores.¹²³

Contudo, o problema nesse caso estava em saber se a disposição do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), que proíbe o aumento discriminatório contra o idoso, seria aplicável para os contratos de seguro de saúde firmados anteriormente a esta norma.¹²⁴

¹²² BRASIL. Decreto Nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 24 abril 2015; BRASIL. Decreto Nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 24 abril 2015.

¹²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA DO CONTRATO DE SEGURO SAÚDE QUE PREVÊ A VARIAÇÃO DOS PRÊMIOS POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA REFORMADA PELO ACÓRDÃO ESTADUAL, AFASTADA A ABUSIVIDADE DA DISPOSIÇÃO CONTRATUAL. INSURGÊNCIA DA SEGURADA. [...]. REsp 1.280.211. Rel. Marco Buzzi. Brasília, 23 de abril de 2014. Dje. 04/09/14. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35491079&num_registro=201102207680&data=20140904&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 20/04/2015.

¹²⁴ O parágrafo 3º do art. 15 do Estatuto do Idoso determina o seguinte: “§ 3o É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”. BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/10.741.htm>. Acesso em: 24 abril 2015.

Veja-se que o contrato, no caso em tela, foi firmado em 2001, sendo assim, contratado sob o pálio exclusivo da Lei dos Planos de Saúde (Lei 9.656/1998) que permitia o reajuste em função da idade. Trata-se de matéria (aplicação retroativa do Estatuto do Idoso) que teve repercussão geral reconhecida no STF no RE 630.852/RS, mas que ainda não foi julgada.

Ora, pelos critérios clássicos, não existiria antinomia entre as normas nesse caso, a resposta para o problema, em tal perspectiva, seria de que o aumento era possível, pois o Estatuto do Idoso não era vigente à época em que o contrato foi firmado.

No entanto, sob o prisma do diálogo das fontes, além dos dois diplomas referidos, o Protocolo de São Salvador, que afirma em um de seus artigos a proteção aos direitos dos idosos, também deveria ser objeto de análise para a solução do caso.¹²⁵

Nessa esfera, utilizando-se do citado Protocolo, mais especificamente seu art. 17, *caput* e alínea “a”, o primeiro que diz que “Toda pessoa tem direito à proteção especial na velhice” e o segundo que afirma que o Estado deve “Proporcionar [...] assistência médica especializada, às pessoas de idade avançada que careçam delas e não estejam em condições de provê-las por seus próprios meios”, seria possível preencher a lacuna no nosso ordenamento jurídico.¹²⁶

Em outros termos, pelo diálogo das fontes a norma (Lei dos Planos de Saúde) que permitiria os aumentos abusivos sofre um controle de convencionalidade em vista da norma internacional que demanda proteção ao idoso, inclusive quando o idoso possui meios próprios, mas que não estão sendo suficientes em razão da ganância do Plano de Saúde.

Trata-se aqui do diálogo das fontes na sua forma vertical, na qual se utiliza a espécie denominada diálogo de inserção, pois a norma internacional aplicada ao caso insere direitos até então não previstos, ou, para ser mais específico, previstos

¹²⁵ O Protocolo de São Salvador foi firmado em 1988, mas foi internalizado em nosso ordenamento em 1999 pelo Decreto n. 3.321 de 30 de dezembro de 1999.

¹²⁶ BRASIL. Decreto Nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm>. Acesso em: 24 abril 2015.

por legislação pátria (Estatuto do Idoso) em momento posterior à constituição da relação jurídica contratual.

Ademais, em razão desse controle e do diálogo das fontes aplicado ao caso, uma terceira norma seria utilizada, qual seja o Estatuto do Idoso, que seria a norma utilizada para dar especificidade ao controle pela norma internacional, firmando, de forma substancial, a impossibilidade de aumento abusivo contra o idoso, independentemente de o Estatuto não ser consentâneo ao contrato ou à Lei dos Planos de Saúde.

Dessa forma, o caso seria resolvido pela utilização da teoria do diálogo das fontes como forma de aplicação do controle jurisdicional de convencionalidade, no qual a norma mais favorável ao homem seria aplicada no seio do diálogo normativo.

Em todos esses casos, é possível notar que a aplicação do diálogo das fontes estaria apta a garantir a aplicação adequada do controle jurisdicional de convencionalidade, o que vem sendo obstado pela jurisprudência omissiva quanto à aplicação dos tratados de direitos humanos.

Nesse viés, o próximo capítulo apresentará como o controle de convencionalidade muda a perspectiva de nosso ordenamento jurídico, tendo em conta que os tratados já tiveram posição de destaque em nosso ordenamento jurídico, mas apenas no momento atual ganham força para fazer valer os preceitos estabelecidos pelas normas de direitos humanos.

CAPÍTULO 2 – A NOVA FEIÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO SOB O PRISMA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

A ideia de um instrumento que materialize e operacionalize os valores estabelecidos em tratados de direitos humanos enfrenta dificuldade teórica e prática perante o ordenamento jurídico brasileiro. As dificuldades são fruto de uma tradição jurídica que enquadrava os tratados no mesmo patamar das demais normas infraconstitucionais.

Apesar de tais entraves, o momento estabelecido no cenário internacional da atualidade tem bases enraizadas na proteção e disseminação dos direitos humanos, isso acarreta um novo modelo de atuação jurisdicional para o Estado brasileiro e uma nova perspectiva quanto à posição normativa dos tratados.

Visando sedimentar os parâmetros analíticos de um controle por meio de tratados de direitos humanos, torna-se imperioso, em primeira instância, esmiuçar o longo período de paridade entre tratados e legislação ordinária atribuída pela nossa Corte Suprema e também o período histórico no qual os tratados tiveram posição superior à legislação.

Em um segundo momento, é possível observar uma nova oportunidade para atribuir uma posição qualificada aos tratados de direitos humanos em nosso ordenamento jurídico. Isso decorre da introdução do §3º do art. 5º da CF, que estabeleceu a possibilidade de equivalência entre tratados de direitos humanos e emendas constitucionais.

No entanto, o STF, mais uma vez, optou por não enquadrar tais tratados no nível constitucional, garantiu, contudo, uma posição de destaque para tais normas em nosso ordenamento, posicionando-os abaixo da Constituição, mas acima da legislação ordinária.

É no decorrer de todo esse entrave do entendimento jurisprudencial que o surgimento do controle jurisdicional de convencionalidade passa a constituir objeto de perquirição. A falta de um fundamento legal para o controle de convencionalidade pelos tribunais pátrios ocasiona uma lacuna quanto a sua aplicação.

Contudo, mesmo que não sendo o desejado, a posição de supralegalidade garante a possibilidade de controle das normas inferiores aos tratados de direitos humanos. Possibilidade essa que exige não apenas o caráter hierárquico, mas também uma aplicação dialógica das normas pelos tribunais no decorrer da utilização dessa peculiar forma de controle.

2.1 A posição normativa dos tratados no ordenamento brasileiro

A posição normativa dos tratados de direitos humanos no Brasil tem sido objeto de constante divergência entre juristas. A jurisprudência pátria é retrato fiel de um Estado que negava posição hierárquica de destaque para os tratados de direitos humanos, o que decorreu também do fato de não atribuírem posição hierárquica superior aos tratados em geral.

Sendo assim, em uma análise inicial poderemos verificar que, apesar de existirem precedentes anteriores à Constituição de 1988 que atribuíam valor superior aos tratados, a ideia de que tratados tem posição superior em nosso ordenamento só ganhou força com o surgimento da Constituição de 1988, mormente no seu §2º do art. 5º.

Não obstante, o ideal constitucional não foi suficiente para garantir uma posição diferenciada para os tratados de direitos humanos, pois o STF manteve o entendimento de que a paridade com a legislação ordinária subsistia.

Os tratados de direitos humanos passaram a ter relevo a partir de 1992, ano em que o Brasil ratificou alguns dos tratados de direitos humanos mais importantes, certo é que a análise do posicionamento dos tratados em geral, por meio da jurisprudência do STF, permite visualizar que os tratados já tiveram posição hierárquica superior em nosso ordenamento jurídico.¹²⁷

2.1.1 O retrato jurisprudencial até 1988

De modo a entender melhor o status atribuído aos tratados em nosso ordenamento, é importante que analisemos os seguintes casos julgados pelo STF em período anterior à Constituição de 1988: Pedido de extradição nº 7, de 1913, Apelação Cível nº 7.872, de 1943, Apelação Cível nº 9.587, de 1951, Recursos

¹²⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 67.

Extraordinários: nº 14.215, de 1956, nº 58.713, de 1966, nº 71.154, de 1971, Habeas Corpus nº 51.977, de 1974 e Recursos Extraordinários nº 80.856, de 1975, e nº 80.004, de 1977.

Neste montante, nosso primeiro paradigma jurisprudencial repousa na decisão estabelecida no pedido de extradição nº 7, de 1913, que foi entabulado em vista da divergência entre um tratado de extradição, de 17 de setembro de 1877, firmado com a Alemanha e o art. 10 da Lei nº 2.416, de 28.06.1911, que garantia como defesa ao extraditando a inexistência de defeitos formais no pedido de extradição.¹²⁸

Nesse viés, o STF entendeu que, apesar de a documentação ter sido protocolado pelas vias diplomáticas, faltava o “reconhecimento do respectivo representante diplomático brasileiro”.¹²⁹ Tendo por base a disposição legal, não estando os documentos autenticados, o Supremo decidiu, em 29 de janeiro de 1913, denegar a extradição requerida pela Alemanha.

No entanto, o tratado de extradição, que não exigia quaisquer das formalidades prescritas na citada lei, estava em vigor quando do julgamento do caso, razão pela qual, posteriormente, em 07 de janeiro de 1914, o STF declarou “[...] nulla e insubsistente a decisão que havia sido tomada”, em vista da “[...] incompetência do tribunal [...]” para analisar o caso, optando, assim, pela prevalência da norma internacional.¹³⁰

No que toca ao segundo caso, referente à Apelação Cível nº 7.872, esclareceu-se que este se originou da dúvida quanto à incidência de taxas e outros impostos, instituídos por lei posterior à norma internacional, quando da interpretação das expressões “[...] completamente livre de direitos aduaneiros [...]” e “[...] livre de

¹²⁸ O art. 10 da Lei nº 2.416 dizia o seguinte: “[...] O extraditando que será apresentado ao Tribunal, poderá fazer-se acompanhar de advogado, consistindo a sua defesa em não ser a pessoa reclamada nos defeitos de forma dos documentos apresentados e na legalidade da extradição”. BRASIL. Lei 2.416, de 28 de junho de 1911. Regula a extradição de nacionais e estrangeiros e o processo e julgamento dos mesmos, quando, fóra do país, perpetrarem algum dos crimes mencionados nesta lei. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-2416-28-junho-1911-579206-publicacaooriginal-102088-pl.html>>. Acesso em: 24 março 2015.

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pedido de Extradicação. Pedido de Extradicação nº 7. Relator Min. Canuto José Saraiva. 29 de janeiro de 1913.

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pedido de Extradicação. Pedido de Extradicação nº 7. Relator Min. Canuto José Saraiva. 29 de janeiro de 1913.

direitos [...]” estabelecidas nos incisos XIV, XV, XVI e XVIII do tratado firmado em 1933, entre o Brasil e o Uruguai.¹³¹

Verifica-se que, neste caso, a primazia se deu quanto à disposição da lei posterior ao tratado, no entanto, o relator do caso, em voto vencido, se posicionou no sentido de garantir que o tratado, tanto altera as leis anteriores, em casos específicos, como prevalece contra legislação posterior, reconhecendo a supremacia da norma convencional e seu peculiar modo de retirada do ordenamento jurídico, qual seja, a denúncia.¹³²

Já no que diz respeito à Apelação Cível nº 9.587, a lide teve causa em razão da cobrança de imposto sobre importação de produtos de dois Países, Estados Unidos da América e Inglaterra, feita pela Companhia Rádio Internacional do Brasil, sendo que, para autora, se tratava de cobrança ilegal, pois acima de valor estabelecido em norma convencional.

O fundamento quanto à ilegalidade era tanto em razão de o art. 7º do Tratado entre Estados Unidos e Brasil, promulgado pelo Decreto n. 542 de 1935, afastar a aplicação dos dispositivos do decreto-lei 7.404 de 1942, como em vista de “um Acordo Comercial Provisório, firmado [entre Brasil e Inglaterra] em 1936 o qual não foi denunciado”.¹³³

No entanto, a União alegava que o Decreto-Lei nº 7.404, de 22 de março de 1945 “nenhuma restrição fez às mercadorias nele [no tratado] compreendidas, o

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível. Tratado com o Uruguai sobre importação; interpretação de suas cláusulas relativas a direitos aduaneiros; taxas adicionais e de previdência social; como considera-las. Apelação Cível nº 7.872. Relator Min. Philadelpho Azevedo. 11 de outubro de 1943., p. 77. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=519551&codigoClasse=161&numero=7872&siglaRecurso=&classe=ACi>>. Acesso em: 20 fevereiro 2015.

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível. Tratado com o Uruguai sobre importação; interpretação de suas cláusulas relativas a direitos aduaneiros; taxas adicionais e de previdência social; como considera-las. Apelação Cível nº 7.872. Relator Min. Philadelpho Azevedo. 11 de outubro de 1943., p. 94. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=519551&codigoClasse=161&numero=7872&siglaRecurso=&classe=ACi>>. Acesso em: 20 fevereiro 2015; FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e a norma de direito interno*: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 100-101.

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível. Tratado internacional. Sua força quanto as leis que regulam os casos nele estabelecidos. Só por leis que a ele se refiram expressamente, pode ser revogado. Imposto. Como deve ser cobrado. Apelação Cível nº 9.587. Relator Min. Lafayette de Andrada. Rio de Janeiro, 21 de agosto de 1951. p. 33-34 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25026>>. Acesso em: 20 fevereiro 2015.

que demonstra que ele [o tratado] já não vigora”.¹³⁴ O Tribunal julgou pela validade dos tratados e consignou que uma eventual revogação destes só pode ser feita, quando a lei posterior, expressamente faça tal ressalva ou denuncie a disposição convencional.¹³⁵

Apesar da conclusão do acórdão, de que a lei posterior pode expressamente revogar um tratado ou efetivar a denúncia deste, devemos ter em vista que estas possibilidades afrontam o rito próprio de denúncia, que apesar de não descrito no texto da Constituição caracteriza-se como um costume constitucional, desde 1926, e incide também na hipótese a força obrigacional que decorre do compromisso pactuado pelo Estado.¹³⁶

Com o julgamento do RE nº 14.215, não houve propriamente a aferição de qual norma prevaleceria, a convencional ou a interna. O Supremo consignou, na decisão desse processo, que os julgamentos anteriores afrontaram o art. 494 do Código Comercial.¹³⁷

¹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível. Tratado internacional. Sua força quanto as leis que regulam os casos nele estabelecidos. Só por leis que a ele se refiram expressamente, pode ser revogado. Imposto. Como deve ser cobrado. Apelação Cível nº 9.587. Relator Min. Lafayette de Andrada. Rio de Janeiro, 21 de agosto de 1951. p. 31. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25026>>. Acesso em: 20 fevereiro 2015.

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível. Tratado internacional. Sua força quanto as leis que regulam os casos nele estabelecidos. Só por leis que a ele se refiram expressamente, pode ser revogado. Imposto. Como deve ser cobrado. Apelação Cível nº 9.587. Relator Min. Lafayette de Andrada. Rio de Janeiro, 21 de agosto de 1951. p. 38. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25026>>. Acesso em: 20 fevereiro 2015.

¹³⁶ REZEK, José Francisco. Parlamento e tratados: o modelo constitucional do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 41, n. 162, p. 131 e 143, abr./jun. 2004. Trimestral. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/952>>. Acesso em: 23 nov. 2014; REZEK, José Francisco. Congresso Nacional e tratados: o regime constitucional de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 45, n. 179, p. 344, jul./set. 2008. Trimestral. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/160336>>. Acesso em: 23 nov. 2014; LEMOS, Tayara Talita. A emenda constitucional 45/04 e as alterações na recepção dos tratados internacionais de direitos humanos. *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 6, jul. 2007. Semestral. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/static/revistaeletronica/volume1/internas/05_sumario.html>. Acesso em: 07 dez. 2014; PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 63.

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Abandono liberatório – justa liquidação e obrigações da atividade marítima – ofensa do art. 494 do código comercial – alienação compulsória não importa em renúncia tácita àquele abandono – Recurso provido. RE nº 14.215. Relator Min. Barros Barreto. Rio de Janeiro, 06 de junho de 1949. p. 61. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553635>>. Acesso em: 20 fevereiro 2015.

A essa decisão foram opostos embargos, tendo em vista que, para a embargante, o citado artigo do Código Comercial estava “revogado pelo Decreto nº 350, de 1º de outubro de 1935, que promulgou a Convenção Internacional de Bruxelas, firmada em 25 de agosto de 1924”.¹³⁸

No entanto, o acórdão integrativo julgou que não havia antinomia entre as normas, na medida em que, a norma internacional, apenas, veio a reforçar o entendimento do artigo 494 do Código Comercial.¹³⁹

No caso do RE nº 58.713, seguindo curso ao último julgado, mas quanto as Convenções de Genebra para adoção de Leis Uniformes em matéria de Notas Promissórias, Letras de Câmbio e Cheque, foi confirmada a necessidade de “[...] conciliação entre dispositivos, aparentemente conflitantes [...]”.¹⁴⁰

O conflito aparente se dava entre o artigo 30 da Lei Uniforme e a Lei nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908, no entanto, foi aplicado o artigo 15 da Lei 2.044 para demonstrar a harmonia entre as normas.¹⁴¹ Portanto, não restou manifestada a exata posição que o STF atribuía aos trados nesse precedente, tendo em conta a harmonização das normas pelo intérprete.

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de declaração em Recurso Extraordinário. Abaloamento marítimo; indenização; abandono liberatório do navio; não a exclui a sua venda compulsória, “ex-vi-legis”. O art. 494 do Código Comercial não está revogado pela Convenção de Bruxelas, promulgada pelo Decreto. nº 350, de 1935. ED do RE nº 14.215. Relator Min. Edgard Costa. Rio de Janeiro, 30 de abril de 1956. p. 291. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=31789>>. Acesso em: 20 fevereiro 2015.

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de declaração em Recurso Extraordinário. Abaloamento marítimo; indenização; abandono liberatório do navio; não a exclui a sua venda compulsória, “ex-vi-legis”. O art. 494 do Código Comercial não está revogado pela Convenção de Bruxelas, promulgada pelo Decreto. nº 350, de 1935. ED do RE nº 14.215. Relator Min. Edgard Costa. Rio de Janeiro, 30 de abril de 1956. p. 292. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=31789>>. Acesso em: 20 fevereiro 2015.

¹⁴⁰ FRAGA, Mirtô. O conflito entre tratado internacional e a norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 105; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Ação executiva. O art. 30 da Lei Uniforme não contraria a Lei 2.044 de 31.12.1908. RE nº 58.713. Relator Min. Hermes Lima. Brasília, 30 de setembro de 1966. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=156579>>. Acesso em: 20 fevereiro 2015.

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Ação executiva. O art. 30 da Lei Uniforme não contraria a Lei 2.044 de 31.12.1908. RE nº 58.713. Relator Min. Hermes Lima. Brasília, 30 de setembro de 1966. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=156579>>. Acesso em: 20 fevereiro 2015.

Noutra análise, quanto à temática das Leis Uniformes, o RE nº 71.154 foi de encontro à corrente que preconizava a “[...] primazia do Direito Internacional [...]”, tendo sido arguida questão quanto à imediata aplicação das Leis Uniformes pelo ato, consubstanciado em decreto, de promulgação.¹⁴²

O ministro que relatou o processo fez valer o entendimento de que a autorização para que tais normativas possam atuar imediatamente após sua promulgação, consta do intrínseco da Carta Magna, já que não existia determinação expressa na Constituição.¹⁴³

Esse entendimento teve por base o fato de que o Congresso Nacional é quem aprova os termos dos tratados firmados pelo presidente, nos mesmos moldes do “[...] processo de elaboração da lei”, razão pela qual não seria necessário novo processo legislativo para que o tratado pudesse ser aplicado.¹⁴⁴ Ademais, o relator deixou claro que “[...] a definitiva aprovação do tratado, pelo Congresso Nacional, revoga as disposições em contrário da legislação ordinária”.¹⁴⁵

Portanto, no âmbito deste julgado, ficou assentado aquilo que muitos autores, quando da análise dos tratados que versam sobre direitos humanos, descrevem

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. 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. Recursos extraordinário conhecido e provido. RE nº 71.154. Relator Min. Oswaldo Trigueiro. Brasília, 04 de agosto de 1971. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=166999>>. Acesso em: 20 fevereiro 2015.

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. 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. Recursos extraordinário conhecido e provido. RE nº 71.154. Relator Min. Oswaldo Trigueiro. Brasília, 04 de agosto de 1971. p. 283. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=166999>>. Acesso em: 20 fevereiro 2015.

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. 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. Recursos extraordinário conhecido e provido. RE nº 71.154. Relator Min. Oswaldo Trigueiro. Brasília, 04 de agosto de 1971. p. 283. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=166999>>. Acesso em: 20 fevereiro 2015.

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. 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. Recursos extraordinário conhecido e provido. RE nº 71.154. Relator Min. Oswaldo Trigueiro. Brasília, 04 de agosto de 1971. p. 288. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=166999>>. Acesso em: 20 fevereiro 2015.

como a aplicação imediata (ou recepção automática, em vozes da doutrina portuguesa) da normativa promulgada, tendo em vista o §1º, do artigo 5º da nossa atual Constituição de 1988, independentemente de lei posterior.¹⁴⁶

Nos autos do Habeas Corpus nº 51.977, restou reafirmada a supremacia dos tratados frente às leis, com base em matéria extradicional. O conflito emaranhava-se pelo disposto no §2º, do artigo 93, do Decreto-Lei nº 941, de 13.10.1969, e, o texto esculpido em um tratado firmado entre o Brasil e o Peru, que teve sua promulgação efetivada pelo Decreto nº 15.506, de 31.05.1922.¹⁴⁷

A primeira dessas normas exigia que o Estado, após solicitação de prisão do indivíduo, apresenta-se o requerimento formal, para análise da possibilidade de extradição, dentro do prazo de 90 dias, enquanto a segunda permitia um período de 60 dias, mas que eram contados a partir do cumprimento da prisão.¹⁴⁸

Ou seja, na disposição convencional o prazo poderia exceder, em grande período, aquele imposto pela lei brasileira, pois só começaria a ser contado com a efetiva prisão do extraditando. Neste sentido, a Corte Suprema explicitou que o tratado, que firma compromisso entre dois Estados em questões de extradição, por

¹⁴⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*: volume I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 423 e 431; PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 50; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito internacional: Tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2001, p. 54-55; CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Editora Almedina, 1998, p. 722.

¹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Habeas Corpus. Extradição. II. A arguição de se tratar de crime político é tema que só excepcionalmente se torna possível examinar nesta via sumária. III. A existência de tratado, regulando a extradição, quando em conflito com a lei, sobre ela prevalece porque contém normas específicas. IV. Excesso de prazo não reconhecido em conformidade com as disposições do tratado em questão. V. Writ indeferido. HC nº 51.977. Relator Min. Carlos Thompson Flores. Brasília, 13 de março de 1974. p. 588-589. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=63683>>. Acesso em: 20 fevereiro 2015.

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Habeas Corpus. Extradição. II. A arguição de se tratar de crime político é tema que só excepcionalmente se torna possível examinar nesta via sumária. III. A existência de tratado, regulando a extradição, quando em conflito com a lei, sobre ela prevalece porque contém normas específicas. IV. Excesso de prazo não reconhecido em conformidade com as disposições do tratado em questão. V. Writ indeferido. HC nº 51.977. Relator Min. Carlos Thompson Flores. Brasília, 13 de março de 1974. p. 588/591. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=63683>>. Acesso em: 20 fevereiro 2015.

ser norma específica deve prevalecer em face de lei que dispõe de forma contrária.¹⁴⁹

No que toca o RE nº 80.856, novamente visitando a temática das Leis Uniformes, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu, mais uma vez, que se tratava de um conflito aparente, na hipótese de que a apresentação de cheque ao sacado, fora do prazo legal, acarreta ao portador, apenas, “a perda da ação regressiva contra os endossantes e avalistas”, não existindo, portanto, conflito entre a norma internacional e a norma interna.¹⁵⁰

Já no RE 80.004/SE, em 1977, onde se utilizou da doutrina que equiparava os tratados internacionais à lei federal e restou assentada a matéria, no sentido de que “Se ele [o tratado] passa a ser Direito Positivo Brasileiro, sua revogação ocorre, nos termos da Legislação Brasileira e da Constituição: a lei posterior revoga a anterior”.¹⁵¹

Dessa forma, restou decidido “que lei e tratado se equivalem, podendo um derrogar o outro”, no entanto, tal julgado acabou incorrendo em violação à

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Habeas Corpus. Extradicação. II. A arguição de se tratar de crime político é tema que só excepcionalmente se torna possível examinar nesta via sumária. III. A existência de tratado, regulando a extradicação, quando em conflito com a lei, sobre ela prevalece porque contém normas específicas. IV. Excesso de prazo não reconhecido em conformidade com as disposições do tratado em questão. V. Writ indeferido. HC nº 51.977. Relator Min. Carlos Thompson Flores. Brasília, 13 de março de 1974. p. 589. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=63683>>. Acesso em: 20 fevereiro 2015.

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Cheque – apresentação fora do prazo legal. A apresentação do cheque ao sacado fora do prazo legal, não priva o portador de ação executiva contra o emitente. Interpretação do artigo 5º, do Decreto 2.591 de 07.8.1912. O possuidor que não apresentar o cheque ao sacado no prazo legal, perde a ação regressiva contra os endossantes e seus avalistas, mas conserva-a, em regra geral, em suas relações com o emitente. Recurso Extraordinário conhecido, porém improvido. RE nº 80.856. Relator Min. Cordeiro Guerra. Brasília, 11 de abril de 1975. p. 450. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=176157>>. Acesso em: 20 fevereiro 2015.

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. 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 nº 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 consequente validade do Dec.-lei nº 427/69, 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 do título cambial a que foi aposto. Recurso extraordinário conhecido e provido. RE nº 80.004. Relator Min. Xavier de Albuquerque. Brasília, 01 de junho de 1977. p. 986. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 20 fevereiro 2015.

Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 e causando indiferença estatal quanto ao cumprimento dos tratados no plano internacional.¹⁵²

Sendo especialmente perspicaz a comparação feita por Kelsen a tal descumprimento das normativas internacionais, *in verbis*:

[...] Se um Estado deixa de observar um tratado firmado com outro Estado, de acordo com o Direito Internacional, a sua conduta é considerada contrária à ordem no mesmo sentido em que o é, do ponto de vista da moralidade, a conduta de um indivíduo que conta uma mentira.¹⁵³

Ou seja, o descumprimento de um tratado pactuado pelo Estado representa uma transgressão ao princípio do *pacta sunt servanda*, que determina que os Estados devem cumprir o que foi acordado nas normativa.¹⁵⁴

Como vimos, essa mudança de pensamento ocorrida em 1977 foi precedida por uma gama de julgados, onde o Direito Internacional teve preferência à legislação interna, com alguns casos em que se harmonizava a expressão normativa da norma internacional e da lei. Neste prisma, segundo apontam alguns autores, o julgamento do RE 80.004/SE consubstanciou em verdadeiro retrocesso a precedentes importantíssimos para a devida efetivação dos tratados.¹⁵⁵

¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Convenção de Genebra – Lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias – aval apostado a nota promissória não registrada no prazo legal – impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do Decreto-Lei nº 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 consequente validade do Dec.-lei nº 427/69, 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 do título cambial a que foi apostado. Recurso extraordinário conhecido e provido. RE nº 80.004. Relator Min. Xavier de Albuquerque. Brasília, 01 de junho de 1977. p. 1019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 20 fevereiro 2015. REZEK, José Francisco. Parlamento e tratados: o modelo constitucional do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 41, n. 162, p. 143, abr./jun. 2004. Trimestral. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/952>>. Acesso em: 23 nov. 2014; PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 62.

¹⁵³ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 469.

¹⁵⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 73; FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e a norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 103 e 114.

¹⁵⁵ FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e a norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 99; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito internacional: Tratados e direitos humanos*

2.1.2 A posição dos tratados de direitos humanos sob o prisma do §2º do art. 5º da CF

A Constituição Federal da República de 1988, ao expressar a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos como princípios fundamentais nos arts. 1º, inc. III, e 4º, inc. II, da Constituição, respectivamente, priorizou a defesa, pelo Estado, do cidadão contra todas as mazelas que possam ser induzidas ao indivíduo humano, dando atenção assim a essência de uma vida em sua completude.¹⁵⁶

Neste globo de direitos, que dão razão a humanidade do ser, há aqueles que consideram os direitos fundamentais, os direitos sociais, os direitos econômicos e os direitos políticos como parte de um grande sistema de proteção dos seres humanos, inserindo para tanto, a afirmação de que sem a presença de todos estes não haveria plenitude de vivência dos direitos atribuídos aos seres humanos.¹⁵⁷

Nessa aspiração, o texto da Constituição de 1988 preparou um aparato normativo essencialmente voltada à eficaz proteção da pessoa humana.¹⁵⁸ Dentre estas normas assecuratórias encontra-se aquela preceituada pelo §2º do art. 5º, que possui 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.¹⁵⁹

Em sentido semelhante, por uma análise comparativa, podemos visualizar que outros Estados, como Portugal, prescrevem em seus textos constitucionais uma “[...] abertura à normação internacional [...]”, que é o caso do artigo 8º, da

fundamentais na ordem jurídica brasileira. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2001, p. 131.

¹⁵⁶ CERVANTES, Nélida Astezia Castro. *Tratados internacionais sobre direitos humanos: vícios na emenda constitucional 45/2004*. 2006. 170 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2006, p. 10; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 21.

¹⁵⁷ TAIAR, Rogério. *Direito internacional dos direitos humanos: uma discussão sobre a relativização da soberania face a efetivação da proteção internacional dos direitos humanos*. 2009. 321 f. Tese (Doutorado)-Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 29-30.

¹⁵⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 22.

¹⁵⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25/03/2015.

Constituição Portuguesa. Este modelo de abertura foi, pioneiramente, estabelecido com o desenvolvimento “[...] do projecto da Constituição de Weimar”.

Esse parágrafo significou o acolhimento da ideia de abertura do rol de direitos e garantias para além daqueles expressos no corpo da Constituição, não podendo este preceito normativo, inclusive, ser retirado do ordenamento jurídico por força da sua rigidez como cláusula pétrea.¹⁶⁰

Noutra esteira, a abertura do cerco constitucional referente aos direitos e garantias fundamentais, pelo §2º do art. 5º, não é novidade no âmbito do texto constitucional, isto com base no art. 78 do texto constitucional de 1891, que foi inspirado na IX Emenda da “Bill of Rights” Norte Americana. Dispunha a Carta de 1891 quanto a um catálogo não taxativo de direitos e garantias¹⁶¹, vejamos:

Art 78 - A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna.¹⁶²

No entanto, no que tange o objeto de inspiração do constituinte de 1891, qual seja a “Constituição” Norte Americana, devemos ter em mente que ambas as cartas constitucionais, americana e brasileira de 1891, não albergam dispositivos

¹⁶⁰ BRASILEIRO, Eduardo Tambelin. *Os tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao direito brasileiro e a constituição federal/88*. 2009. 118 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Político e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009, p. 42; CERVANTES, Nélida Astezia Castro. *Tratados internacionais sobre direitos humanos: vícios na emenda constitucional 45/2004*. 2006. 170 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2006, p. 10; FARIA, Bianca Castellar de. *A recepção dos tratados internacionais em matéria tributária pelo ordenamento jurídico brasileiro*. 2006. 344 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p. 110-111.

¹⁶¹ GARCIA, Maria. Fundamentalidade e direitos fundamentais: o § 2.º do art. 5.º da CF/1988: Direitos humanos e direitos e garantias fundamentais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 67, n. 17, p. 251, abr./jun. 2009. Trimestral; CUNHA, Fabiana Azevedo da. Direitos humanos e direitos fundamentais: a procura da maior proteção ao ser humano. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 28, n. 59, p. 137-175, 2004, p. 81; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos & relações internacionais*. 1. ed. São Paulo: Editora Agá Juris, 2000, p. 97.

¹⁶² BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 26 dez. 2014.

substancialmente declaratórios de ideais de cooperação e interação com outros Estados, como faz, por outro lado, a Constituição brasileira de 1988.¹⁶³

Nossa Constituição estipula em seu artigo 4º, inciso IX, uma necessária “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade” e no parágrafo único, do mesmo artigo, que o Estado brasileiro “buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina”, não obstante, cabe dizer que aquelas constituições elencam alguns, poucos, dispositivos com “determinações sobre o poder das relações exteriores”.¹⁶⁴

Nesse corte, não incandesce como inédito no cerco normativo da atual Constituição a presença de um ponto ampliativo do quadro de direitos e garantias constitucionais, caracterizado pela chamada cláusula de abertura, ou seja, a disposição “[...] que está sempre pronta a ser preenchida ou complementada através de outras normas e fontes diversas do texto constitucional”.¹⁶⁵ Cláusula essa que constitui vaso comunicante do ordenamento jurídico brasileiro com as normas internacionais, conforme apontamos no primeiro capítulo.¹⁶⁶

No entanto, a Carta Magna de 1988 inova, ainda, ao dividir, por meio do §2º do art. 5º, o catálogo de direitos e garantias individuais em três eixos, os “direitos e garantias expressos na Constituição”, os “direitos e garantias implícitos” e os

¹⁶³ HABERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007, p. 47 e 48.

¹⁶⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25/03/2015; HABERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007, p. 47 e 48.

¹⁶⁵ BRASILEIRO, Eduardo Tambelin. *Os tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao direito brasileiro e a constituição federal/88*. 2009. 118 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Político e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009, p. 63.

¹⁶⁶ MARQUES, Cláudia Lima; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O consumidor-depositário infiel, os tratados de direitos humanos e o necessário diálogo das fontes nacionais e internacionais: a primazia da norma mais favorável ao consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 1, n. 70, p. 133, abr./jun., 2009; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 116-117; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 158; MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 1, n. 45, p. 76, jan./mar., 2003.

“direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais” em que o Brasil é signatário.¹⁶⁷

Estabelece, nessa medida, um duplo paradigma normativo no conjunto de direitos e garantias constitucionais brasileiro, primeiramente pelo direito interno conjugado pelos “direitos expressos e implícitos na Constituição” e em segundo momento com as normas de direito internacional de direitos humanos em que o Brasil é parte.¹⁶⁸

Noutra linha, justifica-se interrogarmos, neste primeiro momento, se estariam incluídos na ideia de ampliação material do §2º do art. 5º, da Constituição, os direitos econômicos, sociais e culturais que não se encontram formalmente na Constituição Federal, mas são materialmente constitucionais, até mesmo, em nosso entender, aqueles preceituados em tratados.

Avulta-se como positiva uma resposta à interpretação ampliativa levantada, pois “[...] direitos económicos, sociais e culturais (ou os direitos que neles se compreendam) podem e devem ser crescentemente dilatados ou acrescentados [...]”, tendo em vista, ainda, que estes direitos “[...] emergem como instrumentais em relação aos direitos, liberdades e garantias [...]”, sendo, portanto, canal de confluência dos direitos e garantias fundamentais.¹⁶⁹

Neste seguimento, encontramos vozes que, também, preceituam a força vinculativa de tratados que disponham sobre direitos econômicos, sociais e culturais,

¹⁶⁷ MARQUES, Cláudia Lima; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O consumidor-depositário infiel, os tratados de direitos humanos e o necessário diálogo das fontes nacionais e internacionais: a primazia da norma mais favorável ao consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 1, n. 70, p. 133, abr./jun., 2009; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 116-117; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 158; MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 1, n. 45, p. 76, jan./mar., 2003.

¹⁶⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 23; LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. 1. ed. São Paulo: Manole Editora, 2005, p. 15; PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 49.

¹⁶⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito Constitucional: Tomo IV – Direitos Fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1998, p. 154-155.

para tanto afirmam que estes tratados são o meio apropriado a uma “paz positiva”, representada por prestações positivas pelos Estados.¹⁷⁰

Constitui-se isso em uma forma complementar à expressão “paz negativa” que é representada por uma abstenção à coerção militar.¹⁷¹ Ademais, é palpável que “[...] a dignidade da pessoa não se divide e depende tanto dos direitos econômicos e sociais quanto dos direitos civis e políticos”.¹⁷²

Importante destacar, não obstante a nossa posição ampliativa, que alguns autores visualizam a questão com cautela, pois entendem que, para além da “[...] carga metodológica da <<vagueza>>, <<indeterminação>> e <impressionismo> [...]”, estes direitos apresentam três paradoxos.¹⁷³

O primeiro desses paradoxos é representado pela atitude irresponsável de alguns Estados no plano internacional e interno, pois de forma ávida buscam ser parte nos tratados que encorpam tais direitos, mas não os aplicam no âmbito interno, o segundo paradoxo repousa na “aproximação absolutista” que se caracteriza por uma simbólica dedução hermenêutica da efetividade de tais direitos.¹⁷⁴

Por último, estabelece-se o terceiro paradoxo pela dependência de tais direitos ao “*interpositivo legislatoris*” para que possam ter efetividade, ou seja, apenas por meio da lei podem tais direitos serem concretizados no ordenamento jurídico.¹⁷⁵

Tendo explicitado isso, importante visualizar que, em vista do §2º do art. 5º da CF, expressão da vontade constituinte, a corrente humanista do direito brasileiro

¹⁷⁰ HABERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007, p. 36-37.

¹⁷¹ HABERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007, p. 36-37.

¹⁷² DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. 1. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2004, p. 281.

¹⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 99, 103-105.

¹⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 99, 103-105.

¹⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 99, 103-105.

assentou suas lições utilizando desse emblemático e paradigmático parágrafo para defender o valor constitucional dos tratados de direitos humanos.¹⁷⁶

Nessa esteira, a adoção do §2º do art. 5º da CF levava a crer que os tratados tinham adquirido posição constitucional, já que protegidos, ao menos materialmente, pelas disposições da própria Constituição, deixando para trás o entendimento de que seriam equiparáveis à legislação ordinária, conforme firmado no RE 80.004/SE de 1977.

No entanto, o entendimento do STF foi diverso. Nesse quadro, ao avançarmos para períodos recentes da história do Supremo Tribunal Federal, podemos vislumbrar que uma discussão encabeça o debate entre o valor a ser concedido aos tratados de direitos humanos no âmbito interno, trata-se do debate quanto à prisão civil do depositário infiel.

O caso que marcou o distanciamento quanto à possibilidade de estatura constitucional dos tratados foi o HC 72.131/RJ, que foi julgado em 23 de novembro de 1995, o debate erigia-se com base na ilegalidade da prisão civil do paciente, do Habeas Corpus, que foi sujeito a esta sanção, com fulcro na interpretação extensiva do Decreto-Lei 911/69, por não ter pago certas prestações em contrato de alienação fiduciária.

Destarte, como se verifica do processo supra, o resultado do julgamento se deu por maioria, tendo sido consignado, ainda, que os Ministros, Marco Aurélio, Francisco Rezek, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, foram votos vencidos ao defenderem a tese de que não seria possível a extensão da prisão civil ao devedor fiduciário e de que, com ressalva ao último ministro citado, o Pacto de São José da Costa Rica teria efeitos sobre a legislação interna brasileira.¹⁷⁷

¹⁷⁶ BRASILEIRO, Eduardo Tambelin. *Os tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao direito brasileiro e a constituição federal/88*. 2009. 118 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Político e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009, p. 42; CERVANTES, Nélida Astezia Castro. *Tratados internacionais sobre direitos humanos: vícios na emenda constitucional 45/2004*. 2006. 170 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2006, p. 10; FARIA, Bianca Castellar de. *A recepção dos tratados internacionais em matéria tributária pelo ordenamento jurídico brasileiro*. 2006. 344 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p. 110-111.

¹⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 641.

Neste sentido, o relator do processo, Ministro Marco Aurélio, afirma que por força do art. 7º, inciso VII, do Pacto de São José da Costa Rica “[...] a única exceção [à prisão civil] contemplada corre à conta de obrigação alimentar”, pois o Brasil adotou o citado tratado sem oferecer reservas, registrando, ainda, o julgador que a Constituição atribui especial importância aos tratados de direitos humanos pela expressão do §2º, do art. 5º, desta Carta.¹⁷⁸

Nesta mesma definição, o Ministro Carlos Velloso averbou que por ser representação material do direito fundamental à liberdade a Convenção Americana “[...] é vertente de direito fundamental. [...] em pé de igualdade com os direitos fundamentais expressos na Constituição”.¹⁷⁹

Por outro lado, a maioria vencedora, iniciada com o voto do Ministro Moreira Alves afastou a incidência da normativa internacional em vista da posição que havia sido assentada na jurisprudência da Suprema Corte, no sentido de considerar que os tratados teriam inclusão no ordenamento em nível de lei ordinária. Neste aporte, importante se torna a transcrição dos argumentos, no voto do citado ministro, que garantem sustentáculo a este entendimento, *in verbis*:

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**

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. "Habeas corpus". Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. "Habeas corpus" indeferido, cassada a liminar concedida. HC 72.131/RJ. Plenário. Impetrante: Marcello Ferreira de Souza Granado. Impetrado: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 23, de novembro de 1995. Voto Min. Marco Aurélio. p. 13. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. "Habeas corpus". Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. "Habeas corpus" indeferido, cassada a liminar concedida. HC 72.131/RJ. Plenário. Impetrante: Marcello Ferreira de Souza Granado. Impetrado: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 23, de novembro de 1995. Voto Min. Carlos Velloso. p. 14. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

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). [...] Sendo, pois, mero dispositivo legal ordinário esse §7º do artigo 7º da referida Convenção **não pode restringir o alcance das exceções previstas no artigo 5º, LXVII**, da nossa atual Constituições (e note-se que essas exceções se sobrepõem ao direito fundamental do devedor em não ser suscetível de prisão civil, o que implica em verdadeiro **direito fundamental dos credores de dívida alimentar e de depósito convencional ou necessário**).¹⁸⁰ (grifo nosso)

No entanto, alguns doutrinadores refletem de forma contrária à esta valoração dos tratados de direitos humanos, ao expressarem que não visualizam na disposição do §2º do artigo 5º, da Constituição, qualquer trecho que expresse que o tratado seja considerado lei ordinária, tendo em vista que “o constituinte falou em norma constitucional e não falou em lei ordinária”.¹⁸¹

Como visto, neste mesmo voto, ficou estabelecido, ainda, que a prisão civil do alienante fiduciário não representava uma equivocada equiparação do devedor ao depositário, mas que, por outro lado, era uma modalidade legítima que em casos de descumprimento ensejaria a prisão do devedor, pois a Constituição, na norma que disciplina a matéria, não diferencia “[...] o depósito convencional e depósito necessário (que é considerado necessário pela Lei e não simplesmente, como o convencional, pela vontade das partes)”.¹⁸²

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. "Habeas corpus". Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. "Habeas corpus" indeferido, cassada a liminar concedida. *HC 72.131/RJ*. Plenário. Impetrante: Marcello Ferreira de Souza Granado. Impetrado: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 23, de novembro de 1995. Voto Min. Moreira Alves. p. 8. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

¹⁸¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. A dignidade da pessoa humana desde a concepção. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da; (coordenação). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009, p. 147.

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. "Habeas corpus". Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. "Habeas corpus" indeferido, cassada a liminar concedida. *HC 72.131/RJ*. Plenário. Impetrante: Marcello Ferreira de Souza Granado. Impetrado: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 23, de novembro de 1995. Voto Min. Moreira Alves.

Além desse obstáculo à aplicação do tratado, o Ministro Maurício Corrêa, em seu voto, interpreta de forma peculiar a disposição que proíbe a prisão civil no Pacto de São José da Costa Rica, entende o magistrado que o texto do tratado nada mais é que um pleonismo daquilo “[...] que a tradição constitucional pátria já consagrou, e de resto o mundo, de que ninguém será preso porque deixou de pagar uma obrigação contraída nas relações negociais que envolve o dia-a-dia”.¹⁸³

Essa visão contraria o pensamento de que um tratado de direitos humanos não deve restar como mera expressão vaga, mas deve ser cumprido pelos Estados em vista do princípio da boa-fé.¹⁸⁴

Nesse passo, pela análise dos votos proferidos, torna-se visível que o foco primordial da discussão entre os julgadores era quanto à possibilidade de a prisão civil ser aplicada ao alienante fiduciário, tendo a discussão quanto à força normativa dos tratados sido relegada a um segundo plano.

Nessa esteira, podemos entender que o julgamento do HC 72.131/RJ trouxe à baila um dos elementos para avaliação da incidência de um tratado frente à lei, qual seja o critério da especialidade, indicando a necessidade do tratado estar incluído no

p. 7. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. "Habeas corpus". Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. "Habeas corpus" indeferido, cassada a liminar concedida. HC 72.131/RJ. Plenário. Impetrante: Marcello Ferreira de Souza Granado. Impetrado: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 23, de novembro de 1995. Voto Min. Maurício Corrêa. p. 2. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. "Habeas corpus". Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. "Habeas corpus" indeferido, cassada a liminar concedida. HC 72.131/RJ. Plenário. Impetrante: Marcello Ferreira de Souza Granado. Impetrado: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 23, de novembro de 1995. Voto Min. Maurício Corrêa. p. 2. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

campo geral ou específico, referente à mesma posição da lei, para que revogue – inovando na ordem jurídica – a normativa interna.¹⁸⁵

Exemplo concreto disto foi, como acabamos de ver, que “uma norma de caráter geral (como é o caso do Pacto de San José da Costa Rica)” não é hábil a derogar “lei anterior que, em relação a ela, seja especial (caso do Decreto-Lei nº 911/69)”.¹⁸⁶

Esse entendimento do STF, quanto à hierarquia dos tratados, foi confirmado em vários outros julgados, dos quais podem ser citados: o HC 73.044/SP de 1996, o Pedido de Extradução 662/PU de 1996, a ADI 1.480/DF de 1997, HC 79.785/RJ de 2000, HC 79.870/SP de 2000.¹⁸⁷

Destarte, apesar da posição do STF expressada acima, esse complexo diretivo do §2º demonstra que os tratados de direitos humanos possuem e sempre possuíram, na égide da CF de 1988, hierarquia de norma constitucional. Entretanto, apesar de ter valor de norma constitucional, estas normativas internacionais não fazem parte da Constituição como substrato formal.¹⁸⁸

Dessa forma, os direitos previstos em tratados de direitos humanos não estão textualmente padronizados no corpo escrito da Constituição, mas fazem parte da galeria material da Carta Magna, em outras palavras, possuem substância, essência, ou até mesmo peso, idêntico às normas constitucionais.¹⁸⁹

Neste ponto, a visão de Canotilho repontua o tema ao afirmar que a matéria de substrato constitucional pode estar fora do seio Constitucional, não existindo

¹⁸⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito internacional: Tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2001, p. 142.

¹⁸⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito internacional: Tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2001, p. 142.

¹⁸⁷ Para uma análise doutrinária desses julgados ver: MOREIRA, Thiago Oliveira. *A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira*. 2012. 308 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2012, p. 250-252.

¹⁸⁸ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 60; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos e cidadania: à luz do novo direito internacional*. 1. ed. São Paulo: Editora Minelli, 2002, p. 77.

¹⁸⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos e cidadania: à luz do novo direito internacional*. 1. ed. São Paulo: Editora Minelli, 2002, p. 77; PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 60.

dependência direta entre a Constituição material e a formal, que são atuais classificações das constituições quanto ao seu conteúdo.¹⁹⁰

Para tanto afirma esse autor que “Não existe, porém, identidade entre constituição formal e constituição material: a matéria constitucional pode não ser disciplinada por normas formalmente constitucionais”, neste mesmo passo, Otto Bachof leciona que “Também pode haver direito constitucional material fora do documento constitucional; inversamente, nem todas as normas constitucionais formais são direito constitucional material [...]”.¹⁹¹

Com vistas a delimitar este tema podemos definir a Constituição material como um conjunto de dispositivos normativos que transparecem todos os principais motivos e princípios de uma determinada sociedade, enquanto que, a Constituição formal pode ser referida como o encarte textual admitido por meio de procedimento solene especificamente estabelecido e que faz valer a vontade de um poder constituinte originário.

Esse entendimento é guarnecido subsidiariamente pela proteção do art. 60, §4º, inc. IV da Constituição, que garante os direitos e garantias individuais como “cláusulas pétreas, não podendo ser abolidos nem mesmo pela via de Emenda à Constituição”, pois se encontram tais direitos enriquecidos pelo legislador originário como ponto de partida mínimo à ordem jurídica, estando incluído neste rol protetivo, também, os tratados de direitos humanos.¹⁹²

Noutra análise, tendo em vista que estabelecemos acima serem parte do §2º, do art. 5º, de nossa Constituição, os direitos econômicos, sociais e culturais, de alcunha infraconstitucional, visualizamos permissível, também, uma proteção análoga a do art. 60, §4º, inciso IV, da mesma Carta, a estes direitos.

Isto porque, apesar de alguns doutrinadores não reconhecerem a figura constitucional dos direitos acima expostos como encartados sob o véu de cláusula

¹⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 69; BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 40.

¹⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 69; BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 40.

¹⁹² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos e cidadania: à luz do novo direito internacional*. 1. ed. São Paulo: Editora Minelli, 2002, p. 78.

pétrea, devemos entender que para além da proteção, por uma análise teleológica, dos direitos econômicos, sociais e culturais, pertencentes ao texto constitucional, há a necessidade de garantia dos direitos supra quando se apresentam na legislação infraconstitucional.¹⁹³

Ou seja, considerando que estes direitos, quando presentes no texto, são amparados contra emendas constitucionais tendentes a abolir qualquer um deles, não seria legitimamente operante uma proposta de lei tendente a abolir tais direitos no âmbito infraconstitucional, pois em virtual confronto à substância constitucional destes direitos.¹⁹⁴

Deve-se abrir um parêntese para explicitar que o instituto da cláusula pétrea, ou núcleo material irreduzível, protege os direitos ao ponto de não poderem ser abolidos, mas nada impede que o legislador ordinário oponha modificações aos direitos protegidos, desde que ressalvado o tão atual princípio da vedação do retrocesso, ou como é reconhecido na França *effet cliquet*, que apesar de ser objeto de debate no meio doutrinário, merece um olhar atento.¹⁹⁵

Quem defende este princípio busca ainda auxílio no princípio da proporcionalidade permitindo, por meio deste, que o legislador ordinário possa efetuar uma mudança instituidora de um retrocesso parcial do direito, na medida em que garante uma solução alternativa e a contento do direito anteriormente positivado, evitando assim uma completa destruição ou um retrocesso total do direito fundamental.¹⁹⁶

Porém, algumas vezes, seguindo o que foi firmado pelo STF, não vislumbram a matéria da mesma forma, seguindo rota no sentido de não atribuir valor

¹⁹³ ROCHA, Eliana Pires; GUEDES, Jefferson Carús. Direitos fundamentais e processo civil no Brasil: algumas técnicas processuais compensatórias de desigualdades sociais e a proteção judicial dos direitos fundamentais. *Revista da AGU*, Brasília, ano IX, n. 25, jul./set., 2010. Trimestral. p. 91. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/7352103>>. Acesso em: 13/03/2015; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 122-123.

¹⁹⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 122-123.

¹⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 280.

¹⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 280.

constitucional aos tratados de direitos humanos, sendo ressalvados alguns poucos casos de autores que reconhecem a abertura ofertada pelo §2º.¹⁹⁷

Esses autores colacionam, para tanto, a impossibilidade de emenda à Constituição por decreto legislativo – em razão de ser este o instrumento jurídico para referendo de tratados – e o fator de que a aprovação deste ato normativo comumente ocorre por quórum de maioria simples, razão pela qual atribuem, caso ocorra este tipo de reforma, uma desestabilização na rigidez constitucional da Carta Magna.¹⁹⁸

No entanto, a fatia majoritária desta posição doutrinária abandonou o relevo da discussão ao tomar a introdução, pela Emenda Constitucional n. 45/2004, do §3º do art. 5º, como paradigma para a solução da antiga problemática em situar os tratados quanto ao seu nível hierárquico, razão pela qual passaremos a analisar os elementos do citado parágrafo no próximo tópico.¹⁹⁹

2.2 Da constitucionalidade à supralegalidade: a recalcitrante posição do STF

A Emenda Constitucional n. 45/2004, também referida como emenda de reforma do judiciário, objetivou, entre outros, a solução para a problemática doutrinária e jurisprudencial estabelecida no corpo do §2º do art. 5º da Constituição, já que passava a garantir estatura constitucional aos tratados.²⁰⁰

¹⁹⁷ BRENNER, Ana Cristina. A incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro e a prisão civil no depósito judicial. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 28, n. 59, p. 137-175, 2004, p. 17.

¹⁹⁸ BRENNER, Ana Cristina. A incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro e a prisão civil no depósito judicial. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 28, n. 59, p. 137-175, 2004, p. 17.

¹⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 743.

²⁰⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Reforma do judiciário e os tratados de direitos humanos. *Revista Jurídica Eletrônica Unicoc*, Ribeirão Preto, v. 2, n.2, p. 1, 2005. Anual. Disponível em: <http://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/reforma-judici-tratados-direitos-humanos-71381923?_ga=1.113425031.1675502030.1420923650>. Acesso em: 10 jan. 2015; FARIA, Bianca Castellar de. *A recepção dos tratados internacionais em matéria tributária pelo ordenamento jurídico brasileiro*. 2006. 344 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p. 115; OLIVEIRA, Diogo Pignataro de. Os tratados de direitos humanos na contemporaneidade e sua aplicabilidade dentro da nova concepção constitucional brasileira: uma análise crítica a teor do § 3.º do art. 5.º da CF/88. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 16, n. 64, p. 299, jul./set. 2008. Trimestral; ANDREOLA, Susana Cordenonsi. Tratados internacionais no Direito brasileiro e argentino. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 67, n. 17, p. 292, abr./jun. 2009. Trimestral.

No entanto, é perceptível que a introdução do §3º do art. 5 na Carta Magna não exclui de todo a divergência anteriormente estabelecida, sendo ainda, considerada por alguns como uma piora na situação doutrinária do problema.²⁰¹

Verifica-se, por análise doutrinária, que o §3º do art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, veio a ser criado pelo legislador brasileiro com franca inspiração na Lei Fundamental Alemã, sendo definido ainda, nesta mesma seara, como uma “cláusula holandesa por analogia com certo modelo prevalente nos países baixos”, recuperando-se nesta medida, as raízes e formas análogas do parágrafo supra.²⁰²

A redação do §3º ficou definida, pelo poder constituinte derivado reformador, da seguinte maneira:

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.²⁰³

Essa norma aparentemente salutar, em primeira análise, por pretender solucionar a questão hierárquica dos tratados de direitos humanos, representa para alguns o renascimento de um “inútil debate [...] nos círculos jurídicos”.²⁰⁴

²⁰¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Reforma do judiciário e os tratados de direitos humanos. *Revista Jurídica Eletrônica Unicoc*, Ribeirão Preto, v. 2, n.2, p. 1, 2005. Anual. Disponível em: <http://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/reforma-judici-tratados-direitos-humanos-71381923?_ga=1.113425031.1675502030.1420923650>. Acesso em: 10 jan. 2015; FARIA, Bianca Castellar de. *A recepção dos tratados internacionais em matéria tributária pelo ordenamento jurídico brasileiro*. 2006. 344 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p. 115; OLIVEIRA, Diogo Pignataro de. Os tratados de direitos humanos na contemporaneidade e sua aplicabilidade dentro da nova concepção constitucional brasileira: uma análise crítica a teor do § 3.º do art. 5.º da CF/88. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 16, n. 64, p. 299, jul./set. 2008. Trimestral; ANDREOLA, Susana Cordenonsi. Tratados internacionais no Direito brasileiro e argentino. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 67, n. 17, p. 292, abr./jun. 2009. Trimestral.

²⁰² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 27; REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 102; REZEK, José Francisco. Congresso Nacional e tratados: o regime constitucional de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 45, n. 179, p. 363, jul./set. 2008. Trimestral. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/160336>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

²⁰³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25/03/2015.

²⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 35; MENEZES, André Felipe Barbosa de. *Controle de Convencionalidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. 2009. 361 f. Tese (Doutorado)-Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009, p. 200.

Esta crítica tem em vista a dispensabilidade do §3º para se auferir o caráter materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos e por alguns autores considerarem que este artigo diminui o âmbito de aplicação do §2º e, portanto, violou a Constituição.²⁰⁵

Alguns autores chegaram a propor uma redação diferida do parágrafo supra com supedâneo nos ideais do constituinte venezuelano de 1999, a proposta teria a seguinte redação:

§3º Os tratados internacionais referidos pelo parágrafo anterior, uma vez ratificados, incorporam-se automaticamente na ordem interna brasileira com hierarquia constitucional, prevalecendo, no que forem suas disposições mais benéficas ao ser humano, às normas estabelecidas por esta Constituição.²⁰⁶

O teor da sugestão acima soa mais adequado na busca do fortalecimento dos próprios termos da Constituição, que teria como consequência o fortalecimento do §2º do art. 5º da CF e a expressa adoção do princípio *pro homine* no texto constitucional.

No entanto, prevaleceu a redação adotada nos dias atuais, o que representa uma opção retrógrada e formalista do nosso Legislativo, em oposição ao movimento de proteção progressiva e efetiva dos direitos humanos.

Noutro ponto, alguns autores apontam questões que se levantam com a incorporação do §3º ao corpo do art. 5º, a primeira delas diz respeito à posição hierárquica dos tratados anteriores à E.C. 45/2004 e se esses estariam automaticamente elevados ao *status* de emenda constitucional.²⁰⁷

A segunda discussão apontada apresenta-se em saber em qual oportunidade do processo de celebração de tratados cabe o procedimento do §3º e uma terceira problemática, que irrompe de forma subsidiária, tem como foco a desarmonia do

²⁰⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva. A dignidade da pessoa humana desde a concepção. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da; (coordenação). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009, p. 146.

²⁰⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 348.

²⁰⁷ VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 72; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 34.

sistema de integração dos tratados de direitos humanos, em virtude da categorização destes direitos.²⁰⁸

Quanto ao primeiro ponto, podemos levar em conta a análise de duas posições doutrinárias opostas, a primeira delas considera que todos os tratados de direitos humanos anteriores à citada emenda têm caráter de norma constitucional, em clara analogia à situação do Código Tributário Nacional, que por força de disposição Constitucional foi alçado ao *status* de lei complementar mesmo não tendo sido criada pelo quórum de maioria absoluta, procedimento comum à aprovação de lei complementar.²⁰⁹

Noutro canto, a segunda posição segue em contraponto à primeira, ao estabelecer que as normativas internacionais de direitos humanos anteriores à E.C. 45/2004 não sofreriam qualquer alteração com a inovação proporcionada por esta emenda, mantendo o “*status*” anterior, em vista do simples fato destes não terem sido submetidos ao procedimento específico do parágrafo §3º, que exige quórum qualificado.²¹⁰

Tendo em vista ambas as posições doutrinárias, parece de melhor grau a discussão apresentada pela segunda posição, isto com base numa completa separação de procedimentos, pois é sabido que os tratados anteriores ao §3º não foram submetidos a um quórum qualificado, como o prescrito no citado parágrafo.²¹¹

Ademais, malgrado terem sido objeto de aprovação por quórum comum, em alguns casos até em quantidade maior que de dois terços, não passaram pelo requisito de dois turnos em cada casa, por isto não lhes é garantido efetividade para

²⁰⁸ VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 72; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 34.

²⁰⁹ REZEK, José Francisco. Congresso Nacional e tratados: o regime constitucional de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 45, n. 179, p. 363, jul./set. 2008. Trimestral. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/160336>>. Acesso em: 23 nov. 2014; VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 72; PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 75; PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 52.

²¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 37; VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 72; MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 654.

²¹¹ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 52.

operar reforma à Constituição, nem serem taxados como formalmente constitucionais.²¹²

No que tange a segunda discussão, a verificação do correto momento para o procedimento do §3º, durante o processo de celebração de tratados, passa necessariamente por uma análise dos dispositivos constitucionais que regulam o processo de “treaty-making” no Brasil, são eles o artigos. 49, caput e inciso I e 84, caput e inciso VIII, ambos da Constituição.²¹³

O primeiro dos artigos é redigido da seguinte maneira: “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; [...]”, enquanto o segundo dispõe da seguinte forma: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais sujeitos a referendo do Congresso Nacional; [...]”.²¹⁴

Como já apontado por alguns autores, uma leitura superficial de ambos os artigos poderia levar o intérprete ao equívoco de considerar que somente seria necessária a aprovação do Congresso Nacional nos casos “que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” ou de visualizar um conflito de normas, em virtude da necessidade de referendo pelo Congresso para todos os tratados, sem exceção, pelo art. 84, inciso VIII, da CF.²¹⁵

No entanto, a incongruência entre as duas normativas é apenas aparente, isso em virtude do art. 84, VIII da Constituição, que inclui a aprovação de todos os tratados pelo Congresso, forçando o interprete da Carta Magna a analisar o art. 49, I

²¹² PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 52.

²¹³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 34.

²¹⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25/03/2015.

²¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25/03/2015; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O treaty-making power na Constituição brasileira de 1988: uma análise comparativa do poder de celebrar tratados à luz da dinâmica das relações internacionais. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 44, n. 2, p. 82-108, dez. 2001. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292001000200005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 06 nov. 2014.

da CF de forma extensiva, por ter “O legislador constituinte dito menos do que pretendia: *lex minus dixit quam voluit*”.²¹⁶

Nesse seguimento, de bom grado destacar que em matéria de internalização de tratados a maioria das democracias tem como meio de consentimento ao tratado, após sua assinatura, o método de “[...] consulta ao Poder Legislativo”, para que só após ocorrido tal ato possa o Executivo decidir, discricionariamente, pela finalização do processo de internalização do tratado.²¹⁷

Neste ponto, o bloco de países da América Latina apresenta três formas “[...] pelas quais o Poder Legislativo aprova o tratado assinado pelo Executivo [...]”, a primeira delas representada na criação de uma lei, incluindo-se aqui Chile, Colômbia e Venezuela.²¹⁸

A segunda consubstanciada em uma resolução do senado, podendo exigir uma maioria simples, como visto no México e Equador, ou um quórum qualificado de dois terços dos parlamentares presentes, conforme acontece no Estados Unidos da América, a terceira, e última, por um decreto legislativo, modalidade representada pelo Brasil e Honduras.²¹⁹

No que toca à aprovação pelo Congresso, podemos identificar dois momentos propícios à incisão legislativa no processo de internalização dos tratados de direitos humanos, o primeiro deles apresenta-se na utilização do procedimento do §3º do art. 5º em momento diferido do procedimento de referendo do art. 49, inciso I, não

²¹⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O treaty-making power na Constituição brasileira de 1988: uma análise comparativa do poder de celebrar tratados à luz da dinâmica das relações internacionais. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 44, n. 2, p. 82-108, dez. 2001. p. 97. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292001000200005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 06 nov. 2014.

²¹⁷ REZEK, José Francisco. Parlamento e tratados: o modelo constitucional do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 41, n. 162, p. 121, abr./jun. 2004. Trimestral. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/952>>. Acesso em: 23 nov. 2014; FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e a norma de direito interno*: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 57.

²¹⁸ FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e a norma de direito interno*: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 58.

²¹⁹ FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e a norma de direito interno*: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 58.

existindo qualquer intromissão do §3º na sistemática estabelecida no art. 49, inciso I.²²⁰

Já o segundo método de interpretação para aplicação do procedimento qualificado seria o de suprimir a normativa do art. 49, I, da CF, excetuando a sua aplicação, em vista de um critério de especialidade.²²¹

A virtude da primeira interpretação, que defende a não exclusão da aplicação do art. 49, inciso I, da Carta de 1988, repousa na manutenção da harmonia Constitucional, permitindo, outrossim, a clara distinção entre o referendo e a manifestação quanto ao *status* hierárquico dos textos internacionais de direitos humanos, em ponto oposto, o efeito prejudicial restaria na demora do Poder Legislativo em alçar os tratados ao *status* de norma constitucional.

O atributo positivo anterior acaba convertendo-se em malefício na esfera da segunda interpretação, tendo em vista ocorrer uma subversão do procedimento constitucional pela supressão do procedimento decisório do art. 49, I, da Carta Magna, vale dizer ainda, que o ato legislativo, decorrente unicamente do procedimento do §3º do art. 5º da CF, deve ser obrigatoriamente ratificado pelo Presidente da República, pois não se trata aqui de Emenda Constitucional propriamente dita, mas de ato legislativo – qual seja o Decreto Legislativo – com força de Emenda Constitucional.²²²

Neste plano, aventa-se como prática constitucional “apropriada” a primeira interpretação que conduz a uma racional aplicação de ambos os artigos constitucionais – delimitando corretamente a esfera de atuação específica a cada um dos procedimentos – na sistemática constitucional brasileira.

²²⁰ REZEK, José Francisco. Congresso Nacional e tratados: o regime constitucional de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 45, n. 179, p. 363, jul./set. 2008. Trimestral. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/160336>>. Acesso em: 23 nov. 2014; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 35-39.

²²¹ REZEK, José Francisco. Congresso Nacional e tratados: o regime constitucional de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 45, n. 179, p. 363, jul./set. 2008. Trimestral. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/160336>>. Acesso em: 23 nov. 2014; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 35-39.

²²² FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e a norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 66 e 68.

O terceiro debate pode ser considerado subsidiário, pois figura como consequência da primeira problemática, ou seja, começando do momento em que alguns tratados de direitos humanos são internalizados com *status* de emenda constitucional e outros são deixados sem o relevo formal constitucional, cria-se uma incongruente categorização de normas jurídicas, mais especificamente, entre as normativas internacionais de direitos humanos.²²³

Essa categorização dos direitos humanos possibilita, outrossim, que normas jurídicas que possuem fundamento de validade e conteúdo ético – conteúdo este entendido como a garantia internacional dos direitos do homem – iguais sejam postas em posições hierárquicas diferentes.²²⁴

Neste sentido, o §3º está a desigualar os iguais por meio de uma categorização de tratados, sendo, portanto, “totalmente injurídica” a disposição do referido parágrafo “por violar o princípio (também constitucional) da isonomia”, possível ainda, citar a violação ao princípio da boa-fé e o da efetividade, este último também conhecido como *effet utile*, que seriam germinados com o descumprimento de tratados de direitos humanos não formalizados pelo procedimento do parágrafo supra.²²⁵

A partir dessa explanação, podemos aprofundar o tema em busca de uma eficaz aplicação conjunta dos §2º e §3º do art. 5º da Constituição – tendo em mente que o primeiro garante aos tratados de direitos humanos *status* de norma constitucional, ou seja, torna-os materialmente constitucionais, ao passo que o segundo importa a esses textos normativos como forma de equiparação às emendas constitucionais, em outras palavras, garante-lhes natureza formalmente constitucional.

²²³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 33.

²²⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 33.

²²⁵ LEMOS, Tayara Talita. A emenda constitucional 45/04 e as alterações na recepção dos tratados internacionais de direitos humanos. *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 11, jul. 2007. Semestral. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/static/revistaeletronica/volume1/internas/05_sumario.html>. Acesso em: 07 dez. 2014; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 33; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*: volume II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 27.

Nesse sentido, quando nos referimos aos termos equiparação ou equivalência não há que se falar em plena igualdade, em virtude da distinção existente entre as normas jurídicas, tratados de direitos humanos e normas internas, “não tendo a Constituição pretendido dizer que ‘A é igual a B’, mas sim que ‘A é equivalente a B’, em nada influenciando no status que tais tratados podem ter independentemente de aprovação qualificada”.²²⁶

Dessa forma, podem ser estabelecidos dois campos de incidência, um para os tratados de direitos humanos que apenas passaram pelo procedimento do §2º – sendo este o de campo de aplicação menos amplo – e, os tratados que foram submetidos ao espectro normativo do §3º – possuindo uma incidência normativa mais ampla.²²⁷

Neste diapasão, cabe a nós auferir qual seria a diferença entre o campo mais amplo e o de menor amplitude, para tanto há que se explicar que o campo com atuação mais ampla exercerá três atributos não presentes no de menor incidência.²²⁸

O primeiro atributo é o poder de reformar a constituição, o segundo atributo repousa na vedação à denúncia dos instrumentos normativos internacionais que versam sobre direitos humanos e foram submetidos ao §3º, o terceiro e último tem como núcleo a possibilidade de controle concentrado de convencionalidade das leis, sendo paradigma deste controle os tratados referenciados acima.²²⁹

No que tange ao primeiro atributo, verifica-se que a formalização constitucional dos tratados de direitos humanos, equiparando-se estes às emendas constitucionais, não influi de imediato na estrutura constitucional, sendo necessário que o tratado já esteja vigorando internacionalmente, para só então tais tratados virem a efetivar mudanças junto às normas constitucionais conflitantes por meio de

²²⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 45.

²²⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 45.

²²⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 45-46.

²²⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 45-46.

reforma, assim como se atribui as emendas constitucionais emanadas do poder constituinte derivado de reforma.²³⁰

Noutro lado, é importante ressaltar que a reforma estabelecida por um tratado no corpo da Constituição pode ser tanto um ponto positivo – no caso do tratado ser mais benéfico ao ser humano do que os dispositivos da própria Carta Magna – como também pode ser uma diretriz avassaladora, quando destoa do texto da Constituição e o aplicador da lei verbera pela utilização da norma menos protetiva, estabelecida em tratado.

Neste campo ainda surge uma nova problemática, conforme os critérios clássicos para solução de antinomias entre normas, pois haveria a eclosão de uma provável inconstitucionalidade em virtude de um tratado vir a abolir direito protegido na norma constitucional, no entanto, mesmo não ocorrendo a expressa abolição do direito há que se questionar quanto ao tratado, que da mesma forma, diminui a proteção outorgada por norma constitucional.²³¹

Neste caso, em que se verifica a redução do espectro protetivo da norma, podemos galgar passos por dois caminhos, o primeiro deles deve ser simplesmente não alçar o tratado ao nível de equiparação as emendas constitucionais, mantendo-o apenas com *status* de norma constitucional, ou seja, garantindo-lhe apenas a natureza materialmente constitucional.²³²

Nesse caso, seria aplicado o princípio da primazia da norma mais favorável, ou princípio *pro homine*, pois se verifica aí, não um conflito a ser solucionado pelos métodos tradicionais, mas sim por um “diálogo das fontes”.²³³

²³⁰ FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e a norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 44; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 49.

²³¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 49-50.

²³² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 121; CONTO, Mário de. *O princípio da vedação do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*. 2006. 149 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2006. p. 128.

²³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 121; CONTO, Mário de. *O princípio da vedação do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*. 2006. 149 f.

A segunda alternativa repousa na aplicação do princípio da vedação do retrocesso, que, priorizando a Dignidade da Pessoa Humana, a “Segurança Jurídica e a Proteção da Confiança”, visa estabilizar a ordem jurídica ao impedir que um núcleo protetivo essencial ao ser humano seja posto à deriva, por normas reformadoras, criadas pelo legislador ordinário, ou neste caso, incluídas no ordenamento jurídico após já existir uma consagração, pela Constituição, de uma situação de efetividade do direito fundamental.²³⁴

Apesar das opções apresentadas, para os casos em que há diminuição da aplicação no âmbito concreto da norma Constitucional, podemos aventar ainda um novo questionamento, estariam estas normas submetidas às limitações do poder de reforma, pois como é sabido o poder constituinte de reforma encontra certas limitações, quais sejam as temporais – que não são aplicadas no Brasil – as circunstanciais, as formais, as materiais e as implícitas.²³⁵

Neste raciocínio, o prognóstico do instituto – que podemos qualificar como poder constituinte de reforma por convencionalidade, poder este de natureza constituinte e não convencional, pois sem que haja a ação do poder constituinte derivado não há que se falar em atuação de tratados alterando a Constituição – deve levar em conta estas limitações, de acordo com suas peculiaridades, sendo tais barreiras operáveis, na seguinte medida:

a) As limitações circunstanciais, a exemplo do artigo 60, § 1º, da Constituição, que impossibilita a modificação por emenda do texto constitucional enquanto perdurar intervenção federal, estado de defesa ou de sítio, apresentam-se como aplicáveis aos tratados a serem submetidos ao procedimento do §3º, pois serão estes instrumentos equivalentes às emendas à Constituição.²³⁶

Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2006. p. 128.

²³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 121; CONTO, Mário de. *O princípio da vedação do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*. 2006. 149 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2006. p. 128.

²³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 249.

²³⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25/03/2015.

Além disso, tendo em vista que os estanques circunstanciais se apresentam em casos de grande repercussão no cenário nacional, impõe-se que a estabilidade constitucional seja mantida, evitando-se assim uma possível desvinculação da realidade constitucional basilar – preconizada pelo poder constituinte originário – frente à realidade social hodierna, que redundaria em uma possível “tomada de poder”.

b) No que tange às restrições formais, advém de nós a necessidade de esclarecer que estas limitações decorrem do trâmite legislativo previsto para a espécie pelo §3º, do art. 5º, de nossa Constituição Federal, incluindo a posterior ratificação do tratado.²³⁷

Nesse viés, não importarão como limite formal as questões anteriores à aprovação da normativa pelo citado parágrafo, por não existir, até este ponto, a pretensão de equivalência à emenda constitucional, ou seja, não haveria anteriormente a este momento a possibilidade de futura reforma do texto constitucional.

No entanto, não se deve confundir as restrições formais dos tratados que reformam a Constituição com a possibilidade de vício formal de atos anteriores à aprovação legislativa, qualitativa, assinalada anteriormente.

Em outros termos, estabelecendo-se que precedentemente à aprovação, nos termos do §3º, pelo órgão legislativo o processo de constituição de um tratado, em regra, engloba a negociação preliminar, assinatura e, em alguns casos, a aprovação legislativa sem o quórum qualificado, podemos afirmar que qualquer vício nesta fase representaria um vício formal, enquanto as limitações formais seriam reservadas apenas a atuação do poder de reforma exercido pelo legislativo.²³⁸

c) As barreiras materiais são aquelas corporificadas pelos incisos do §4º, artigo 60 da Constituição, que importam em vedações aos tratados que objetivam a equivalência de emenda à Constituição, de forma analítica, tomemos o inciso IV, que

²³⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25/03/2015.

²³⁸ FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e a norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 47; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos & relações internacionais*. 1. ed. São Paulo: Editora Agá Juris, 2000, p. 41.

impossibilita o trâmite de projeto de emenda tendente a abolir direitos e garantias individuais, cláusula que deve ser interpretada de forma ampliativa para prever direitos sociais e tratados de direitos humanos.²³⁹

Nessa esteira, caso um tratado de direitos humanos expressamente exclua em seu texto a essência de um direito preconizado por nossa Lei Fundamental, não poderá ser concedido a esta norma internacional força de emenda constitucional, em vista da relevante incongruência com o direito já assegurado.

Cabe advertir, no entanto, que essa limitação não é absoluta, pois podem existir proposições convencionais que apesar de reduzir o espectro de um direito, não o excluem completamente, nem desfiguram sua estrutura basilar. No entanto, nestes casos, caberia aos juízes e tribunais a função de “ouvir” as fontes do direito – Constituição e tratados de direitos humanos equiparados – de modo a harmonizar o ordenamento jurídico, aplicando, assim, as proposições em harmonia, para melhor proteger a pessoa humana com base no diálogo das fontes.

d) Os obstáculos implícitos são aqueles que representam, ao poder de reforma da Constituição, um limite quanto às proposições que atacam diretamente as disposições normativas referentes: à titularidade do poder constituinte originário, à titularidade do poder constituinte derivado de reforma e aos limites, já expostos, ao procedimento de emenda da Constituição.²⁴⁰

Neste espeque, não poderia ser aprovada, por exemplo, disposição convencional, a ser equiparada à emenda constitucional, que apontasse em direção contrária a exigência de um quórum qualificado, como requisito para a equivalência de norma convencional à qualidade constitucional, pois violaria frontalmente o limite formal insculpido no §3º, do art. 5º, da CF, recaindo, portanto, sob a tutela das restrições implícitas.

Retornando à discussão raiz, no que tange a segunda característica dos tratados equiparados à Constituição, aponta-se esta como fator limitador do poder

²³⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25/03/2015.

²⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 150.

de denúncia do Presidente da República, em vista da ampliação do campo de atuação dos tratados de direitos humanos.

Isso ocorre em virtude da proteção do art. 60, §4º, inciso IV da Constituição, que também objetiva os tratados de direitos humanos por serem estes equivalentes às emendas constitucionais – caso tal fato ocorresse realizaria uma estranha situação em que o “Presidente da República [...], por meio de ato administrativo (um decreto etc.)” revogaria “uma emenda constitucional e, o que é mais absurdo, uma cláusula pétrea da Constituição”, existindo ainda, a possibilidade de o Presidente incorrer em crime de responsabilidade com supedâneo no art. 85, inciso III, da Constituição.²⁴¹ Esta norma constitucional dispõe seu texto da seguinte forma:

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

[...]

III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;²⁴²

Não obstante, vale dizer que esta impossibilidade de denúncia não é absoluta, pois existe uma exceção, trata-se da possibilidade de ruptura da ordem institucional, com a possibilidade de convocação de assembleia constituinte para criar nova Constituição.

Dessa hipótese, seguindo o costume constitucional do procedimento de denúncia, poderiam esses tratados serem denunciados na nova ordem jurídica sem os obstáculos de implicações negativas. Não podendo ser alegado o respeito aos direitos fundamentais como limitador ao Poder Constituinte Originário, pois no cerne do debate não estão sendo retirados propriamente os direitos, mas modificada a sua processualística valorativa.

Na esteira do terceiro atributo, vislumbra-se nesta característica a possibilidade de os tratados de direitos humanos serem utilizados como paradigma

²⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 37; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Reforma do judiciário e os tratados de direitos humanos. *Revista Jurídica Eletrônica Unicoc*, Ribeirão Preto, v. 2, n.2, p. 3, 2005. Anual. Disponível em: < http://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/reforma-judici-tratados-direitos-humanos-71381923?_ga=1.113425031.1675502030.1420923650>. Acesso em: 10 jan. 2015; BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25/03/2015.

²⁴² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25/03/2015.

para um controle abstrato de convencionalidade das leis, conhecido também como controle concentrado de convencionalidade, em busca da decretação de inconvencionalidade de uma lei pelo Supremo Tribunal Federal.²⁴³

Pode-se levantar a questão de por qual razão não se aplicaria o instituído controle de constitucionalidade, isto se deve ao fato de não estarmos aqui tomando a Constituição como paradigma no controle, mas sim uma norma que é equiparada formalmente à norma constitucional, não podendo ambas serem taxadas como iguais.²⁴⁴ Apesar da relevância do tema, este deverá ser tratado com o devido aprofundamento em capítulo posterior, tornando-se prescindível, em ideal medida, uma análise fugaz no atual momento.

Nesse fluxo, materializa-se perceptível, conforme exposto acima, que o §3º, do art. 5º, da CF, embora tenha surgido para solucionar a questão de hierarquia dos tratados de direitos humanos, engendrou numa nova e mais aquecida discussão teórica, que, ao pesar, acabou revelando posições variadas entre as diversas posições dogmáticas, mas que tende a ser resolvida com a concretização prática do dispositivo e com uma maior análise teórica do parágrafo, de forma a garantir a melhor forma de concretização do direito internacional dos direitos humanos.

Salienta-se que os imbrólios jurídicos internos não afetam em nada a responsabilidade do Estado por descumprimento de um tratado, tendo em vista, ainda, os aspectos que garantem *status* de norma constitucional através do §2º do art. 5º da CF, em razão da natureza materialmente constitucional outorgada, e aquele que garante equivalência às emendas constitucionais pelo procedimento do §3º do art. 5º da Constituição de 1988.

Apesar do nosso entendimento delineado acima, pela constitucionalidade material dos tratados, observa-se que o STF adotou entendimento peculiar nessa seara, pois estabeleceu que tais tratados de direitos humanos teriam *status* supralegal e não constitucional.

²⁴³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 58.

²⁴⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 58.

Desse modo, malgrado a linear redução valorativa dos tratados na jurisprudência da Suprema Corte, representada pelas decisões dos tópicos anteriores, é perceptível que a atual manifestação jurisdicional do STF tem avançado de forma condizente com os anseios de uma sociedade que pugna por uma proteção cada vez mais ampliada dos direitos humanos.

Isto pode ser afirmado com base no julgamento conjunto do RE 466.343/SP e HC 87.585/TO, em 03/12/2008, que debatiam a prisão de depositário infiel, onde se tornou patente a existência predominante de duas correntes, a posição de suprallegalidade – sustentada pelo voto do Ministro Gilmar Mendes – e a posição que atribuía valor constitucional – encabeçada pelo voto do Ministro Celso de Mello.²⁴⁵

No que tange estes processos, e com vistas ao aprofundamento da discussão, necessário se faz, portanto, a análise dos votos do Ministro Gilmar Mendes e do Ministro Celso de Mello, para tanto abordaremos, o do primeiro nos autos do RE 466.343/SP e o do segundo no HC 87.585/TO.

Ambos os casos tratavam da constitucionalidade e possibilidade de prisão civil do depositário infiel frente às disposições de tratados de direitos humanos, considerando, neste montante, duas normativas internacionais: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Ambas as normativas internacionais

²⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. PRISÃO CIVIL. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação de medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubistência da previsão constitucional e das normas subalternas, interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. RE 466.343/SP. Plenário. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 03, de dezembro de 2008. Voto Min. Gilmar Mendes. p. 5-6. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 10 jan. 2015; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. DEPOSITÁRIO INFIEL – PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. HC 87.585/TO. Plenário. Impetrante: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 03, de dezembro de 2008. Voto vista Min. Celso de Mello. p. 2. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 04 dez. 2014.

foram ratificadas pelo Brasil, em 1992, sem qualquer tipo de reserva quanto ao seu conteúdo.²⁴⁶

Vale dizer, ainda, que a discussão – que só poderia constar do Recurso Extraordinário citado, pois o Habeas Corpus tratava de depósito em sentido estrito – a respeito da prisão de figuras jurídicas, que eram entendidas extensivamente como se depositárias fossem, foi, via de regra, abandonada, pois se manifestou priorizada a discussão, pela maioria dos julgadores, quanto a impossibilidade de qualquer forma de prisão civil a depositário infiel, em razão das normativas internacionais.

No tocante ao voto do Ministro Gilmar Mendes, extrai-se sua oposição à valoração dos tratados de direitos humanos como normas de *status* constitucional, para tanto verifica a existência de dois problemas.

O primeiro deles referente aos eventuais abusos na análise hermenêutica da expressão “direitos humanos” o que ocasionaria a criação de tratados “cavalo-de-troia”, possivelmente perigosos para a ordem constitucional interna, e, em segundo plano instituindo uma fonte de produção normativa aquém do âmbito constitucional do Estado. Neste sentido, apregoa o Ministro:

O argumento de que existe uma confluência de valores supremos protegidos nos âmbitos interno e internacional em matéria de direitos humanos não resolve o problema. A sempre possível ampliação inadequada dos sentidos possíveis da expressão “direitos humanos” poderia abrir uma via perigosa para uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna. O risco de normatizações camufladas seria permanente.²⁴⁷

Noutro ponto, admite a impossibilidade de uma equiparação entre tratado e Constituição – excluída a hipótese do art. 5º § 3º da Constituição Federal – por força da competência atribuída ao STF para declarar a inconstitucionalidade de tratados

²⁴⁶ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 65.

²⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. PRISÃO CIVIL. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação de medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubistência da previsão constitucional e das normas subalternas, interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. *RE 466.343/SP*. Plenário. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 03, de dezembro de 2008. Voto Min. Gilmar Mendes. p. 5-6. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

em julgamento de recurso extraordinário, conforme preceitua o art. 102, inciso III, alínea b.²⁴⁸

Esse dispositivo constitucional ao ser analisado por alguns doutrinadores foi considerado como ponto teórico fundante da teoria que preceitua a hierarquia infraconstitucional dos tratados que não versam sobre direitos humanos – neste sentido, a posição favorável a tal controle afirma que “a Constituição brasileira deixa claro que os tratados se encontram aqui sujeitos ao controle de constitucionalidade”.²⁴⁹

Nesta medida, a incongruência entre o dispositivo constitucional e uma equiparação dos tratados à Constituição tornaria a letra Constitucional inoperante quanto ao controle de regularidade formal e material dos tratados, neste tom verbera no seguinte trecho:

A equiparação entre tratado e Constituição, portanto, esbarraria já na própria competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal para exercer o controle da regularidade formal e do conteúdo material desses diplomas internacionais em face da ordem constitucional nacional.²⁵⁰

²⁴⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25/03/2015; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. PRISÃO CIVIL. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação de medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubstituição da previsão constitucional e das normas subalternas, interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. RE 466.343/SP. Plenário. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 03, de dezembro de 2008. Voto Min. Gilmar Mendes. p. 5-6. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

²⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 60; REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 97.

²⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. PRISÃO CIVIL. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação de medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubstituição da previsão constitucional e das normas subalternas, interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. RE 466.343/SP. Plenário. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 03, de dezembro de 2008. Voto Min. Gilmar Mendes. p. 6. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

No entanto, adverte que este controle dos tratados pode ser danoso, pois, na medida em que, se efetiva uma declaração de inconstitucionalidade de tratado é possível constatar-se algumas consequências indesejáveis no plano internacional.

Além disso, o Ministro afirma que seria imprescindível a utilização de um controle prévio anteriormente à ratificação de um documento internacional, garantindo assim ao Poder Executivo uma forma segura para uma nova negociação dos termos do tratado ou aceitar este com reservas, nestes termos:

Ressalte-se, porém, que, na medida em que esse tipo de controle possa ser exercido, não se podem olvidar as possíveis repercussões de uma declaração de inconstitucionalidade no âmbito do Direito Internacional. [...] É nesse contexto que se impõe a necessidade de utilização de uma espécie de *controle prévio*, o qual poderia impedir ou desaconselhar a ratificação do tratado de maneira a oferecer ao Poder Executivo possibilidades de renegociação ou aceitação com reservas.²⁵¹ (grifo do autor)

Nesta esteira, pondera que apesar da conveniência presenciada anteriormente com a aplicação da teoria de equiparação dos tratados à legislação ordinária – pois era possível o descumprimento de um tratado unilateralmente – tal teoria viola princípios básicos do direito internacional, como o estabelecido na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que, em seu art. 27, enuncia: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. [...]”. Referencia o Ministro, neste ditame, com as seguintes palavras:

Importante deixar claro, também, que a tese da legalidade ordinária, na medida em que permite ao Estado brasileiro, ao fim e ao cabo, o descumprimento unilateral de um acordo internacional, vai de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, a qual, em seu art. 27, determina que nenhum Estado pactuante *pode invocar as*

²⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. PRISÃO CIVIL. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação de medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubistência da previsão constitucional e das normas subalternas, interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. RE 466.343/SP. Plenário. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 03, de dezembro de 2008. Voto Min. Gilmar Mendes. p. 6. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.²⁵² (grifo do autor)

Posição defendida, inclusive, por parte da doutrina que antevê a Constituição como paradigma fundante e único da ordem jurídica nacional, sendo por esta razão o meio de determinação dos valores coligidos em tratados. Não havendo, portanto, razões para que os textos constitucionais dos mais variados países abram mão de um “ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica” a ponto de sujeitar-se a um “produto normativo dos compromissos exteriores do Estado”, ainda que tal atitude possa vir a gerar responsabilidade ao Estado por representar uma violação no âmbito internacional.²⁵³

No entanto, como adverte Flávia Piovesan “O término de um tratado está submetido à disciplina da denúncia, ato unilateral do Estado pelo qual manifesta seu desejo de deixar de ser parte de um tratado” e continua, delimitando o tema, ao afirmar que “Apenas o ato da denúncia implica a retirada do Estado de determinado tratado internacional. [...] na hipótese da inexistência do ato da denúncia, persiste a responsabilidade do Estado na ordem internacional”, sendo assim, ao se efetivar uma declaração de inconstitucionalidade de tratado estaria o Estado submetido à responsabilização no âmbito do Direito Internacional.²⁵⁴

Nesse raciocínio, o Ministro Gilmar Mendes acaba por defender a teoria que garante posição supralegal aos tratados de direitos humanos, pois esta posição apresenta um atributo especial, qual seja a preferência frente à legislação ordinária, no entanto, resguardada a infraconstitucionalidade destes tratados por estarem submetidos aos termos Constitucionais.

²⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. PRISÃO CIVIL. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação de medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas, interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. *RE 466.343/SP*. Plenário. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 03, de dezembro de 2008. Voto Min. Gilmar Mendes. p. 21. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

²⁵³ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 96-97.

²⁵⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 63.

Esta teoria é adotada pela França de forma a evitar anomalias jurídicas como a revogação de um tratado por uma norma posterior infraconstitucional.²⁵⁵ Admitindo, desta feita, um valor especial das normativas internacionais de direitos humanos, com base em um sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. Desenvolve o pensamento da seguinte forma:

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.²⁵⁶ (grifo do autor)

Assegurada à teoria ora esposada, reconhece o Ministro que a posição especial garantida aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil exerce efeito petrificante vis-à-vis a legislação infraconstitucional contrária aos dispositivos internacionais.

Cabe dizer que a exata expressão “efeito paralisante” é amplamente utilizada nos almanaques jurídicos em referência aos efeitos da supralegalidade dos tratados de direitos humanos e, em alguns casos, quanto aos efeitos de um direito supraconstitucional frente à ordem jurídica interna.²⁵⁷ Neste diapasão, posiciona-se nos seguintes termos:

²⁵⁵ VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 73.

²⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. PRISÃO CIVIL. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação de medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubstituição da previsão constitucional e das normas subalternas, interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. RE 466.343/SP. Plenário. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 03, de dezembro de 2008. Voto Min. Gilmar Mendes. p. 21. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

²⁵⁷ VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 72 e 74; GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 116; MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo

Portanto, **diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico**, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, **tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.**²⁵⁸ (grifo do autor)

Finaliza seu voto perquirindo a possibilidade de submeter os tratados de direitos humanos ao crivo do art. 5º, §3º da Constituição para que estes regulem com estatura de Emenda Constitucional o âmbito da legislação infraconstitucional, conforme estabelecido a partir da Emenda Constitucional nº 45 de 2004.²⁵⁹

Noutro polo, o voto do Ministro Celso de Mello inicia a análise da matéria afirmando existirem dois pontos centrais para a profícua verificação do debate erigido aos autos. O primeiro deles caracteriza-se pelo processo de crescente internacionalização dos direitos humanos e o segundo ponto consubstancia-se nas relações entre o direito interno brasileiro e o direito internacional dos direitos humanos, principalmente pela introdução de um novo paradigma constitucional para análise dos tratados, referindo-se ao art. 5º, §3º, da Carta Magna.²⁶⁰

Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 710; GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 186.

²⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. PRISÃO CIVIL. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação de medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubstituição da previsão constitucional e das normas subalternas, interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. *RE 466.343/SP*. Plenário. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 03, de dezembro de 2008. Voto Min. Gilmar Mendes. p. 28. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

²⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. PRISÃO CIVIL. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação de medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubstituição da previsão constitucional e das normas subalternas, interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. *RE 466.343/SP*. Plenário. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 03, de dezembro de 2008. Voto Min. Gilmar Mendes. p. 29. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

²⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. DEPOSITÁRIO INFIEL – PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas

Por conseguinte, desenha uma apurada análise dos tratados de direitos humanos que dão fôlego a questão judicial, infirmando primeiramente a posição de destaque da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, nas seguintes anotações:

Essa Convenção internacional – **reiterando** os grandes princípios generosamente proclamados **pela Declaração Universal** dos Direitos do Homem, **pela Declaração Americana** dos Direitos e Deveres do Homem **e pela Carta** da Organização dos Estados Americanos – **reafirmou o propósito** dos Estados americanos de fazerem consolidar, neste Continente, ‘*dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do Homem*’.²⁶¹ (grifo do autor)

Em segundo ponto, relembra a importância do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos ao sublinhar seu caráter global, donde se extrai cláusula proibitiva de prisão em virtude de obrigação contratual – a qual de forma inevitável incide de forma a solucionar a controvérsia encabeçada aos autos – *ipsis litteris*:

O Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, por sua vez, **celebrado** sob os auspícios da Organização das Nações Unidas **e revestido** de projeção global **no plano** de proteção dos direitos essenciais da pessoa humana, **estabelece**, em seu Artigo 11, que “*Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual*”.²⁶² (grifo do autor)

Neste plano, as normativas internacionais perfazem um grande catálogo jurídico conjuntamente aos direitos fundamentais já assegurados pela Constituição.

estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. *HC 87.585/TO*. Plenário. Impetrante: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 03, de dezembro de 2008. Voto vista Min. Celso de Mello. p. 2. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 04 dez. 2014.

²⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. DEPOSITÁRIO INFIEL – PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. *HC 87.585/TO*. Plenário. Impetrante: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 03, de dezembro de 2008. Voto vista Min. Celso de Mello. p. 5. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 04 dez. 2014.

²⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. DEPOSITÁRIO INFIEL – PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. *HC 87.585/TO*. Plenário. Impetrante: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 03, de dezembro de 2008. Voto vista Min. Celso de Mello. p. 6. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 04 dez. 2014.

Nesta esfera, a atuação dos órgãos públicos deve ser pautada com a mais perene confirmação destas garantias, inclusive com a efetiva atuação do judiciário.

Quanto a essa atuação do judiciário o Ministro descreve que é “a missão socialmente mais importante e politicamente mais sensível que se impõe aos magistrados, em geral, e a esta Suprema Corte, em particular”, visando nesta medida “a prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana”.²⁶³

Neste prisma, insere em seu voto a perspectiva doutrinária que passa a adotar a partir deste julgamento, qual seja o de equivalência da normativa constitucional aos tratados que versem sobre direitos humanos, e, nesta perspectiva expressa que tal corrente percebe os textos internacionais de garantia dos direitos da pessoa humana como tendo substância constitucional.²⁶⁴

Ou seja, tais normas disciplinam aspectos constitucionais materialmente – mesmo que não estejam incluídos de maneira formal no texto da Constituição – iluminando neste processo a ideia de bloco de constitucionalidade, que perfaz uma “janela” normativa aberta, segundo os auspícios do §2º do art. 5º da Constituição. Neste sentido, vejamos trecho onde o Ministro aduz tais razões:

As convenções internacionais **em matéria** de direitos humanos, **celebradas** pelo Brasil **antes** do advento da EC nº 45/2004, **como** ocorre com o Pacto de São José da Costa Rica, **revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo**, sob tal perspectiva, **a noção conceitual** de *bloco de constitucionalidade*.²⁶⁵
(grifo do autor)

²⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. DEPOSITÁRIO INFIEL – PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. *HC 87.585/TO*. Plenário. Impetrante: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 03, de dezembro de 2008. Voto vista Min. Celso de Mello. p. 7-8. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 04 dez. 2014.

²⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. DEPOSITÁRIO INFIEL – PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. *HC 87.585/TO*. Plenário. Impetrante: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 03, de dezembro de 2008. Voto vista Min. Celso de Mello. p. 24. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 04 dez. 2014.

²⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. DEPOSITÁRIO INFIEL – PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao

Nesse ponto, importante notar que apesar de concordarmos com a posição do Ministro quanto ao caráter materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, divergimos no que toca à noção conceitual de bloco de constitucionalidade, conforme delinearemos melhor no terceiro capítulo.

Por último, reflete de forma coerente, o Ministro, ao aferir em seu voto que os tratados não devem ser estabelecidos como proposições rígidas ao serem equiparadas ao texto constitucional, na influente hierarquia atual do positivismo jurídico onde uma norma invalida outra em razão da clássica forma de resolução de antinomias legais.²⁶⁶

Noutra visão, o Ministro verbera pelo constante diálogo entre as fontes do direito interno (direitos fundamentais) e do direito internacional (direitos humanos) buscando-se sempre verificar a norma mais benéfica ao ser humano, seja ela de âmbito constitucional ou de uma normativa internacional, valorizando o princípio *pro homine*. Conforme se extrai do seguinte trecho do voto:

Tenho por irrecusável, de outro lado, a supremacia da Constituição sobre todos os tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro, inclusive aqueles que versarem o tema dos direitos humanos, desde que, neste último caso, as convenções internacionais que o Brasil tenha celebrado (ou a que tenha aderido) importem em supressão, modificação gravosa ou restrição a prerrogativas essenciais ou a liberdades fundamentais reconhecidas e asseguradas pelo próprio texto constitucional, eis que os direitos e garantias individuais qualificam-se, como sabemos, como limitações materiais ao poder reformador do Congresso Nacional.²⁶⁷

descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. *HC 87.585/TO*. Plenário. Impetrante: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 03, de dezembro de 2008. Voto vista Min. Celso de Mello. p. 24. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 04 dez. 2014.

²⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. DEPOSITÁRIO INFIEL – PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. *HC 87.585/TO*. Plenário. Impetrante: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 03, de dezembro de 2008. Voto vista Min. Celso de Mello. p. 44-45. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 04 dez. 2014.

²⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. DEPOSITÁRIO INFIEL – PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. *HC 87.585/TO*. Plenário. Impetrante: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 03, de dezembro de 2008. Voto vista Min. Celso de Mello. p. 44-45. Disponível

Ambos os votos representam um avanço à jurisprudência pretérita do Supremo Tribunal Federal. A teoria que atribuía valor supralegal aos tratados de direitos humanos, adotada pelo Min. Gilmar Mendes, teve cinco votos favoráveis, enquanto que, a tese de que garantia valor constitucional aos tratados de proteção da pessoa humana recebeu quatro votos, restando vencedora, até o momento, a tese de supralegalidade.²⁶⁸

Em suma, a atual posição do STF desenha uma nova pirâmide normativa do direito, onde a Constituição está no pico da pirâmide acompanhada dos tratados de direitos humanos que foram submetidos ao procedimento do art. 5º §3º da Constituição.

No meio desta figura geométrica, encontram-se os tratados de direitos humanos que não foram objeto do dispositivo constitucional de equiparação à emenda, e, no nível inferior está a legalidade, consubstanciada por todas as normas que não se encaixam em uma das hipóteses acima.²⁶⁹

Importante averbar que, após esse julgamento o Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante nº 25, que dispõe da seguinte maneira: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.²⁷⁰

Para além desta vinculação, foi apresentada, no Congresso Nacional, a Proposta de Emenda à Constituição nº 312/08, de lavra do Deputado Geraldo Pudim, para alterar a redação do inciso LXVII, do artigo 5º, da Constituição, de forma que o texto da Constituição permitisse, após emenda, apenas a prisão civil nos casos de

em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 04 dez. 2014.

²⁶⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 10.

²⁶⁹ GOMES, Luiz Flávio. Do estado de direito internacional e o valor dos tratados de direitos humanos. *Revista Letras Jurídicas*, Guadalajara, v. 1, n. 8, p. 12, primavera. 2009. Disponível em: <<http://www.letrasjuridicas.cuci.udg.mx>>. Acesso em: 07 jan. 2015.

²⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 25. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=25.NUME.%20E%20S.FLS.V.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2015.

descumprimento de obrigação alimentícia voluntária e inescusável. No entanto, tal proposta foi arquivada em 2011.²⁷¹

Por meio da análise feita é possível colher que a prevalência da tese de supralegalidade nada mais fez que retomar a jurisprudência sobre a posição dos tratados ao nível observado em 1913 com o pedido de extradição n. 7, ou seja, posicionou os tratados acima da lei, mas abaixo da Constituição.

Contudo, não se pode negar que os precedentes históricos tinham como referência, em sua maioria, os tratados comuns. Sendo assim, a atribuição de *status* superior para os tratados de direitos humanos repercute como novidade em nosso ordenamento. Essa posição de destaque tem como fator primordial a possibilidade de controle de convencionalidade, que enseja uma nova feição ao nosso ordenamento jurídico, voltada à proteção dos direitos humanos.

Dessa forma, entendido o caminho transcorrido pelos tratados em nosso ordenamento pelo estudo da base legal e da jurisprudência do órgão de cúpula do sistema judiciário pátrio, necessário que abordemos a suposta expansão do controle de convencionalidade sem fundamento legal, para explicitar o seu desenvolvimento em nosso ordenamento.

2.3A expansão do controle de convencionalidade sem fundamento legal

A aplicação do controle jurisdicional de convencionalidade em nosso ordenamento jurídico aparentemente carece de um fundamento legal expresso, o que, de modo algum, pode significar o impedimento à utilização do instituto.

Importante notar que o próprio controle de constitucionalidade sofreu críticas dessa natureza quando foi primeiro introduzido no âmbito da Corte Suprema dos Estados Unidos, conforme a lição de Lucio Bittencourt, vejamos:

A maior crítica feita, costumeiramente, à decisão de Marshal consiste em considerá-la uma "usurpação de poder" pela Corte Suprema, uma vez que em nenhuma cláusula da Constituição se

²⁷¹ BRASIL. Congresso Nacional. Proposta de Emenda à Constituição nº 312 de 2008. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=419391>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2015.

encontra expressamente outorgada ao Poder Judiciário a faculdade de declarar a insubsistência dos atos do Congresso.²⁷² [grifo nosso]

No entanto, essa crítica não merece prosperar e não pode obstaculizar o controle de convencionalidade. O controle de convencionalidade possui previsão legal em nosso ordenamento jurídico como demonstraremos a seguir.

A previsão legal do controle de convencionalidade decorre do art. 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que foi internalizada em nosso ordenamento pelo Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992.²⁷³ Esse artigo determina que, em função da obrigação de respeitar os direitos prevista no artigo 1º, os Estados devem adequar seu ordenamento jurídico aos preceitos do tratado. O que se observa na íntegra do artigo 2º, conforme segue:

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.²⁷⁴

Ora, o artigo prevê que caberá a adoção de medidas legislativas, o que caberia ao Poder Legislativo, mas não apenas tais medidas, prevê também medidas de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades previstos no tratado.²⁷⁵ Nesse sentido, o controle jurisdicional constitui medida necessária para tornar efetivos os direitos humanos, sendo expressamente previsto em nosso ordenamento o seu fundamento.

Além disso, a decisão do STF pela suprallegalidade das normas internacionais de direitos humanos, acabou por garantir a possibilidade de controle de

²⁷² BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 17.

²⁷³ BRASIL. Decreto Nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 24 abril 2015.

²⁷⁴ BRASIL. Decreto Nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 24 abril 2015.

²⁷⁵ ZÚÑIGA, Natalia Torres. El control de convencionalidad: deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias). 2012. 385 f. Tese (Bacharelado)-Faculdade de Direito, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012, p. 29.

convencionalidade das normas inferiores, o que deve ser conciliado à aplicação da teoria do diálogo das fontes e do princípio *pro homine*.

Trata-se de perspectiva simétrica à constatação de que todos os Poderes do Estado por seus atos, decisões e omissões podem ocasionar a responsabilidade internacional do Estado.²⁷⁶ Sendo assim, todos os poderes devem fazer cumprir os preceitos dos tratados e o judiciário faz isso por meio do controle jurisdicional de convencionalidade.

Mas não apenas o art. 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos e a posição hierárquica garantida pelo STF garantem o fundamento ao controle de convencionalidade em nosso ordenamento, os parágrafos 2º e 3º do art. 5º da CF asseguram ainda que esse controle de convencionalidade tenha força constitucional.

Dessa forma, o controle jurisdicional de convencionalidade deve ser aplicado no sentido “de interpretar, invalidar, inaplicar” as normas submetidas à conformação.²⁷⁷ Contudo, tal aplicação deve sempre levar em conta o diálogo entre as fontes normativas, buscando-se, assim, extrair o conteúdo que melhor protege os direitos humanos no caso concreto.

Cabe informar ainda que alguns autores atribuem também ao art. 9º da Convenção Americana o fundamento para o dever de utilização do controle de convencionalidade pelo Estado. Afirmam, para tanto, que tal artigo disciplina o princípio da legalidade em sentido geral, assim como faz nossa Constituição no art. 5º, caput, que demanda que os tratados se adequem à norma legal de maior estatura.²⁷⁸

Por outro lado, provisionada a garantia legal do instituto, observa-se necessário analisar as fontes ou parâmetros pelo qual o controle jurisdicional pode ser aplicado em nosso ordenamento.

²⁷⁶ ARIOSI, Mariângela. *Conflitos entre tratados internacionais e leis internas: o judiciário brasileiro e a nova ordem internacional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000, p. 108.

²⁷⁷ ZÚÑIGA, Natalia Torres. El control de convencionalidad: deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias). 2012. 385 f. Tese (Bacharelado)-Faculdade de Direito, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012, p. 29.

²⁷⁸ LÁZARO, María Carmelina Londoño. El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, ano XLIII, n. 128, pp. 761-814, mai./ago., 2010, p. 764.

Em um primeiro momento, tais parâmetros seriam, sob um prisma geral, os tratados de direitos humanos e, conforme abordamos anteriormente, esse critério atua sob uma perspectiva de hierarquia material, dando preferência à norma que melhor proteja o ser humano.

No entanto, tal entendimento acarreta algumas dúvidas, entre elas: Qualquer tratado de direitos humanos ou somente o Pacto de São José da Costa Rica? Qualquer tratado de direitos humanos ou somente o que for ratificado pelo Estado? Os julgados da CIDH seriam parâmetro de controle?

Passaremos, então, a responder tais questões para densificar o entendimento sobre os parâmetros aceitáveis para o controle jurisdicional de convencionalidade. Deve-se entender também que, a não ser que expressamente apontado, as orientações aqui explanadas valem tanto para o controle de convencionalidade internacional como interno.

No que toca à primeira pergunta, verifica-se que, sob um prisma amplo, entende-se “que todo e qualquer tratado de direitos humanos é paradigma para o controle de convencionalidade, e não somente a Convenção Americana”, já que a sistemática dos direitos humanos opera com a aplicação das normas de direitos humanos mais favorável ao ser humano.²⁷⁹

No que tange à segunda pergunta, o entendimento deve ser de que, apesar de se aplicar todo e qualquer tratado de direitos humanos, como dito acima, necessário que o país tenha ratificado esse tratado, já que não se pode exigir algo sem qualquer comprometimento nesse sentido pelo Estado, o que não impede que a CIDH utilize um tratado não ratificado como auxílio para interpretar a Convenção Americana e responsabilizar um Estado.

A terceira pergunta tem resposta positiva, já que a aplicação da jurisprudência da CIDH tende a evitar que o Estado seja responsabilizado por casos já julgados. Apesar disso, deve-se entender que não apenas a jurisprudência da CIDH, mas também a jurisprudência do STF, no âmbito interno, vale como parâmetro de controle.

²⁷⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 6 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 393.

Deve-se mencionar também que tal parâmetro se apresenta sobre um viés interpretativo sobre as normas previstas em tratados de direitos humanos, ou seja, esses julgados podem ser parâmetros para o controle jurisdicional de convencionalidade quando se considera a sua interpretação sobre um outro parâmetro, que são os tratados de direitos humanos.

Dessa forma, o parâmetro de controle pode ser a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, a jurisprudência da CIDH, tanto na sua vertente consultiva quanto contenciosa, e do STF e os tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado.²⁸⁰

Nesse viés, observa-se que a não utilização de fontes que não sejam as nacionais tende a ser disseminada, em prejuízo à utilização dos tratados de direitos humanos e da aplicação do controle de convencionalidade. Dessa perspectiva, Larry Backer aponta, com base na doutrina americana, que um dos três fatores de questionamento presentes no constitucionalismo é o uso de normas internacionais.²⁸¹

Essa limitação ao uso de normas de produção externa é fundada no receio de que isso enseje uma mudança sobre a essência e características do Estado, em outras palavras, um temor pela fuga de competência do Estado e a consequente descaracterização da soberania do Estado.²⁸²

No entanto, tal temor não tem fundamento em vista da proposta aqui afirmada, pois o Estado ao efetuar o controle jurisdicional de convencionalidade estaria, deveras, retomando uma parcela de sua competência, que até então parecia se restringir ao âmbito das Cortes Internacionais de direitos humanos.

²⁸⁰ ZÚÑIGA, Natalia Torres. El control de convencionalidad: deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias). 2012. 385 f. Tese (Bacharelado)-Faculdade de Direito, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012, p. 43.

²⁸¹ BACKER, Larry Catá. From Constitution to Constitutionalism: A Global Framework for Legitimate Public Power Systems. *Penn State Law Review*, v. 113, n. 3, p. 101-177, 2009, p. 149-150. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1272264>. Acesso em: 15 janeiro de 2015.

²⁸² BACKER, Larry Catá. From Constitution to Constitutionalism: A Global Framework for Legitimate Public Power Systems. *Penn State Law Review*, v. 113, n. 3, p. 101-177, 2009, p. 150. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1272264>. Acesso em: 15 de janeiro de 2015.

Noutro prisma, certo é que outros países vinculados à CIDH já passaram a adotar o controle de convencionalidade em seu ordenamento jurídico. Sendo assim, o STF não se encontra em uma situação única ou rara em vista de cortes supremas de outros Estados. Dessa forma, passaremos a expor três casos de países que já utilizam tal instrumento.

O primeiro exemplo diz respeito à Colômbia, que no caso C-148/2005 declarou que a palavra “graves”, presente nos artigos 137 e 178 da Lei nº 599 de 2000 (Código Penal Colombiano), era inexecutável, por estar em desconformidade com a Constituição e os tratados de direitos humanos já que limitava a tipificação do crime de tortura.²⁸³

Dessa forma, verifica-se que, para além da salvaguarda do texto constitucional pelo controle de constitucionalidade (artigo 12 da Constituição da Colômbia), a Corte Constitucional também utilizou o controle de convencionalidade para salvaguardar as disposições da Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradante (artigo 2º da Convenção).²⁸⁴

²⁸³ COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. C-148/2005 Demanda de inconstitucionalidad contra las expresiones “grave” contenida en el numeral 1º del artículo 101 y “graves” contenida en los artículos 137 y 178 de la Ley 599 de 2000 “por la cual se expide el Código Penal”. Relator: Alvaro Tafur Galvis. Bogotá, 22 de fevereiro de 2005. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-148-05.htm>>. Acesso em: 11 abril de 2015; O artigo 137 tinha a seguinte redação: “Tortura en persona protegida. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, físicos o síquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años, multa de quinientos (500) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años”; Já o artigo 178 dizia: Tortura. El que inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, físicos o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación incurrirá en prisión de ocho a quince años, multa de ochocientos (800) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad”. COLÔMBIA. Lei Nº 599, de 24 de julho de 2000. Promulga o Código Penal. Disponível em: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html>. Acesso em: 11 abril de 2015.

²⁸⁴ COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. C-148/2005 Demanda de inconstitucionalidad contra las expresiones “grave” contenida en el numeral 1º del artículo 101 y “graves” contenida en los artículos 137 y 178 de la Ley 599 de 2000 “por la cual se expide el Código Penal”. Relator: Alvaro Tafur Galvis. Bogotá, 22 de fevereiro de 2005. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-148-05.htm>>. Acesso em: 11 de abril de 2015; O artigo 12 da Constituição da Colômbia dispõe o seguinte: “Nadie será sometido a

Já em vista do entendimento do órgão supremo da justiça mexicana, verifica-se que, embora não exista expressa disposição quanto ao valor dos tratados internacionais na Constituição dos Estados Unidos Mexicanos, a Suprema Corte de Justiça vem adotando uma interpretação extensiva do artigo 133 da Carta regente do País.²⁸⁵

Dessa maneira, posiciona os tratados abaixo da Constituição e acima das leis, tanto federais como locais, qualificando, portanto, o México como Estado que adota a teoria de supralegalidade das normas internacionais.²⁸⁶ Por meio dessa interpretação, o Tribunal Eleitoral do Poder Judiciário da Federação aplicou o controle de convencionalidade no caso ST-JDC-33-2011.²⁸⁷

Nessa decisão restou estabelecido que, em virtude do artigo 1º da Constituição do México, os juízes têm o dever de “[...] tutelar os direitos das pessoas a luz de dita Constituição e dos tratados internacionais que o Estado Mexicano seja

desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. COLÔMBIA. Constituição de 1991. Constitución Política de Colombia 1991. Disponível em: <http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion_Politica_de_Colombia.htm>. Acesso em: 11 de abril de 2015. Já o artigo 2º da Convenção na legislação colombiana dispõe: “Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente, por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”. COLÔMBIA. Lei Nº 409, de 31 de outubro de 1997. Promulga a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradante. Disponível em: <<http://www.iadb.org/Research/legislacionindigena/leyn/docs/CO-Ley-409-97-Aprueba-Convencion-Prevenir-Tortura-.doc>>. Acesso em: 11 de abril de 2015.

²⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino. O pensamento de Peter Haberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 29 e 30, ago. 2008. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/205/173>>. Acesso em: 13 dez. 2014. O artigo 133 da Constituição do México diz: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”. MÉXICO. Constituição de 1917. Constitución política de los estados unidos mexicanos que reforma la de 5 de febrero de 1857. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>>. Acesso em: 13 dez. 2014.

²⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino. O pensamento de Peter Haberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 29 e 30, ago. 2008. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/205/173>>. Acesso em: 13 dez. 2014.

²⁸⁷ MÉXICO. Tribunal Eleitoral do Poder Judiciário da Federação. ST-JDC-53-2011. Relator: Santiago Nieto Castillo. Toluca de Lerdo, 16 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.te.gob.mx/ccje/vii_mesa/santa_nely.pdf>. Acesso em: 15 de março de 2015.

parte”.²⁸⁸ Pontuando, que o controle de convencionalidade deve incidir também sobre os atos e resoluções das autoridades.

Por fim, a Argentina no caso Videla e Massera da Corte Suprema de Justiça da Argentina entendeu que os indultos concedidos não teriam validade no ordenamento jurídico argentino, pois feriam o dever de não apenas investigar os crimes, mas também punir os perpetradores das violações, aplicando, assim, o controle de convencionalidade.²⁸⁹

Tal aplicação se desenvolveu no seguinte trecho do julgado:

Deve-se enfatizar que essa Corte declarou que, para efeitos de proteção das obrigações assumidas pelo Estado argentino no sistema interamericano de proteção de direitos humanos, a jurisprudência da Corte Interamericana é uma pauta indispensável de interpretação para os poderes constituídos argentinos no âmbito da sua competência.²⁹⁰

A possibilidade disso decorre do fato de que na Argentina os principais tratados de direitos humanos têm *status* constitucional, conforme preceitua o art. 75, item 22, da Constituição argentina.²⁹¹

²⁸⁸ Tradução nossa, original: “tutelar los derechos de las personas a la luz de dicha Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”. MÉXICO. Tribunal Eleitoral do Poder Judiciário da Federação. ST-JDC-53-2011. Relator: Santiago Nieto Castillo. Toluca de Lerdo, 16 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.te.gob.mx/ccje/vii_mesa/santa_nely.pdf>. Acesso em: 15 de março de 2015, p. 43. O artigo 1º da Constituição do México diz: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”. MÉXICO. Constituição de 1917. Constitución política de los estados unidos mexicanos que reforma la de 5 de febrero de 1857. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>>. Acesso em: 13 dez. 2014.

²⁸⁹ ARGENTINA. Corte Suprema de Justiça da Nação. Caso Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo (fallo: 333:1657). v. 281. XLV. 31 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.cij.gov.ar/nota-4848-La-Corte-ratifico-la-nulidad-de-los-indultos-de-Videla-y-Massera.html>>. Acesso em: 12 de abril de 2015.

²⁹⁰ Tradução nossa, no original: “Cabe subrayar, que esta Corte ha precisado que a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia [...]”. ARGENTINA. Corte Suprema de Justiça da Nação. Caso Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo (fallo: 333:1657). v. 281. XLV. 31 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.cij.gov.ar/nota-4848-La-Corte-ratifico-la-nulidad-de-los-indultos-de-Videla-y-Massera.html>>. Acesso em: 12 de abril de 2015.

²⁹¹ O art. 75, item 22, dispõe que cabe ao Congresso: “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

No entanto, é importante notar que antes mesmo de a Corte Interamericana ter preceituado o controle de convencionalidade pelos juízes dos Estados, a Corte Suprema de Justiça da Argentina já havia estabelecido que os juízes deviam seguir os entendimentos da CIDH, conforme apontou Néstor Sagués, esse entendimento foi denominado “doutrina do seguimento”.²⁹²

Nesse prisma, tendo fixado a estrutura normativa de nosso ordenamento jurídico e como os tratados de direitos humanos se inserem nesse quadro, importando, assim, em fundamento para o controle jurisdicional de convencionalidade, torna-se necessário que avancemos ao próximo capítulo para delimitar as arestas que separam o controle de convencionalidade do controle de constitucionalidade e como tal controle pode ser operacionalizado.

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 Cruelles, 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 del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”. ARGENTINA. Constituição de 1853. Constitución de la nación argentina, reformada y concordada por la convención nacional ad hoc el 25 de septiembre de 1860 y con las reformas de las convenciones de 1866, 1898, 1957 y 1994. Disponível em: <<http://www.senado.gov.ar/delInteres>>. Acesso em: 12 de abril de 2015.

²⁹² Exemplos de casos no qual tal doutrina foi aplicada são o caso Ekmekdjian v. Bofovich e o caso Bramajo. SAGÚÉS, Néstor Pedro. El control de convencionalidade em argentina. In: MARINONI, Luiz Guilherme. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (coord.) Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 346-347.

CAPÍTULO 3 – O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE PARA ALÉM DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle jurisdicional de convencionalidade surge como um dever para os magistrados dos tribunais brasileiros, conforme determinação esposada pela CIDH em alguns de seus precedentes. Tal perspectiva visa tornar efetivo os tratados de direitos humanos e também evitar futuras condenações dos Estados no âmbito da Corte Interamericana.

Em vista disso, é natural que se pense que o controle de convencionalidade seria efetivamente aplicado em nosso ordenamento jurídico. Contudo, além da falta de um supedâneo teórico e da tradição judicial, que equiparava os tratados à legislação ordinária, o controle jurisdicional de convencionalidade encontra obstáculo na confusão entre o seu conteúdo e o do controle de constitucionalidade.

A necessária distinção entre tais institutos se volta para a análise do próprio parâmetro de controle e da possibilidade de normas de hierarquia inferior terem aplicação no caso concreto, em respeito ao princípio *pro homine*.

Não se quer dizer com isso que o controle de convencionalidade irá se sobrepor ao controle de constitucionalidade. Em realidade, a opção que se faz é pela diferenciação clara entre os dois institutos, para que possa ser delimitada uma ideal aplicação de cada parâmetro de controle.

Dessa forma, o presente capítulo tratará do incorreto enquadramento do controle de convencionalidade como controle de constitucionalidade, da aplicação superficial do controle de convencionalidade e, por fim, abordará uma adequada aplicação do controle de convencionalidade em nosso ordenamento.

3.1. O enquadramento convencional sob o manto do controle de constitucionalidade

O controle jurisdicional de convencionalidade se assemelha em grande monta ao controle de constitucionalidade, algo que é sustentado não apenas no Brasil, mas também em outros países.²⁹³

²⁹³ LAMONTHE, Olivier dutheillet de. Controle de constitutionnalite et controle de conventionnalite. In: ABRAHAM, Ronny; BON, Pierre; BONICHOT, Jean-Claude. Mélanges en l'honneur de Daniel

A ideia de que o controle de convencionalidade está intimamente ligado ao controle de constitucionalidade, a ponto de alguns autores alegarem a existência unicamente do controle de constitucionalidade, tem relação direta também ao fato de que a estipulação dos direitos humanos na Constituição como direitos fundamentais constituía um método para dar eficácia a tais direitos.²⁹⁴

Isso explica também a constatação de que os direitos previstos em tratados em sua maioria coincidem com os direitos previstos nas constituições modernas, algo que foi comprovado pela análise de Alston e Goodman de constituições de 20 países diferentes e de alguns dos tratados de direitos humanos.²⁹⁵

A própria ideia de controle exige que a norma esteja em um patamar diferenciado daquele referente à norma controlada, o que deve ser entendido como uma hierarquia material, como já definimos sob a perspectiva do diálogo das fontes.²⁹⁶ Nesse viés, o patamar adequado para as normas internacionais de direitos humanos é aquele que dá máxima efetividade aos seus ditames, qual seja o constitucional.

Surge daí a necessidade de que o controle de convencionalidade esteja enquadrado sob a perspectiva de hierarquia constitucional, o que não enseja a aplicação do controle de constitucionalidade nos casos em que deve ser aplicado o controle de convencionalidade, pois a norma convencional, sob a perspectiva de hierarquia material, tem *status* constitucional, mas seu parâmetro são os tratados de direitos humanos.

Além disso, assim como no Brasil que possui cláusulas expressas, a França também resguarda a hierarquia superior dessas normas em sua Constituição e

Labetoulle. Paris: Editora Dalloz, 2007, p. 2; RAMOS, André de Carvalho. Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 214.

²⁹⁴ ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. International human rights. Oxford: Oxford University Press. 2013, p. 1051.

²⁹⁵ ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. International human rights. Oxford: Oxford University Press. 2013, p. 1051.

²⁹⁶ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. n. 19. pp. 67-93 Jan./jun. 2012. p. 90. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_%28Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes%29.pdf>. Acesso em: 12/01/2015.

define o controle pelos tratados de direitos humanos como um controle de convencionalidade e não como controle de constitucionalidade.²⁹⁷

Contudo, a confusão entre a utilização dos dois institutos persiste em nosso ordenamento quando da aplicação dos tratados de direitos humanos, isso fica visível, por exemplo, na seguinte passagem de um julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, conforme segue:

Sabe-se que as normas internacionais do trabalho podem ser aplicadas pelo ordenamento jurídico nacional em variadas perspectivas. Utiliza-se o direito internacional do trabalho para solucionar um litígio diretamente [...] e, mesmo para a avaliação de constitucionalidade.²⁹⁸ (grifo nosso)

Apesar do citado julgado fazer referência ao controle de convencionalidade para os tratados com *status* supralegal, acaba enquadrando os tratados aprovados pelo §3º do art. 5º da Constituição no campo de aplicação do controle de constitucionalidade.

No âmbito da segunda instância do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF, dois julgados, que expressamente abordam o controle de convencionalidade, se destacam no que tange a uma certa confusão entre o controle de constitucionalidade e o de convencionalidade.

²⁹⁷ LAMONTHE, Olivier dutheillet de. Controle de constitutionnalite et controle de conventionnalite. In: ABRAHAM, Ronny; BON, Pierre; BONICHOT, Jean-Claude. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle. Paris: Editora Dalloz, 2007, p. 4.

²⁹⁸ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário. equiparação salarial. normas internacionais do trabalho. aplicação. Sabe-se que as normas internacionais do trabalho podem ser aplicadas pelo ordenamento jurídico nacional em variadas perspectivas. Utiliza-se o direito internacional do trabalho para solucionar um litígio diretamente, no caso de lacunas, de aplicação de norma mais favorável, ou mesmo da invalidação de um dispositivo interno, tendo em vista o seu status na recepção e a previsão do parágrafo primeiro do artigo 5o da CF/88. De igual maneira, pode funcionar como um guia para a interpretação no caso de ambiguidades do direito interno; para a interpretação de termos gerais e de conceitos jurídicos indeterminados; e, mesmo para a avaliação de constitucionalidade. Com isso, seria possível estabelecer um princípio jurisprudencial com base no direito internacional do trabalho assim aplicado. Saliencia-se que a douta magistrada juíza convocada Martha Halfeld aponta que a interpretação do artigo 461 da CLT deve ser ampliada para além dos requisitos nele especificados, diante da inspiração dos artigos 5o e 6º da CLT; artigo 7o, XXX da CF/88 e das convenções 100 e 111 da OIT. Acresça-se a essa brilhante conclusão a necessidade da releitura do citado dispositivo consolidado à luz da eficácia social e horizontal dos direitos sociais; do sentido de trabalho de igual valor e de não discriminação na definição dos termos e condições de emprego tal como definidas pelas normas da OIT (enquanto norma mais favorável e guia de interpretação para a releitura constitucional conforme); e, além disso, da preponderância da norma internacional em face da legislação infraconstitucional, conforme entendimento renovado da Corte Constitucional. RO 0001475-96.2013.5.03.0043. Relator convocado Tarcisio Correa de Brito. Belo Horizonte, 11 de novembro de 2014. DEJT 17/11/2014. Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/consultaBaseCompleta.htm>>. Acesso em: 13 de março de 2015.

O primeiro caso diz respeito a uma ação de improbidade administrativa na qual, em grau de recurso, foi proposta arguição de inconstitucionalidade dos incisos I, II e III do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa.²⁹⁹

A alegação tinha como razão o fato de que não pode haver suspensão de direitos políticos em ação de improbidade, já que esta tem natureza cível. Dessa forma, a sanção de suspensão de direitos políticos violaria a Convenção Americana no seu art. 23.³⁰⁰

A relatora do processo constata o seguinte:

A solução proposta pela recorrente passa necessariamente pelo que a doutrina convencionou denominar controle de convencionalidade, ao admitir que a posição ocupada pelos tratados internacionais sobre direitos humanos, na hierarquia das normas no ordenamento jurídico pátrio, tem como consequência, em determinadas hipóteses, a possibilidade que seja utilizado como parâmetro de comparação da

²⁹⁹ O teor desse artigo da Lei 8.429/1992 é o seguinte: “Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos; II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos”. BRASIL. Lei Nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 24 abril 2015.

³⁰⁰ O art. 23 da Convenção Americana dispõe: “Art. 23 Direitos Políticos 1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: a. de participar na direção dos assuntos políticos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos; b. de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e c. de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país. 2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades, a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal”. BRASIL. Decreto Nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 24 abril 2015.

compatibilidade material do teor da norma com as disposições constitucionais.³⁰¹ (grifo nosso)

Percebe-se, pelo trecho acima, que a relatora, apesar de citar o controle de convencionalidade, entende que este seria uma das hipóteses de controle de constitucionalidade, como se verifica na parte final da passagem. Esse entendimento é confirmado no parágrafo seguinte, conforme segue:

Ao realizar a análise da tese deparamo-nos com a impossibilidade desse controle difuso de constitucionalidade alcançar normas advindas do Poder Constituinte Originário, a exemplo do art. 37, §4º, da CF/88, segundo a qual “§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”³⁰² (grifo nosso)

Esse recorte deixa claro que a relatora entendeu que o controle de convencionalidade seria um tipo de controle difuso de constitucionalidade, indo além, entendeu que os tratados de direitos humanos seriam um parâmetro para o controle de constitucionalidade. Apesar de expressamente tratar do controle de convencionalidade, a decisão mistura os conceitos de controle de convencionalidade com controle de constitucionalidade, o que acarreta imprecisão técnica, nos termos do presente trabalho.

A solução apresentada pela relatora permitiu a ela concluir que não poderia ocorrer controle de constitucionalidade de normas constitucionais originárias, o que é pacífico na jurisprudência do STF, contudo, conforme estabelecemos, não se trata de uma revogação da norma constitucional originária.

³⁰¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível. Apelação Cível. APELAÇÃO CÍVEL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. COMPRA DE APOIO POLÍTICO. ILEGALIDADE. AGENTES PÚBLICOS. DANO AO ERÁRIO. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI DE IMPROBIDADE. PRETENSÃO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA ADVINDA DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO. ART. 37, §4º CF/88. INVIABILIDADE [...]. APC 2011.01.1.045390-2. Segunda Turma Cível. Brasília. 9 de julho de 2014.

³⁰² BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível. Apelação Cível. APELAÇÃO CÍVEL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. COMPRA DE APOIO POLÍTICO. ILEGALIDADE. AGENTES PÚBLICOS. DANO AO ERÁRIO. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI DE IMPROBIDADE. PRETENSÃO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA ADVINDA DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO. ART. 37, §4º CF/88. INVIABILIDADE [...]. APC 2011.01.1.045390-2. Segunda Turma Cível. Brasília. 9 de julho de 2014.

Trata-se, em realidade, de um diálogo entre normas, no qual a norma mais protetiva ao ser humano deve prevalecer no caso concreto, dando corpo ao princípio *pro homine*. Afasta-se, dessa forma, delineamentos meramente formais que impedem a concretização dos direitos humanos e se estabelece um prisma de hierarquia material e dialógico de normas.

O outro precedente do TJDF, que tratou do controle de convencionalidade, dizia respeito a um Habeas Corpus impetrado com o objetivo de tornar nulo um acórdão de turma recursal em matéria criminal. Justificou-se a nulidade “ante a inconstitucionalidade da agravante da reincidência prevista no art. 61, I, do Código Penal, e o faz elegendo como parâmetro de controle o art. 8º, inciso IV, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos”.³⁰³

Como se percebe, a alegação do impetrante incide na mesma linha do caso anterior, que misturou os conceitos de controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade. Porém, o relator do caso foi preciso ao distinguir que se tratava, deveras, de controle de convencionalidade, no seguinte trecho:

Noutro giro, do status de supralegalidade atribuído ao Tratado invocado, porque anterior à EC 45/2004 e não submetido ao procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, forçoso é concluir que, nestes casos, **não há que se falar em controle de constitucionalidade da aludida norma, mas sim em controle de convencionalidade.**³⁰⁴ (grifo nosso)

³⁰³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Habeas Corpus. HABEAS CORPUS. ART. 329 DO CÓDIGO PENAL E ART. 21 DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENALIS. REINCIDÊNCIA – INCONSTITUCIONALIDADE EM FACE DO ART. 8º, IV, DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. ACORDÃO FUNDAMENTADO. ORDEM DENEGADA. O sistema dos Juizados Especiais foi concebido para se completar em si mesmo, salvo em hipóteses em que ocorra ofensa constitucional evidente. Se a impetrante alega a inconstitucionalidade da agravante da reincidência em face do disposto no art. 8º, IV, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que possui status de supralegalidade, porque anterior à EC 45/2004 e não submetido ao procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, não há que se falar em controle de constitucionalidade da aludida norma, mas sim em controle de convencionalidade. Em hipóteses que tais, e considerando-se que o STF reconheceu a Repercussão Geral em Recurso Extraordinário, no qual se discute a recepção, pela Constituição Federal, da agravante da reincidência (RE 591563RG/RS), mister aguardar-se a decisão do Supremo Tribunal Federal. HBC 2012.00.2.029280-9. Primeira Turma Criminal. Brasília. 7 de fevereiro de 2013.

³⁰⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Habeas Corpus. HABEAS CORPUS. ART. 329 DO CÓDIGO PENAL E ART. 21 DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENALIS. REINCIDÊNCIA – INCONSTITUCIONALIDADE EM FACE DO ART. 8º, IV, DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. ACORDÃO FUNDAMENTADO. ORDEM DENEGADA. O sistema dos Juizados Especiais foi concebido para se completar em si mesmo, salvo em hipóteses em que ocorra ofensa constitucional evidente. Se a impetrante alega a inconstitucionalidade da agravante da reincidência em face do disposto no art. 8º, IV, da

Devemos abordar tal trecho com cautela, pois, apesar de apontar a diferença entre os dois controles, a parte inicial permite presumir três pontos quanto ao entendimento adotado, são eles:

1. Somente os tratados de direitos humanos, anteriores à EC 45/2004 e não aprovados com o quórum qualificado para serem equivalentes às emendas constitucionais, são supralegais. 2. Os tratados de direitos humanos posteriores à emenda citada não têm caráter supralegal e nem constitucional, nesse último caso na hipótese de não terem sido aprovados com o quórum qualificado apontado. 3. Os tratados de direitos humanos aprovados com quórum qualificado permitem o controle de constitucionalidade e não de convencionalidade.

Essas deduções, apontadas pelo trecho citado, não se coadunam com o entendimento da presente pesquisa, tendo em conta, como já explicado antes, que, para nós, todos os tratados de direitos humanos têm status supralegal (materialmente constitucional) independentemente do momento de internalização, os tratados aprovados sob o enfoque do §3º do art. 5º da CF podem ser parâmetro para o controle de convencionalidade concentrado, assim como o difuso, não se devendo falar em controle de constitucionalidade, mas sim de convencionalidade.

A ideia de que o controle de convencionalidade está vinculado às decisões tomadas em sede controle de constitucionalidade abstrato também pode ser apontado como um fator que prejudica a aplicação das normas internacionais em nosso ordenamento jurídico.

Nesse sentido, em um processo do Tribunal Regional Eleitora de Santa Catarina, um dos magistrados apontou que o caso merecia a aplicação do controle de convencionalidade para permitir o acesso de partido a tempo de propaganda em

Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que possui status de supralegalidade, porque anterior à EC 45/2004 e não submetido ao procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, não há que se falar em controle de constitucionalidade da aludida norma, mas sim em controle de convencionalidade. Em hipóteses que tais, e considerando-se que o STF reconheceu a Repercussão Geral em Recurso Extraordinário, no qual se discute a recepção, pela Constituição Federal, da agravante da reincidência (RE 591563RG/RS), mister aguardar-se a decisão do Supremo Tribunal Federal. HBC 2012.00.2.029280-9. Primeira Turma Criminal. Brasília. 7 de fevereiro de 2013.

TV, mesmo sem preencher o critério do art. 57, I, "a", da Lei 9.096/1995, declarando, assim, a inconveniência incidental desse dispositivo.³⁰⁵

No entanto, o voto prevalente, apesar de reconhecer a possibilidade de controle jurisdicional de convencionalidade, entendeu que "[...] ainda que se admita estar-se diante de uma afronta a direitos humanos, o que não me parece o caso, o fato é que tratados não se sobrepõem à Constituição".³⁰⁶ Essa percepção é contrária a ideia de diálogo entre normas, pois pressupõe que uma norma deve prevalecer, ao invés de entender que a norma mais protetiva ao ser humano deve ser adotada.

O relator continua e explicita o seguinte:

Ora, o dispositivo em comento já passou pelo crivo da análise de constitucionalidade no âmbito do STF (ADINs 1351-3 e 1354-8) sendo mantido. Destarte, penso que não se pode rever, aqui nesta instância, uma decisão assentada pelo Supremo Tribunal

³⁰⁵ O citado dispositivo informa que tem direito ao funcionamento parlamentar: "na Câmara dos Deputados, toda vez que eleger representante em, no mínimo, cinco Estados e obtiver um por cento dos votos apurados no País, não computados os brancos e os nulos". BRASIL. Lei Nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm>. Acesso em: 24 de abril de 2015; BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. Agravo Regimental. AGRAVO REGIMENTAL. PROPAGANDA PARTIDÁRIA. PRAZO PARA REQUERIMENTO. Deve-se conhecer do pedido de veiculação de propaganda partidária protocolado no primeiro dia útil subsequente, quando o prazo final recair em dia em que não haja expediente na Justiça Eleitoral. PROPAGANDA PARTIDÁRIA. INSERÇÕES FUNCIONAMENTO PARLAMENTAR. Para que seja deferido o pedido de veiculação de propaganda partidária mediante inserções, a agremiação precisa comprovar que possui funcionamento parlamentar na Câmara dos Deputados nos termos do disposto no art. 57, I, "a", da Lei n. 9.096/1995. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. O chamado controle de convencionalidade não pode ser feito na via difusa quando o dispositivo legal supostamente ofensivo ao tratado ou convenção já foi chancelado como constitucional pelo STF na via direta. Agreg n. 21984/2013. Relator: Ivorí Luis da Silva Scheffer. Florianópolis, 03 de fevereiro de 2014. p. 22. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 24 de abril de 2015.

³⁰⁶ BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. Agravo Regimental. AGRAVO REGIMENTAL. PROPAGANDA PARTIDÁRIA. PRAZO PARA REQUERIMENTO. Deve-se conhecer do pedido de veiculação de propaganda partidária protocolado no primeiro dia útil subsequente, quando o prazo final recair em dia em que não haja expediente na Justiça Eleitoral. PROPAGANDA PARTIDÁRIA. INSERÇÕES FUNCIONAMENTO PARLAMENTAR. Para que seja deferido o pedido de veiculação de propaganda partidária mediante inserções, a agremiação precisa comprovar que possui funcionamento parlamentar na Câmara dos Deputados nos termos do disposto no art. 57, I, "a", da Lei n. 9.096/1995. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. O chamado controle de convencionalidade não pode ser feito na via difusa quando o dispositivo legal supostamente ofensivo ao tratado ou convenção já foi chancelado como constitucional pelo STF na via direta. Agreg n. 21984/2013. Relator: Ivorí Luis da Silva Scheffer. Florianópolis, 03 de fevereiro de 2014. p. 7. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 24 de abril de 2015.

Constitucional. A título de controle de convencionalidade estar-se-ia extirpando a força erga omnes dessa decisão do STF.³⁰⁷

Percebe-se nesse trecho que o autor confunde os dois institutos, arrematando que uma decisão que apreciou unicamente a constitucionalidade da norma em controle abstrato impediria que fosse avaliada a convencionalidade dessa norma. Por serem dois institutos diferentes, com parâmetros de controle também diferentes, tal alegação recai em uma vala teórica, na qual o controle de constitucionalidade seria sinônimo de controle de convencionalidade, o que não corresponde à realidade.

Esse precedente foi utilizado, posteriormente, pelo mesmo tribunal para negar o pedido de inconveniência de dispositivo da Lei Complementar n. 64/1990, tendo por fundamento que o STF já havia analisado tal lei em controle abstrato e entendido pela constitucionalidade, razão pela qual não poderia haver manifestação contrária do tribunal regional eleitoral.³⁰⁸

Nessa esteira, observa-se que a ideia de que o controle de convencionalidade seria, em realidade, um controle de constitucionalidade está também relacionada à caracterização do chamado bloco de constitucionalidade. Dessa forma, passaremos a analisar esse instituto e sua relação com a confusão estabelecida.

³⁰⁷ BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. Agravo Regimental. AGRAVO REGIMENTAL. PROPAGANDA PARTIDÁRIA. PRAZO PARA REQUERIMENTO. Deve-se conhecer do pedido de veiculação de propaganda partidária protocolado no primeiro dia útil subsequente, quando o prazo final recair em dia em que não haja expediente na Justiça Eleitoral. PROPAGANDA PARTIDÁRIA. INSERÇÕES FUNCIONAMENTO PARLAMENTAR. Para que seja deferido o pedido de veiculação de propaganda partidária mediante inserções, a agremiação precisa comprovar que possui funcionamento parlamentar na Câmara dos Deputados nos termos do disposto no art. 57, I, "a", da Lei n. 9.096/1995. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. O chamado controle de convencionalidade não pode ser feito na via difusa quando o dispositivo legal supostamente ofensivo ao tratado ou convenção já foi chancelado como constitucional pelo STF na via direta. Agreg n. 21984/2013. Relator: Ivori Luis da Silva Scheffer. Florianópolis, 03 de fevereiro de 2014. p. 7. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 24 de abril de 2015.

³⁰⁸ BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. Registro de Candidato. - REGISTRO DE CANDIDATO - DEPUTADO ESTADUAL - IMPUGNAÇÃO - PRESTAÇÃO DE CONTAS DE ADMINISTRADOR - TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO - ÓRGÃO LEGÍTIMO - CONTAS JULGADAS IRREGULARES - ATO DOLOSO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO (ART. 11, V, DA LEI N. 8.429/1992) - PRECEDENTE - CONTRATAÇÃO DE MÃO DE OBRA SEM A DEVIDA LICITAÇÃO (ART. 10, VIII, DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA) - PRECEDENTES DO TSE - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS REITORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - VÍCIOS INSANÁVEIS - CONDUTAS DEMONSTRADAS - DOLO CONFIGURADO - MÁ GESTÃO DA COISA PÚBLICA - INDEFERIMENTO DA CANDIDATURA. RECA n. 47153/2014. Relator: Carlos Vicente da Rosa Góes. Florianópolis, 05 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 24 de abril de 2015.

A análise do texto da Constituição, a partir de nossa Carta Constitucional de 1988, torna perceptível que o sistema nacional – ou interno – de direitos fundamentais é caracterizado por um bloco de constitucionalidade, que em outros termos é chamado de *alpoiese* constitucional.³⁰⁹

Isso decorre da expressa cláusula de abertura constitucional do §2º, “não se podendo considerar taxativa a enumeração dos direitos fundamentais no título II da Constituição”.³¹⁰ Sendo, inclusive, prática jurisdicional no Supremo Tribunal Federal o reconhecimento da extensão do catálogo normativo de direitos fundamentais presentes na Carta Magna.³¹¹

A origem da expressão bloco de constitucionalidade pode ser remontada ao direito francês, estabelecida, *prima facie*, apenas no campo doutrinário, no entanto, a figura jurídica obteve a repercussão necessária para emaranhar-se à “jurisprudência” do Conselho Constitucional da França – não nos referenciando aqui

³⁰⁹ OLIVEIRA, Diogo Pignataro de. Os tratados de direitos humanos na contemporaneidade e sua aplicabilidade dentro da nova concepção constitucional brasileira: uma análise crítica a teor do § 3.º do art. 5.º da CF/88. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 16, n. 64, p. 301-302, jul./set. 2008. Trimestral; MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 304.

³¹⁰ OLIVEIRA, Diogo Pignataro de. Os tratados de direitos humanos na contemporaneidade e sua aplicabilidade dentro da nova concepção constitucional brasileira: uma análise crítica a teor do § 3.º do art. 5.º da CF/88. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 16, n. 64, p. 301-302, jul./set. 2008. Trimestral; MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 304.

³¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – INSTRUMENTO DE AFIRMAÇÃO DA SUPREMACIA DA ORDEM CONSTITUCIONAL – O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR NEGATIVO – LEI COMPLEMENTAR Nº 224/2000, DO ESTADO DE RONDÔNIA (ART. 64, “CAPUT” E PARÁGRAFO ÚNICO) – A NOÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE/INCONSTITUCIONALIDADE COMO CONCEITO DE RELAÇÃO – A QUESTÃO PERTINENTE AO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE – POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS DIVERGENTES EM TORNO DO SEU CONTEÚDO – O SIGNIFICADO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO FATOR DETERMINANTE DO CARÁTER CONSTITUCIONAL, OU NÃO, DOS ATOS ESTATAIS – NECESSIDADE DA VIGÊNCIA ATUAL, EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO, DO PARADIGMA CONSTITUCIONAL ALEGADAMENTE VIOLADO – SUPERVENIENTE MODIFICAÇÃO/SUPRESSÃO DO PARÂMETRO DE CONFRONTO E DO TEXTO DA NORMA ESTATAL IMPUGNADA – HIPÓTESE DE PREJUDICIALIDADE – EXTINÇÃO ANÔMALA DO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – AÇÃO DIRETA JULGADA PREJUDICADA – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. ADI 2971. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 06 de novembro de 2014. DJe 13/02/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7758406>>. Acesso em: 15 de março de 2015.

ao sentido amplamente difundido do termo jurisprudência, pois o Conselho em questão não é parte do Poder Judiciário, mas sim um órgão político.³¹²

Esse Conselho – que exerce o controle de constitucionalidade anteriormente à promulgação da lei, sendo que após tal ato não há que se falar em controle de constitucionalidade da lei – apesar de ter sido o primeiro a utilizar a expressão como forma de expressar o complexo de normas constitucionais a serem observados no controle de constitucionalidade, não foi o fundador originário da ideia.³¹³

Noutra análise, verifica-se que, na verdade, o “Bloco de Constitucionalidade” derivou da expressão “bloco de legalidade”, conceituada por Maurice Hauriou como a possibilidade de imposição de regras, entendidos assim os princípios e a jurisprudência, perante a administração, com base no princípio da legalidade, tendo sido o instituto criado, nesta razão, para o âmbito administrativo e não o constitucional, como posteriormente veio a ser desenvolvido.³¹⁴

A expressão “bloco de constitucionalidade”, que galgou evolução rápida durante o tempo em que foi construída, designa, portanto, um conjunto de normas, posicionadas no seio do substrato constitucional, cuja imperatividade é infligida à lei, nesta linha, podemos concluir, também, que a própria definição da palavra bloco já transaciona ao intérprete as ideias de solidez, unidade e concretude, ou seja, um núcleo de direitos essencialmente constitucionais.³¹⁵

³¹² MELLO, Vitor Tadeu Carramão. Bloco de Constitucionalidade como parâmetro de proteção dos direitos fundamentais. *Revista Vox Juris: Revista Eletrônica Discente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Gama Filho*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 130, fev./jul. 2009. Semestral. Disponível em: <http://www.ugf.br/editora/pdf/voxxuris_2/artigo4.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2014.

³¹³ MELLO, Vitor Tadeu Carramão. Bloco de Constitucionalidade como parâmetro de proteção dos direitos fundamentais. *Revista Vox Juris: Revista Eletrônica Discente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Gama Filho*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 130, fev./jul. 2009. Semestral. Disponível em: <http://www.ugf.br/editora/pdf/voxxuris_2/artigo4.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2014.

³¹⁴ HAURIU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public: à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*. 8. ed. Paris: Sirey, 1914. p. 55-56. Disponível em: <<https://archive.org/stream/prcisdedroitadm00unkngoog#page/n104/mode/2up>>. Acesso em: 03 mar. 2014; FAVOREU, Louis. El bloque de la constitucionalidad. *Revista Del Centro de Estudios Constitucionales*, [s. L.], v. 1, n. 5, pp. 46-68, jan./mar. 1990. p. 47. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/fondo-historico?IDR=15&IDN=1232&IDA=35340>>. Acesso em: 03 mar. 2014.

³¹⁵ LOPES, Ana Maria D'ávila. Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais: desafios do poder judiciário. *Revista Sequência: publicação do curso de pós-graduação em direito da UFSC, Florianópolis*, v. 30, n. 59, p. 45, dez. 2009. Semestral. Disponível em: <<http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/issue/view/1416>>. Acesso em: 17 mar. 2014; FAVOREU, Louis. El bloque de la constitucionalidad. *Revista Del Centro de Estudios*

No entanto, não há que se falar em uma atual compreensão do instrumento sem antes perquirir os fatos históricos que levaram o Conselho Constitucional da França a utilizar este catálogo jurídico-constitucional. Neste pressuposto, verificamos que os elementos para a existência de um “bloco de constitucionalidade” foram incorporados aos precedentes do colegiado supra de forma pioneira por decisão, de 16 de julho de 1971, que permitiu o entendimento de que a liberdade de associação era um “princípio fundamental reconhecido pelas leis da República”.³¹⁶

Destarte, o Conselho Constitucional, em 1979, já havia concluído duas decisões, nas quais ficaram assegurados os princípios da separação de poderes e o da continuidade do serviço público como um valor constitucional, no entanto, não atribuía ainda a tais casos a percepção de um bloco de constitucionalidade, malgrado, referir-se, desde 1976, aos “princípios de valor constitucional”.³¹⁷

A partir do ano de 1980, o colegiado Constitucional da França restringiu as categorias de paradigmas normativos dos seus julgados, evitando assim, uma exacerbada interferência nos outros poderes, sendo estipulado em 1989 o chamado

Constitucionales, [s. L.], v. 1, n. 5, pp. 46-68, jan./mar. 1990. p. 46. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/fondo-historico?IDR=15&IDN=1232&IDA=35340>>. Acesso em: 03 mar. 2014.

³¹⁶ FRANÇA. Conselho constitucional. Decisão 71-44 DC, de 16 de julho de 1971. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/english/case-law/sample-of-decisions-in-relevant-areas-dc/decision/decision-no-71-44-dc-of-16-july-1971.135366.html>>. Acesso em: 25 de maio de 2015; LLORENTE, Francisco Rubio. El bloque de constitucionalidad. *Revista española de derecho constitucional*. [s. L.], v. 9, n. 27, p. 17, set./dez. 1989. Quadrimestral. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/eu/argitalpenak/aldizkariak/aldizkari elektronikokoak?IDR=6&IDN=329&IDA=24952>> Acesso em: 03 mar. 2014; FAVOREU, Louis. El bloque de la constitucionalidad. *Revista Del Centro de Estudios Constitucionales*, [s. L.], v. 1, n. 5, pp. 46-68, jan./mar. 1990. p. 46-47. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/fondo-historico?IDR=15&IDN=1232&IDA=35340>>. Acesso em: 03 mar. 2014; LOPES, Ana Maria D'ávila. Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais: desafios do poder judiciário. *Revista Sequência*: publicação do curso de pós-graduação em direito da UFSC, Florianópolis, v. 30, n. 59, p. 45, dez. 2009. Semestral. Disponível em: <<http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/issue/view/1416>>. Acesso em: 17 mar. 2014.

³¹⁷ FRANÇA. Conselho constitucional. Decisão 79-104 DC, de 23 maio 1979. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1979/79-104-dc/decision-n-79-104-dc-du-23-mai-1979.7722.html>>. Acesso em: 03 mar. 2014; FRANÇA. Conselho constitucional. Decisão 79-105 DC, de 25 julho de 1979. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-con..decision-n-79-105-dc-du-25-juillet-1979.7724.html>>. Acesso em: 03 mar. 2014; FAVOREU, Louis. El bloque de la constitucionalidad. *Revista Del Centro de Estudios Constitucionales*, [s. L.], v. 1, n. 5, pp. 46-68, jan./mar. 1990. p. 48. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/fondo-historico?IDR=15&IDN=1232&IDA=35340>>. Acesso em: 03 mar. 2014.

bloco de constitucionalidade *stricto sensu*, que é composto exclusivamente por textos de valor constitucional.³¹⁸

Esses textos foram divididos em dois ramos, os essenciais e os marginais, o primeiro deles são: a própria Constituição de 1958, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o Preâmbulo da Carta Constitucional de 1946, este último aplicado pelo Conselho como uma declaração de direitos econômicos e sociais.³¹⁹

Já os marginais são: os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República. Percebe-se, ademais, que essas classificações não propõem espaço para inclusão dos tratados e princípios gerais do direito no bloco de constitucionalidade.³²⁰

Nesta visão, alguns autores afirmam que o Conselho galgou em menos de 20 anos uma direta evolução em algo que aproximadamente dois ciclos de 100 anos

³¹⁸ FAVOREU, Louis. El bloque de la constitucionalidad. *Revista Del Centro de Estudios Constitucionales*, [s. L.], v. 1, n. 5, pp. 46-68, jan./mar. 1990. p. 48-49. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/fondo-historico?IDR=15&IDN=1232&IDA=35340>>. Acesso em: 03 mar. 2014; LLORENTE, Francisco Rubio. El bloque de constitucionalidade. *Revista española de derecho constitucional*. [s. L.], v. 9, n. 27, p. 17, set./dez. 1989. Quadrimestral. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/eu/argitalpenak/aldizkariak/aldizkari elektronikokoak?IDR=6&IDN=329&IDA=24952>> Acesso em: 03 mar. 2014; MELLO, Vitor Tadeu Carramão. Bloco de Constitucionalidade como parâmetro de proteção dos direitos fundamentais. *Revista Vox Juris*: Revista Eletrônica Discente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 131, fev./jul. 2009. Semestral. Disponível em: <http://www.ugf.br/editora/pdf/voxxuris_2/artigo4.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2014.

³¹⁹ LLORENTE, Francisco Rubio. El bloque de constitucionalidade. *Revista española de derecho constitucional*. [s. L.], v. 9, n. 27, p. 17, set./dez. 1989. Quadrimestral. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/eu/argitalpenak/aldizkariak/aldizkari elektronikokoak?IDR=6&IDN=329&IDA=24952>> Acesso em: 03 mar. 2014; FAVOREU, Louis. El bloque de la constitucionalidad. *Revista Del Centro de Estudios Constitucionales*, [s. L.], v. 1, n. 5, pp. 46-68, jan./mar. 1990. p. 49-50. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/fondo-historico?IDR=15&IDN=1232&IDA=35340>>. Acesso em: 03 mar. 2014; MELLO, Vitor Tadeu Carramão. Bloco de Constitucionalidade como parâmetro de proteção dos direitos fundamentais. *Revista Vox Juris*: Revista Eletrônica Discente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 131, fev./jul. 2009. Semestral. Disponível em: <http://www.ugf.br/editora/pdf/voxxuris_2/artigo4.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2014.

³²⁰ LLORENTE, Francisco Rubio. El bloque de constitucionalidade. *Revista española de derecho constitucional*. [s. L.], v. 9, n. 27, p. 17, set./dez. 1989. Quadrimestral. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/eu/argitalpenak/aldizkariak/aldizkari elektronikokoak?IDR=6&IDN=329&IDA=24952>> Acesso em: 03 mar. 2014; FAVOREU, Louis. El bloque de la constitucionalidad. *Revista Del Centro de Estudios Constitucionales*, [s. L.], v. 1, n. 5, pp. 46-68, jan./mar. 1990. p. 49-50. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/fondo-historico?IDR=15&IDN=1232&IDA=35340>>. Acesso em: 03 mar. 2014; MELLO, Vitor Tadeu Carramão. Bloco de Constitucionalidade como parâmetro de proteção dos direitos fundamentais. *Revista Vox Juris*: Revista Eletrônica Discente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 131, fev./jul. 2009. Semestral. Disponível em: <http://www.ugf.br/editora/pdf/voxxuris_2/artigo4.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2014.

não tiveram a felicidade de concretizar, que é representado pela definição de um conjunto constitucional satisfatório, por ser harmonioso e coerente, além de estabelecer uma efetiva integração dos direitos fundamentais.³²¹

Diferindo, deste entendimento restritivo atribuído pelo Conselho Francês ao bloco de constitucionalidade, o Tribunal Constitucional da Espanha aplica o instrumento de forma que, não existe um conjunto fixo e determinado de elementos na composição do bloco, mas sim várias fontes indeterminadas que convergem num amplo espectro interpretativo por parte do guardião da Constituição.³²²

Noutro prisma, a jurisprudência constitucional brasileira, representada pelos julgados do STF, tem admitido a existência de um bloco de constitucionalidade, podemos tomar como exemplo, o posicionamento firmado no RE n. 248.869/SP, que apesar de não externar o instituto de forma expressa, assegurou a aplicação de direitos que não são especificamente elencados na Constituição, tendo sido estes, o direito ao nome e a filiação.³²³

³²¹ FAVOREU, Louis. El bloque de la constitucionalidad. *Revista Del Centro de Estudios Constitucionales*, [s. L.], v. 1, n. 5, pp. 46-68, jan./mar. 1990. p. 59. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/fondo-historico?IDR=15&IDN=1232&IDA=35340>>. Acesso em: 03 mar. 2014.

³²² LOPES, Ana Maria D'ávila. Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais: desafios do poder judiciário. *Revista Sequência*: publicação do curso de pós-graduação em direito da UFSC, Florianópolis, v. 30, n. 59, p.48-49, dez. 2009. Semestral. Disponível em: <<http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/issue/view/1416>>. Acesso em: 17 mar. 2014.

³²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAR AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. FILIAÇÃO. DIREITO INDISPONÍVEL. INEXISTÊNCIA DE DEFENSORIA PÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO. 1. A Constituição Federal adota a família como base da sociedade a ela conferindo proteção do Estado. Assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar pressupõe reconhecer seu legítimo direito de saber a verdade sobre sua paternidade, decorrência lógica do direito à filiação (CF, artigos 226, §§ 3o, 4o, 5o e 7o; 227, § 6o). 2. A Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições prescritas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, artigos 127 e 129). 3. O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família, razão pela qual o estado de filiação é direito indisponível, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 27). 4. A Lei 8560/92 expressamente assegurou ao Parquet, desde que provocado pelo interessado e diante de evidências positivas, a possibilidade de intentar a ação de investigação de paternidade, legitimação essa decorrente da proteção constitucional conferida à família e à criança, bem como da indisponibilidade legalmente atribuída ao reconhecimento do estado de filiação. Dele decorrem direitos da personalidade e de caráter patrimonial que determinam e justificam a necessária atuação do Ministério Público para assegurar a sua efetividade, sempre em defesa da criança, na hipótese de não reconhecimento voluntário da paternidade ou recusa do suposto pai. 5. O direito à intimidade não pode consagrar a irresponsabilidade paterna, de forma a inviabilizar a imposição ao

Nessa esteira, o conceito atual de bloco de constitucionalidade pode ser delimitado por dois pontos de vista doutrinários diferentes, divergência proporcionada pela dificuldade em identificar os elementos “que poderão servir de fundamento para a localização daquelas posições jurídico-fundamentais [...]”.³²⁴

O primeiro deles, em sentido restrito considera parte do bloco apenas os direitos que fazem parte da “Constituição escrita ou as leis com valor constitucional formal”.³²⁵ O segundo, em sentido lato, na medida em que, inclui à noção de bloco de constitucionalidade uma abertura a todas as outras normas que possuem essência materialmente constitucional, englobando-se aí, normas infraconstitucionais, princípios e tratados de direitos humanos.³²⁶

A primeira posição já foi expressada nos autos do recurso em sentido estrito n. 0005631-66.2013.8.19.0000 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro –TJRJ. Nesse precedente, o relator, ao analisar a posição normativa da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, entendeu que, apesar do *status* supralegal dessa norma, a Convenção não faria parte do bloco de constitucionalidade por não ter sido submetida ao procedimento do §3º do art. 5 da CF.³²⁷

pai biológico dos deveres resultantes de uma conduta volitiva e passível de gerar vínculos familiares. Essa garantia encontra limite no direito da criança e do Estado em ver reconhecida, se for o caso, a paternidade. 6. O princípio da necessária intervenção do advogado não é absoluto (CF, artigo 133), dado que a Carta Federal faculta a possibilidade excepcional da lei outorgar o jus postulandi a outras pessoas. Ademais, a substituição processual extraordinária do Ministério Público é legítima (CF, artigo 129; CPC, artigo 81; Lei 8560/92, artigo 2o, § 4o) e socialmente relevante na defesa dos economicamente pobres, especialmente pela precariedade da assistência jurídica prestada pelas defensorias públicas. 7. Caráter personalíssimo do direito assegurado pela iniciativa da mãe em procurar o Ministério Público visando a propositura da ação. Legitimação excepcional que depende de provocação por quem de direito, como ocorreu no caso concreto. Recurso extraordinário conhecido e provido. RE n. 248.869. Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA. Brasília, 07 de agosto de 2003. DJ 12/03/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=257829>> Acesso em: 15 de março de 2015; LOPES, Ana Maria D’ávila. Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais: desafios do poder judiciário. *Revista Sequência*: publicação do curso de pós-graduação em direito da UFSC, Florianópolis, v. 30, n. 59, p.48-49, dez. 2009. Semestral. Disponível em: <<http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/issue/view/1416>>. Acesso em: 17 mar. 2014.

³²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 99.

³²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 979-980.

³²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 979-980.

³²⁷ O trecho em que tal ideia se desenvolve é o seguinte: “Esclarece-se que tais ilações não têm por escopo permitir a ampliação do bloco de constitucionalidade, até porque é de conhecimento deste

Já no que toca à última posição, Canotilho aduz pela existência de um amplo parâmetro para a conformação das normas com a Constituição, em suas palavras informa que “O parâmetro constitucional é a *ordem constitucional global* [...]”, representada pelos mais diversos elementos que tem necessariamente em seu corpo o núcleo central Constitucional.³²⁸

Noutro ponto, a lição de Kelsen quanto à legitimidade de um bloco de constitucionalidade, estipulado por uma cláusula de abertura, caracteriza-se como essencial, pois reafirma o aval constitucional garantido aos tribunais na confirmação de direitos não expressos no texto constitucional, vejamos:

Com isso os autores da Constituição queriam dizer que existem certos direitos que não podem ser expressados nem na Constituição nem na ordem jurídica positiva por ela fundada. Não obstante, do ponto de vista do Direito positivo, o efeito dessa cláusula é autorizar os órgãos do Estado que têm de executar a constituição, especialmente os tribunais, a estipular outros direitos que não os estabelecidos pelo texto da Constituição. Um direito assim estipulado também é garantido pela Constituição, não diretamente, mas indiretamente, já que é estipulado por um ato criador de Direito de um órgão autorizado pela Constituição.³²⁹

Nessa expressão, podemos vislumbrar que, malgrado existir divergência doutrinária, quanto aos direitos pertencentes ao bloco de constitucionalidade, a predisposição de amplitude do elenco definidor do bloco é tendência certa na

Relator que a dita convenção não se subsumiu ao iter procedimental exigido a esse mister”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Recurso em sentido estrito. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOSTILIZAÇÃO DE DECISÃO QUE REJEITOU A DENÚNCIA POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. SUPOSTA ANTINOMIA HAVIDA ENTRE O COMANDO DO ARTIGO 395, III, DO CPP E AS DIRETRIZES DA LEI 11340/06. LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA ORIGINADA A PARTIR DE RECOMENDAÇÃO IMPOSTA PELA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS AO ESTADO BRASILEIRO POR DESCUMPRIMENTO DA CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. MUDANÇA DE PARADIGMA TANTO NO TRATAMENTO DO DELITO QUANTO AO COMPROMETIMENTO DAS INSTITUIÇÕES ESTATAIS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL ADSTRITO AOS CASOS EXCEPCIONÁIS. PERSECUTIO CRIMINIS FUNDADA NA PALAVRA DA VÍTIMA. FATOS CONTEXTUALIZADOS NO ÂMBITO DE LEGISLAÇÃO ESPECIALMENTE CRIADA A SALVAGUARDA DA MULHER NAS RELAÇÕES DOMÉSTICAS E SUBMETIDA AO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. CERCEAMENTO DO MUNUS ACUSATÓRIO DO ESTADO. PROVIMENTO DO RECURSO. A inépcia só exhibe espaço de decretação quando a denúncia ofertada não observa os parâmetros do art. 41 do CPP, dificultando compreensão dos seus termos ou gerando embaraços ao livre exercício do direito de defesa. RESE n. 0005631-66.2013.8.19.0000. Relator: Desembargador Carlos Eduardo Roboredo. Rio de Janeiro, 12 de março de 2013. DJe 15/03/2013. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004792C80F3771FEB39A073038B3D8A14ACC502121E2F34>>. Acesso em: 15 de março de 2015.

³²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 980.

³²⁹ KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1990. p. 380.

jurisprudência brasileira, pois do contrário, estariam os tribunais engessando o ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, os tribunais estariam violando também a disposição do §2º, do art. 5º, da Constituição, posicionando a proteção da dignidade humana em um segundo plano. Sendo assim, pela forte tendência de progressiva incorporação de direitos ao bloco de constitucionalidade, por nosso sistema jurídico constitucional, primordialmente no que tange aos tratados de direitos humanos, devemos inserir tais tratados no âmbito de guarda constitucional.³³⁰

Tanto no âmbito Interamericano como no ordenamento jurídico francês, a doutrina diferencia um outro tipo de bloco, denominado bloco de convencionalidade, que seria integrado pelas normas internacionais.³³¹ Nesse sentido, outros autores apontam também que “em algumas ocasiões o ‘bloco de convencionalidade’ acaba incluído no ‘bloco de constitucionalidade, de forma que, ao realizar o ‘controle de constitucionalidade’ também se efetua o ‘controle de convencionalidade’”.³³²

Para nós, essa possibilidade de que o controle de constitucionalidade inclua o controle de convencionalidade é algo a ser tomado como mérito quando há o desconhecimento, pelo julgador, das normativas internacionais de direitos humanos.

No entanto, tendo conhecimento de tais normas cabe a todos os julgadores fazerem um diálogo entre as fontes, o que demanda que, ao menos, se analisem os

³³⁰ LOPES, Ana Maria D'Ávila. Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais: desafios do poder judiciário. *Revista Sequência*: publicação do curso de pós-graduação em direito da UFSC, Florianópolis, v. 30, n. 59, p. 57, dez. 2009. Semestral. Disponível em: <<http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/issue/view/1416>>. Acesso em: 17 mar. 2014.

³³¹ No caso Interamericano o bloco de convencionalidade seria integrado pelos tratados de direitos humanos inclusive não ratificados pelos Estados e a jurisprudência da CIDH, já no caso francês o bloco seria integrado pelos tratados previstos pelo art. 55 da Constituição francesa. BRUCE, Eva. Réflexions autour de l'article 88-1 de la Constitution dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. In: VIème Congrès de droit constitutionnel (Association Française de Droit Constitutionnel), 2005, Montpellier. jun. 2005, p. 2; GONÇALVES, Vinicius de Almeida. A figura do bloco de convencionalidade nas decisões proferidas pela corte interamericana de direitos humanos. *Revista Eletrônica do Curso de Direitos da UFSM*. Santa Maria, v. 8, n. 2, pp. 398-425, 2013. p. 415/420.

³³² Traduzido por nós, o trecho no original diz: “Así, en algunas ocasiones el “bloque de convencionalidad” queda subsumido en el “bloque de constitucionalidad”, por lo que al realizar el “control de constitucionalidade” también se efectúa “control de convencionalidade””; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el juez mexicano. In: MARINONI, Luiz Guilherme. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (coord.). Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 592.

tratados de direitos humanos aplicáveis ao caso concreto e não se aplique unicamente um controle de constitucionalidade.

Como visto, a ideia de inclusão dos tratados de direitos humanos em um bloco de constitucionalidade pode ensejar em alguns julgadores a ideia de que se estaria aplicando um controle de constitucionalidade e não o controle de convencionalidade.

Contudo, essa não é a regra para todos os casos, no Recurso Eleitoral n. 67073 de 2012 do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, o relator consignou que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e outros tratados pertinentes ao caso têm incidência em nosso ordenamento jurídico e fazem parte do bloco de constitucionalidade, mas deixou explícito que a conformação das normas por esses parâmetros dizia respeito ao controle de convencionalidade.³³³

No sentido de evitar a confusão que a ideia de bloco de constitucionalidade, ou até a de um bloco de convencionalidade, pode acarretar em alguns julgadores, melhor seria que falássemos em um bloco de direitos humanos fundamentais, ou bloco dialógico de direitos fundamentais, ideia que daria mais ênfase à aplicação da teoria do diálogo das fontes e também do controle jurisdicional de convencionalidade.³³⁴

Veja-se ainda que tal confusão não pode continuar, assim como não falamos em controle de constitucionalidade quando efetuamos um controle de legalidade,

³³³ Confira-se o trecho: “Noutro plano, igualmente reconheço a seriedade da tese da defesa e a incidência na ordem interna Convenção Americana de Direitos Humanos e dos tratados internacionais pertinentes (Declaração Universal dos Direitos do Homem - mesmo não sendo tratado a doutrina admite sua vinculatividade por força do costume internacional - e Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos), os quais tem a hierarquia normativa integrante do chamado “bloco de constitucionalidade” na expressão literal do art. 5o, parágrafo segundo da Constituição da República. [...] Possível, assim, o controle de convencionalidade da sentença ou de qualquer ato normativo, com fundamento na norma de matriz constitucional, trazida ao direito interno por meio do tratado, em face da abertura constitucional do art. 5º”. BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. Recurso Eleitoral. ELEIÇÕES 2012 - PRELIMINARES - PEDIDO DE SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO JULGAMENTO (art. 265, IV, alíneas do CPC). AUTONOMIA DAS ESFERAS CRIMINAL E ELEITORAL Ademais, a suspensão do processo no caso atenta contra a razoável duração do processo, de acordo com o art. 97 da lei das eleições. Pedido indeferido. [...]. *RE n. 67073/2012*. Relator: Marcelo Ramos Peregrino Ferreira. Florianópolis, 16 de outubro de 2013. DJe 24/10/13. p. 20. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 23 de abril de 2015.

³³⁴ Observa-se que a expressão “direitos humanos fundamentais” já é adotada por importantes vozes da doutrina constitucionalista pátria, para tanto ver: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos humanos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2005; MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2000.

não há que se falar em controle de constitucionalidade quando realizamos controle de convencionalidade, em todos esses casos os parâmetros de controle são diferentes, apesar de todos extraírem sua razão de ser da Constituição.

Importante notar que na França existe ainda uma outra diferenciação dos dois tipos de controle que diz respeito ao momento de utilização, no entanto, tal diferença não se aplica ao Brasil. No ordenamento francês, o controle de constitucionalidade é aplicado em momento anterior à promulgação da norma e tem caráter de controle abstrato sendo operado pelo Conselho Constitucional.³³⁵

Por outro lado, o controle de convencionalidade é aplicado em momento posterior à promulgação da norma controlada e em casos concretos sendo utilizado pelos órgãos da justiça administrativa e da justiça judiciária.³³⁶

A retirada do controle jurisdicional de convencionalidade do manto do controle de constitucionalidade permite diferenciar os institutos e avançar para a definição de um Estado Constitucional Cooperativo, como descrito por Christine Oliveira Peter da Silva, vejamos:

Assim, o Estado Constitucional Cooperativo propõe o deslocamento da discussão sobre constitucionalidade para a convencionalidade, da proteção dos direitos fundamentais para a garantia dos direitos humanos [...].³³⁷

Reconhece-se, assim, a importância do instituto do controle de convencionalidade para o Estado brasileiro e a necessária discussão sobre os atributos desse mecanismo de controle para o aperfeiçoamento do próprio constitucionalismo, o que não ocorre quando se confunde tal instituto com o controle de constitucionalidade.

Em vista disso, o próximo tópico abordará a aplicação do controle jurisdicional de convencionalidade, como instituto independente do controle de constitucionalidade, mas ainda sob uma perspectiva teoricamente inibida quanto aos

³³⁵ LAMONTHE, Olivier dutheillet de. Controle de constitutionnalite et controle de conventionnalite. In: ABRAHAM, Ronny; BON, Pierre; BONICHOT, Jean-Claude. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle. Paris: Editora Dalloz, 2007, p. 10.

³³⁶ LAMONTHE, Olivier dutheillet de. Controle de constitutionnalite et controle de conventionnalite. In: ABRAHAM, Ronny; BON, Pierre; BONICHOT, Jean-Claude. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle. Paris: Editora Dalloz, 2007, p. 10.

³³⁷ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Transjursfundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais. Curitiba: Editora CRV, 2014, p. 199.

fundamentos necessários para a eficaz aplicação do controle de convencionalidade no Brasil.

3.2. O controle jurisdicional de convencionalidade superficial

A análise quanto à aplicabilidade do controle jurisdicional de convencionalidade demanda que investiguemos todos os julgados nos quais os tribunais utilizaram esse instrumento. Dessa forma, a partir do termo “convencionalidade” foram pesquisados os bancos de dados de jurisprudência de todos os tribunais vinculados ao Poder Judiciário brasileiro.³³⁸

Os dados colhidos não foram limitados por critérios temporais, colhendo-se, assim, todo e qualquer precedente que apresentasse o citado termo. Essa falta de delimitação temporal tinha por fundamento a necessidade de avaliar todo e qualquer julgado que fizesse uso do controle jurisdicional de convencionalidade.

Esse tipo de pesquisa, apesar de limitada, de certa forma, aos casos em que os tribunais expressamente utilizaram o controle de convencionalidade, permite ter um panorama do instituto no judiciário pátrio, até porque consideramos que um passo importante para a difusão de uma cultura de aplicação do instituto recai sobre a extensiva utilização de seu nome.

Não obstante, como demonstrado em alguns dos julgados colacionados anteriormente, a compatibilização dos tratados de direitos humanos com a legislação ordinária pode ocorrer sem que o judiciário expressamente cite o controle de convencionalidade, o que pode derivar tanto do desconhecimento do julgador a respeito do instituto quanto da aplicação sob outra alcunha, inclusive de controle de constitucionalidade, como analisado no tópico anterior.

Nesse intento, verifica-se que dos 88 tribunais consultados apenas 31 tiveram algum julgado em que o termo “convencionalidade” constava na ementa ou no inteiro teor do acórdão. Isso corresponde a 35,22% do total de tribunais brasileiros.

Noutro ponto, aponta-se que os únicos Estados que não tiveram sequer um julgado em tribunais que tem jurisdição sobre o seu território, excluindo-se os

³³⁸ Nesse sentido, foram feitas consultas aos bancos de dados jurisprudenciais de todos os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, todos os Tribunais Regionais Federais, todos os Tribunais Regionais Eleitorais, todos os Tribunais Regionais do Trabalho e de todos os tribunais superiores (STF, STJ, TST, TSE, STM), num total de 88 tribunais

tribunais superiores que têm jurisdição em todo território brasileiro, foram Amazonas, Goiás, Maranhão, Piauí e Roraima. O que pode indicar duas coisas, a primeira é que tais tribunais não fizeram referência expressa ao instituto, mas podem ter utilizado, e a segunda é que o controle jurisdicional de convencionalidade nunca foi utilizado.³³⁹

A pesquisa resultou em 291 casos nos quais o termo “convencionalidade” aparecia, sendo que desses casos: 36 foram no âmbito dos Tribunais Superiores, 86 foram no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho, 3 foram no âmbito dos Tribunais Regionais Eleitorais, 3 foram no âmbito dos Tribunais Regionais Federais e 163 foram no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal.³⁴⁰

No entanto, pela análise de cada um dos julgados, foi possível filtrar o número exato de vezes em que o controle de convencionalidade era citado. Dessa maneira, dos 291 casos apenas 278 faziam referência ao instituto do controle de convencionalidade, os outros 13 casos diziam respeito ao termo convencionalidade com outro significado ou foram apresentados em duplicidade pelo sistema de busca de jurisprudência dos tribunais.³⁴¹

Esse exato número de vezes no qual o controle de convencionalidade foi citado em nosso ordenamento demonstra que o instituto é incipiente no âmbito dos

³³⁹ A primeira conclusão pode ser extraída do fato de que pelas expressões “Costa Rica” ou “Convenção Americana” foram encontrados alguns julgados nos quais houve a utilização de tratados de direitos humanos para conformar e interpretar a legislação ordinária, vide: MS 507169-72.2011.8.09.0000 do Tribunal de Justiça do Goiás ou Habeas Corpus 201300010061433 do Tribunal de Justiça do Piauí.

³⁴⁰ A tabela com a análise de cada um desses casos está no anexo, após as referências, do presente trabalho.

³⁴¹ Exemplo disso é a Apelação 255910/2008 do TJDF, que trazia o termo convencionalidade como algo convencional, no sentido de que os materiais pedidos pelo médico não eram convencionais. BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação. CIVIL E CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. NEGATIVA DE COBERTURA DE MATERIAL PARA PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. AUSENTE SITUAÇÃO DE INDISCUTÍVEL BENEFÍCIO PARA O PACIENTE. VERIFICADA RESPONSABILIDADE DA RÉ SOBRE AS DESPESAS HAVIDAS COM O TRATAMENTO. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. 1. O médico responsável pelo acompanhamento clínico da paciente é quem detém melhores condições de sugerir a terapêutica mais adequada ao seu caso específico, não comparecendo razoável a negativa do plano de saúde em fornecer os materiais solicitados, notadamente porque não verificada a alegada situação de indiscutível conveniência para a autora e ausente comprovação de inexistência de cobertura contratual. 2. A negativa de cobertura, por si só, configura-se mero inadimplemento contratual, não dando azo, em regra, à reparação a título de danos morais. Contudo, excepcionalmente, como no caso dos autos, a injusta negativa de cobertura dos materiais imprescindíveis à cirurgia da apelante, portadora de doença grave, é apta a gerar danos morais, porquanto impinge a paciente, que se encontra em momento de grande fragilidade, sofrimento e angústia pela incerteza de acesso ao tratamento necessário à recuperação de sua saúde e qualidade de vida. 3. Recurso desprovido. Apelação n. 255910/2008. Relator: Desembargador Mario-Zam Belmiro. Brasília, 8 de junho de 2011. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 15 de abril de 2015.

tribunais. Isso fica mais claro quando comparamos os 278 casos ao número de processos julgados apenas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça em 2013, o resultado surpreende.

Nesse ano, o tribunal superior julgou 344.034 processos, sendo assim, o número de casos nos quais o controle de convencionalidade estava sendo tratado em todos os tribunais brasileiros corresponderia a 0,08% dos casos de um único tribunal superior em um ano.³⁴²

Trata-se de cenário bem diferente do verificado, por exemplo, no Conselho de Estado da França, órgão de cúpula da justiça administrativa francesa, que ainda em 2001 julgou mais de 2 mil casos em que as disposições da Convenção Europeia de Direitos Humanos foram invocadas, o que correspondeu a praticamente 40% dos casos julgados por esse Conselho naquele ano.³⁴³

Dessa forma, constata-se que o Poder Judiciário brasileiro apresenta um valor ínfimo de casos julgados com a aplicação expressa do controle jurisdicional de convencionalidade, o que demonstra que a real implantação do controle de convencionalidade em nosso ordenamento carece de uma atitude proativa dos tribunais.

Essa constatação não é de hoje, já em 2005, José Ricardo Cunha demonstrou com base em pesquisa empírica que vários magistrados do Estado do Rio de Janeiro desconheciam o funcionamento dos sistemas de proteção de direitos humanos da ONU e da OEA e não utilizavam o Pacto de São José da Costa Rica em seus julgados, conforme trecho da pesquisa:

Indagados os juízes se possuem conhecimento a respeito do funcionamento dos Sistemas de Proteção da ONU e da OEA, obtiveram-se os percentuais demonstrados no Gráfico 5: 59% têm um conhecimento superficial, enquanto 20% não sabem como funcionam os Sistemas de Proteção.

³⁴² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *STJ encerra 2013 com quase 345 mil processos julgados*. Brasília, 2013. Disponível em: <http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=112812>. Acesso em: 21 de maio de 2015.

³⁴³ LAMONTHE, Olivier dutheillet de. Controle de constitutionnalite et controle de conventionnalite. In: ABRAHAM, Ronny; BON, Pierre; BONICHOT, Jean-Claude. *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*. Paris: Editora Dalloz, 2007, p. 8. Deve-se observar que o Conselho de Estado difere do chamado Conselho Constitucional, o primeiro é o órgão de cúpula da justiça administrativa enquanto o segundo é o órgão de jurisdição constitucional. Para mais ver: MARQUES, Luiz Guilherme. *A justiça da França: um modelo em questão*. Leme: Editora LED. 2001.

Considerando-se os percentuais mais altos, em que o primeiro corresponde a um conhecimento superficial e o segundo a um desconhecimento dos sistemas, temos que 79% dos magistrados não estão informados a respeito dos Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. Tal desconhecimento constitui um obstáculo à plena efetivação dos direitos dessa natureza no cotidiano do Poder Judiciário, pois essa falta de informação se mostra intimamente ligada à não-aplicação das normativas relativas aos direitos humanos.

À pergunta referente a seu conhecimento acerca das decisões das cortes internacionais de proteção dos direitos humanos, 56% dos magistrados responderam que eventualmente possuem tais informações; 21% responderam que raramente as têm; 10% nunca obtiveram informações acerca de tais decisões; e apenas 13% responderam que freqüentemente têm alguma informação [...]. Não há dúvida de que esse percentual de apenas 13% para os juízes que freqüentemente têm acesso a tais decisões é muito reduzido para uma profusão real de uma cultura dos direitos humanos.

Quando questionados sobre a possibilidade de o conhecimento dessas decisões auxiliar e enriquecer suas sentenças, a resposta de 50% dos juízes entrevistados foi sim; 41% disseram que talvez; e 9% responderam não [...]. Assim, embora poucos conheçam o conteúdo dessas decisões, a maioria acredita que seria relevante informar-se a respeito. Acredita-se que seria importante a institucionalização de canais de divulgação das decisões das cortes internacionais de direitos humanos, no âmbito do Tribunal de Justiça, inclusive como parte de um processo que busque maior efetividade e aplicabilidade de tais direitos.

Sobre esse tema, 66% dos magistrados afirmaram que não utilizam a convenção mencionada [Convenção Americana sobre Direitos Humanos] [...]. Essa constatação revela que, não obstante os significativos avanços feitos pela comunidade internacional no estabelecimento de um consenso mínimo sobre os direitos humanos e na criação de ferramentas normativas para assegurá-los na prática, muitos magistrados ainda ignoram esse processo e suas conquistas para o fortalecimento da democracia.³⁴⁴ (grifos nossos)

Se os magistrados quiçá conhecem o funcionamento do próprio sistema interamericano, como esperar que apliquem um controle de convencionalidade quando desconhecem que tal instituto existe e que a Corte Interamericana pode utilizá-lo no âmbito internacional. Trata-se de fator que merece plena atenção para o aperfeiçoamento da cultura de direitos humanos necessária à implementação efetiva dos tratados de direitos humanos em nosso ordenamento.

³⁴⁴ CUNHA, José Ricardo. Direitos humanos e justiciabilidade: pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Sur - Revista internacional de direitos humanos*, v. 2, n. 3, pp. 138-172, 2005. p.151-154. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sur/v2n3/a09v02n3.pdf>>. Acesso em: 22 de maio de 2015.

Por outro lado, percebe-se também, pelos dados analisados, uma certa discrepância, enquanto o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) apresentou 101 casos, o que equivale a 36% do total de casos (278), os Tribunais de Justiça do Mato Grosso e do Tocantins apresentaram um único julgado em cada, ou 0,35% do total de casos para cada um.

No entanto, apesar de grande a representatividade do TJRS nessa seara, é importante notar que em nenhum desses 101 julgados houve a efetiva utilização do controle jurisdicional de convencionalidade.

Em outras palavras, em todos esses julgados o termo “convencionalidade” aparecia em uma das seguintes hipóteses: na citação da ementa de outro julgado, na citação dos argumentos de uma das partes ou era citado no voto, mas não era utilizado o controle de convencionalidade na prática.

O que se levanta pela análise dos casos desse Tribunal, é que ocorreu a formação de um ciclo vicioso. Isso tem explicação ante a constatação de que 43 desses casos faziam referência à ementa ou inteiro teor de quatro outros processos (Apelações 70051956548, 70052189792, 70054831953 e 70031601263), nos quais o termo convencionalidade foi citado.

Contudo, esses quatro processos, reiteradamente citados, não faziam uso do controle de convencionalidade. Nos processos 70051956548, 70052189792 e 70054831953, o termo de convencionalidade aparecia apenas na ementa, para indicar que o poder de polícia do Estado e a *persecutio criminis* “encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade”, no entanto, em nenhum desses casos houve a compatibilização de tratados de direitos humanos com outras normas.³⁴⁵

³⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação. TRÁFICO DE DROGAS. MULHER QUE TENTA INGRESSAR NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL COM DROGA NA CAVIDADE ANAL. ABSOLVIÇÃO. O poder de polícia do Estado e a *persecutio criminis* não são absolutos. Encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade. A interferência nas esferas da dignidade e da integridade física submete-se, para fins de prova criminal, às reservas legais e jurisdicionais. No caso, a interferência adveio de notícia criminis anônima e houve condução coercitiva à realização da invasividade. Apelação 70051956548. Relator: Desembargador Nereu José Giacomolli. Porto Alegre, 09 de maio de 2013. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 13 de abril de 2015; BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação. TRÁFICO DE DROGAS. DROGA ACONDICIONADA EM PRESERVATIVO, INSERIDO NA CAVIDADE VAGINAL. O poder de polícia do Estado e a *persecutio criminis* não são absolutos. Encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade. A

Já no processo 70031601263, o termo convencionalidade é citado quatro vezes nesse julgado, todavia, três dessas ocorrências referem-se ao título de um livro e a única ocorrência em que o termo é utilizado pelo relator, apenas diz que a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) é convencional, por estar “em conformidade com as convenções e tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro”.³⁴⁶

interferência nas esferas da dignidade e da integridade física submete-se, para fins de prova criminal, às reservas legais e jurisdicionais. No caso, a interferência adveio de notícia criminis anônima e houve condução coercitiva à realização do exame. Apelação 70052189792. Relator: Desembargador Nereu José Giacomolli. Porto Alegre, 13 de junho de 2013. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 13 de abril de 2015; BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação. TRÁFICO DE DROGAS. MULHER QUE TENTA INGRESSAR NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL COM DROGA NA VAGINA. ABSOLVIÇÃO. O poder de polícia do Estado e a persecutio criminis não são absolutos. Encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade. A interferência nas esferas da dignidade e da integridade física submete-se, para fins de prova criminal, às reservas legais e jurisdicionais. Ilícitude da apreensão da droga e, por derivação, das demais provas produzidas sob contraditório judicial. Apelação 70054831953. Porto Alegre, 19 de dezembro de 2013. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 13 de abril de 2015.

³⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação. APELAÇÃO CRIME. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. CRIMES DE LESÕES CORPORAIS E AMEAÇA. 1 – CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA. 1.1. Dever de coibir a violência no contexto familiar que foi atribuído ao Estado pela própria Constituição Federal em seu art. 226, § 8º. Lei 11.340/06 publicada com o intuito de recrudescer as sanções aos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, tratando-se de norma de discriminação positiva, na qual a Lei estabelece medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre homem e mulher, diante da histórica discriminação social por ela sofrida. Lei Maria da Penha que está de acordo com convenções e tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro, de forma que sua não aplicação ou invalidação poderia ensejar responsabilização internacional do Estado brasileiro. 1.2. Justificada a vedação da aplicação da Lei nº 9.099/95, pois os dispositivos despenalizadores deste Diploma Legal vão de encontro aos fins da Lei nº 11.340/06, a qual buscou dar maior rigor aos crimes por ela abrangidos. 2 – INOBSERVÂNCIA DA ORDEM LEGAL DE INQUIRIRÇÃO DE TESTEMUNHAS EM AUDIÊNCIA (ART. 212, DO CPP). 2.1. Conforme orientação que se consolidou na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a Lei nº 11.690, de 09/08/2008, alterou a redação do art. 212 do Código de Processo Penal, passando-se a adotar o procedimento do Direito Norte-Americano, chamado cross-examination, no qual as vítimas, as testemunhas e o acusado são questionadas diretamente pela parte que as arrolou, facultada à parte contrária, na sequência, sua inquirição (exame direto e cruzado), possibilitando ao magistrado complementar a inquirição se entender necessários esclarecimentos remanescentes e o poder de fiscalização. Persiste, todavia, divergência sobre se haveria nulidade absoluta ou relativa. 2.2. Esta Câmara Criminal, em votação majoritária, afasta a existência de nulidade absoluta ou relativa, pois a redação do art. 212, do CPP, conferida pela Lei nº 11.690/08, não teria sequer modificado o método de inquirição de testemunhas, no que se refere à ordem das perguntas. 2.3. Vencido, no ponto, o relator que, de ofício, reconhecia a nulidade do processo, tendo em vista que a inobservância pelo juiz do novo sistema determinado pelo art. 212, do CPP, implica em violação de norma federal cogente e de ordem pública, bem como da Constituição Federal, por ofensa aos princípios acusatório (igualdade de armas entre as partes e imparcialidade judicial) e ao devido processo legal. 3. ÉDITO CONDENATÓRIO. MANUTENÇÃO. Tese negativa do acusado que carece de credibilidade ante as firmes declarações da vítima, inexistindo razão para desacreditá-las. Especial relevância da palavra da vítima para a análise dos crimes, a qual vem corroborada pelo auto de exame de corpo delito que atesta a existência de lesões provocadas pelo acusado. Crimes configurados. 4. DOSIMETRIA DA PENA. 4.1. CRIME DE LESÃO CORPORAL QUALIFICADA PELA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. Justificado o afastamento da pena-base do mínimo legal em razão da presença de diversas escoriações na vítima, ainda que todas

Dessa forma, percebe-se também nesse último processo a não aplicação do controle jurisdicional de convencionalidade, apenas é lançado argumento geral que não se qualifica como verdadeira compatibilização de diploma normativo aos preceitos dos tratados de direitos humanos.

Ademais, outros 41 julgados desse tribunal apenas referenciavam o direito à razoável duração do processo como tendo esteio convencional, chegando, em alguns desses casos, a citar a jurisprudência da CIDH e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, mas sem qualquer aplicação prática do controle jurisdicional de convencionalidade.³⁴⁷

Ou seja, se torna claro que grande parte dos julgados desse tribunal apenas faziam citações vazias do termo convencionalidade, sem ao menos desenvolver qualquer tipo de compatibilização dialógica entre as normas de tratados de direitos humanos e as demais normas.

Por outro lado, extrai-se também dos dados colhidos que muitos dos julgados, apesar de tentar aplicar o controle de convencionalidade ao caso, utilizam incorretamente tal instrumento ou deixam de aplicar na prática.

consideradas leves. 4.2. CRIME DE AMEAÇA. Ausência de elementos que autorizem a exasperação da pena em relação ao delito, não sendo o desejo de retomar o relacionamento motivo idôneo para tal, impondo-se o redimensionamento da pena para o mínimo legal. POR MAIORIA, AFASTARAM A NULIDADE DO PROCESSO, VENCIDO O RELATOR, QUE A RECONHECIA DE OFÍCIO. À UNANIMIDADE, AFASTARAM A PRELIMINAR DEFENSIVA E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. Apelação 70031601263. Relator: Desembargador Odone Sanguiné. Porto Alegre, 20 de maio de 2010. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 13 de abril de 2015.

³⁴⁷ Exemplo disso é o HC 70052174950, no qual o relator cita a existência de três critérios na jurisprudência dos citados tribunais internacionais para aferir a razoável duração do processo. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus. HABEAS CORPUS. EXCESSO DE PRAZO. DECISÃO DE PRONÚNCIA PROFERIDA. PROCESSO QUE AGUARDA HÁ MESES, NA ORIGEM, A INTIMAÇÃO DO CORREU DE TAL DECISÃO. DECURSO DE MAIS DE CINCO MESES. DEMORA INJUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO. 1. A Constituição Federal assegura no art. 5º, LXXVIII, o direito de ser julgado num prazo razoável. Entretanto, não há delimitação do que seja razoável. O caso concretizado informará se houve ou não o excesso temporal. 2. Na aferição da duração razoável do processo também interferem a espécie de processo; a complexidade do caso; a atividade processual do interessado (imputado); bem como a atividade dos agentes oficiais. 3. No caso em apreço, o paciente foi preso em 17 de setembro de 2009. Longo e demorado tramitar do processo, com vários habeas corpus denegados. Mesmo após a pronúncia, ocorrida há mais de cinco meses, continua a ausência de razoabilidade na prática dos atos processuais. O recurso em sentido estrito ainda não foi remetido ao segundo grau, em face de diligência à intimação de outro imputado. Há muito deveria ter ocorrido a cisão do processo. Situação insustentável. Excesso de prazo reconhecido. ORDEM CONCEDIDA. Habeas Corpus 70052174950. Relator: Desembargador Nereu José Giacomolli. Porto Alegre, 13 de dezembro de 2012. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 13 de abril de 2015

Dessa forma, iremos analisar alguns julgados que abordam o controle jurisdicional de convencionalidade de forma superficial e sob uma perspectiva inadequada em vista da teoria proposta no presente estudo. De modo a sistematizar tal análise, separamos os julgados em três grandes grupos, cada um com três julgados.

a) No primeiro grupo, a questão principal diz respeito ao reconhecimento de se tratar de caso que enseja a aplicação do controle de convencionalidade pelo magistrado, todavia, não houve a aplicação do instituto.

Nesse viés, o primeiro caso é o Recurso Ordinário n. 47153 do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), no qual o relator cita o pedido expresso da parte, com o seguinte teor:

Assevera que a causa de inelegibilidade prevista no art. art. 1º, I, g, da LC nº 64/90 ofende o art. 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos, 'já que a rejeição de contas por tribunais administrativos não se coaduna com a hipótese de restrição prevista na Convenção (processo judicial de natureza penal) e, por esta razão, não pode ser aplicada pela Justiça Eleitoral (controle de convencionalidade)'.³⁴⁸

O relator colaciona o pedido expresso do recorrente, mas não analisa a citada violação à Convenção Americana, se limita a dizer que não ocorreu inconstitucionalidade e que eventual afronta ao texto da Constituição seria indireta.³⁴⁹

Noutro foco, no Recurso Ordinário n. 64120/2013 do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região (TRT 2), a relatora afirma que:

A rigor, faz-se mister destacar, a título ilustrativo, que poderia se falar na existência de controle de 'convencionalidade' da norma referenciada, mas tal tese sequer restou aventada pelo recorrente.³⁵⁰

Firmou, nesse viés, que existia a possibilidade de controle de convencionalidade, contudo, esse instituto não seria utilizado, tendo em vista que

³⁴⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso ordinário. Decisão Monocrática. Recurso Ordinário n. 47153/2014. Julgador: Min. Dias Toffoli. Brasília, 13 de março de 2015. Disponível em: <www.tse.jus.br>. Acesso em: 14 de maio de 2015.

³⁴⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso ordinário. Decisão Monocrática. RO n. 47153/2014. Julgador: Min. Dias Toffoli. Brasília, 13 de março de 2015. Disponível em: <www.tse.jus.br>. Acesso em: 14 de maio de 2015.

³⁵⁰ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região. Recurso ordinário. RO n. 64120/2013. Relatora: Andréa Grossmann. São Paulo, 11 de dezembro de 2013. DJe 07/01/2014. Disponível em: <http://aplicacoes1.trtsp.jus.br/vdoc/TrtApp.action?getEmbeddedPdf=&id=1040917>. Acesso em 15 de maio de 2015.

houve a ausência de pedido nesse sentido, entendimento que maximiza a ideia do princípio dispositivo.

Em nuance um pouco diversa, mas também afastando a utilização do controle de convencionalidade, verificou-se os embargos de declaração em recurso em sentido estrito n. 12610285 do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR). Nesse caso, a relatora consignou a impossibilidade de analisar a convencionalidade do art. 225 do Código Penal em vista da Convenção sobre os Direitos da Criança, pois tal pedido só havia sido feito em embargos de declaração e não no recurso principal.³⁵¹

Em todos esses casos o controle jurisdicional de convencionalidade poderia ter sido aplicado, contudo, os juízes optaram por não analisar a questão levantada e deixaram de realizar seu dever de ofício. Tais situações vão de encontro ao que a CIDH estabeleceu no caso *Trabalhadores demitidos do congresso v. Peru*, de que os juízes nacionais devem adotar o controle de convencionalidade até mesmo de ofício.³⁵²

b) No segundo grupo, inserem-se os julgados nos quais ficou expressa a ideia de preponderância constitucional sobre qualquer forma de controle de convencionalidade.

O primeiro caso desse grupo diz respeito ao Recurso Ordinário n. 72862/2012 do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª região (TRT 8). Nesse processo, o relator

³⁵¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Embargos de declaração em recurso em sentido estrito. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A, `CAPUT, C/C ART. 226, INCISO II, E ART. 61, INCISO II, `F', TODOS DO CÓDIGO PENAL. DECADÊNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. INVOCADA OMISSÃO DO ACÓRDÃO POR DISCUTIR A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 225, §1º, I E §2º DO CÓDIGO PENAL, O QUAL EXIGIA REPRESENTAÇÃO PARA APRESENTAR A AÇÃO PENAL, E O EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE ANTE A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. INOCORRÊNCIA. TESES NÃO AVENTADAS NA FUNDAMENTAÇÃO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. INOVAÇÃO RECURSAL INVIÁVEL EM SEDE DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PRECEDENTES. EMBARGOS REJEITADOS. ED em RESE n. 12610285. Relatora: Desembargadora Sônia Regina de Castro. Curitiba, 14 de maio de 2015. Disponível em: <www.tjpr.jus.br>. Acesso em: 15 de junho de 2015.

³⁵² Vejamos trecho:“128. When a State has ratified an international treaty such as the American Convention, the judges are also subject to it; this obliges them to ensure that the effect util of the Convention is not reduced or annulled by the application of laws contrary to its provisions, object and purpose. In other words, the organs of the Judiciary should exercise not only a control of constitutionality, but also of “conventionality” ex officio between domestic norms and the American Convention [...]”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Trabalhadores demitidos do congresso (Aguado - Alfaro et al.) v. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2006. Série C, nº 158.

estabeleceu que o controle de convencionalidade não poderia ter “vigência acima da Constituição”, que, segundo ele, é “a abrangência e elasticidade que boa parte da doutrina pretende imprimir” às normas supralegais de direitos humanos.³⁵³

Trata-se de fundamento que só tem operabilidade ante uma perspectiva teórica formalista, na qual a supremacia da Constituição é algo intransponível. Sob um viés de diálogo entre as fontes, não há que se falar em superioridade das normas convencionais sobre constitucionais, o que existe, deveras, é a preponderância da norma mais favorável ao ser humano e não necessariamente de hierarquia superior.

O segundo processo desse grupo é a Apelação 72122/2013 do Tribunal de Justiça de Mato Grosso (TJMT), na qual o relator delineia que a Convenção Americana não pode afastar o art. 331 do Código Penal, pois essa norma “encontra fundamento na própria Constituição da República – base jurídica do ordenamento brasileiro [...]”.³⁵⁴

³⁵³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 8ª região. Recurso Ordinário. I – ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. A prestação das atividades do reclamante concomitantes ao abastecimento das aeronaves em área de risco garante a percepção do referido adicional. II – ACÚMULO DE ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. A despeito do disposto no art. 193, § 2º, da CLT, possível a percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e periculosidade, nos termos da Convenção n. 155 da OIT. III – INAPLICABILIDADE DA MULTA DO ART. 475-J DO CPC AO PROCESSO DO TRABALHO. A aplicação subsidiária da multa do artigo 475-J do CPC atende às garantias constitucionais da razoável duração do processo, efetividade e celeridade, pelo que tem pleno cabimento no processo do trabalho. RO n. 72862/2012. Relator: Desembargador Georgenor de Sousa Franco Filho. Belém, 22 de janeiro de 2013. Disponível em: <www.trt8.jus.br>. Acesso em: 15 de junho de 2015.

³⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Apelação. APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTE E DESACATO – SENTENÇA CONDENATÓRIA – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE EXAME TOXICOLÓGICO – DILIGÊNCIA PRESCINDÍVEL, INCAPAZ DE ELIDIR A PROVA DA TRAFICÂNCIA – PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME PREVISTO NO ART. 28 DA LEI 11.343/06 – CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS E PROVA TESTEMUNHAL ROBUSTA A DENOTAR A PRÁTICA DA MERCANCIA DEFESA – TRAFICÂNCIA DESVELADA – ABSOLVIÇÃO QUANTO AO CRIME DE DESACATO – DESPRESTÍGIO DA FUNÇÃO PÚBLICA CARACTERIZADO – COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – APLICAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO – VIABILIDADE – REFUSÃO DE ENTENDIMENTO – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS INSERTOS NO ART. 33, § 2º, ‘c’, CP – PRETENSÃO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO – IMPROCEDENTE – IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL DE TRATAMENTOMENOS BRANDO AOS DELITOS HEDIONDOS E EQUIPARADOS – SUBSTITUIÇÃO QUE SE ADAPTA AOS DELITOS MENOS GRAVES – CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME INDICAM A INSUFICIÊNCIA DA MEDIDA – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS INSERTOS NO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL – APELO PARCIALMENTE PROVIDO. Ap. n. 72122/2013. Relator: Desembargador Alberto Ferreira de Souza. Cuiabá, 27 de novembro de 2013. Disponível em: <www.tjmt.jus.br>. Acesso em: 15 de junho de 2015.

Percebe-se, por meio dessa passagem, que houve uma incorreta justificação para deixar de aplicar o controle de convencionalidade. Não se desconhece que a Constituição é base jurídica do ordenamento brasileiro, trata-se, inclusive, de documento que dá força normativa aos tratados de direitos humanos no Brasil. Contudo, deve-se avaliar a convencionalidade dessa norma, mesmo que seja constitucional, pois os parâmetros de controle diferem.

Já o terceiro processo desse segundo grupo toma corpo no Habeas Corpus n. 29191/2014 do Tribunal de Justiça do Acre (TJAC). Nesse caso, o importante para os fins da presente análise é o parecer do Ministério Público citado no voto. Esse parecer consignou o entendimento do julgado anterior quanto ao art. 331 do Código Penal, apesar disso, acresceu que somente o STF teria a competência para “considerar que Lei Ordinária viola Tratado ou Convenção Internacional da qual o Brasil é signatário [...]”.³⁵⁵

Tal manifestação, além de recair nos comentários feitos ao julgado anterior, também vai contra a ideia de controle de convencionalidade difuso a ser realizado por todos os tribunais do Estado. Esse pensamento tolhe a possibilidade de aplicação das normas convencionais de direitos humanos, impedindo a concretização desses preceitos e malferindo o dever judicante atribuído a todos os magistrados.

c) No terceiro grupo, delineiam-se os processos que não aplicaram o controle de convencionalidade em virtude da falta de legislação nacional que acobertasse o direito protegido pelas normas internacionais de direitos humanos.

O primeiro caso nesse sentido, é o Habeas Corpus n. 287704/2015 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). Nesse processo, o impetrante faz pedido expresso pela aplicação da chamada “audiência de custódia” prevista no

³⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Acre. Habeas Corpus. Habeas Corpus. Processo Penal. Convenção Americana de Direitos Humanos. Inconvencionalidade. Ausência. Prisão preventiva. Requisitos. Existência. Decisão. Fundamentação. Presença. Constrangimento ilegal. Inexistência. - Não há inconvencionalidade entre os artigos 310, do Código de Processo Penal e 7.5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, vez que o controle judicial da prisão é feito de acordo com a previsão contida na legislação processual penal e na Constituição Federal. - Verificando-se comprovada a materialidade do crime, havendo indícios suficientes da sua autoria e presentes ainda os motivos autorizadores da decretação da prisão preventiva, não há que se falar em constrangimento ilegal e ausência de fundamentação na Decisão que decretou a prisão preventiva, impondo-se a denegação da Ordem. HC n. 29191/2014. Relator: Samoel Evangelista. Rio Branco, 10 de junho de 2014. Disponível em: <www.tjac.jus.br>. Acesso em: 15 de junho de 2015.

artigo 7, item 5, da Convenção Americana, que não possui correspondente em outras normas de nosso ordenamento.³⁵⁶

No entanto, o relator se limita a reconhecer o direito previsto na convenção e o controle de convencionalidade, nos seguintes termos:

[...] destaco que estou atento às recentes e acaloradas discussões envolvendo o tema da audiência de custódia e a conseqüente realização do controle de convencionalidade, reconhecendo, com esteio no entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal, o caráter supralegal dos Tratados [...]³⁵⁷

Mas, nada trata a respeito de efetivar tal direito em nosso ordenamento, por meio do controle jurisdicional de convencionalidade, afirma apenas que a discussão trazida aos autos “[...] carece de comprovação firme e segura”, deixando de lado a

³⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Habeas Corpus. "HABEAS CORPUS" - TRÁFICO DE DROGAS – DISCUSSÃO AUTORIA - IMPOSSIBILIDADE - VEDAÇÃO À VALORAÇÃO PROBATÓRIA - F AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA - REALIZAÇÃO - NÃO DEMONSTRAÇÃO - "WRIT" MAL INSTRUÍDO. I. Como é sabido doutrinária e jurisprudencialmente, a ação constitucional de habeas corpus não se presta a discutir qualquer matéria que envolva dilação probatória. A discussão acerca da autoria do delito exige valoração de provas carreadas aos autos, matéria própria de apelação criminal, não alcançando a presente ação constitucional a análise de tal pedido. II. Na ação de habeas corpus o ônus da prova não só incumbe ao impetrante, como mister se faz que seja pré-constituída, devendo o mesmo instruir a inicial com todos os documentos comprobatórios das assertivas constantes da missiva, sob pena de sua denegação. HC n. 287704/2015. Relator: Desembargador Alexandre Victor de Carvalho. Belo horizonte, 5 de maio de 2015. Dje 13/05/2015. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 16 de junho de 2015; O dispositivo da Convenção tem a seguinte redação: “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”. BRASIL. Decreto Nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 24 abril 2015.

³⁵⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Habeas Corpus. "HABEAS CORPUS" - TRÁFICO DE DROGAS – DISCUSSÃO AUTORIA - IMPOSSIBILIDADE - VEDAÇÃO À VALORAÇÃO PROBATÓRIA - F AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA - REALIZAÇÃO - NÃO DEMONSTRAÇÃO - "WRIT" MAL INSTRUÍDO. I. Como é sabido doutrinária e jurisprudencialmente, a ação constitucional de habeas corpus não se presta a discutir qualquer matéria que envolva dilação probatória. A discussão acerca da autoria do delito exige valoração de provas carreadas aos autos, matéria própria de apelação criminal, não alcançando a presente ação constitucional a análise de tal pedido. II. Na ação de habeas corpus o ônus da prova não só incumbe ao impetrante, como mister se faz que seja pré-constituída, devendo o mesmo instruir a inicial com todos os documentos comprobatórios das assertivas constantes da missiva, sob pena de sua denegação. HC n. 287704/2015. Relator: Desembargador Alexandre Victor de Carvalho. Belo horizonte, 5 de maio de 2015. Dje 13/05/2015. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 16 de junho de 2015.

concretização dos direitos humanos em vista da necessidade de complementar o ordenamento por um diálogo vertical de inserção.³⁵⁸

Nesse mesmo viés, encontra-se o Habeas Corpus n. 13583232 do TJPR, no qual houve o pedido de ilegalidade da prisão, em vista da falta de audiência de custódia prevista pela Convenção Americana quando do encarceramento do impetrante.³⁵⁹

O relator aponta pela necessidade do controle de convencionalidade e também pela importância da audiência de custódia, que permitiria a redução do “[...] encarceramento em massa no país, porquanto através dela se promove um encontro do juiz com o preso”. Noutro espeque, indicou precedentes da CIDH para refutar a mera comunicação da prisão ao juiz e informou que diversas medidas estão sendo tomadas para implementar tal direito no Brasil.³⁶⁰

³⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Habeas Corpus. "HABEAS CORPUS" - TRÁFICO DE DROGAS – DISCUSSÃO AUTORIA - IMPOSSIBILIDADE - VEDAÇÃO À VALORAÇÃO PROBATÓRIA - F AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA - REALIZAÇÃO - NÃO DEMONSTRAÇÃO - "WRIT" MAL INSTRUÍDO. I. Como é sabido doutrinária e jurisprudencialmente, a ação constitucional de habeas corpus não se presta a discutir qualquer matéria que envolva dilação probatória. A discussão acerca da autoria do delito exige valoração de provas carreadas aos autos, matéria própria de apelação criminal, não alcançando a presente ação constitucional a análise de tal pedido. II. Na ação de habeas corpus o ônus da prova não só incumbe ao impetrante, como mister se faz que seja pré-constituída, devendo o mesmo instruir a inicial com todos os documentos comprobatórios das assertivas constantes da missiva, sob pena de sua denegação. HC n. 287704/2015. Relator: Desembargador Alexandre Victor de Carvalho. Belo horizonte, 5 de maio de 2015. Dje 13/05/2015. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 16 de junho de 2015.

³⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Habeas Corpus. HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – DENÚNCIA PELO ARTIGO 33, CAPUT DA LEI Nº 11.343/06 – PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA – AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – PREVISÃO EM PACTOS E TRATADOS INTERNACIONAIS RATIFICADOS PELO BRASIL – CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE – EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PREVISTOS NA ORDEM INTERNACIONAL – REQUISITOS DA PRISÃO – FUNDAMENTAÇÃO COM BASE NA QUANTIA CONSIDERÁVEL DE DROGAS - AUSÊNCIA DE MELHOR TÉCNICA – FALTA DE CONEXÃO LÓGICA – QUANTIDADE CONCRETAMENTE APREENDIDA QUE NÃO SE REVELA EXPRESSIVA – AUSÊNCIA DE PERIGO CONCRETO - MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS – CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO QUE INDICAM A NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO DE SUA APLICAÇÃO – ARTIGO 282 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA POR UNANIMIDADE [...]. HC n. 13583232. Relator: Desembargador José Laurindo de Souza Netto. Curitiba, 23 de abril de 2015. Disponível em: <www.tjpr.jus.br>. Acesso em: 15 de junho de 2015.

³⁶⁰ Uma das medidas é o projeto “audiência de custódia” fruto de uma parceria entre o CNJ, TJSP e Ministério da Justiça. BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Habeas Corpus. HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – DENÚNCIA PELO ARTIGO 33, CAPUT DA LEI Nº 11.343/06 – PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA – AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – PREVISÃO EM PACTOS E TRATADOS INTERNACIONAIS RATIFICADOS PELO BRASIL – CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE – EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PREVISTOS NA ORDEM INTERNACIONAL – REQUISITOS DA PRISÃO – FUNDAMENTAÇÃO COM BASE NA QUANTIA CONSIDERÁVEL DE DROGAS - AUSÊNCIA DE MELHOR TÉCNICA –

Ao fim e ao cabo, porém, o relator não faz a análise do controle de convencionalidade, pelo qual deveria aplicar um diálogo vertical de inserção para possibilitar a concretização da audiência de custódia no nosso ordenamento, apenas delimita que “a ausência da referida audiência de custódia, não conduz, necessariamente, a anulação da decisão, eis que viável a aplicação de medida cautelar diversa da prisão [...]”.³⁶¹

Por fim, o Recurso Ordinário n. 52636/2012 do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª região, no qual houve pedido do autor, em seu recurso, pela inconveniência do anexo 12 da Norma Regulamentadora n. 15, por não proceder ao cumprimento da Convenção n. 148 da OIT, que garante revisões regulares dos critérios e níveis de exposição a agentes nocivos, com fulcro no avanço da ciência.³⁶²

O relator do processo aduziu que não havia como acatar o pedido autoral pela inconveniência, justificando com o seguinte conteúdo:

FALTA DE CONEXÃO LÓGICA – QUANTIDADE CONCRETAMENTE APREENDIDA QUE NÃO SE REVELA EXPRESSIVA – AUSÊNCIA DE PERIGO CONCRETO - MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS – CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO QUE INDICAM A NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO DE SUA APLICAÇÃO – ARTIGO 282 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA POR UNANIMIDADE [...]. HC n. 13583232. Relator: Desembargador José Laurindo de Souza Netto. Curitiba, 23 de abril de 2015. Disponível em: <www.tjpr.jus.br>. Acesso em: 15 de junho de 2015.

³⁶¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Habeas Corpus. HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – DENÚNCIA PELO ARTIGO 33, CAPUT DA LEI Nº 11.343/06 – PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA – AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – PREVISÃO EM PACTOS E TRATADOS INTERNACIONAIS RATIFICADOS PELO BRASIL – CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE – EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PREVISTOS NA ORDEM INTERNACIONAL – REQUISITOS DA PRISÃO – FUNDAMENTAÇÃO COM BASE NA QUANTIA CONSIDERÁVEL DE DROGAS - AUSÊNCIA DE MELHOR TÉCNICA – FALTA DE CONEXÃO LÓGICA – QUANTIDADE CONCRETAMENTE APREENDIDA QUE NÃO SE REVELA EXPRESSIVA – AUSÊNCIA DE PERIGO CONCRETO - MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS – CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO QUE INDICAM A NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO DE SUA APLICAÇÃO – ARTIGO 282 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA POR UNANIMIDADE [...]. HC n. 13583232. Relator: Desembargador José Laurindo de Souza Netto. Curitiba, 23 de abril de 2015. Disponível em: <www.tjpr.jus.br>. Acesso em: 15 de junho de 2015.

³⁶² BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª região. Recurso ordinário. SOBREAVISO. CONFIGURAÇÃO. O regime previsto no art. 244, §2º, da CLT configura-se quando o empregado tem a obrigação de permanecer em sua própria casa, ou tem limitada a sua liberdade de tempo fora do ambiente de trabalho por interesse do empregador, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. A circunstância de o empregado sujeitar-se à restrição de sua disponibilidade pessoal fora do horário normal de trabalho, de forma a impedir que se desvincilhe das obrigações inerentes ao contrato, por conseguinte, dá-lhe direito ao recebimento das horas de sobreaviso. RO n. 52636/2012. Relator: Desembargador Jose Marlon de Freitas. Belo Horizonte, 5 de junho de 2013. DJe 11/06/2013. Disponível em: <www.trt3.jus.br>. Acesso em: 15 de junho de 2015.

A orientação contida na Convenção da OIT não autoriza que o Poder Judiciário inclua outros agentes nocivos, porventura detectados em diligências periciais realizadas judicialmente, no rol de agentes nocivos caracterizadores de insalubridade previstos nas Normas Regulamentadoras editadas pelo Ministério do Trabalho.³⁶³

Dessa razão de decidir, é possível observar que a solução do presente caso, apesar de pressupor certo grau de ativismo do julgador, como nos demais casos desse grupo, não seria operada por um diálogo vertical de inserção, já que o direito à insalubridade já existe nas normas brasileiras. Também não seria o caso de um diálogo horizontal rogatório de integração, pois não se busca nas normas internacionais de direitos humanos o direito.

Em realidade, o caso em tela, exigiria a aplicação de um diálogo horizontal sistemático de complementaridade, pelo qual seria operado um diálogo entre as normas constitucionais, convencionais e infralegais (Norma Regulamentadora), no sentido de fazer valer o preceito que mais protege o ser humano, qual seja a garantia de insalubridade para o trabalhador submetido a trabalho com poeira de minério.

O controle jurisdicional de convencionalidade, apesar de se apresentar como um dever para os juízes brasileiros, conforme tem determinado a CIDH, aparenta ser uma mera conjectura teórica, com base nos dados acima dispostos, tendo pouco conteúdo prático no momento atual do judiciário brasileiro.

Apesar disso, verifica-se que algumas das decisões colhidas na pesquisa utilizaram o controle jurisdicional de convencionalidade de maneira adequada, muitas delas, propugnando pela aplicação de um diálogo das fontes, mesmo que não citando a teoria, e também pela aplicação do princípio *pro homine*.

Nesse aporte, devemos alçar olhares para além do controle jurisdicional de convencionalidade como mero instrumento argumentativo e passar a verificar de que

³⁶³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª região. Recurso ordinário. SOBREAVISO. CONFIGURAÇÃO. O regime previsto no art. 244, §2º, da CLT configura-se quando o empregado tem a obrigação de permanecer em sua própria casa, ou tem limitada a sua liberdade de tempo fora do ambiente de trabalho por interesse do empregador, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. A circunstância de o empregado sujeitar-se à restrição de sua disponibilidade pessoal fora do horário normal de trabalho, de forma a impedir que se desvincilhe das obrigações inerentes ao contrato, por conseguinte, dá-lhe direito ao recebimento das horas de sobreaviso. RO n. 52636/2012. Relator: Desembargador Jose Marlon de Freitas. Belo Horizonte, 5 de junho de 2013. DJe 11/06/2013. Disponível em: <www.trt3.jus.br>. Acesso em: 15 de junho de 2015.

forma pode ser corretamente aplicado em nossos tribunais, de maneira que se torne peça efetiva de aplicabilidade dos tratados de direitos humanos no Brasil.

3.3. O controle jurisdicional de convencionalidade aplicado

O controle jurisdicional de convencionalidade e a própria concretização dos direitos humanos previstos em tratados sofre de uma extensa utilização superficial do instituto, como demonstrado no tópico anterior.

No entanto, existem exceções a esse quantitativo estrondoso de julgados que obstam a real concretização do controle de convencionalidade, algumas dessas exceções, mesmo sem denominar, aplicam o diálogo das fontes e o princípio *pro homine*, garantindo patamar de destaque aos tratados de direitos humanos em nosso ordenamento.

Em vista disso, verificou-se que dos 278 casos que apontavam para o controle de convencionalidade na jurisprudência dos tribunais brasileiros, apenas 41 realmente utilizavam o controle de convencionalidade nos julgados, ao invés de mera aplicação superficial do instrumento. Conformando, assim, que 14,7% do total de incidências do controle de convencionalidade realmente aplicava o instituto.

Nesse quesito, o tribunal com maior número de incidências adequadas do controle de convencionalidade é o Tribunal Superior do Trabalho (TST), no qual foram verificados 7 casos desse tipo.

Nesse sentido, passaremos a analisar dois dos julgados prolatado pelo TST a respeito do controle jurisdicional de convencionalidade. O primeiro deles passou a servir de paradigma para outros julgamentos. Trata-se da análise do recurso de revista n. 107272/2011, no qual se pleiteia a impossibilidade de acumulação de adicional de insalubridade com adicional de periculosidade.³⁶⁴

³⁶⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. RECURSO DE REVISTA. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF QUANTO AO EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INTERNAS EM DESCOMPASSO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. CONVENÇÕES NOS 148 E 155 DA OIT. NORMAS DE DIREITO SOCIAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. NOVA FORMA DE VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTEGRANTES DO ORDENAMENTO

Nessa decisão restou consignado, pelo relator, que o controle de convencionalidade deveria ser adotado pelos tribunais quando em sua análise surgir a possibilidade de aplicação de tratados, conforme se observa na seguinte passagem:

Em face da decisão do STF, o sistema jurídico inaugurou nova forma de verificação da compatibilidade das normas dele integrantes, pois, além de vigentes e eficazes, devem estar em conformidade com os tratados ratificados pelo Brasil, cabendo ao Judiciário, quando provocado, promover o denominado "controle de convencionalidade" [...].³⁶⁵

JURÍDICO. A previsão contida no artigo 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 7º, XXIII, garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária. A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em bis in idem. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. A regulamentação complementar prevista no citado preceito da Lei Maior deve se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma. Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nos 148 e 155, com status de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os "riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes". Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, § 2º, da CLT. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento. RR-1072-72.2011.5.02.0384. Sétima Turma. Brasília, 24 de setembro de 2014. Relator: Min. Cláudio Brandão. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 20 de junho de 2015.

³⁶⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. RECURSO DE REVISTA. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF QUANTO AO EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INTERNAS EM DESCOMPASSO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. CONVENÇÕES NOS 148 E 155 DA OIT. NORMAS DE DIREITO SOCIAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. NOVA FORMA DE VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTEGRANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO. A previsão contida no artigo 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 7º, XXIII, garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária. A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em bis in idem. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. A regulamentação complementar prevista no citado preceito da Lei Maior deve se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma. Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nos 148 e 155, com status de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os "riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes".

Além disso, a decisão em tela acaba por confirmar as Convenções da OIT, que tem caráter de direito social, como tratados de direitos humanos, já que abarcam nítido caráter fundamental em nosso ordenamento, não devendo se enquadrar como tratados ditos comuns.

Noutro ponto, verifica-se que o relator consagra o princípio *pro homine*, na medida em que informa que se as normas das convenções fossem menos protetivas ao ser humano caberia o afastamento dessas normas em favor das normas de menor hierarquia, mas que são mais protetivas do ser humano.³⁶⁶

Contudo, a decisão acaba manifestando uma imprecisão técnica, já que afirma da seguinte forma:

[...] Tais convenções derogaram a regra prevista no art. 193, § 2o, da CLT e o item 16.2.1 da NR-16 da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, no que se refere à percepção de

Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, § 2º, da CLT. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento. RR-1072-72.2011.5.02.0384. Sétima Turma. Brasília, 24 de setembro de 2014. Relator: Min. Cláudio Brandão. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 20 de junho de 2015.

³⁶⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. RECURSO DE REVISTA. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF QUANTO AO EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INTERNAS EM DESCOMPASSO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. CONVENÇÕES NOS 148 E 155 DA OIT. NORMAS DE DIREITO SOCIAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. NOVA FORMA DE VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTEGRANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO. A previsão contida no artigo 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 7º, XXIII, garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária. A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em bis in idem. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. A regulamentação complementar prevista no citado preceito da Lei Maior deve se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma. Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nos 148 e 155, com status de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os "riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes". Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, § 2º, da CLT. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento. RR-1072-72.2011.5.02.0384. Sétima Turma. Brasília, 24 de setembro de 2014. Relator: Min. Cláudio Brandão. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 20 de junho de 2015.

apenas um adicional, em caso de estar o empregado sujeito a condições insalubres e perigosas no trabalho executado.³⁶⁷

A norma não é derogada, apenas não tem mais validade no ordenamento, sendo existente, porém, não podendo ser aplicada, pois contrária ao ordenamento jurídico, mormente os tratados de direitos humanos. Esse ponto remete à ideia expressada no primeiro capítulo de que o campo de vigência da norma difere do campo de validade.

Não obstante, verifica-se que esse não foi o primeiro julgado do TST a aplicar o controle de convencionalidade, citando expressamente o instituto. Tal posição é atribuída ao Recurso de Revista n. 760048/2001, julgado em 16 de setembro de 2009.³⁶⁸

³⁶⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. RECURSO DE REVISTA. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF QUANTO AO EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INTERNAS EM DESCOMPASSO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. CONVENÇÕES NOS 148 E 155 DA OIT. NORMAS DE DIREITO SOCIAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. NOVA FORMA DE VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTEGRANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO. A previsão contida no artigo 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 7º, XXIII, garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária. A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em bis in idem. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. A regulamentação complementar prevista no citado preceito da Lei Maior deve se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma. Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nos 148 e 155, com status de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os "riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes". Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, § 2º, da CLT. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento. RR-1072-72.2011.5.02.0384. Sétima Turma. Brasília, 24 de setembro de 2014. Relator: Min. Cláudio Brandão. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 20 de junho de 2015.

³⁶⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. 1.1 - RECURSO DE REVISTA - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 28/2000 – TRABALHADOR RURAL – CONCEITO – LEI N.º 5.889/73 – CONVENÇÃO N.º 141 DA OIT – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL – CONFIGURAÇÃO 1.1 - Hipótese em que o TRT considerou o Reclamante como empregado urbano, por entender que, ao trabalhar para empresa pública estadual com finalidade de pesquisa agropecuária, não exercia atividade agroeconômica e, portanto, não satisfazia os requisitos dos arts. 2.º e 3.º da Lei n.º 5.889/73. Divergência jurisprudencial configurada, autorizando o conhecimento do recurso de revista, diante de julgado oriundo de outro Regional a decidir que é a atividade do cultivo agrícola que permite a classificação do respectivo empregado como rural, independentemente de a atividade do

Nesse precedente, o relator interpreta os arts. 2.º e 3.º da Lei n.º 5.889/73 por meio da Convenção n. 141 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ampliando a definição de trabalhador rural, para abarcar “também, ‘quaisquer pessoas que se dediquem, em áreas rurais, as atividades agrícolas, artesanais ou outras conexas ou assemelhadas’”, exercendo assim um controle de convencionalidade sobre a norma brasileira.³⁶⁹

Nessa oportunidade, o relator deixa claro também que a hipótese do caso concreto enseja a aplicação do princípio *pro homine*, opção que assegura a aplicação da norma mais favorável ao ser humano.³⁷⁰ Apesar de não declarar

empregador ostentar natureza não lucrativa (fazenda experimental). 1.2 - O conceito de empregado rural foi elástico pelo advento da Convenção n.º 141 da OIT, ratificada pelo Governo brasileiro em 27/9/1994 e internalizada pelo Decreto n.º 1.703/1995, ao considerar a própria atividade do trabalhador para sua definição. Inteligência da Orientação Jurisprudencial n.º 38 da SBDI-1 do TST, que contém idêntico critério identificador do rurícola. Suficiente o art. 2, item 1, da Convenção n.º 141 da OIT para considerar o Reclamante como rurícola, em função das atividades eminentemente agrícolas que desenvolvia, é despidendo analisar se a natureza jurídica da Reclamada, por não ter fim lucrativo, seria agroeconômica, ou não. 1.3 - Considerando que o reclamante, rurícola, ajuizou a ação trabalhista em 19/3/1999, antes, portanto, do advento da Emenda Constitucional n.º 28, de 25/5/2000, não há prescrição a declarar (Orientação Jurisprudencial n.º 271 da SBDI-1 do TST). Recurso de revista conhecido e provido [...]. RR n. 760048/2001.1. Brasília, 16 de setembro de 2009. Relator: Juiz Convocado Douglas Alencar Rodrigues. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 20 de junho de 2015.

³⁶⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. 1.1 - RECURSO DE REVISTA - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 28/2000 – TRABALHADOR RURAL – CONCEITO – LEI N.º 5.889/73 – CONVENÇÃO N.º 141 DA OIT – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL – CONFIGURAÇÃO 1.1 - Hipótese em que o TRT considerou o Reclamante como empregado urbano, por entender que, ao trabalhar para empresa pública estadual com finalidade de pesquisa agropecuária, não exercia atividade agroeconômica e, portanto, não satisfazia os requisitos dos arts. 2.º e 3.º da Lei n.º 5.889/73. Divergência jurisprudencial configurada, autorizando o conhecimento do recurso de revista, diante de julgado oriundo de outro Regional a decidir que é a atividade do cultivo agrícola que permite a classificação do respectivo empregado como rurícola, independentemente de a atividade do empregador ostentar natureza não lucrativa (fazenda experimental). 1.2 - O conceito de empregado rural foi elástico pelo advento da Convenção n.º 141 da OIT, ratificada pelo Governo brasileiro em 27/9/1994 e internalizada pelo Decreto n.º 1.703/1995, ao considerar a própria atividade do trabalhador para sua definição. Inteligência da Orientação Jurisprudencial n.º 38 da SBDI-1 do TST, que contém idêntico critério identificador do rurícola. Suficiente o art. 2, item 1, da Convenção n.º 141 da OIT para considerar o Reclamante como rurícola, em função das atividades eminentemente agrícolas que desenvolvia, é despidendo analisar se a natureza jurídica da Reclamada, por não ter fim lucrativo, seria agroeconômica, ou não. 1.3 - Considerando que o reclamante, rurícola, ajuizou a ação trabalhista em 19/3/1999, antes, portanto, do advento da Emenda Constitucional n.º 28, de 25/5/2000, não há prescrição a declarar (Orientação Jurisprudencial n.º 271 da SBDI-1 do TST). Recurso de revista conhecido e provido [...]. RR n. 760048/2001.1. Brasília, 16 de setembro de 2009. Relator: Juiz Convocado Douglas Alencar Rodrigues. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 20 de junho de 2015.

³⁷⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. 1.1 - RECURSO DE REVISTA - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 28/2000 – TRABALHADOR RURAL – CONCEITO – LEI N.º 5.889/73 – CONVENÇÃO N.º 141 DA OIT – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL – CONFIGURAÇÃO 1.1 - Hipótese em que o TRT considerou o Reclamante como empregado urbano, por entender que, ao trabalhar para empresa pública estadual com finalidade de pesquisa agropecuária, não exercia atividade agroeconômica e,

expressamente, tal julgado realiza um diálogo horizontal rogatório de integração, já que a definição de trabalhador rural já era resguardada pelas normas brasileiras, contudo, seu conceito era insuficiente para a melhor proteção do ser humano, o que ensejou a ampliação pela norma convencional.

Percebe-se, assim, pelos julgados colhidos, que desde 2009 a jurisprudência do TST já recebe o instituto do controle de convencionalidade, em sua forma expressa, em seus julgados e trata de efetivar a aplicação direta das Convenções de direitos humanos aos casos concretos em apreço.

Nesse viés, é importante notar que os magistrados do trabalho têm dado especial atenção quanto à aplicação do controle de convencionalidade. Veja-se, inclusive, que a atuação desses juízes tem sido desenvolvida até mesmo fora do âmbito judicial, existindo uma tese aprovada no XVI CONAMAT – Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, na qual há orientação expressa quanto à utilização do controle de convencionalidade.

A ementa desse verbete direciona no seguinte sentido:

Terceirização no setor público. Responsabilidade objetiva da administração pública e compatibilidade do julgado proferido na ADC nº 16/STF com a aplicação da convenção nº 94/OIT. controle de convencionalidade do art. 71 da lei nº 8.666/93. questão não enfrentada pelo STF quando do julgamento da ADC nº 16. prevalência da responsabilidade da administração pública na condição de tomadora de serviços em relação aos créditos dos trabalhadores terceirizados, incluindo matéria acidentária e prestação de serviços em contratos de obras. aplicação da convenção nº 94 da OIT sobre cláusulas de trabalho em contratos com órgãos públicos, tratado internacional de direitos humanos devidamente ratificado pelo

portanto, não satisfazia os requisitos dos arts. 2.º e 3.º da Lei n.º 5.889/73. Divergência jurisprudencial configurada, autorizando o conhecimento do recurso de revista, diante de julgado oriundo de outro Regional a decidir que é a atividade do cultivo agrícola que permite a classificação do respectivo empregado como rurícola, independentemente de a atividade do empregador ostentar natureza não lucrativa (fazenda experimental). 1.2 - O conceito de empregado rural foi elástico pelo advento da Convenção n.º 141 da OIT, ratificada pelo Governo brasileiro em 27/9/1994 e internalizada pelo Decreto n.º 1.703/1995, ao considerar a própria atividade do trabalhador para sua definição. Inteligência da Orientação Jurisprudencial n.º 38 da SBDI-1 do TST, que contém idêntico critério identificador do rurícola. Suficiente o art. 2, item 1, da Convenção n.º 141 da OIT para considerar o Reclamante como rurícola, em função das atividades eminentemente agrícolas que desenvolvia, é despidendo analisar se a natureza jurídica da Reclamada, por não ter fim lucrativo, seria agroeconômica, ou não. 1.3 - Considerando que o reclamante, rurícola, ajuizou a ação trabalhista em 19/3/1999, antes, portanto, do advento da Emenda Constitucional n.º 28, de 25/5/2000, não há prescrição a declarar (Orientação Jurisprudencial n.º 271 da SBDI-1 do TST). Recurso de revista conhecido e provido [...]. RR n. 760048/2001.1. Brasília, 16 de setembro de 2009. Relator: Juiz Convocado Douglas Alencar Rodrigues. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 20 de junho de 2015.

brasil, e integrante do bloco de constitucionalidade ou, ao menos, com estatura de norma supralegal e hierarquicamente superior à lei de licitações.³⁷¹ (grifo nosso)

Outros pontos também têm demonstrado a opção dos juízes do trabalho, exemplo disso é o escólio de Miguel Carbonell no CONAMAT seguinte, de edição XVII, no qual aponta que o Brasil tem uma deficiência no que tange a aplicação das normas internacionais pelos juízes em vista da legislação interna, conforme trecho da notícia nesse sentido:

Miguel Carbonell defendeu que os juízes utilizem o método denominado de 'controle de convencionalidade' em suas decisões, fazendo prevalecer as normas internacionais, em especial do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sobre a legislação interna. Na opinião do pesquisador, o Brasil tem diferenças profundas em relação ao sistema quando deveria continuar sendo protagonista em temas relativos aos direitos fundamentais, a exemplo do que ocorreu no caso Maria da Penha. "A América Latina precisa de um País como o Brasil apoiando os esforços pelos direitos fundamentais. Os juízes precisam aplicar os princípios que melhor protegem os direitos humanos", afirmou.³⁷²

Tal posição da justiça trabalhista tem refletido positivamente nos julgados dos tribunais regionais, dentre estes, cabível trazer à baila os seguintes julgados: RO n. 410597/2012 do TRT 2, RO n. 150306/2012 do TRT 3 e RO n. 93931/2010 do TRT 15.

No recurso ordinário n. 410597/2012 do TRT 2, o relator utiliza o recurso de revista n. 107272/2011 do TST, analisado acima, e a doutrina de Flavia Piovesan quanto ao dever dos juízes de utilizar o controle de convencionalidade, para concatenar suas razões de decidir.³⁷³

³⁷¹ A justificativa para essa tese pode ser encontrada no blog do autor da proposta: SOUZA, Fabiano Coelho. CONVENÇÃO 94 DA OIT E A RESPONSABILIDADE DOS ENTES PÚBLICOS EM CASO DE TERCEIRIZAÇÃO. Goiânia, 2012. Disponível em: <<http://fabianocoelhosouza.blogspot.com.br/2012/05/convencao-94-da-oit-e-responsabilidade.html>>. Acesso em: 25 de março de 2015.

³⁷² ANAMATRA. Juiz que não sabe se comunicar está deixando de fazer parte de seu trabalho. Gramado, 2014. Disponível em: < <http://www.anamatra.org.br/index.php/noticias/juiz-que-nao-sabe-se-comunicar-esta-deixando-de-fazer-parte-de-seu-trabalho>>. Acesso em: 25 de março de 2015.

³⁷³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região. Recurso ordinário. AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO. EMPRESA VINCULADA AO PAT - PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR. NATUREZA NÃO SALARIAL. INTEGRAÇÕES INDEVIDAS. Como regra, a alimentação diretamente fornecida pelo empregador in natura, ou paga por este em pecúnia ou sob a forma de concessão desonerada de tickets ou vales-refeição, tem natureza jurídica salarial, a teor do disposto nos art. 457, parágrafo 1º e 458 da CLT, e Súmula nº 241 do C. Tribunal Superior do Trabalho. Todavia, no caso dos autos, em que era concedida sob a rubrica de "ticket-refeição",

Indo além desses referenciais, sob pena de, em caso contrário, ter sido classificado como julgado que utilizou o controle de convencionalidade como mero argumento, o relator esclarece o seguinte:

Pode-se concluir, de todo o exposto, que a norma internacional sobre direitos humanos internalizada pelo país (*in casu*, a Convenção 132 da OIT) possui caráter supralegal e, segundo o Supremo Tribunal Federal, possui a eficácia paralisante em relação às normas infraconstitucionais com ela conflitantes. Deste modo, verifica-se que a legislação interna (art. 146, § único da CLT) é nitidamente conflitante com os termos da Convenção internacional ratificada pelo país. Prevalece, assim, a referida Convenção, neste particular, em prejuízo da disposição da legislação infraconstitucional menos favorável ao trabalhador.³⁷⁴

Dessa forma, manifesta um controle de convencionalidade, utilizando a ideia de efeito paralisante preconizada pela jurisprudência, que, por meio de um diálogo entre a norma interna e convencional, dá preferência a última, consagrando que tal dispositivo é a norma mais favorável ao trabalhador, já que possibilita o recebimento de férias proporcionais na dispensa por justa causa. Tratando-se, aqui, de diálogo rogatório de integração, já que as férias constituem direito previsto em nosso ordenamento.

para atendimento do Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT, ao qual a reclamada comprovadamente aderiu, o benefício em tela não se reveste de natureza salarial nem se configura rendimento tributável pela previdência social, não integrando assim, o ganho do trabalhador para qualquer feito reflexo. Incidência da Orientação Jurisprudencial nº 133 da SDI-1, do C. TST. Recurso do reclamante ao qual se nega provimento, no particular. RO n. 410597/2012. São Paulo, 07 de abril de 2015. Relator: Ricardo Artur Costa e Trigueiros. Disponível em: <www.trtsp.jus.br>. Acesso em: 20 de junho de 2015.

³⁷⁴ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região. Recurso ordinário. AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO. EMPRESA VINCULADA AO PAT - PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR. NATUREZA NÃO SALARIAL. INTEGRAÇÕES INDEVIDAS. Como regra, a alimentação diretamente fornecida pelo empregador in natura, ou paga por este em pecúnia ou sob a forma de concessão desonerada de tickets ou vales-refeição, tem natureza jurídica salarial, a teor do disposto nos art. 457, parágrafo 1º e 458 da CLT, e Súmula nº 241 do C. Tribunal Superior do Trabalho. Todavia, no caso dos autos, em que era concedida sob a rubrica de "ticket-refeição", para atendimento do Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT, ao qual a reclamada comprovadamente aderiu, o benefício em tela não se reveste de natureza salarial nem se configura rendimento tributável pela previdência social, não integrando assim, o ganho do trabalhador para qualquer feito reflexo. Incidência da Orientação Jurisprudencial nº 133 da SDI-1, do C. TST. Recurso do reclamante ao qual se nega provimento, no particular. RO n. 410597/2012. São Paulo, 07 de abril de 2015. Relator: Ricardo Artur Costa e Trigueiros. Disponível em: <www.trtsp.jus.br>. Acesso em: 20 de junho de 2015.

Estabeleceu o julgado, inclusive, que tais convenções não seriam invocadas quando fossem menos vantajosas que as normas internas, abordando uma hierarquia material das normas, que postula também por um diálogo normativo.³⁷⁵

Já no que toca ao recurso ordinário n. 150306/2012 do TRT 3, ocorre um diálogo entre fontes, especificamente um diálogo horizontal de complementaridade, na medida em que o relator estabelece que o princípio da isonomia, de esteio Constitucional e convencional, mormente as Convenções 100 e 111 da OIT, demandam “a interpretação dos requisitos do artigo 461 da CLT para o reconhecimento das diferenças salariais em matéria de equiparação salarial”.³⁷⁶

Em outras palavras, o relator, ante a previsão do princípio da isonomia nos textos parâmetro de controle, dá interpretação adequada à norma da legislação ordinária. Confirma ainda a utilização do princípio *pro homine* ao estabelecer que as normas da OIT são mais favoráveis ao ser humano, e a posição de superioridade

³⁷⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região. Recurso ordinário. AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO. EMPRESA VINCULADA AO PAT - PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR. NATUREZA NÃO SALARIAL. INTEGRAÇÕES INDEVIDAS. Como regra, a alimentação diretamente fornecida pelo empregador in natura, ou paga por este em pecúnia ou sob a forma de concessão desonerada de tickets ou vales-refeição, tem natureza jurídica salarial, a teor do disposto nos art. 457, parágrafo 1º e 458 da CLT, e Súmula nº 241 do C. Tribunal Superior do Trabalho. Todavia, no caso dos autos, em que era concedida sob a rubrica de "ticket-refeição", para atendimento do Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT, ao qual a reclamada comprovadamente aderiu, o benefício em tela não se reveste de natureza salarial nem se configura rendimento tributável pela previdência social, não integrando assim, o ganho do trabalhador para qualquer feito reflexo. Incidência da Orientação Jurisprudencial nº 133 da SDI-1, do C. TST. Recurso do reclamante ao qual se nega provimento, no particular. RO n. 410597/2012. São Paulo, 07 de abril de 2015. Relator: Ricardo Artur Costa e Trigueiros. Disponível em: <www.trtsp.jus.br>. Acesso em: 20 de junho de 2015.

³⁷⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª região. Recurso Ordinário. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. NORMAS INTERNACIONAIS DO TRABALHO. APLICAÇÃO. Sabe-se que as normas internacionais do trabalho podem ser aplicadas pelo ordenamento jurídico nacional em variadas perspectivas. Utiliza-se o direito internacional do trabalho para solucionar um litígio diretamente, no caso de lacunas, de aplicação de norma mais favorável, ou mesmo da invalidação de um dispositivo interno, tendo em vista o seu status na recepção e a previsão do parágrafo primeiro do artigo 5º da CF/88. De igual maneira, pode funcionar como um guia para a interpretação no caso de ambiguidades do direito interno; para a interpretação de termos gerais e de conceitos jurídicos indeterminados; e, mesmo para a avaliação de constitucionalidade. Com isso, seria possível estabelecer um princípio jurisprudencial com base no direito internacional do trabalho assim aplicado. Salienta-se que a douta magistrada Martha Halfeld aponta que a interpretação do artigo 461 da CLT deve ser ampliada para além dos requisitos nele especificados, diante da inspiração do artigos 5º e 6º da CLT; artigo 7º, XXX da CF/88 e das Convenções 100 e 111 da OIT. Acrescente-se a essa brilhante conclusão a necessidade da releitura do citado dispositivo consolidado à luz da eficácia social e horizontal dos direitos sociais; do sentido de trabalho de igual valor e de não discriminação na definição dos termos e condições de emprego tal como definidas pelas normas da OIT (enquanto norma mais favorável e guia de interpretação para a releitura constitucional conforme); e, além disso, da preponderância da norma internacional em face da legislação infraconstitucional, conforme entendimento renovado da Corte Constitucional. RO n. 150306/2012. Belo Horizonte, 27 de janeiro de 2015. DJe 09/02/2015. Relator: Convocado Tarcisio Correa de Brito. Disponível em: <www.trt3.jus.br>. Acesso em: 21 de junho de 2015.

dos tratados de direitos humanos, após a decisão do STF quanto à questão do depositário infiel.³⁷⁷

Por fim, no recurso ordinário n. 93931/2010 do TRT 15, observa-se que o relator também cita a ementa do recurso de revista n. 107272/2011 do TST para fundamentar seu voto. Contudo, não se restringe a isso, pois determina, com base num diálogo entre Constituição e o art. 11, *b*, da Convenção n. 155 da OIT, que “regra contida no art. 193, da CLT, foi expurgada de nosso sistema legal”.³⁷⁸

Apesar de ter aplicado o controle de convencionalidade de forma adequada, assim como no caso paradigma do TST, esse julgado incorre no erro de alegar que a invalidade da norma ocasionaria a sua retirada do ordenamento. Como dissemos antes, a norma continua vigente, portanto, existente no ordenamento jurídico, não possuindo, contudo, validade, pois em desacordo com as normas que lhe dão fundamento.

Distanciando-nos dessa primeira análise, passaremos a analisar um julgado que aplicou o controle jurisdicional de convencionalidade, contudo o fez unicamente com base nos critérios clássicos de solução de antinomias.

³⁷⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª região. Recurso Ordinário. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. NORMAS INTERNACIONAIS DO TRABALHO. APLICAÇÃO. Sabe-se que as normas internacionais do trabalho podem ser aplicadas pelo ordenamento jurídico nacional em variadas perspectivas. Utiliza-se o direito internacional do trabalho para solucionar um litígio diretamente, no caso de lacunas, de aplicação de norma mais favorável, ou mesmo da invalidação de um dispositivo interno, tendo em vista o seu status na recepção e a previsão do parágrafo primeiro do artigo 5º da CF/88. De igual maneira, pode funcionar como um guia para a interpretação no caso de ambiguidades do direito interno; para a interpretação de termos gerais e de conceitos jurídicos indeterminados; e, mesmo para a avaliação de constitucionalidade. Com isso, seria possível estabelecer um princípio jurisprudencial com base no direito internacional do trabalho assim aplicado. Salienta-se que a douta magistrada Martha Halfeld aponta que a interpretação do artigo 461 da CLT deve ser ampliada para além dos requisitos nele especificados, diante da inspiração do artigos 5º e 6º da CLT; artigo 7º, XXX da CF/88 e das Convenções 100 e 111 da OIT. Acrescente-se a essa brilhante conclusão a necessidade da releitura do citado dispositivo consolidado à luz da eficácia social e horizontal dos direitos sociais; do sentido de trabalho de igual valor e de não discriminação na definição dos termos e condições de emprego tal como definidas pelas normas da OIT (enquanto norma mais favorável e guia de interpretação para a releitura constitucional conforme); e, além disso, da preponderância da norma internacional em face da legislação infraconstitucional, conforme entendimento renovado da Corte Constitucional. RO n. 150306/2012. Belo Horizonte, 27 de janeiro de 2015. DJe 09/02/2015. Relator: Convocado Tarcisio Correa de Brito. Disponível em: <www.trt3.jus.br>. Acesso em: 21 de junho de 2015.

³⁷⁸ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª região. Recurso Ordinário. RO n. 93931/2010. Campinas, 26 de maio de 2015. DJe. 03/06/2015. Relator: Desembargador Eder Sivers. Disponível em: <www.trt15.jus.br>. Acesso em: 25 de junho de 2015.

Nesse quesito, o precedente nesse sentido diz respeito ao recurso ordinário n. 229346/2012 do TRT 2.³⁷⁹ A relatora descreve o seguinte:

Importante observar que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil gozam de hierarquia supralegal. No entanto, o critério da cronologia - adotado para solucionar conflito na aplicação das normas no tempo – aplicável à solução do presente caso, leva à conclusão de que as disposições contidas na Convenção n. 155 da OIT devem prevalecer sobre àquelas constantes do § 2º, do art. 193 da CLT e do item 15.3 da NR-15.³⁸⁰

Fica expressa assim a aplicação do controle jurisdicional de convencionalidade no caso, contudo, isto é feito em vista do critério cronológico, para solução da antinomia aparente do caso. Observa-se, que a relatora, apesar de reconhecer o critério hierárquico, não o aplica no caso em tela. Ausente, portanto, a inserção do diálogo das fontes e do princípio *pro homine*, ao menos de forma direta.

Essa averiguação, permite estabelecer, assim, o que pontuamos no primeiro capítulo, quanto à possibilidade de utilização do controle de convencionalidade de

³⁷⁹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região. Recurso Ordinário. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. Importante observar que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil gozam de hierarquia supralegal. As disposições contidas na Convenção n. 155 da OIT, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 2, de 17.03.92, ratificada em 18.05.92 e promulgada pelo Decreto n. 1.254, de 29.09.94, devem prevalecer sobre àquelas constantes do § 2º, do art. 193 da CLT e do item 15.3 da NR-15. A norma constitucional, quando tratou do “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas”, não estabeleceu qualquer impedimento à sua cumulação, até porque os adicionais são devidos por causas e com fundamentos absolutamente diversos. A impossibilidade de percepção cumulada dos adicionais de periculosidade e insalubridade constante do § 2º, do art. 193 da CLT e do item 15.3 da NR-15 não se mostra compatível com as normas constitucionais mencionadas, notadamente ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho e ao meio ambiente laboral saudável. RO n. 229346/2012. São Paulo, 19 de maio de 2015. Relatora: Desembargadora Ivete Ribeiro. Disponível em: <www.trtsp.jus.br>. Acesso em: 20 de junho de 2015.

³⁸⁰ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região. Recurso Ordinário. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. Importante observar que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil gozam de hierarquia supralegal. As disposições contidas na Convenção n. 155 da OIT, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 2, de 17.03.92, ratificada em 18.05.92 e promulgada pelo Decreto n. 1.254, de 29.09.94, devem prevalecer sobre àquelas constantes do § 2º, do art. 193 da CLT e do item 15.3 da NR-15. A norma constitucional, quando tratou do “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas”, não estabeleceu qualquer impedimento à sua cumulação, até porque os adicionais são devidos por causas e com fundamentos absolutamente diversos. A impossibilidade de percepção cumulada dos adicionais de periculosidade e insalubridade constante do § 2º, do art. 193 da CLT e do item 15.3 da NR-15 não se mostra compatível com as normas constitucionais mencionadas, notadamente ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho e ao meio ambiente laboral saudável. RO n. 229346/2012. São Paulo, 19 de maio de 2015. Relatora: Desembargadora Ivete Ribeiro. Disponível em: <www.trtsp.jus.br>. Acesso em: 20 de junho de 2015.

forma divorciada do diálogo das fontes, pelos critérios clássicos de solução de antinomia normativa, o que, em nosso entender, não constitui a melhor opção.

Apesar de os julgados analisados nesse tópico terem sido favoráveis ao controle de convencionalidade, é importante notar que a aplicabilidade do controle de convencionalidade não se dá apenas em casos favoráveis, ou seja, que determinam a inconveniência ou interpretam uma norma de acordo com a convenção.

Dessarte, *mister* que também sejam incluídos nesse rol os julgados que analisam as normas, inclusive sob uma perspectiva de diálogo das fontes, e entendem pela convencionalidade da norma brasileira. Caso expressivo, nesse montante, é o HC 67049/2014 do Tribunal de Justiça do Acre.³⁸¹

Nesse Habeas Corpus, o relator fez questão de inserir uma tabela posicionando, lado a lado, o texto do art. 5, caput, incisos LXIII, LXIV e LXXVIII, §§1 a 4, da Constituição, do art. 304, caput e §1º, art. 306, caput e §§ 1 a 2, art. 308, art. 310, caput, incisos I a III e parágrafo único, art. 400, caput e §§1 a 2, todos do Código de Processo Penal, e art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.³⁸²

³⁸¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Acre. Habeas Corpus. HABEAS CORPUS FORMAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO - MILÍCIA PRIVADA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – PRIMEIRO COMANDO DA CAPITAL – PCC - PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. PLURALIDADE DE RÉUS – INSTRUÇÃO COMPLEXA – PROCEDIMENTOS JUDICIAIS EM ANDAMENTO – DURAÇÃO RAZOÁVEL – PEDIDO DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE – TRATADO INTERNACIONAL - ADESÃO DO BRASIL - INEXISTÊNCIA DE INCONVENIÊNCIA DO ARTIGO 310 DO CPP COM O ARTIGO 7.5 DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – ORDEM DENEGADA. 1. O artigo 310, do Código de Processo Penal é compatível com legislação internacional, especialmente quando comparado com a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, e introduzida no âmbito do direito interno por força do Decreto Presidencial nº 678/92. 2. Os prazos para a conclusão da instrução criminal não são peremptórios, podendo ser flexibilizados diante das peculiaridades do caso concreto, em atenção e dentro dos limites da razoabilidade. 3. Não se constata indícios de desídia do Estado-Juiz, que tem sido diligente no andamento do feito, em que se apura suposta prática do crime previsto no artigo 288-A do CPP, envolvendo 44 (quarenta e quatro) réus ligados, em tese, a organização criminosa conhecida como “Primeiro Comando da Capital PCC”, presos mediante operação policial em localidades diversas, com defensores e advogados diferentes, circunstâncias que contribuem sobremaneira para o alongamento da instrução/resolução da causa. 4. Ordem denegada. HC n. 67049/2014. Rio Branco, 24 de abril de 2014. Relatora: Desembargadora Denise Bonfim. Disponível em: <<http://www.tjac.jus.br/>>. Acesso em: 22 de junho de 2015.

³⁸² BRASIL. Tribunal de Justiça do Acre. Habeas Corpus. HABEAS CORPUS FORMAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO - MILÍCIA PRIVADA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – PRIMEIRO COMANDO DA CAPITAL – PCC - PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA ALEGAÇÃO DE

O objetivo claro, nessa formatação da análise, era de estabelecer a possibilidade de diálogo entre essas normas, razão pela qual entendeu que a Convenção Americana “não obriga que a pessoa presa seja conduzida imediatamente à presença de um juiz, mas sim que esta deverá ser apresentada ‘sem demora’”. Alegou ainda, que em casos tais, o preso pode ser apresentado a “um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”.³⁸³

Dessa maneira, apontou para a inexistência de inconvenção do art. 310 do CPP, o que, em outros termos, advoga pela convencionalidade da normativa,

EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. PLURALIDADE DE RÉUS – INSTRUÇÃO COMPLEXA – PROCEDIMENTOS JUDICIAIS EM ANDAMENTO – DURAÇÃO RAZOÁVEL – PEDIDO DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE – TRATADO INTERNACIONAL - ADESÃO DO BRASIL - INEXISTÊNCIA DE INCONVENÇÃO DO ARTIGO 310 DO CPP COM O ARTIGO 7.5 DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – ORDEM DENEGADA. 1. O artigo 310, do Código de Processo Penal é compatível com legislação internacional, especialmente quando comparado com a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, e introduzida no âmbito do direito interno por força do Decreto Presidencial nº 678/92. 2. Os prazos para a conclusão da instrução criminal não são peremptórios, podendo ser flexibilizados diante das peculiaridades do caso concreto, em atenção e dentro dos limites da razoabilidade. 3. Não se constata indícios de desídia do Estado-Juiz, que tem sido diligente no andamento do feito, em que se apura suposta prática do crime previsto no artigo 288-A do CPP, envolvendo 44 (quarenta e quatro) réus ligados, em tese, a organização criminosa conhecida como “Primeiro Comando da Capital PCC”, presos mediante operação policial em localidades diversas, com defensores e advogados diferentes, circunstâncias que contribuem sobremaneira para o alongamento da instrução/resolução da causa. 4. Ordem denegada. HC n. 67049/2014. Rio Branco, 24 de abril de 2014. Relatora: Desembargadora Denise Bonfim. Disponível em: <<http://www.tjac.jus.br/>>. Acesso em: 22 de junho de 2015.

³⁸³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Acre. Habeas Corpus. HABEAS CORPUS FORMAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO - MILÍCIA PRIVADA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – PRIMEIRO COMANDO DA CAPITAL – PCC - PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. PLURALIDADE DE RÉUS – INSTRUÇÃO COMPLEXA – PROCEDIMENTOS JUDICIAIS EM ANDAMENTO – DURAÇÃO RAZOÁVEL – PEDIDO DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE – TRATADO INTERNACIONAL - ADESÃO DO BRASIL - INEXISTÊNCIA DE INCONVENÇÃO DO ARTIGO 310 DO CPP COM O ARTIGO 7.5 DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – ORDEM DENEGADA. 1. O artigo 310, do Código de Processo Penal é compatível com legislação internacional, especialmente quando comparado com a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, e introduzida no âmbito do direito interno por força do Decreto Presidencial nº 678/92. 2. Os prazos para a conclusão da instrução criminal não são peremptórios, podendo ser flexibilizados diante das peculiaridades do caso concreto, em atenção e dentro dos limites da razoabilidade. 3. Não se constata indícios de desídia do Estado-Juiz, que tem sido diligente no andamento do feito, em que se apura suposta prática do crime previsto no artigo 288-A do CPP, envolvendo 44 (quarenta e quatro) réus ligados, em tese, a organização criminosa conhecida como “Primeiro Comando da Capital PCC”, presos mediante operação policial em localidades diversas, com defensores e advogados diferentes, circunstâncias que contribuem sobremaneira para o alongamento da instrução/resolução da causa. 4. Ordem denegada. HC n. 67049/2014. Rio Branco, 24 de abril de 2014. Relatora: Desembargadora Denise Bonfim. Disponível em: <<http://www.tjac.jus.br/>>. Acesso em: 22 de junho de 2015.

finalizando ser necessária “normatização específica para que seja realizada a audiência preliminar de custódia” em nosso ordenamento.³⁸⁴

Em outro aspecto, verificamos que até mesmo os juízes de primeiro grau vêm utilizando, além dos tratados de direitos humanos, a jurisprudência da Corte Interamericana em suas razões de decidir.

O caso diz respeito a uma ação ordinária que tem como objeto uma promessa de compra e venda imobiliária. Em geral, quando o processo é distribuído, o juiz determina apenas a citação dos réus, nos termos do art. 213 e ss. do CPC.

No caso em análise, além de determinar a citação, o juiz afirmou, de plano, que o caso não enseja a produção de provas em audiência, utilizando como argumento a necessidade de duração razoável do processo segundo a Convenção Americana. Vejamos o trecho da decisão:

[...]

Tal medida melhor atenderá ao princípio da razoável duração do processo, consagrado no art. 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, segundo o qual "toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza".

³⁸⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Acre. Habeas Corpus. HABEAS CORPUS FORMAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO - MILÍCIA PRIVADA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – PRIMEIRO COMANDO DA CAPITAL – PCC - PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. PLURALIDADE DE RÉUS – INSTRUÇÃO COMPLEXA – PROCEDIMENTOS JUDICIAIS EM ANDAMENTO – DURAÇÃO RAZOÁVEL – PEDIDO DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE – TRATADO INTERNACIONAL - ADESÃO DO BRASIL - INEXISTÊNCIA DE INCONVENCIONALIDADE DO ARTIGO 310 DO CPP COM O ARTIGO 7.5 DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – ORDEM DENEGADA. 1. O artigo 310, do Código de Processo Penal é compatível com legislação internacional, especialmente quando comparado com a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, e introduzida no âmbito do direito interno por força do Decreto Presidencial nº 678/92. 2. Os prazos para a conclusão da instrução criminal não são peremptórios, podendo ser flexibilizados diante das peculiaridades do caso concreto, em atenção e dentro dos limites da razoabilidade. 3. Não se constata indícios de desídia do Estado-Juiz, que tem sido diligente no andamento do feito, em que se apura suposta prática do crime previsto no artigo 288-A do CPP, envolvendo 44 (quarenta e quatro) réus ligados, em tese, a organização criminosa conhecida como “Primeiro Comando da Capital PCC”, presos mediante operação policial em localidades diversas, com defensores e advogados diferentes, circunstâncias que contribuem sobremaneira para o alongamento da instrução/resolução da causa. 4. Ordem denegada. HC n. 67049/2014. Rio Branco, 24 de abril de 2014. Relatora: Desembargadora Denise Bonfim. Disponível em: <<http://www.tjac.jus.br/>>. Acesso em: 22 de junho de 2015.

Sobre o tema, reportando-se à jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, assim decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do caso Caso Genie Lacayo Vs. Nicarágua, que:

"77 Artigo 8.1 da Convenção, também se refere a um período de tempo razoável. Este não é um conceito fácil de definir. Eles podem ser invocados para precisar os itens citados pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos em várias decisões em que este conceito foi analisado, já que este artigo da Convenção é substancialmente equivalente ao 6 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos humanos e liberdades fundamentais. De acordo com o Tribunal de Justiça Europeu deve-se levar em conta três fatores para determinar a razoabilidade do tempo em que o processo ocorre: a) a complexidade do caso; b) a conduta do requerente; c) a conduta das autoridades judiciais (ver, entre outros, TEDH, acórdão de 19 de fevereiro Motta 1991, série A, n 195-A, parágrafo 30, ... TEDH, Ruiz Mateos v Espanha acórdão de 23 .. junho de 1993, Série A 262 não., 30 par.) "(Corte Interamericana de Direitos. Nicarágua Lacayo Caso Genie Vs Humano (Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de janeiro de 1997, Série C, n 0 30)

Nessa perspectiva, cuidando-se de material que não ostenta complexidade, deve a autoridade judicial adotar todas as medidas procedimentais possíveis no sentido de dar rápida solução ao litígio, indeferindo de plano a possibilidade de produção de provas desnecessárias.³⁸⁵

Perceba-se que, além de citar o art. 8.1 da Convenção Americana o juiz ainda cita o caso Caso Genie Lacayo Vs. Nicarágua como justificativa para a decisão tomada. Apesar de não citar expressamente o controle jurisdicional de convencionalidade, essa decisão interlocutória, ao dar interpretação as normativas brasileiras, inclusive pela utilização da jurisprudência da CIDH como *ratio decidendi* em vista do caso concreto, permite observar que existe um maior interesse dos juízes em adotar os tratados de direitos humanos e a jurisprudência da CIDH em seus julgados como razão de decidir.

Nesse viés de aplicação do controle de convencionalidade, importante reforçar que o controle difuso de convencionalidade poderá ser arguido em qualquer lide judicial, de forma que sua aplicação irá afastar, interpretar ou declarar a convencionalidade da norma objeto de controle, restringindo-se, no entanto, os efeitos ao caso concreto das partes.

³⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ação ordinária. 2014.01.1.187267-4. 7ª Vara cível de Brasília. 03 de dezembro de 2014. Disponível em: < <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=tjhtml105&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&CDNUPROC=20140111872674>>. Acesso em: 17 de mar. de 2015.

Em outra análise, aventa-se a possibilidade do controle de convencionalidade difuso ter de se submeter à limitação do artigo 97, da Constituição, que é reforçado, em sua interpretação, pelo verbete nº 10, da Súmula Vinculante do Supremo, a chamada cláusula de reserva de plenário – que, por definição, representa um óbice à declaração de inconstitucionalidade por órgão fracionário de tribunal, pois traz como requisito que a declaração só acontecerá com o pronunciamento da maioria absoluta dos membros ou dos membros do órgão especial, onde houver, destes órgãos colegiados.

Nesta esfera, reconhecendo que o princípio que acoberta a cláusula de reserva de plenário é o da presunção de constitucionalidade da lei ou ato normativo, deve-se reconhecer também uma presunção de convencionalidade da norma, tendo em vista que ambos os motivos seriam auxiliados por “[...] razões de segurança jurídica”.³⁸⁶

Além disso, deve-se consentir no sentido de que, a obrigação do Estado, em manter a legislação de acordo com os preceitos de tratados, gera uma expectativa ou, em outro termo, uma presunção de convencionalidade das normas. Nesse ponto, é possível descrever a inadequação de todos os julgados verificados, pois nenhum deles aplicou a cláusula de reserva de plenário para a hipótese de controle de convencionalidade.

Por último, cabível explanar que as decisões do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de convencionalidade podem, não obstante serem qualificados pelo efeito *inter partes*, ter efeito *erga omnes*, sendo necessário o procedimento constitucional do inciso X, do artigo 52, para que a norma seja retirada do ordenamento jurídico pelo Senado.

Ou seja, para que possa ser extirpado o atributo de vigência da norma, julgada inconvenção, necessário se faz que a Casa Congressual, que possui tal atribuição constitucional e que participou do processo de criação da lei, motive-se neste sentido.

³⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 1137.

Não é estranha a nós, a tendência de abstrativização, ou objetivação, que povoa a temática do controle difuso de constitucionalidade, na atualidade, sendo plausível que muitas das prospecções desta inovação possam, *a priori*, influir no controle difuso de convencionalidade, no entanto, este debate, em vista da atual conjuntura, demonstra requerer uma cautelosa análise, que não poderia ser fecundada sem prejudicar a linha analítica perseguida nesta pesquisa.³⁸⁷

Noutro espeque, aponta-se que o controle concentrado de convencionalidade deve ser aplicado na ordem jurídica brasileira pelo STF, pois, como guardião da Constituição e das normas formalmente constitucionais, cabe a ele, em vista dos tratados aprovados pelo procedimento do §3º ao artigo 5º, da Constituição de 1988 aferir a validade de leis e atos normativos frente às Convenções de direitos humanos aplicáveis no Brasil.³⁸⁸

Sendo importante consignar o entendimento no sentido de que o controle, por via principal, da norma, não obstante representar um exercício da jurisdição, trata-se de aplicação atípica do poder jurisdicional, pois “[...] não há um litígio ou situação concreta a ser solucionada mediante a aplicação da lei pelo órgão julgador. Seu objeto é um pronunciamento acerca da própria lei”.³⁸⁹

Dessarte, poderia ser levantada questão quanto à possibilidade de controle abstrato de convencionalidade pelos Tribunais de Justiça dos Estados, como ocorre no de controle abstrato de leis e atos normativos estaduais e municipais perante a Constituição do Estado, conforme autorizado pelo §2º, do artigo 125, da Constituição.

Tal hipótese deve ser inquirida com cautela, pois é cediço que a previsão de uma “representação de inconstitucionalidade”, pela Constituição do estado, é expressão do poder constituinte decorrente – que é, em sua natureza, limitado – ou

³⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 153; MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 1166-1168.

³⁸⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 136.

³⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 175-176.

seja, deve observância a um preceito hierarquicamente superior, qual seja a Constituição Federal.³⁹⁰

No entanto, correto seria afirmar, também, que o parâmetro de controle abstrato dos tribunais de justiça dos estados difere do parâmetro de controle efetuado pelo Supremo, tanto é verdade que uma eventual declaração de inconstitucionalidade em um destes órgãos proporciona a insubsistência de ação, que impugna a validade da norma, na outra esfera de jurisdição constitucional.³⁹¹

Neste ponto, para nós, a possibilidade de tal extensão de competência, no que tange o controle abstrato de convencionalidade, não merece respaldo, isto em vista do próprio texto da Constituição Federal, que em seu artigo 34, inciso VII, alínea *b*, prevê a possibilidade de intervenção nos estados para assegurar a observância dos princípios constitucionais vinculados aos direitos das pessoas humanas.³⁹²

Noutras palavras, o desrespeito a direitos humanos, no estado federado, possibilita que o ente estadual se submeta à intervenção efetivada pela União. Valendo dizer, ainda, que a República Federativa do Brasil é o ente autorizado a atuar no âmbito internacional (e não os estados), sendo representado pela União.

Por outra outra análise, torna-se aparente que o controle concentrado de convencionalidade pode ser instrumentalizado, em regra e teoricamente explicitando, por qualquer das ações constitucionais inerentes ao modelo abstrato, ou seja, pode-se utilizar uma Ação Direta de Inconvencionalidade para impugnar a validade de lei infraconstitucional, pelo oposto, para pugnar pela garantia da convencionalidade destas leis aplica-se a Ação Declaratória de Convencionalidade.³⁹³

Podendo ser levada a cabo, também, Ação Direta de Inconvencionalidade por Omissão para que, caso seja declarada a falta de ação, o Poder competente tome

³⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p.1431-1432.

³⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p.1431-1432.

³⁹² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25/03/2015.

³⁹³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 148.

providências, completando a lacuna normativa que deveria ter sido preenchida em razão de dispositivo de tratado equivalente às emendas constitucionais, ou no caso de órgão administrativo, para que este cumpra a determinação no prazo de 30 dias.³⁹⁴

Ademais, seria possível, ainda, o manejo de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, para o caso em que há violação, tanto por lei federal, estadual e municipal, inclusive anteriores à entrada em vigor de tratado, a preceito fundamental estabelecido em tratados de direitos humanos, que passaram pelo quórum qualificado, desde que se opere a situação de inexistência de outro meio eficaz para sanar a lesão ao direito.³⁹⁵

No âmbito dessas ações de controle concentrado, é curial a atuação do Ministério Público na proteção desses direitos, dando maior embasamento a esta necessidade encontra-se o texto do §1º do artigo 103 da Constituição, que dispõe da seguinte maneira: “O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal”.³⁹⁶

Não era outra a determinação de Kelsen ao propor pela necessidade de um “Advogado da Constituição”, que ficaria responsável pela iniciativa do controle de constitucionalidade abstrato, conforme se extrai do seguinte trecho:

Um instituto completamente novo, mas digno de ser experimentado seria a criação de um Advogado da Constituição (*Verfassungsanwalt*) perante a Corte Constitucional, que – em analogia com promotor público no processo penal – instaurasse de ofício o controle de normas em relação aos atos que reputasse inconstitucionais. Evidentemente, esse advogado da Constituição deveria ser dotado de todas as garantias de independência tanto em face do Governo, como em face do Parlamento.³⁹⁷

³⁹⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 148.

³⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 1249; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 148-149.

³⁹⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25/03/2015.

³⁹⁷ KELSEN, Hans. Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. In: *VVDStRL* 5, 1929, S. 30. *Apud*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 63.

A diferença é que agora este “Advogado” não deve buscar a defesa, apenas, da Constituição, mas de todo o encarte normativo internacional que protege os direitos humanos e foram ratificados pelo Estado brasileiro.

Nesse prisma, observada a aplicação adequada do controle jurisdicional de convencionalidade em nosso ordenamento jurídico, firma-se ainda mais a necessidade de que esse instrumento seja aplicado pelos tribunais pátrios e que essa aplicação tenha esteio numa teoria de diálogo das fontes, preconizando a posição de destaque das normas de direitos humanos e o princípio *pro homine*.

CONCLUSÃO

O estudo permitiu que fossem feitos diversos apontamentos teóricos e práticos, para que o arranjo sintetizador desta análise final seja coerente e coadunado com o percurso científico entabulado, repartiremos a apresentação das conclusões em duas partes. A primeira consubstanciada em uma síntese, conforme a estrutura de capítulos do trabalho. A segunda será a apresentação das contribuições do trabalho.

1. Síntese

a) No primeiro capítulo, em seu primeiro tópico, observamos que existe uma confusão, que se perpetua na doutrina, entre a vigência e a validade da norma. Tal confusão se consubstancia na afirmativa de que as normas consideradas inválidas estariam revogadas do ordenamento jurídico.

Dessa maneira, delineamos, que a revogação incide apenas no campo da vigência e não no da validade, razão pela qual definimos vigência como o procedimento formal e específico que permite a existência de uma norma no ordenamento jurídico.

Sob outra perspectiva, afirmamos que a validade da norma diz respeito à verificação da conformação formal e material das leis em vista da norma que lhe dá fundamento, sendo critérios de validade, dessa forma, a Constituição e os tratados de direitos humanos.

Em garantia dessa definição, colacionamos a diferença entre violação formal e material da Constituição e delimitamos o que pode ser entendido como validade material da norma, que nada mais é que a aferição da essência da norma em vista dos paradigmas normativos de nosso ordenamento jurídico, primando assim por uma validade dialógica na interação entre normas de diferentes fontes.

No que toca ao segundo tópico do primeiro capítulo, verificamos a insuficiência dos critérios clássicos de solução de antinomias normativas. Dessa forma, apreciamos as definições dos critérios clássicos para solução de conflito, sendo eles o hierárquico, o cronológico e o de especialidade.

Além disso, postulamos pela possibilidade de substituição desses critérios clássicos por um método de harmonização pelo “diálogo”, também conhecido como diálogo das fontes. Nessa senda, anotamos a insuficiência desses critérios relativamente a três fatores.

O primeiro fator remete a uma perspectiva formalista, que, fora o critérios da especialidade, não avalia propriamente o conteúdo da norma, apenas sua posição hierárquica ou a época de edição da norma. Em outro tom, o segundo fator de insuficiência é atribuído ao resultado da aplicação desses critérios clássicos para solução de antinomias. Tal resultado define que somente uma das normas prevalecerá no caso concreto, operando uma lógica de revogação da norma sucumbente.

Por último, o terceiro fator de insuficiência diz respeito à falta de concretização dos preceitos de justiça no caso concreto, o que pode ensejar a não aplicação, inclusive, da dignidade da pessoa humana. Isso se explica ante a possibilidade, por exemplo, de que uma norma hierarquicamente superior será menos protetiva aos direitos do homem.

Manifestada a análise quanto à insuficiência dos critérios clássicos, passou-se ao terceiro ponto do primeiro capítulo, apresentamos, nesse trecho, o método dialógico que preza por uma hierarquia material de normas, na qual se aplica, sempre, a norma que melhor protege o indivíduo humano. Essa ideia decorre de um modelo de diálogo das fontes, primeiramente demonstrada no escólio de Erik Jayme.

Por conseguinte, delineamos a classificação desse diálogo ofertada por Valerio de Oliveira Mazzuoli, que repercute de forma mais favorável ao objeto de estudo da pesquisa. Dessa forma, tal autor separou o diálogo em dois gêneros, horizontal e vertical.

As espécies do diálogo horizontal foram apontadas como sendo o diálogo sistemático de complementaridade e o diálogo rogatório de integração. Esse primeiro diálogo é aplicado pela coordenação de normas para aplicação em conjunto no caso concreto, estabelecendo uma contraprestação recíproca no sentido de dar efetividade ao direito.

Em seguida, apontamos que o diálogo rogatório de integração decorre da ausência de norma que regule um direito já assegurado ou, quando existente, na insuficiência de seu conteúdo, o que demanda a integralização desse direito quando o conteúdo pode ser provido por normas internacionais.

Passamos então à análise do diálogo vertical, que se reparte em diálogo de inserção e diálogo de transigência. O diálogo de inserção é utilizado quando não o direito não está previsto em nosso ordenamento jurídico, possibilitando, assim, a inovação pela norma internacional.

Noutra análise, verificamos que o diálogo de transigência se desenvolve quando o ordenamento jurídico do Estado proíbe a utilização de determinado direito, que é permitido na norma internacional. Notamos, contudo, que tal não seria a hipótese para a situação de um tratado proibir determinado direito e a Constituição o permitir.

Consignamos, ademais, a importância do princípio *pro homine* e que, não obstante, a sua origem como princípio meramente interpretativo, atualmente, se reveste como aparelhagem própria de um diálogo das fontes, apto a tornar aplicável o controle jurisdicional de convencionalidade segundo a norma mais favorável ao ser humano.

No quarto tópico do primeiro capítulo, ponderamos que o controle jurisdicional de convencionalidade é anterior à teoria do diálogo das fontes. A ideia de controle de convencionalidade é apontada como tendo sido utilizada, primeiramente, em 1975 por decisão do Conselho Constitucional Francês. Contudo, pudemos observar que a ideia desse controle é bem mais antiga, surgindo em decisões da Corte Suprema dos Países Baixos que remontam a 1919.

Dessa forma, entendemos que o controle jurisdicional de convencionalidade pode ser aplicado no Brasil sem ter fundamento na teoria do diálogo das fontes. Sugerimos, assim, que é plenamente possível a aplicação do controle jurisdicional de convencionalidade divorciado da teoria do diálogo das fontes, contudo, é preferível a utilização dessa teoria, em vista de uma concretização não meramente formal da norma, mas substancial em proteção aos direitos humanos.

Tendo estabelecido a possibilidade de convivência dos critérios clássicos e do diálogo das fontes, iniciamos a análise de três casos de tribunais superiores. No primeiro deles, ocorreu a utilização da teoria do diálogo das fontes e também do controle jurisdicional de convencionalidade. Já nos dois outros casos, houve a aplicação do diálogo das fontes, porém, não se utilizou os tratados de direitos humanos no diálogo, o que poderia ter sido feito, conforme demonstrado por nós.

b) No segundo capítulo, objetivamos analisar a nova feição do ordenamento jurídico sob o prisma do controle de convencionalidade, razão pela qual iniciamos a análise ao observar a posição normativa dos tratados no ordenamento brasileiro. Separamos assim, dois momentos no qual o STF pôde se manifestar sobre tais normas, no momento anterior à Constituição e no momento posterior a ela.

Desse modo, pela análise de nove precedentes, entre os anos de 1913 e 1988, foi possível visualizar que os tratados tiveram posição superior à legislação ordinária até os idos de 1977, quando, a partir de um novo entendimento do STF, os tratados passaram a ter mesmo *status* que as leis ordinárias.

No momento pós-Constituição de 1988, verificamos que os tratados de direitos humanos recebem posição privilegiada na ordem constitucional brasileira, em virtude do §2º, do artigo 5º, da Constituição. Trata-se de cláusula refletida em outros ordenamentos jurídicos e que permite a abertura constitucional a normas não previstas estritamente no texto da Constituição.

Tendo isso em mente, passamos a analisar se houve mudança ante a perspectiva estabelecida pelo §2º do art. 5º da CF, contudo, a resposta foi negativa, já que pela análise de julgado do STF, de 1995, pudemos estabelecer que o entendimento de equiparação das normas internacionais à legislação ordinária foi mantido. Entendimento que foi confirmado em julgados posteriores.

Delineamos, nessa medida, que, apesar do entendimento do STF, os tratados de direitos humanos sob o manto do citado dispositivo constitucional sempre foram materialmente constitucionais, apesar de não o serem no quesito formal.

No segundo tópico do segundo capítulo, partimos para uma análise dos tratados de direitos humanos com a introdução da Emenda Constitucional n. 45 de 2004. A introdução do §3º do art. 5 da CF levantou dúvidas, a primeira delas dizia

respeito à posição hierárquica dos tratados anteriores à inovação constitucional, já que tal perspectiva importa diretamente na possibilidade de utilização de um controle de convencionalidade concentrado.

Nesse sentido, determinamos que, por não terem sido objeto do procedimento específico do §3º, não poderiam os tratados anteriores à Emenda Constitucional 45/2004 serem equivalentes a uma emenda constitucional.

Ademais, verificou-se uma inadequada categorização dos tratados de direitos humanos, carreada pela inovação constitucional. Essa crítica decorre da perspectiva de que o dispositivo desiguala objetos com o mesmo valor ético moral, permitindo que alguns tratados de direitos humanos tenham mais força normativa do que outros.

Noutro eixo, restou expresso que a equivalência à Emenda Constitucional permite que os tratados de direitos humanos operem as seguintes ações: reformem a Constituição, não possam ser denunciados e exerçam um controle de convencionalidade concentrado.

Em outra análise, pela perquirição jurisprudencial de casuísticas, relativas à valoração dos tratados, galgamos uma visão global da temática, sendo certo que, apesar da volatilidade de entendimentos em julgados anteriores, com o julgamento do RE 466.343 e do HC 87.585 ficou estabelecido que os tratados de direitos humanos estariam acima da lei, mas abaixo da Constituição, numa posição supralegal.

No terceiro e último ponto desse capítulo, após demonstrar a posição renovada que os tratados de direitos humanos assumem em nosso ordenamento jurídico, passamos a análise da expansão de um controle de convencionalidade sem fundamento legal na legislação pátria.

Nessa perspectiva, estabelecemos que, mesmo que inexistisse um fundamento expresso na legislação interna, não poderia haver obstáculo para a aplicação do controle de convencionalidade, o que ocorreu quando da introdução do controle de constitucionalidade na Corte Suprema dos Estados Unidos.

Noutro turno, completamos o entendimento ao afirmar que a previsão legal do controle de convencionalidade decorre do próprio art. 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos, já que fora internalizada por nosso ordenamento no Decreto n.

678 de 1992. Por esse artigo, fica claro que além do legislativo, caberia ao judiciário também uma ação positiva no sentido de tornar efetivos os direitos e liberdades previstos na Convenção Americana. Além disso, de forma complementar, a decisão do STF que garantiu *status* supralegal, acabou por permitir também o controle de convencionalidade.

Em outro momento, delineamos que os parâmetros de controle são todo e qualquer tratado de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro, possibilitando ainda incluir nesse quesito a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e também do Supremo Tribunal Federal. Contudo, estabelecemos que o parâmetro baseado nos julgados teria um viés interpretativo sobre as normas previstas em tratados de direitos humanos.

Como forma de demonstrar que a aplicação do controle de convencionalidade não surge como uma perspectiva unitária ao Estado brasileiro, trouxemos julgados de outros países que adotaram a aplicação do controle de convencionalidade em seus precedentes.

c) No terceiro capítulo, visualizamos que o controle de convencionalidade, além de contar com uma aplicabilidade aperfeiçoada pelo diálogo das fontes e de angariar posição normativa de destaque em nosso ordenamento jurídico, deveria estabelecer clara diferenciação em virtude do controle de constitucionalidade e, além disso, estabelecer seu desenvolvimento não apenas como mero argumento, mas como instrumento efetivo.

Dessa forma, no primeiro ponto desse capítulo, analisamos a tendência de enquadrar o controle de convencionalidade como se controle de constitucionalidade fosse. Isso decorre da própria estruturação dos direitos fundamentais como forma de dar eficácia aos direitos. O enquadramento dos tratados de direitos humanos sob uma hierarquia material de caráter constitucional não enseja a aplicação do controle de constitucionalidade, tendo em conta que o parâmetro de controle continua a ser a normativa internacional de direitos humanos.

A confusão instaurada em nosso ordenamento entre os dois tipos de controle está enraizada na jurisprudência de diversos tribunais pátrios. Nesse espeque, apontamos para o fato de que mesmo nas hipóteses em que o controle de

convencionalidade é citado no julgado, a confusão pode ser feita, ao verificarmos, por exemplo, julgados que alegam que o controle de convencionalidade seria uma espécie de controle difuso de constitucionalidade.

A vinculação à superioridade absoluta da Constituição acaba por gerar entraves na aplicação do diálogo das fontes, pois impede, por vezes, que a norma que melhor protege o direito do ser humano seja aplicada no caso concreto. Por outro lado, nota-se também que a ideia de bloco de constitucionalidade acaba também por ensejar confusão entre os dois instrumentos de controle normativo.

No entanto, para nós, a ideia não deveria ser de um bloco de constitucionalidade, que pode manifestar dúvidas no julgador. A ideia que buscamos é de um bloco de direitos humanos fundamentais, que também poderia ser descrito como um bloco dialógico de direitos fundamentais, dando ênfase ao diálogo das fontes e também ao controle jurisdicional de convencionalidade.

No segundo tópico do terceiro capítulo, avançamos por uma análise do banco de dados de jurisprudência de todos os 88 tribunais brasileiros pertencentes ao Poder Judiciário. O parâmetro utilizado nessa pesquisa foi o termo “convencionalidade”.

Com base nisso, obtivemos um total de 31 tribunais que expressamente citaram o termo “convencionalidade”. Destes, verificou-se que dos 291 resultados encontrados, 278 diziam respeito ao controle jurisdicional de convencionalidade. Trata-se de número ínfimo, quando tomamos como comparação o número de julgamentos do STJ em um único ano.

Nesse prisma, consignamos que existe uma discrepância entre os tribunais, tendo em conta que alguns possuem quantitativo alto de julgados com citação ao termo convencionalidade, enquanto outros tem um único julgado. Apesar disso, apontamos que a representatividade de um tribunal no número de julgados não necessariamente equivale à efetiva utilização do controle jurisdicional de convencionalidade.

Dessa forma, demonstramos que a quase totalidade dos julgados de um tribunal com grande número de citações ao controle de convencionalidade faz uso desse controle como mero argumento, ou seja, apenas cita, sem qualquer efeito

prático. Essa aplicação superficial do controle de convencionalidade se repete em outros tribunais do país, razão pela qual dividimos uma segunda análise por grupos, nos quais estipulamos uma temática que relacionasse três julgados em cada grupo.

Por essa análise foi possível entender e definir como o controle jurisdicional de convencionalidade acaba sendo utilizado como mero instrumento de convencimento sem qualquer conteúdo, manifestando, assim, posição superficial quando da aplicação pelos tribunais.

No terceiro tópico do terceiro capítulo, capitaneamos uma análise dos julgados que melhor utilizaram o controle jurisdicional de convencionalidade. Nesse importe, iniciamos por uma análise de dois julgados do TST que aplicaram corretamente o controle jurisdicional de convencionalidade, notando que o primeiro deles serviu de paradigma para diversos outros julgados, enquanto o segundo foi o primeiro a utilizar o termo naquele tribunal.

Em seguimento, averbamos que a utilização do controle jurisdicional de convencionalidade tem se tornado uma tendência no âmbito da justiça trabalhista e também fora dela, por meio dos congressos da magistratura trabalhista. Tendo em vista essa tendência, adentramos no campo dessa influência no âmbito das cortes regionais do trabalho, por meio de alguns julgados que aplicaram efetivamente o controle de convencionalidade em seus precedentes.

Noutra esfera, delineamos, por meio de um dos precedentes, que a aplicação do controle jurisdicional de convencionalidade pode ocorrer com os critérios clássicos de solução de antinomias, sem o diálogo das fontes, conforme apontamos na primeira parte do trabalho. No entanto, fizemos ressalva de que, em nosso entender, de melhor grau é a aplicação pelo diálogo das fontes.

Tendo visto isso, reforçamos a ideia de que o controle difuso de convencionalidade pode ocorrer em qualquer caso da justiça brasileira, o que implica a limitação dos efeitos às partes e atrai a imposição da cláusula de reserva de plenário, algo que não pôde ser observado nos julgados consultados.

Noutro turno, passamos a destrinchar alguns dos critérios para o controle abstrato de convencionalidade, apontando que esse controle só seria operado pelo STF no âmbito das ações por via principal. Estabelecemos, ainda, que os Tribunais

de Justiça não teriam competência para esse tipo de controle, como tem no âmbito do controle de constitucionalidade.

Exemplificamos as ações que poderiam ser utilizadas para o controle concentrado de convencionalidade e imputamos como necessária a efetiva participação do Ministério Público na implementação desse controle e da proteção dos direitos humanos que decorrem de sua aplicação.

2. Contribuições

O problema lançado na presente pesquisa era avaliar se o controle jurisdicional de convencionalidade estaria sendo utilizado adequadamente em nosso ordenamento jurídico. Tal problemática se justificou ante a constatação de que a possibilidade de responsabilização internacional do Estado demanda que os tribunais passem a conformar a legislação pátria aos tratados de direitos humanos.

A hipótese que oferecemos, naquele momento, foi de que o controle jurisdicional de convencionalidade não era aplicado de forma adequada em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista três fatores.

O primeiro fator era a utilização de modelos teóricos insatisfatórios para casos que demandam uma aplicação dialógica das normas, o segundo dizia respeito à visão, que se tornou ponto de referência jurisprudencial, de que os tratados estariam em patamar hierárquico de leis ordinárias e o terceiro fator se consubstanciava na confusão do controle de convencionalidade com o controle de constitucionalidade.

Tal hipótese foi confirmada, na medida em que, por análise empírica, mesmo em vista dos critérios clássicos de solução de antinomias, o controle pelos tratados de direitos humanos deixa de ser aplicado no caso concreto. Dessa forma, sob o prisma do diálogo das fontes o número de julgados tende a se apresentar em número reduzido.

Nesse prisma, o controle de convencionalidade, ao menos conforme apontam os dados atuais, sofre de uma aguda falta de efetividade no Brasil. Observa-se ainda que nas hipóteses em que existe a utilização do instrumento, faltam critérios teóricos adequados, o que também está diretamente ligado ao histórico jurisprudencial que se afastava do dever de dar maior relevo aos tratados de direitos humanos.

Nesse ponto, a inadequação do controle de convencionalidade resulta da posição normativa atribuída pelo nosso ordenamento, que apesar de posição de destaque, ainda os enquadra abaixo da Constituição, sendo que, em nosso entender, tais normas sempre foram materialmente constitucionais sob o véu do §2º do art. 5º da Constituição.

Atribuir valor materialmente constitucional aos tratados é, propriamente, a consagração do princípio *pro homine*, o que garante uma validade para a norma, que vai além do critério formal, podendo ocorrer a situação na qual a norma hierarquicamente inferior poderá ser aplicada para resolver o caso concreto.

A alternativa possível para a real aplicabilidade do controle de convencionalidade se dá pela junção de vontade judicial, ante ao dever estabelecido pela CIDH, e de critérios teóricos de diálogo entre as normas com base em um enquadramento constitucional dos tratados de direitos humanos.

O que, de forma alguma, deve significar o uso do controle de constitucionalidade no lugar do controle de convencionalidade, tal linha deve ser entendida com base no próprio parâmetro de controle, no caso do de convencionalidade, os tratados de direitos humanos, no caso do de constitucionalidade, a Constituição.

Veja-se que não existe óbice legal para a utilização do controle jurisdicional de convencionalidade no Brasil, ocorre, no entanto, que a jurisprudência enraizada em uma longa tradição de negativa à posição hierárquica de destaque dos tratados de direitos humanos, acaba por limitar a aplicabilidade do controle de convencionalidade.

Contudo, inicia-se, mesmo que aos poucos e de forma lenta, a consagração da aplicabilidade do controle de convencionalidade aqui preconizada em alguns poucos julgados dos tribunais brasileiros, conforme pudemos demonstrar na pesquisa. Tais casos podem e devem ser tomados como parâmetro, pela inserção de um diálogo das fontes e do princípio *pro homine*, para a adequada utilização do controle jurisdicional de convencionalidade em nosso ordenamento jurídico.

Nesse prisma, o trabalho, por meio de uma prospecção, abre possibilidades futuras de análise. A pesquisa aqui elaborada, além de poder ser aproveitada para a

disseminação do controle de convencionalidade no âmbito judicial brasileiro, pode servir de ponto de apoio para o desenvolvimento de outras características relacionadas ao instituto. Nesse sentido, é curial que o controle jurisdicional de convencionalidade deixe de ser tratado como mera opção argumentativa e passe a ser utilizado como dever inerente à jurisdição brasileira.

REFERÊNCIAS

ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado derecho administrativo, a la luz del control de convencionalidad. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*. Santa Fe, vol. 2, n. 1, p. 283-300, ene./jun. 2015.

ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. *International human rights*. Oxford: Oxford University Press. 2013.

AMARAL JUNIOR, Alberto do. O “diálogo” das fontes: fragmentação e coerência no direito internacional contemporâneo. *Anuário brasileiro de direito internacional*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 11-33, jul./dez. 2008. Semestral.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Os tratados no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da Ajuris*, v. 75, n. 11, p. 287-309, 1999.

ANAMATRA. Juiz que não sabe se comunicar está deixando de fazer parte de seu trabalho. Gramado, 2014. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/index.php/noticias/juiz-que-nao-sabe-se-comunicar-esta-deixando-de-fazer-parte-de-seu-trabalho>>. Acesso em: 25 de março de 2015.

ANDREOLA, Susana Cordenonsi. Tratados internacionais no Direito brasileiro e argentino. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 67, n. 17, p. 292, abr./jun. 2009. Trimestral.

ARGENTINA. Constituição de 1853. *Constitucion de la nacion argentina, reformada y concordada por la convencion nacional ad hoc el 25 de septiembre de 1860 y con las reformas de las convenciones de 1866, 1898, 1957 y 1994*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.ar/delInteres>>. Acesso em: 12 de abril de 2015.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justiça da Nação. Caso Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo (fallo: 333:1657). v. 281. XLV. 31 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.cij.gov.ar/nota-4848-La-Corte-ratifico-la-nulidad-de-los-indultos-de-Videla-y-Massera.html>>. Acesso em: 12 de abril de 2015.

ARIOSI, Mariângela. *Conflitos entre tratados internacionais e leis internas: o judiciário brasileiro e a nova ordem internacional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

BACKER, Larry Catá. From Constitution to Constitutionalism: A Global Framework for Legitimate Public Power Systems. *Penn State Law Review*, v. 113, n. 3, p. 101-177, 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1272264>. Acesso em: 15 janeiro de 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BESSA, Leonardo Roscoe. Diálogo das fontes no direito do consumidor: a visão do Superior Tribunal de Justiça. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BESSELINK, Leonard F. M. The proliferation of constitutional law and constitutional adjudication, or how american judicial review came to europe after all. *Utrecht Law Review*, [S. l.], v. 9, n. 2, p. 19-35, mar., 2013.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BOBBIO, Norberto. Locke e o Direito Natural. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. Congresso Nacional. Proposta de Emenda à Constituição nº 312 de 2008. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=419391>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2015.

BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 26 dez. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25/03/2015.

BRASIL. Decreto Nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 24 abril 2015.

BRASIL. Decreto Nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm>. Acesso em: 24 abril 2015.

BRASIL. Decreto Nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 24 abril 2015.

BRASIL. Decreto Nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. 1990. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 24 abril 2015.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 14 de abril de 2015.

BRASIL. Lei Nº 2.416, de 28 de junho de 1911. Regula a extradição de nacionais e estrangeiros e o processo e julgamento dos mesmos, quando, fóra do país, perpetrarem algum dos crimes mencionados nesta lei. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-2416-28-junho-1911-579206-publicacaooriginal-102088-pl.html>>. Acesso em: 24 março 2015.

BRASIL. Lei Nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 24 abril 2015.

BRASIL. Lei Nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm>. Acesso em: 24 de abril de 2015.

BRASIL. Lei Nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/10.741.htm>. Acesso em: 24 abril 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. RECUSA DE CLÍNICA CONVENIADA A PLANO DE SAÚDE EM REALIZAR EXAMES RADIOLÓGICOS. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. VÍTIMA MENOR. IRRELEVÂNCIA. OFENSA A DIREITO DA PERSONALIDADE [...]. REsp 1.037.759. Rel. Nancy Andrighi. Brasília, 23 de fevereiro de 2010. Dje. 05/03/10. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=8491699&num_registro=200800510315&data=20100305&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 20/04/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA DO CONTRATO DE SEGURO SAÚDE QUE PREVÊ A VARIAÇÃO DOS PRÊMIOS POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA REFORMADA PELO ACÓRDÃO ESTADUAL, AFASTADA A ABUSIVIDADE DA DISPOSIÇÃO CONTRATUAL. INSURGÊNCIA DA SEGURADA. [...]. REsp 1.280.211. Rel. Marco Buzzi. Brasília, 23 de abril de 2014. Dje. 04/09/14. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35491079&num_registro=201102207680&data=20140904&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 20/04/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – INSTRUMENTO DE AFIRMAÇÃO DA SUPREMACIA DA ORDEM CONSTITUCIONAL – O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR NEGATIVO – LEI COMPLEMENTAR Nº 224/2000, DO ESTADO DE RONDÔNIA (ART. 64, “CAPUT” E PARÁGRAFO ÚNICO) – A NOÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE/INCONSTITUCIONALIDADE COMO CONCEITO DE RELAÇÃO – A QUESTÃO PERTINENTE AO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE – POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS DIVERGENTES EM TORNO DO SEU CONTEÚDO – O SIGNIFICADO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO FATOR DETERMINANTE DO CARÁTER CONSTITUCIONAL, OU NÃO, DOS ATOS ESTATAIS – NECESSIDADE DA VIGÊNCIA ATUAL, EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO, DO PARADIGMA CONSTITUCIONAL ALEGADAMENTE VIOLADO – SUPERVENIENTE MODIFICAÇÃO/SUPRESSÃO DO PARÂMETRO DE CONFRONTO E DO TEXTO DA NORMA ESTATAL IMPUGNADA – HIPÓTESE DE PREJUDICIALIDADE – EXTINÇÃO ANÔMALA DO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – AÇÃO DIRETA JULGADA PREJUDICADA – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. ADI 2971. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 06 de novembro de 2014. DJe 13/02/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7758406>>. Acesso em: 15 de março de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível. Tratado com o Uruguai sobre importação; interpretação de suas cláusulas relativas a direitos aduaneiros; taxas adicionais e de previdência social; como considera-las. Apelação Cível nº 7.872. Relator Min. Philadelpho Azevedo. 11 de outubro de 1943. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=519551&codigoClasse=161&numero=7872&siglaRecurso=&classe=ACi>>. Acesso em: 20 fevereiro 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível. Tratado internacional. Sua força quanto as leis que regulam os casos nele estabelecidos. Só por leis que a ele se refiram expressamente, pode ser revogado. Imposto. Como deve ser cobrado. Apelação Cível nº 9.587. Relator Min. Lafayette de Andrada. Rio de Janeiro, 21 de agosto de 1951. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25026>>. Acesso em: 20 fevereiro 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de declaração em Recurso Extraordinário. Abalroamento marítimo; indenização; abandono liberatório do navio; não a exclui a sua venda compulsória, “ex-vi-legis”. O art. 494 do Código Comercial não está revogado pela Convenção de Bruxelas, promulgada pelo Decreto. nº 350, de 1935. ED do RE nº 14.215. Relator Min. Edgard Costa. Rio de Janeiro, 30 de abril de 1956. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=31789>>. Acesso em: 20 fevereiro 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. DEPOSITÁRIO INFIEL – PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. HC 87.585/TO. Plenário. Impetrante: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 03, de dezembro de 2008. Voto vista Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 04 dez. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Habeas Corpus. Extradicação. II. A arguição de se tratar de crime político é tema que só excepcionalmente se torna possível examinar nesta via sumária. III. A existência de tratado, regulando a extradicação, quando em conflito com a lei, sobre ela prevalece porque contém normas específicas. IV. Excesso de prazo não reconhecido em conformidade com as disposições do tratado em questão. V. Writ indeferido. HC nº 51.977. Relator Min. Carlos Thompson Flores. Brasília, 13 de março de 1974. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=63683>>. Acesso em: 20 fevereiro 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. "Habeas corpus". Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. "Habeas corpus" indeferido, cassada a liminar concedida. HC 72.131/RJ. Plenário. Impetrante: Marcello Ferreira de Souza Granado. Impetrado: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 23, de novembro de 1995. Voto Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. TORTURA CONTRA CRIANÇA OU ADOLESCENTE - EXISTÊNCIA JURÍDICA DESSE CRIME NO DIREITO PENAL POSITIVO BRASILEIRO - NECESSIDADE DE SUA REPRESSÃO - CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SUBSCRITAS PELO BRASIL [...]. HC 70.389. Rel. Sydney Sanches. Brasília, 23 de junho de 1994. Dj. 10/08/01. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72400>>. Acesso em: 10/01/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. DIREITO CONSTITUCIONAL. DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO. CONTROLE JUDICIAL. CABIMENTO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM EXCLUSIVA DO PARLAMENTAR EM EXERCÍCIO. MANDADO DE SEGURANÇA CONHECIDO. POSSIBILIDADE DO EXAME JUDICIAL DA CONSTITUCIONALIDADE DURANTE A

TRAMITAÇÃO DE PROJETO DE LEI. MEDIDA EXCEPCIONAL NÃO APLICÁVEL AO CASO. SEPARAÇÃO ENTRE OS PODERES E PREVISÃO CONSTITUCIONAL PARA SUAS ATUAÇÕES. MANDADO DE SEGURANÇA A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. MS 33.615. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, 29 de maio de 2015. Dje n. 105, 03/06/2015. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=306956701&tipoApp=.pdf> Acesso em: 05/06/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pedido de Extradicação. Pedido de Extradicação nº 7. Relator Min. Canuto José Saraiva. 29 de janeiro de 1913.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Abandono liberatório – justa liquidação e obrigações da atividade marítima – ofensa do art. 494 do código comercial – alienação compulsória não importa em renúncia tácita àquele abandono – Recurso provido. RE nº 14.215. Relator Min. Barros Barreto. Rio de Janeiro, 06 de junho de 1949. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553635>>. Acesso em: 20 fevereiro 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Ação executiva. O art. 30 da Lei Uniforme não contraria a Lei 2.044 de 31.12.1908. RE nº 58.713. Relator Min. Hermes Lima. Brasília, 30 de setembro de 1966. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=156579>>. Acesso em: 20 fevereiro 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Cheque – apresentação fora do prazo legal. A apresentação do cheque ao sacado fora do prazo legal, não priva o portador de ação executiva contra o emitente. Interpretação do artigo 5º, do Decreto 2.591 de 07.8.1912. O possuidor que não apresentar o cheque ao sacado no prazo legal, perde a ação regressiva contra os endossantes e seus avalistas, mas conserva-a, em regra geral, em suas relações com o emitente. Recurso Extraordinário conhecido, porém improvido. RE nº 80.856. Relator Min. Cordeiro Guerra. Brasília, 11 de abril de 1975. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=176157>>. Acesso em: 20 fevereiro 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Convenção de Genebra – Lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias – aval apostado a nota promissória não registrada no prazo legal – impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do Decreto-Lei nº 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 nº 427/69, 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 do título cambial a que foi apostado. Recurso extraordinário conhecido e provido. RE nº 80.004. Relator Min. Xavier de Albuquerque. Brasília, 01 de junho de 1977. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 20 fevereiro 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. 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. Recursos extraordinário conhecido e provido. RE nº 71.154. Relator Min. Oswaldo Trigueiro. Brasília, 04 de agosto de 1971. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=166999>>. Acesso em: 20 fevereiro 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. PRISÃO CIVIL. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação de medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas, interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. RE 466.343/SP. Plenário. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 03, de dezembro de 2008. Voto Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAR AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. FILIAÇÃO. DIREITO INDISPONÍVEL. INEXISTÊNCIA DE DEFENSORIA PÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO. 1. A Constituição Federal adota a família como base da sociedade a ela conferindo proteção do Estado. Assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar pressupõe reconhecer seu legítimo direito de saber a verdade sobre sua paternidade, decorrência lógica do direito à filiação (CF, artigos 226, §§ 3o, 4o, 5o e 7o; 227, § 6o). 2. A Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições prescritas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, artigos 127 e 129). 3. O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família, razão pela qual o estado de filiação é direito indisponível, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 27). 4. A Lei 8560/92 expressamente assegurou ao Parquet, desde que provocado pelo interessado e diante de evidências positivas, a possibilidade de intentar a ação de investigação de paternidade, legitimação essa decorrente da proteção constitucional conferida à família e à criança, bem como da indisponibilidade legalmente atribuída ao reconhecimento do estado de filiação. Dele decorrem direitos da personalidade e de caráter patrimonial que determinam e justificam a necessária atuação do Ministério Público para assegurar a sua efetividade, sempre em defesa da criança, na hipótese de não reconhecimento voluntário da paternidade ou recusa do suposto pai. 5. O direito à intimidade não pode consagrar a irresponsabilidade paterna, de forma a inviabilizar a imposição ao pai biológico dos deveres resultantes de uma conduta volitiva e passível de gerar vínculos familiares. Essa garantia encontra limite no direito da criança e do Estado

em ver reconhecida, se for o caso, a paternidade. 6. O princípio da necessária intervenção do advogado não é absoluto (CF, artigo 133), dado que a Carta Federal faculta a possibilidade excepcional da lei outorgar o jus postulandi a outras pessoas. Ademais, a substituição processual extraordinária do Ministério Público é legítima (CF, artigo 129; CPC, artigo 81; Lei 8560/92, artigo 2o, § 4o) e socialmente relevante na defesa dos economicamente pobres, especialmente pela precariedade da assistência jurídica prestada pelas defensorias públicas. 7. Caráter personalíssimo do direito assegurado pela iniciativa da mãe em procurar o Ministério Público visando a propositura da ação. Legitimação excepcional que depende de provocação por quem de direito, como ocorreu no caso concreto. Recurso extraordinário conhecido e provido. RE n. 248.869. Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA. Brasília, 07 de agosto de 2003. DJ 12/03/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=257829>> Acesso em: 15 de março de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 25. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=25.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Acre. Habeas Corpus. HABEAS CORPUS FORMAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO - MILÍCIA PRIVADA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – PRIMEIRO COMANDO DA CAPITAL – PCC - PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. PLURALIDADE DE RÉUS – INSTRUÇÃO COMPLEXA – PROCEDIMENTOS JUDICIAIS EM ANDAMENTO – DURAÇÃO RAZOÁVEL – PEDIDO DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE – TRATADO INTERNACIONAL - ADESÃO DO BRASIL - INEXISTÊNCIA DE INCONVENCIONALIDADE DO ARTIGO 310 DO CPP COM O ARTIGO 7.5 DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – ORDEM DENEGADA. 1. O artigo 310, do Código de Processo Penal é compatível com legislação internacional, especialmente quando comparado com a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, e introduzida no âmbito do direito interno por força do Decreto Presidencial nº 678/92. 2. Os prazos para a conclusão da instrução criminal não são peremptórios, podendo ser flexibilizados diante das peculiaridades do caso concreto, em atenção e dentro dos limites da razoabilidade. 3. Não se constata indícios de desídia do Estado-Juiz, que tem sido diligente no andamento do feito, em que se apura suposta prática do crime previsto no artigo 288-A do CPP, envolvendo 44 (quarenta e quatro) réus ligados, em tese, a organização criminosa conhecida como “Primeiro Comando da Capital PCC”, presos mediante operação policial em localidades diversas, com defensores e advogados diferentes, circunstâncias que contribuem sobremaneira para o alongamento da instrução/resolução da causa. 4. Ordem denegada. HC n. 67049/2014. Rio Branco, 24 de abril de 2014. Relatora: Desembargadora Denise Bonfim. Disponível em: <<http://www.tjac.jus.br/>>. Acesso em: 22 de junho de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Habeas Corpus. "HABEAS CORPUS" - TRÁFICO DE DROGAS – DISCUSSÃO AUTORIA - IMPOSSIBILIDADE - VEDAÇÃO À VALORAÇÃO PROBATÓRIA - F AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA -

REALIZAÇÃO - NÃO DEMONSTRAÇÃO - "WRIT" MAL INSTRUÍDO. I. Como é sabido doutrinária e jurisprudencialmente, a ação constitucional de habeas corpus não se presta a discutir qualquer matéria que envolva dilação probatória. A discussão acerca da autoria do delito exige valoração de provas carreadas aos autos, matéria própria de apelação criminal, não alcançando a presente ação constitucional a análise de tal pedido. II. Na ação de habeas corpus o ônus da prova não só incumbe ao impetrante, como mister se faz que seja pré-constituída, devendo o mesmo instruir a inicial com todos os documentos comprobatórios das assertivas constantes da missiva, sob pena de sua denegação. HC n. 287704/2015. Relator: Desembargador Alexandre Victor de Carvalho. Belo horizonte, 5 de maio de 2015. Dje 13/05/2015. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 16 de junho de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Acre. Habeas Corpus. Habeas Corpus. Processo Penal. Convenção Americana de Direitos Humanos. Inconvencionalidade. Ausência. Prisão preventiva. Requisitos. Existência. Decisão. Fundamentação. Presença. Constrangimento ilegal. Inexistência. - Não há inconvencionalidade entre os artigos 310, do Código de Processo Penal e 7.5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, vez que o controle judicial da prisão é feito de acordo com a previsão contida na legislação processual penal e na Constituição Federal. - Verificando-se comprovada a materialidade do crime, havendo indícios suficientes da sua autoria e presentes ainda os motivos autorizadores da decretação da prisão preventiva, não há que se falar em constrangimento ilegal e ausência de fundamentação na Decisão que decretou a prisão preventiva, impondo-se a denegação da Ordem. HC n. 29191/2014. Relator: Samoel Evangelista. Rio Branco, 10 de junho de 2014. Disponível em: <www.tjac.jus.br>. Acesso em: 15 de junho de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ação ordinária. 2014.01.1.187267-4. 7ª Vara cível de Brasília. 03 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=tjhtml105&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&CDNU PROC=20140111872674>>. Acesso em: 17 de mar. de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação. CIVIL E CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. NEGATIVA DE COBERTURA DE MATERIAL PARA PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. AUSENTE SITUAÇÃO DE INDISCUTÍVEL BENEFÍCIO PARA O PACIENTE. VERIFICADA RESPONSABILIDADE DA RÉ SOBRE AS DESPESAS HAVIDAS COM O TRATAMENTO. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. 1. O médico responsável pelo acompanhamento clínico da paciente é quem detém melhores condições de sugerir a terapêutica mais adequada ao seu caso específico, não comparecendo razoável a negativa do plano de saúde em fornecer os materiais solicitados, notadamente porque não verificada a alegada situação de indiscutível conveniência para a autora e ausente comprovação de inexistência de cobertura contratual. 2. A negativa de cobertura, por si só, configura-se mero inadimplemento contratual, não dando azo, em regra, à reparação a título de danos morais. Contudo, excepcionalmente, como no caso dos autos, a injusta negativa de cobertura dos materiais imprescindíveis à cirurgia da apelante, portadora de doença grave, é apta a gerar danos morais, porquanto impinge a paciente, que se encontra em momento de grande fragilidade, sofrimento e angústia pela incerteza de acesso ao tratamento necessário à recuperação de sua saúde e qualidade de vida. 3. Recurso desprovido. Apelação n.

255910/2008. Relator: Desembargador Mario-Zam Belmiro. Brasília, 8 de junho de 2011. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 15 de abril de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível. Apelação Cível. APELAÇÃO CÍVEL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. COMPRA DE APOIO POLÍTICO. ILEGALIDADE. AGENTES PÚBLICOS. DANO AO ERÁRIO. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI DE IMPROBIDADE. PRETENSÃO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA ADVINDA DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO. ART. 37, §4º CF/88. INVIABILIDADE [...]. APC 2011.01.1.045390-2. Segunda Turma Cível. Relator: Desembargadora Carmelita Brasil. Brasília. 9 de julho de 2014. Disponível em: <www.tjdft.jus.br>. Acesso em: 13 de abril de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Habeas Corpus. HABEAS CORPUS. ART. 329 DO CÓDIGO PENAL E ART. 21 DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS. REINCIDÊNCIA – INCONSTITUCIONALIDADE EM FACE DO ART. 8º, IV, DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. ACORDÃO FUNDAMENTADO. ORDEM DENEGADA. O sistema dos Juizados Especiais foi concebido para se completar em si mesmo, salvo em hipóteses em que ocorra ofensa constitucional evidente. Se a impetrante alega a inconstitucionalidade da agravante da reincidência em face do disposto no art. 8º, IV, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que possui status de supralegalidade, porque anterior à EC 45/2004 e não submetido ao procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, não há que se falar em controle de constitucionalidade da aludida norma, mas sim em controle de convencionalidade. Em hipóteses que tais, e considerando-se que o STF reconheceu a Repercussão Geral em Recurso Extraordinário, no qual se discute a recepção, pela Constituição Federal, da agravante da reincidência (RE 591563RG/RS), mister aguardar-se a decisão do Supremo Tribunal Federal. HBC 2012.00.2.029280-9. Primeira Turma Criminal. Relator: Desembargador Romão C. Oliveira. Brasília. 7 de fevereiro de 2013. Disponível em: <www.tjdft.jus.br>. Acesso em: 13 de abril de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Apelação. APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTE E DESACATO – SENTENÇA CONDENATÓRIA – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE EXAME TOXICOLÓGICO – DILIGÊNCIA PRESCINDÍVEL, INCAPAZ DE ELIDIR A PROVA DA TRAFICÂNCIA – PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME PREVISTO NO ART. 28 DA LEI 11.343/06 – CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS E PROVA TESTEMUNHAL ROBUSTA A DENOTAR A PRÁTICA DA MERCANCIA DEFESA – TRAFICÂNCIA DESVELADA – ABSOLVIÇÃO QUANTO AO CRIME DE DESACATO – DESPRESTÍGIO DA FUNÇÃO PÚBLICA CARACTERIZADO – COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – APLICAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO – VIABILIDADE – REFUSÃO DE ENTENDIMENTO – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS INSERTOS NO ART. 33, § 2º, ‘c’, CP – PRETENSÃO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO – IMPROCEDENTE – IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL DE TRATAMENTOMENOS BRANDO AOS DELITOS HEDIONDOS E EQUIPARADOS – SUBSTITUIÇÃO QUE SE ADAPTA AOS DELITOS MENOS GRAVES – CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME INDICAM A

INSUFICIÊNCIA DA MEDIDA – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS INSERTOS NO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL – APELO PARCIALMENTE PROVIDO. Ap. n. 72122/2013. Relator: Desembargador Alberto Ferreira de Souza. Cuiabá, 27 de novembro de 2013. Disponível em: <www.tjmt.jus.br>. Acesso em: 15 de junho de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Embargos de declaração em recurso em sentido estrito. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A, `CAPUT, C/C ART. 226, INCISO II, E ART. 61, INCISO II, `F', TODOS DO CÓDIGO PENAL. DECADÊNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. INVOCADA OMISSÃO DO ACÓRDÃO POR DISCUTIR A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 225, §1º, I E §2º DO CÓDIGO PENAL, O QUAL EXIGIA REPRESENTAÇÃO PARA APRESENTAR A AÇÃO PENAL, E O EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE ANTE A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. INOCORRÊNCIA. TESES NÃO AVANTADAS NA FUNDAMENTAÇÃO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. INOVAÇÃO RECURSAL INVIÁVEL EM SEDE DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PRECEDENTES. EMBARGOS REJEITADOS. ED em RESE n. 12610285. Relatora: Desembargadora Sônia Regina de Castro. Curitiba, 14 de maio de 2015. Disponível em: <www.tjpr.jus.br>. Acesso em: 15 de junho de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Habeas Corpus. HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – DENÚNCIA PELO ARTIGO 33, CAPUT DA LEI Nº 11.343/06 – PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA – AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – PREVISÃO EM PACTOS E TRATADOS INTERNACIONAIS RATIFICADOS PELO BRASIL – CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE – EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PREVISTOS NA ORDEM INTERNACIONAL – REQUISITOS DA PRISÃO – FUNDAMENTAÇÃO COM BASE NA QUANTIA CONSIDERÁVEL DE DROGAS - AUSÊNCIA DE MELHOR TÉCNICA – FALTA DE CONEXÃO LÓGICA – QUANTIDADE CONCRETAMENTE APREENDIDA QUE NÃO SE REVELA EXPRESSIVA – AUSÊNCIA DE PERIGO CONCRETO - MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS – CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO QUE INDICAM A NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO DE SUA APLICAÇÃO – ARTIGO 282 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA POR UNANIMIDADE [...]. HC n. 13583232. Relator: Desembargador José Laurindo de Souza Netto. Curitiba, 23 de abril de 2015. Disponível em: <www.tjpr.jus.br>. Acesso em: 15 de junho de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Recurso em sentido estrito. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOSTILIZAÇÃO DE DECISÃO QUE REJEITOU A DENÚNCIA POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. SUPOSTA ANTINOMIA HAVIDA ENTRE O COMANDO DO ARTIGO 395, III, DO CPP E AS DIRETRIZES DA LEI 11340/06. LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA ORIGINADA A PARTIR DE RECOMENDAÇÃO IMPOSTA PELA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS AO ESTADO BRASILEIRO POR DESCUMPRIMENTO DA CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. MUDANÇA DE PARADIGMA TANTO NO TRATAMENTO DO DELITO QUANTO AO COMPROMETIMENTO DAS INSTITUIÇÕES ESTATAIS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL ADSTRITO AOS CASOS EXCEPCIONAIS. PERSECUTIO CRIMINIS FUNDADA NA PALAVRA DA VÍTIMA. FATOS CONTEXTUALIZADOS NO ÂMBITO DE LEGISLAÇÃO

ESPECIALMENTE CRIADA A SALVAGUARDA DA MULHER NAS RELAÇÕES DOMÉSTICAS E SUBMETIDA AO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. CERCEAMENTO DO MUNUS ACUSATÓRIO DO ESTADO. PROVIMENTO DO RECURSO. A inépcia só exhibe espaço de decretação quando a denúncia ofertada não observa os parâmetros do art. 41 do CPP, dificultando compreensão dos seus termos ou gerando embaraços ao livre exercício do direito de defesa. RESE n. 0005631-66.2013.8.19.0000. Relator: Desembargador Carlos Eduardo Roboredo. Rio de Janeiro, 12 de março de 2013. DJe 15/03/2013. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004792C80F3771FEB39A073038B3D8A14ACC502121E2F34>>. Acesso em: 15 de março de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação. APELAÇÃO CRIME. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. CRIMES DE LESÕES CORPORAIS E AMEAÇA. 1 – CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA. 1.1. Dever de coibir a violência no contexto familiar que foi atribuído ao Estado pela própria Constituição Federal em seu art. 226, § 8º. Lei 11.340/06 publicada com o intuito de recrudescer as sanções aos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, tratando-se de norma de discriminação positiva, na qual a Lei estabelece medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre homem e mulher, diante da histórica discriminação social por ela sofrida. Lei Maria da Penha que está de acordo com convenções e tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro, de forma que sua não aplicação ou invalidação poderia ensejar responsabilização internacional do Estado brasileiro. 1.2. Justificada a vedação da aplicação da Lei nº 9.099/95, pois os dispositivos despenalizadores deste Diploma Legal vão de encontro aos fins da Lei nº 11.340/06, a qual buscou dar maior rigor aos crimes por ela abrangidos. 2 – INOBSERVÂNCIA DA ORDEM LEGAL DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS EM AUDIÊNCIA (ART. 212, DO CPP). 2.1. Conforme orientação que se consolidou na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a Lei nº 11.690, de 09/08/2008, alterou a redação do art. 212 do Código de Processo Penal, passando-se a adotar o procedimento do Direito Norte-Americano, chamado cross-examination, no qual as vítimas, as testemunhas e o acusado são questionadas diretamente pela parte que as arrolou, facultada à parte contrária, na sequência, sua inquirição (exame direto e cruzado), possibilitando ao magistrado complementar a inquirição se entender necessários esclarecimentos remanescentes e o poder de fiscalização. Persiste, todavia, divergência sobre se haveria nulidade absoluta ou relativa. 2.2. Esta Câmara Criminal, em votação majoritária, afasta a existência de nulidade absoluta ou relativa, pois a redação do art. 212, do CPP, conferida pela Lei nº 11.690/08, não teria sequer modificado o método de inquirição de testemunhas, no que se refere à ordem das perguntas. 2.3. Vencido, no ponto, o relator que, de ofício, reconhecia a nulidade do processo, tendo em vista que a inobservância pelo juiz do novo sistema determinado pelo art. 212, do CPP, implica em violação de norma federal cogente e de ordem pública, bem como da Constituição Federal, por ofensa aos princípios acusatório (igualdade de armas entre as partes e imparcialidade judicial) e ao devido processo legal. 3. ÉDITO CONDENATÓRIO. MANUTENÇÃO. Tese negativa do acusado que carece de credibilidade ante as firmes declarações da vítima, inexistindo razão para desacreditá-las. Especial relevância da palavra da vítima para a análise dos crimes, a qual vem corroborada pelo auto de exame de corpo delito que atesta a existência de lesões provocadas pelo acusado. Crimes configurados. 4. DOSIMETRIA DA PENA. 4.1. CRIME DE LESÃO CORPORAL QUALIFICADA PELA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. Justificado o afastamento da pena-base do mínimo legal em razão da

presença de diversas escoriações na vítima, ainda que todas consideradas leves.

4.2. CRIME DE AMEAÇA. Ausência de elementos que autorizem a exasperação da pena em relação ao delito, não sendo o desejo de retomar o relacionamento motivo idôneo para tal, impondo-se o redimensionamento da pena para o mínimo legal. POR MAIORIA, AFASTARAM A NULIDADE DO PROCESSO, VENCIDO O RELATOR, QUE A RECONHECIA DE OFÍCIO. À UNANIMIDADE, AFASTARAM A PRELIMINAR DEFENSIVA E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. Apelação 70031601263. Relator: Desembargador Odone Sanguiné. Porto Alegre, 20 de maio de 2010. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 13 de abril de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus. HABEAS CORPUS. EXCESSO DE PRAZO. DECISÃO DE PRONÚNCIA PROFERIDA. PROCESSO QUE AGUARDA HÁ MESES, NA ORIGEM, A INTIMAÇÃO DO CORREU DE TAL DECISÃO. DECURSO DE MAIS DE CINCO MESES. DEMORA INJUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO. 1. A Constituição Federal assegura no art. 5º, LXXVIII, o direito de ser julgado num prazo razoável. Entretanto, não há delimitação do que seja razoável. O caso concretizado informará se houve ou não o excesso temporal. 2. Na aferição da duração razoável do processo também interferem a espécie de processo; a complexidade do caso; a atividade processual do interessado (imputado); bem como a atividade dos agentes oficiais. 3. No caso em apreço, o paciente foi preso em 17 de setembro de 2009. Longo e demorado tramitar do processo, com vários habeas corpus denegados. Mesmo após a pronúncia, ocorrida há mais de cinco meses, continua a ausência de razoabilidade na prática dos atos processuais. O recurso em sentido estrito ainda não foi remetido ao segundo grau, em face de diligência à intimação de outro imputado. Há muito deveria ter ocorrido a cisão do processo. Situação insustentável. Excesso de prazo reconhecido. ORDEM CONCEDIDA. Habeas Corpus 70052174950. Relator: Desembargador Nereu José Giacomolli. Porto Alegre, 13 de dezembro de 2012. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 13 de abril de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação. TRÁFICO DE DROGAS. DROGA ACONDICIONADA EM PRESERVATIVO, INSERIDO NA CAVIDADE VAGINAL. O poder de polícia do Estado e a persecutio criminis não são absolutos. Encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade. A interferência nas esferas da dignidade e da integridade física submete-se, para fins de prova criminal, às reservas legais e jurisdicionais. No caso, a interferência adveio de notícia criminis anônima e houve condução coercitiva à realização do exame. Apelação 70052189792. Relator: Desembargador Nereu José Giacomolli. Porto Alegre, 13 de junho de 2013. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 13 de abril de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação. TRÁFICO DE DROGAS. MULHER QUE TENTA INGRESSAR NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL COM DROGA NA CAVIDADE ANAL. ABSOLVIÇÃO. O poder de polícia do Estado e a persecutio criminis não são absolutos. Encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade. A interferência nas esferas da dignidade e da integridade física submete-se, para fins de prova criminal, às reservas legais e jurisdicionais. No caso, a interferência adveio de notícia criminis anônima e houve condução coercitiva à realização da invasividade. Apelação

70051956548. Relator: Desembargador Nereu José Giacomolli. Porto Alegre, 09 de maio de 2013. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 13 de abril de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação. TRÁFICO DE DROGAS. MULHER QUE TENTA INGRESSAR NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL COM DROGA NA VAGINA. ABSOLVIÇÃO. O poder de polícia do Estado e a persecutio criminis não são absolutos. Encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade. A interferência nas esferas da dignidade e da integridade física submete-se, para fins de prova criminal, às reservas legais e jurisdicionais. Ilicitude da apreensão da droga e, por derivação, das demais provas produzidas sob contraditório judicial. Apelação 70054831953. Porto Alegre, 19 de dezembro de 2013. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 13 de abril de 2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região. Recurso ordinário. AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO. EMPRESA VINCULADA AO PAT - PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR. NATUREZA NÃO SALARIAL. INTEGRAÇÕES INDEVIDAS. Como regra, a alimentação diretamente fornecida pelo empregador in natura, ou paga por este em pecúnia ou sob a forma de concessão desonerada de tickets ou vales-refeição, tem natureza jurídica salarial, a teor do disposto nos art. 457, parágrafo 1º e 458 da CLT, e Súmula nº 241 do C. Tribunal Superior do Trabalho. Todavia, no caso dos autos, em que era concedida sob a rubrica de "ticket-refeição", para atendimento do Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT, ao qual a reclamada comprovadamente aderiu, o benefício em tela não se reveste de natureza salarial nem se configura rendimento tributável pela previdência social, não integrando assim, o ganho do trabalhador para qualquer feito reflexo. Incidência da Orientação Jurisprudencial nº 133 da SDI-1, do C. TST. Recurso do reclamante ao qual se nega provimento, no particular. RO n. 410597/2012. São Paulo, 07 de abril de 2015. Relator: Ricardo Artur Costa e Trigueiros. Disponível em: <www.trtsp.jus.br>. Acesso em: 20 de junho de 2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região. Recurso Ordinário. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. Importante observar que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil gozam de hierarquia supralegal. As disposições contidas na Convenção n. 155 da OIT, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 2, de 17.03.92, ratificada em 18.05.92 e promulgada pelo Decreto n. 1.254, de 29.09.94, devem prevalecer sobre àquelas constantes do § 2º, do art. 193 da CLT e do item 15.3 da NR-15. A norma constitucional, quando tratou do “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas”, não estabeleceu qualquer impedimento à sua cumulação, até porque os adicionais são devidos por causas e com fundamentos absolutamente diversos. A impossibilidade de percepção cumulada dos adicionais de periculosidade e insalubridade constante do § 2º, do art. 193 da CLT e do item 15.3 da NR-15 não se mostra compatível com as normas constitucionais mencionadas, notadamente ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho e ao meio ambiente laboral saudável. RO n. 229346/2012. São Paulo, 19 de maio de 2015. Relatora: Desembargadora Ivete Ribeiro. Disponível em: <www.trtsp.jus.br>. Acesso em: 20 de junho de 2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região. Recurso ordinário. RO n. 64120/2013. Relatora: Andréa Grossmann. São Paulo, 11 de dezembro de 2013. DJe 07/01/2014. Disponível em: <<http://aplicacoes1.trtsp.jus.br/vdoc/TrtApp.action?getEmbeddedPdf=&id=1040917>>. Acesso em 15 de maio de 2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário. equiparação salarial. normas internacionais do trabalho. aplicação. Sabe-se que as normas internacionais do trabalho podem ser aplicadas pelo ordenamento jurídico nacional em variadas perspectivas. Utiliza-se o direito internacional do trabalho para solucionar um litígio diretamente, no caso de lacunas, de aplicação de norma mais favorável, ou mesmo da invalidação de um dispositivo interno, tendo em vista o seu status na recepção e a previsão do parágrafo primeiro do artigo 5º da CF/88. De igual maneira, pode funcionar como um guia para a interpretação no caso de ambiguidades do direito interno; para a interpretação de termos gerais e de conceitos jurídicos indeterminados; e, mesmo para a avaliação de constitucionalidade. Com isso, seria possível estabelecer um princípio jurisprudencial com base no direito internacional do trabalho assim aplicado. Salienta-se que a douta magistrada juíza convocada Martha Halfeld aponta que a interpretação do artigo 461 da CLT deve ser ampliada para além dos requisitos nele especificados, diante da inspiração dos artigos 5º e 6º da CLT; artigo 7º, XXX da CF/88 e das convenções 100 e 111 da OIT. Acresça-se a essa brilhante conclusão a necessidade da releitura do citado dispositivo consolidado à luz da eficácia social e horizontal dos direitos sociais; do sentido de trabalho de igual valor e de não discriminação na definição dos termos e condições de emprego tal como definidas pelas normas da OIT (enquanto norma mais favorável e guia de interpretação para a releitura constitucional conforme); e, além disso, da preponderância da norma internacional em face da legislação infraconstitucional, conforme entendimento renovado da Corte Constitucional. RO n. 0001475-96.2013.5.03.0043. Relator convocado Tarcisio Correa de Brito. Belo Horizonte, 11 de novembro de 2014. DEJT 17/11/2014. Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/consultaBaseCompleta.htm>>. Acesso em: 13 de março de 2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª região. Recurso Ordinário. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. NORMAS INTERNACIONAIS DO TRABALHO. APLICAÇÃO. Sabe-se que as normas internacionais do trabalho podem ser aplicadas pelo ordenamento jurídico nacional em variadas perspectivas. Utiliza-se o direito internacional do trabalho para solucionar um litígio diretamente, no caso de lacunas, de aplicação de norma mais favorável, ou mesmo da invalidação de um dispositivo interno, tendo em vista o seu status na recepção e a previsão do parágrafo primeiro do artigo 5º da CF/88. De igual maneira, pode funcionar como um guia para a interpretação no caso de ambiguidades do direito interno; para a interpretação de termos gerais e de conceitos jurídicos indeterminados; e, mesmo para a avaliação de constitucionalidade. Com isso, seria possível estabelecer um princípio jurisprudencial com base no direito internacional do trabalho assim aplicado. Salienta-se que a douta magistrada Martha Halfeld aponta que a interpretação do artigo 461 da CLT deve ser ampliada para além dos requisitos nele especificados, diante da inspiração do artigos 5º e 6º da CLT; artigo 7º, XXX da CF/88 e das Convenções 100 e 111 da OIT. Acrescente-se a essa brilhante conclusão a necessidade da releitura do citado dispositivo consolidado à luz da eficácia social e horizontal dos direitos sociais; do sentido de trabalho de igual valor

e de não discriminação na definição dos termos e condições de emprego tal como definidas pelas normas da OIT (enquanto norma mais favorável e guia de interpretação para a releitura constitucional conforme); e, além disso, da preponderância da norma internacional em face da legislação infraconstitucional, conforme entendimento renovado da Corte Constitucional. RO n. 150306/2012. Belo Horizonte, 27 de janeiro de 2015. DJe 09/02/2015. Relator: Convocado Tarcisio Correa de Brito. Disponível em: <www.trt3.jus.br>. Acesso em: 21 de junho de 2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª região. Recurso ordinário. SOBREAVISO. CONFIGURAÇÃO. O regime previsto no art. 244, §2º, da CLT configura-se quando o empregado tem a obrigação de permanecer em sua própria casa, ou tem limitada a sua liberdade de tempo fora do ambiente de trabalho por interesse do empregador, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. A circunstância de o empregado sujeitar-se à restrição de sua disponibilidade pessoal fora do horário normal de trabalho, de forma a impedir que se desvincilhe das obrigações inerentes ao contrato, por conseguinte, dá-lhe direito ao recebimento das horas de sobreaviso. RO n. 52636/2012. Relator: Desembargador Jose Marlon de Freitas. Belo Horizonte, 5 de junho de 2013. DJe 11/06/2013. Disponível em: <www.trt3.jus.br>. Acesso em: 15 de junho de 2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 8ª região. Recurso Ordinário. I – ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. A prestação das atividades do reclamante concomitantes ao abastecimento das aeronaves em área de risco garante a percepção do referido adicional. II – ACÚMULO DE ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. A despeito do disposto no art. 193, § 2º, da CLT, possível a percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e periculosidade, nos termos da Convenção n. 155 da OIT. III – INAPLICABILIDADE DA MULTA DO ART. 475-J DO CPC AO PROCESSO DO TRABALHO. A aplicação subsidiária da multa do artigo 475-J do CPC atende às garantias constitucionais da razoável duração do processo, efetividade e celeridade, pelo que tem pleno cabimento no processo do trabalho. RO n. 72862/2012. Relator: Desembargador Georgenor de Sousa Franco Filho. Belém, 22 de janeiro de 2013. Disponível em: <www.trt8.jus.br>. Acesso em: 15 de junho de 2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª região. Recurso Ordinário. RO n. 93931/2010. Campinas, 26 de maio de 2015. Dje. 03/06/2015. Relator: Desembargador Eder Sivers. Disponível em: <www.trt15.jus.br>. Acesso em: 25 de junho de 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. Agravo Regimental. AGRAVO REGIMENTAL. PROPAGANDA PARTIDÁRIA. PRAZO PARA REQUERIMENTO. Deve-se conhecer do pedido de veiculação de propaganda partidária protocolado no primeiro dia útil subsequente, quando o prazo final recair em dia em que não haja expediente na Justiça Eleitoral. PROPAGANDA PARTIDÁRIA. INSERÇÕES FUNCIONAMENTO PARLAMENTAR. Para que seja deferido o pedido de veiculação de propaganda partidária mediante inserções, a agremiação precisa comprovar que possui funcionamento parlamentar na Câmara dos Deputados nos termos do disposto no art. 57, I, "a", da Lei n. 9.096/1995. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. O chamado controle de convencionalidade não pode ser feito na via difusa quando o dispositivo legal supostamente ofensivo ao tratado ou convenção já foi chancelado como

constitucional pelo STF na via direta. Agreg n. 21984/2013. Relator: Ivorí Luis da Silva Scheffer. Florianópolis, 03 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 24 de abril de 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. Recurso Eleitoral. ELEIÇÕES 2012 - PRELIMINARES - PEDIDO DE SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO JULGAMENTO (art. 265, IV, alíneas do CPC). AUTONOMIA DAS ESFERAS CRIMINAL E ELEITORAL Ademais, a suspensão do processo no caso atenta contra a razoável duração do processo, de acordo com o art. 97 da lei das eleições. Pedido indeferido. [...]. RE n. 67073/2012. Relator: Marcelo Ramos Peregrino Ferreira. Florianópolis, 16 de outubro de 2013. DJe 24/10/13. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 23 de abril de 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. Registro de Candidato. - REGISTRO DE CANDIDATO - DEPUTADO ESTADUAL - IMPUGNAÇÃO - PRESTAÇÃO DE CONTAS DE ADMINISTRADOR - TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO - ÓRGÃO LEGÍTIMO - CONTAS JULGADAS IRREGULARES - ATO DOLOSO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO (ART. 11, V, DA LEI N. 8.429/1992) - PRECEDENTE - CONTRATAÇÃO DE MÃO DE OBRA SEM A DEVIDA LICITAÇÃO (ART. 10, VIII, DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA) - PRECEDENTES DO TSE - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS REITORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - VÍCIOS INSANÁVEIS - CONDUTAS DEMONSTRADAS - DOLO CONFIGURADO - MÁ GESTÃO DA COISA PÚBLICA - INDEFERIMENTO DA CANDIDATURA. RECA n. 47153/2014. Relator: Carlos Vicente da Rosa Góes. Florianópolis, 05 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 24 de abril de 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. 1.1 - RECURSO DE REVISTA - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 28/2000 – TRABALHADOR RURAL – CONCEITO – LEI N.º 5.889/73 – CONVENÇÃO N.º 141 DA OIT – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL – CONFIGURAÇÃO 1.1 - Hipótese em que o TRT considerou o Reclamante como empregado urbano, por entender que, ao trabalhar para empresa pública estadual com finalidade de pesquisa agropecuária, não exercia atividade agroeconômica e, portanto, não satisfazia os requisitos dos arts. 2.º e 3.º da Lei n.º 5.889/73. Divergência jurisprudencial configurada, autorizando o conhecimento do recurso de revista, diante de julgado oriundo de outro Regional a decidir que é a atividade do cultivo agrícola que permite a classificação do respectivo empregado como rurícola, independentemente de a atividade do empregador ostentar natureza não lucrativa (fazenda experimental). 1.2 - O conceito de empregado rural foi elástico pelo advento da Convenção n.º 141 da OIT, ratificada pelo Governo brasileiro em 27/9/1994 e internalizada pelo Decreto n.º 1.703/1995, ao considerar a própria atividade do trabalhador para sua definição. Inteligência da Orientação Jurisprudencial n.º 38 da SBDI-1 do TST, que contém idêntico critério identificador do rurícola. Suficiente o art. 2, item 1, da Convenção n.º 141 da OIT para considerar o Reclamante como rurícola, em função das atividades eminentemente agrícolas que desenvolvia, é despidendo analisar se a natureza jurídica da Reclamada, por não ter fim lucrativo, seria agroeconômica, ou não. 1.3 - Considerando que o reclamante, rurícola, ajuizou a ação trabalhista em 19/3/1999, antes, portanto, do advento da Emenda Constitucional n.º 28, de 25/5/2000, não há prescrição a

declarar (Orientação Jurisprudencial n.º 271 da SBDI-1 do TST). Recurso de revista conhecido e provido [...]. RR n. 760048/2001.1. Brasília, 16 de setembro de 2009. Relator: Juiz Convocado Douglas Alencar Rodrigues. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 20 de junho de 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. RECURSO DE REVISTA. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF QUANTO AO EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INTERNAS EM DESCOMPASSO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. CONVENÇÕES NOS 148 E 155 DA OIT. NORMAS DE DIREITO SOCIAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. NOVA FORMA DE VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTEGRANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO. A previsão contida no artigo 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 7º, XXIII, garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária. A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em bis in idem. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. A regulamentação complementar prevista no citado preceito da Lei Maior deve se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma. Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nos 148 e 155, com status de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os "riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes". Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, § 2º, da CLT. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento. RR-1072-72.2011.5.02.0384. Sétima Turma. Brasília, 24 de setembro de 2014. Relator: Min. Cláudio Brandão. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 20 de junho de 2015.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso ordinário. Decisão Monocrática. Recurso Ordinário n. 47153/2014. Julgador: Min. Dias Toffoli. Brasília, 13 de março de 2015. Disponível em: <www.tse.jus.br>. Acesso em: 14 de maio de 2015.

BRASILEIRO, Eduardo Tambelin. Os tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao direito brasileiro e a constituição federal/88. 2009. 118 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Político e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009.

BRENNER, Ana Cristina. A incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro e a prisão civil no depósito judicial.

Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 28, n. 59, p. 137-175, 2004.

BRUCE, Eva. Réflexions autour de l'article 88-1 de la Constitution dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. In: VIème Congrès de droit constitutionnel (Association Française de Droit Constitutionnel), 2005, Montpellier. jun. 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 2. ed. Coimbra: Editora Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CERVANTES, Nélida Astezia Castro. Tratados internacionais sobre direitos humanos: vícios na emenda constitucional 45/2004. 2006. 170 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2006.

CLÈVE, Clemerson Merlin. Poder Judiciário: Autonomia e Justiça. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 30, n. 117, p. 304, jan./mar. 1993. Trimestral. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176094>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

COLÔMBIA. Constituição de 1991. Constitución Política de Colombia 1991. Disponível em: <http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion_Politica_de_Colombia.htm>. Acesso em: 11 de abril de 2015.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. C-148/2005 Demanda de inconstitucionalidad contra las expresiones “grave” contenida en el numeral 1º del artículo 101 y “graves” contenida en los artículos 137 y 178 de la Ley 599 de 2000 “por la cual se expide el Código Penal”. Relator: Alvaro Tafur Galvis. Bogotá, 22 de fevereiro de 2005. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-148-05.htm>>. Acesso em: 11 abril de 2015.

COLÔMBIA. Lei Nº 409, de 31 de outubro de 1997. Promulga a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradante. Disponível em: <<http://www.iadb.org/Research/legislacionindigena/leyn/docs/CO-Ley-409-97-Aprueba-Convencion-Prevenir-Tortura-.doc>>. Acesso em: 11 de abril de 2015.

COLÔMBIA. Lei Nº 599, de 24 de julho de 2000. Promulga o Código Penal. Disponível em: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html>. Acesso em: 11 abril de 2015.

CONTO, Mário de. O princípio da vedação do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica. 2006. 149 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2006.

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. Exchange of greek and turkish populations: Lausanne convention VI, January 30th, 1923, article 2. Advisory opinion, series B, n. 10, 1925.

CUNHA, Fabiana Azevedo da. Direitos humanos e direitos fundamentais: a procura da maior proteção ao ser humano. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 28, n. 59, p. 137-175, 2004.

CUNHA, José Ricardo. Direitos humanos e justiciabilidade: pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Sur - Revista internacional de direitos humanos, v. 2, n. 3, pp. 138-172, 2005. p.151-154. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sur/v2n3/a09v02n3.pdf>>. Acesso em: 22 de maio de 2015.

DELMAS-MARTY, Mireille. Por um direito comum. 1. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2004.

DELMAS-MARTY, Mireille. Três desafios para um direito mundial. 1. ed. São Paulo: Editora Lumen Juris, 2003.

DINIZ, Maria Helena. Conflito de normas. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. 1. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001.

FARIA, Bianca Castellar de. A recepção dos tratados internacionais em matéria tributária pelo ordenamento jurídico brasileiro. 2006. 344 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

FAVOREU, Louis. El bloque de la constitucionalidad. Revista Del Centro de Estudios Constitucionales, [s. L.], v. 1, n. 5, pp. 46-68, jan./mar. 1990. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/fondo-historico?IDR=15&IDN=1232&IDA=35340>>. Acesso em: 03 mar. 2014.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías: la ley del más débil. 4. ed. Madrid: Editora Trotta, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos humanos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2005.

FRAGA, Mirtô. O conflito entre tratado internacional e a norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

FRANÇA. Conselho constitucional. Decisão 71-44 DC, de 16 de julho de 1971. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/english/case-law/sample-of-decisions-in-relevant-areas-dc/decision/decision-no-71-44-dc-of-16-july-1971.135366.html>>. Acesso em: 25 de maio de 2015.

FRANÇA. Conselho constitucional. Decisão 74-54 DC de 15 de janeiro de 1975. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/7454DCa7454dc.pdf>>. Acesso em: 25/05/2015.

FRANÇA. Conselho constitucional. Decisão 79-104 DC, de 23 maio 1979. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1979/79-104-dc/decision-n-79-104-dc-du-23-mai-1979.7722.html>>. Acesso em: 03 mar. 2014.

FRANÇA. Conselho constitucional. Decisão 79-105 DC, de 25 julho de 1979. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-con..decision-n-79-105-dc-du-25-juillet-1979.7724.html>>. Acesso em: 03 mar. 2014.

GARCIA, Maria. Fundamentalidade e direitos fundamentais: o § 2.º do art. 5.º da CF/1988: Direitos humanos e direitos e garantias fundamentais. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 67, n. 17, abr./jun. 2009. Trimestral.

GODINHO, Fabiana de Oliveira. Diversidade cultural no direito internacional em um horizonte de justiça internacional. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flavia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. Direitos Humanos, Democracia e integração jurídica na América do Sul. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Do estado de direito internacional e o valor dos tratados de direitos humanos. Revista Letras Jurídicas, Guadalajara, v. 1, n. 8, primavera. 2009. Disponível em: <<http://www.letrasjuridicas.cuci.udg.mx>>. Acesso em: 07 jan. 2015.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GONÇALVES, Vinicius de Almeida. A figura do bloco de convencionalidade nas decisões proferidas pela corte interamericana de direitos humanos. Revista Eletrônica do Curso de Direitos da UFSM. Santa Maria, v. 8, n. 2, pp. 398-425, 2013.

GRIONEVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhaes; FERNANDES, Antonio Scarance. Recursos no processo penal. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2008.

HAARSCHER, Guy. A filosofia dos direitos do homem. Trad. Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

HABERLE, Peter. Direitos Humanos e Globalização. In: Temas de Direito Constitucional e Internacional, 1, 2010, Brasília. Programa Diálogos Acadêmicos. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2010.

HABERLE, Peter. Estado constitucional cooperativo. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.

HAURIOU, Maurice. Précis de droit administratif et de droit public: à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques. 8. ed. Paris: Sirey, 1914. Disponível em: <<https://archive.org/stream/prcisdedroitadm00unkngoog#page/n104/mode/2up>>. Acesso em: 03 mar. 2014.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998.

LAMONTHE, Olivier duthéillet de. Controle de constitutionnalité et controle de conventionnalité. In: ABRAHAM, Ronny; BON, Pierre; BONICHOT, Jean-Claude. *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*. Paris: Editora Dalloz, 2007.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. 1. ed. São Paulo: Manole Editora, 2005.

LÁZARO, María Carmelina Londoño. El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, ano XLIII, n. 128, pp. 761-814, mai./ago., 2010.

LEMOS, Tayara Talita. A emenda constitucional 45/04 e as alterações na recepção dos tratados internacionais de direitos humanos. *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, jul. 2007. Semestral. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/static/revistaeletronica/volume1/internas/05_sumario.html>. Acesso em: 07 dez. 2014.

LOPES, Ana Maria D'ávila. Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais: desafios do poder judiciário. *Revista Sequência: publicação do curso de pós-graduação em direito da UFSC, Florianópolis*, v. 30, n. 59, dez. 2009. Semestral. Disponível em: <<http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/issue/view/1416>>. Acesso em: 17 mar. 2014.

LLORENTE, Francisco Rubio. El bloque de constitucionalidad. *Revista española de derecho constitucional*. [s. L.], v. 9, n. 27, p. 17, set./dez. 1989. Quadrimestral. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/eu/argitalpenak/aldizkariak/aldizkari elektronikokoak?IDR=6&IDN=329&IDA=24952>> Acesso em: 03 mar. 2014.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el juez mexicano. In: MARINONI, Luiz Guilherme. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (coord.) *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do "diálogo das fontes" no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 1, n. 45, p. 88, jan./mar., 2003.

MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 1, n. 51, p. 34-67, jul./set., 2004.

MARQUES, Cláudia Lima; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O consumidor-depositário infiel, os tratados de direitos humanos e o necessário diálogo das fontes nacionais e internacionais: a primazia da norma mais favorável ao consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 1, n. 70, p. 133, abr./jun., 2009.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Luiz Guilherme. A justiça da frança: um modelo em questão. Leme: Editora LED. 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A dignidade da pessoa humana desde a concepção. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da; (coordenação). Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 6 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direito internacional: Tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2001.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direitos humanos e cidadania: à luz do novo direito internacional. 1. ed. São Paulo: Editora Minelli, 2002.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direitos humanos & relações internacionais. 1. ed. São Paulo: Editora Agá Juris, 2000.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O treaty-making power na Constituição brasileira de 1988: uma análise comparativa do poder de celebrar tratados à luz da dinâmica das relações internacionais. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 44, n. 2, p. 82-108, dez. 2001. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292001000200005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 06 nov. 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Reforma do judiciário e os tratados de direitos humanos. *Revista Jurídica Eletrônica Unicoc*, Ribeirão Preto, v. 2, n.2, 2005. Anual. Disponível em: <http://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/reforma-judici-tratados-direitos-humanos-71381923?_ga=1.113425031.1675502030.1420923650>. Acesso em: 10 jan. 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; RIBEIRO, Dilton. The Japanese Legal System and the Pro Homine Principle in Human Rights Treaties. *Journal of Civil & Legal Sciences*, v. 3, n. 123, p. 1-10, jun. 2014.

MELLO, Vitor Tadeu Carramão. Bloco de Constitucionalidade como parâmetro de proteção dos direitos fundamentais. *Revista Vox Juris: Revista Eletrônica Discente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Gama Filho*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, fev./jul. 2009. Semestral. Disponível em: <http://www.ugf.br/editora/pdf/voxxuris_2/artigo4.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino. O pensamento de Peter Haberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 29 e 30, ago. 2008. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/205/173>>. Acesso em: 13 dez. 2014.

MENEZES, André Felipe Barbosa de. *Controle de Convencionalidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. 2009. 361 f. Tese (Doutorado)-Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

MÉXICO. Constituição de 1917. *Constitucion politica de los estados unidos mexicanos que reforma la de 5 de febrero de 1857*. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>>. Acesso em: 13 dez. 2014.

MÉXICO. Tribunal Eleitoral do Poder Judiciário da Federação. ST-JDC-53-2011. Relator: Santiago Nieto Castillo. Toluca de Lerdo, 16 de junho de 2011. Disponível

em: <http://www.te.gob.mx/ccje/vii_mesa/santa_nely.pdf>. Acesso em: 15 de março de 2015.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito Constitucional: Tomo IV – Direitos Fundamentais. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1998.

MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, Thiago Oliveira. A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira. 2012. 308 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2012.

NEVES, Marcelo. Teoria da inconstitucionalidade das leis. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

OLIVEIRA, Diogo Pignataro de. Os tratados de direitos humanos na contemporaneidade e sua aplicabilidade dentro da nova concepção constitucional brasileira: uma análise crítica a teor do § 3.º do art. 5.º da CF/88. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 16, n. 64, jul./set. 2008. Trimestral.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção americana de direitos humanos, de 22 de novembro de 1969. São José, Costa Rica, 1969. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 24 Fev. 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros Vs Chile. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, nº 154.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte interamericana de direitos humanos. Caso Bulacio v. Argentina. (Mérito, reparações e custas). Série C, nº 100, Sentença de 18 de setembro de 2003.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte interamericana de direitos humanos. Caso Furlan e família v. Argentina (Objecções preliminares, mérito, reparações e custas), Série C, n. 246, sentença de 31 de agosto de 2012.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Trabalhadores demitidos do congresso (Aguado - Alfaro et al.) v. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2006. Série C, nº 158.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. Revista Brasileira de Direito Constitucional. n. 19. pp. 67-93 Jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_%28Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes%29.pdf>. Acesso em: 12/01/2015.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004.

REINO DOS PAÍSES BAIXOS. The constitution of the kingdom of the Netherlands 2008, de 22 de setembro de 2008. Disponível em: <www.government.nl/files/documents-and-publications/regulations/2012/10/18/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands-2008/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands-2008.pdf>. Acesso em: 12/08/2014.

REZEK, José Francisco. Congresso Nacional e tratados: o regime constitucional de 1988. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 45, n. 179, jul./set. 2008. Trimestral. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/160336>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público: curso elementar. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

REZEK, José Francisco. Parlamento e tratados: o modelo constitucional do Brasil. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 41, n. 162, abr./jun. 2004. Trimestral. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/952>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

ROCHA, Igara. A incidência da teoria do diálogo das fontes na defesa do consumidor. Revista eletrônica jurídico-institucional do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Natal, v. 3, n. 2, p. 1-14, jul./dez. 2013. p. 11. Semestral. Disponível em: <http://www.mp.rn.gov.br/revistaeletronicampn/abrir_artigo.asp?cod=1044>. Acesso em: 20 abr. 2015.

ROCHA, Eliana Pires; GUEDES, Jefferson Carús. Direitos fundamentais e processo civil no Brasil: algumas técnicas processuais compensatórias de desigualdades sociais e a proteção judicial dos direitos fundamentais. Revista da AGU, Brasília, ano IX, n. 25, jul./set., 2010. Trimestral. p. 91. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/7352103>>. Acesso em: 13/03/2015.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. El control de convencionalidade em Argentina. In: MARINONI, Luiz Guilherme. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (coord.) Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Transjusfundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais. Curitiba: Editora CRV, 2014.

SOUZA, Fabiano Coelho. CONVENÇÃO 94 DA OIT E A RESPONSABILIDADE DOS ENTES PÚBLICOS EM CASO DE TERCEIRIZAÇÃO. Goiânia, 2012. Disponível em: <<http://fabianocoelhosouza.blogspot.com.br/2012/05/convencao-94-da-oit-e-responsabilidade.html>>. Acesso em: 25 de março de 2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ encerra 2013 com quase 345 mil processos julgados. Brasília, 2013. Disponível em: <http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=112812>. Acesso em: 21 de maio de 2015.

TAIAR, Rogério. Direito internacional dos direitos humanos: uma discussão sobre a relativização da soberania face a efetivação da proteção internacional dos direitos humanos. 2009. 321 f. Tese (Doutorado)-Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

TORRENS, Haradja Leite. Neopositivismo e pós-positivismo jurídico nas doutrinas de Hebert Hart e Ronald Dworkin. In: TORRENS, Haradja Leite. ALCOFORADO, Mario Sawatani Guedes. (Org.). A expansão do direito: estudos de direito constitucional e filosofia do direito em homenagem a willis santiago guerra filho. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de direito internacional dos direitos humanos: volume I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de direito internacional dos direitos humanos: volume II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

UZMAN, J; BARKHUYSEN, T; VAN EMMERIK, M.L. The Dutch Supreme Court: A Reluctant Positive Legislator?, vol. 14.3 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, dez., 2010. Disponível em: <<http://www.ejcl.org/143/art143-16.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

VARELLA, Marcelo Dias. Direito internacional público. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

VARELLA, Marcelo D. Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade. 2012. 606 f. Tese (Livre-docência), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

VENOSA, Silvio Salvo. Introdução ao estudo do direito. 1. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

ZÚÑIGA, Natalia Torres. El control de convencionalidad: deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias). 2012. 385 f. Tese (Bacharelado)-Faculdade de Direito, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012.

TABELAS

Argumentos das tabelas:

Citava o controle de convencionalidade: Sim = tratava do instituto pesquisado / Não = tratava de outro uso ao termo convencionalidade.

Utilizou como mero argumento: Sim = apenas cita ementa de outro julgado, apenas cita como argumento de uma das partes do processo e/ou apenas cita no voto mas não analisa de fato / Não = aplica o controle de convencionalidade na prática.

TRIBUNAIS SUPERIORES

STF (4)

Caso	Citava o controle de convencionalidade?	Utilizou como mero argumento ?	Observações
Rcl 18183 (mérito)	SIM	SIM	Decisão monocrática. Cita decisão do TJDFT que não aplicou o controle de convencionalidade. A reclamante afirma que ao afastar a norma convencional com base em norma constitucional o órgão fracionário desobedeceu a cláusula de reserva de plenário. A relatora afirma que não existe violação ao verbete n. 10 da súmula vinculante do STF, pois não houve análise direta ou indireta de inconstitucionalidade ou afastamento de norma passível de enquadramento na súmula vinculante.
Rcl 18183 (liminar)	SIM	SIM	Decisão monocrática que indeferiu a medida liminar no processo acima.
Rcl 16102	SIM	SIM	Decisão monocrática. “Nos termos do art. 102, I, I, da Constituição, a reclamação é instrumento cabível para preservar a competência deste Tribunal e a autoridade de suas decisões. Não se presta a um controle revisional de constitucionalidade ou convencionalidade, razão pela qual não se pode conhecer nesta sede das supostas violações aos dispositivos invocados na inicial”
AG.RE G. NO RE	SIM	SIM	Apenas invoca que as políticas públicas de inserção dos portadores de necessidades especiais na

COM AGRAVO 860.979			sociedade são constitucionais e convencionais.
--------------------	--	--	--

STJ (4)

Caso	Citava o controle de convencionalidade?	Utilizou como mero argumento ?	Observações
REsp 1509601	SIM	SIM	Decisão monocrática de REsp que cita a ementa do aresto recorrido, o qual consta o termo convencionalidade.
HC 312926	SIM	SIM	Decisão monocrática apenas citou o pedido de análise da convencionalidade do crime de desacato, mas não analisou o mérito.
AREsp 011999	SIM	SIM	“Alega a parte agravante que a decisão merece ser reconsiderada, sustentando, em suma, que a questão debatida nos autos não tem enfoque eminentemente constitucional, já que nas razões do especial faz referência ao "controle de convencionalidade", que não se confunde com o controle de constitucionalidade.” Não houve análise pelo relator.
EDcl na MC 016822	SIM	SIM	Alega o embargante a “completa incompatibilidade, por controle de convencionalidade, com o artigo SI, nº 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da qual o Brasil é signatário, conquanto compõe os quadros da Organização das Nações Unidas - ONU, desde dos idos anos de 1945”. Não houve análise pelo relator.

TSE (10)

Caso	Citava o controle de convencionalidade?	Utilizou como mero argumento ?	Observações
RO 47153	SIM	SIM	Apenas cita no pedido do recorrente. Não fez aplicação do controle de convencionalidade.
RO 52604	SIM	SIM	Alegação pelo recorrente de que não houve controle de convencionalidade

			na decisão recorrida. Não houve análise desse pedido.
RO 85320	SIM	SIM	Decidiu que não sendo inconstitucional a norma não pode ser inconveniente. Não fez aplicação do controle de convencionalidade.
AC 110518	SIM	SIM	Apenas cita a ementa do acórdão recorrido, no qual consta a possibilidade de controle de convencionalidade. Não fez aplicação do controle de convencionalidade.
AC 110603	SIM	SIM	Apenas cita a ementa do acórdão recorrido, no qual consta a possibilidade de controle de convencionalidade. Não fez aplicação do controle de convencionalidade.
AC 110433	SIM	SIM	Apenas cita a ementa do acórdão recorrido, no qual consta a possibilidade de controle de convencionalidade. Não fez aplicação do controle de convencionalidade.
AC 67566	SIM	SIM	Apenas cita a ementa do acórdão recorrido e argumentação do autor, nos quais consta a possibilidade de controle de convencionalidade. Não fez aplicação do controle de convencionalidade.
AC 6076	SIM	SIM	Apenas cita a ementa do acórdão recorrido, no qual consta a possibilidade de controle de convencionalidade. Não fez aplicação do controle de convencionalidade.
AC 6161	SIM	SIM	Apenas cita a ementa do acórdão recorrido, no qual consta a possibilidade de controle de convencionalidade. Não fez aplicação do controle de convencionalidade.
AC 2349	SIM	SIM	Apenas cita a ementa do acórdão recorrido, no qual consta a possibilidade de controle de convencionalidade. Não fez aplicação do controle de convencionalidade.

TST (19)

Caso	Citava o controle de convencionalidade?	Utilizou como mero argumento ?	Observações
ED em	SIM	NÃO	Fala que Convenção n. 141 da OIT é

RR 195/200 0-029- 15-00.6			norma mais favorável (“atende ao princípio internacional <i>pro homine</i> ”) (p. 11). Faz controle de convencionalidade ao alegar que “o conceito de empregado rural dado pelos arts. 2.º e 3.º da Lei n.º 5.889/73 foi elástico pela Convenção n.º 141 da OIT, de modo a englobar não mais apenas os empregados de empregadores rurais, mas, também, ‘quaisquer pessoas que se dediquem, em áreas rurais, as atividades agrícolas, artesanais ou outras conexas ou assemelhadas’” (p. 11).
ED em AI em RR 1010/19 99-120- 15-40.1	SIM	NÃO	Fala que Convenção n. 141 da OIT é norma mais favorável (“atende ao princípio internacional <i>pro homine</i> ”) (p. 8). Faz controle de convencionalidade ao alegar que “o conceito de empregado rural dado pelos arts. 2.º e 3.º da Lei n.º 5.889/73 foi elástico pela Convenção n.º 141 da OIT, de modo a englobar não mais apenas os empregados de empregadores rurais, mas, também, ‘quaisquer pessoas que se dediquem, em áreas rurais, as atividades agrícolas, artesanais ou outras conexas ou assemelhadas’” (p. 8).
RR 609- 15.2012 .5.04.00 05	SIM	NÃO	Cita decisão do RR- 1072-72.2011.5.02.0384 de 03/10/2014 que primeiro abordou no TST a questão (p. 35). Faz controle de convencionalidade ao alegar: “f) tais convenções derogaram a regra prevista no art. 193, § 2º, da CLT e o item 16.2.1 da NR-16 da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, no que se refere à percepção de apenas um adicional, em caso de estar o empregado sujeito a condições insalubres e perigosas no trabalho executado” (p. 34).
AIRR 2453- 02.2013 .5.03.00 02	SIM	SIM	Apenas cita o acórdão recorrido do TRT 3ª região, no qual consta controle de convencionalidade (p. 8).

RR 760048/ 2001.1	SIM	NÃO	Fala que Convenção n. 141 da OIT é norma mais favorável (“atende ao princípio internacional <i>pro homine</i> ”) (p. 28). Faz controle de convencionalidade ao alegar que “o conceito de empregado rural dado pelos arts. 2.º e 3.º da Lei n.º 5.889/73 foi elástico pela Convenção n.º 141 da OIT, de modo a englobar não mais apenas os empregados de empregadores rurais, mas, também, ‘quaisquer pessoas que se dediquem, em áreas rurais, as atividades agrícolas, artesanais ou outras conexas ou assemelhadas’” (p. 28).
AIRR 1269- 81.2013 .5.03.00 11	SIM	SIM	Apenas cita a sentença do caso, na qual consta controle de convencionalidade (p. 6).
RR 1072- 72.2011 .5.02.03 84	SIM	NÃO	Caso citado em diversos julgados de TRT's e do próprio TST. Aplica o controle de convencionalidade ao afirmar que as Convenções n. 148 e 155 derogariam as regras previstas no art. 193, §2º, da CLT e o item 16.2.1 da NR-16 da Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, permitindo a cumulação de adicional de insalubridade com o de periculosidade (p. 22).
RR 773- 47.2012 .5.04.00 15	SIM	NÃO	Cita decisão do RR- 1072-72.2011.5.02.0384 de 03/10/2014 que primeiro abordou no TST a questão (p. 27). Aplica o controle de convencionalidade ao afirmar que as Convenções n. 148 e 155 derogariam as regras previstas no art. 193, §2º, da CLT e o item 16.2.1 da NR-16 da Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, permitindo a cumulação de adicional de insalubridade com o de periculosidade (p. 25).
RR 362- 31.2013	SIM	SIM	Apenas cita o acórdão recorrido do TRT 3ª região, no qual consta controle

.5.14.01 31			de convencionalidade (p. 3).
RR 776- 12.2011 .5.04.04 11	SIM	SIM	Apenas cita decisão do RR- 1072-72.2011.5.02.0384 de 03/10/2014 que primeiro abordou no TST a questão (p. 10).
RR 691- 19.2012 .5.04.03 05	SIM	SIM	Apenas cita decisão do RR- 1072-72.2011.5.02.0384 de 03/10/2014 que primeiro abordou no TST a questão (p. 7).
RR 365- 83.2013 .5.14.01 31	SIM	SIM	Apenas cita a sentença do caso, na qual consta controle de convencionalidade (p. 6).
RR 366- 68.2013 .5.14.01 31	SIM	SIM	Apenas cita a sentença do caso, na qual consta controle de convencionalidade (p. 6).
RR 1597- 95.2013 .5.09.00 26	SIM	SIM	Apenas cita o acórdão do caso, no qual consta controle de convencionalidade (p. 6).
AIRR 954- 39.2013 .5.02.04 45	SIM	SIM	Apenas cita o acórdão do caso, no qual consta controle de convencionalidade (p. 5).
AIRR 10581- 07.2013 .5.03.01 65	SIM	SIM	Apenas cita decisão do RR - 1072-72.2011.5.02.0384 de 03/10/2014 que primeiro abordou no TST a questão (p. 9).
ED em RR 776- 12.2011 .5.04.04 11	SIM	SIM	Apenas cita decisão do RR - 1072-72.2011.5.02.0384 de 03/10/2014 que primeiro abordou no TST a questão (p. 5).
RR 1268- 61.2011 .5.04.00 04	SIM	SIM	Apenas cita decisão do RR - 1072-72.2011.5.02.0384 de 03/10/2014 que primeiro abordou no TST a questão (p. 13).
Agravo no RR 1302- 15.2012 .5.18.00 03	SIM	NÃO	Realiza controle de convencionalidade ao dar provimento ao agravo, “uma vez que foi demonstrada aparente violação do artigo 11 da Convenção nº 132 da OIT” (p. 16).

TRIBUNAIS REGIONAIS ELEITORAIS**TRE-SC (3)**

Caso	Citava o controle de convencionalidade?	Utilizou como mero argumento ?	Observações
67073/2012	SIM	NÃO	Soube diferenciar os dois tipos de controle e fez controle de convencionalidade (p. 21).
21984/2013	SIM	NÃO	O voto vencido aplicou controle de convencionalidade, entendendo pela inconvenção da norma, inclusive citando precedentes CIDH (p. 16). O voto vencedor entendeu que não poderia haver controle de convencionalidade quando o STF já se pronunciou pela constitucionalidade da norma (p. 7).
47153/2014	SIM	NÃO	Entendeu que não havia inconvenção, pois o STF já havia se pronunciado sobre a constitucionalidade (p. 6).

TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS**TRF 3 (1)**

Caso	Citava o controle de convencionalidade?	Utilizou como mero argumento ?	Observações
0004823-25.2013.4.03.6181	SIM	NÃO	Voto prevalecente, que divergiu do relator, afirmou que deveria ser aplicado ao caso o entendimento da CIDH quanto à anistia, mesmo ante a decisão do STF quanto a constitucionalidade da lei de anistia (p. 17). Dessa forma, o tribunal entendeu por maioria pelo recebimento da denúncia.

TRF 4 (1)

Caso	Citava o controle de	Utilizou como mero	Observações
------	----------------------	--------------------	-------------

	convencion alidade?	argumento ?	
500650 9- 82.2015 .404.00 00	SIM	SIM	A única citação à convencionalidade no julgado diz respeito a ementa de um processo do TRF 5, não analisa convencionalidade no julgado (p. 2).

TRF 5 (1)

Caso	Citava o controle de convencion alidade?	Utilizou como mero argumento ?	Observações
2009.81 .00.000 663-3	SIM	SIM	O relator usou o parecer do ministério público como razão de decidir, tal parecer indicava apenas que o judiciário deve analisar apenas constitucionalidade, convencionalidade e legalidade e não instituir políticas públicas. Tal trecho foi para a ementa do julgado.

TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO**TRT 2 (9 de 10)**

Caso	Citava o controle de convencion alidade?	Utilizou como mero argumento ?	Observações
RO 126591/ 2012	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 3).
RO 229346/ 2012	SIM	NÃO	Cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 6). No entanto, também aborda o controle de convencionalidade ao afirmar que "leva à conclusão de que as disposições contidas na Convenção n. 155 da OIT devem prevalecer sobre àquelas constantes do § 2º, do art. 193 da CLT e do item 15.3 da NR-15" (p.

			5).
RO 410597/ 2012	SIM	NÃO	<p>Cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 7). Cita Flavia Piovesan a respeito do dever de aplicar o controle de convencionalidade (p. 7)</p> <p>No entanto, também aborda o controle de convencionalidade ao afirmar que “pode-se concluir, de todo o exposto, que a norma internacional sobre direitos humanos internalizada pelo país (in casu, a Convenção 132 da OIT) possui caráter supralegal e, segundo o Supremo Tribunal Federal, possui a eficácia paralisante em relação às normas infraconstitucionais com ela conflitantes. Deste modo, verifica-se que a legislação interna (art. 146, § único da CLT) é nitidamente conflitante com os termos da Convenção internacional ratificada pelo país. Prevalece, assim, a referida Convenção, neste particular, em prejuízo da disposição da legislação infraconstitucional menos favorável ao trabalhador” (p. 8).</p>
RO 130718/ 2012	SIM	NÃO	<p>Cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 13). No entanto, também aborda o controle de convencionalidade ao afirmar que “por serem as Convenções normas posteriores, especiais e mais benéficas ao trabalhador, devem prevalecer sobre as disposições contidas no artigo 193, § 2º, da CLT e no item 16.2.1 da NR-16 da Portaria 3.214 do Ministério do Trabalho e Emprego” (p. 13).</p> <p>Também entendeu pela não recepção das normas que proíbem cumulação de insalubridade e periculosidade pela Constituição (p. 10).</p>

RO 279003/ 2013	SIM	NÃO	Cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 8). No entanto, também aborda o controle de convencionalidade ao afirmar que “As convenções possuem status supralegal, ou seja, estão acima da lei interna e abaixo da Constituição, tornando inaplicável a legislação infraconstitucional com elas conflitante [...]. Ademais, por serem normas posteriores, especiais e mais benéficas ao trabalhador, devem prevalecer sobre as disposições contidas no artigo 193, § 2º, da CLT e no item 16.2.1 da NR-16 da Portaria 3.214 do Ministério do Trabalho e Emprego” (p. 7-8).
RO 258832/ 2012	SIM	NÃO	Cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 4). No entanto, também aborda o controle de convencionalidade ao afirmar que “As convenções possuem status supralegal, encontrando-se acima da lei interna e abaixo da Constituição, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional que delas destoam. Não se olvide, por fim, que, por serem normas posteriores, mais específicas e mais benéficas ao trabalhador, devem prevalecer sobre o teor do art. 193, § 2º, da CLT e do item 16.2.1 da NR-16 da Portaria nº 3.214/1978 do Ministério do Trabalho e Emprego” (p. 3-4).
RO 13244/2 013	SIM	NÃO	Cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 7). No entanto, também aborda o controle de convencionalidade ao afirmar que “As Convenções possuem status supralegal, encontrando-se acima da lei interna e abaixo da Constituição, o que torna inaplicável a legislação

			infraconstitucional que delas destoam. Não se olvide, por fim, que, por serem normas posteriores, mais específicas e mais benéficas ao trabalhador, devem prevalecer sobre o teor do art. 193, § 2º, da CLT e do item 16.2.1 da NR-16 da Portaria nº 3.214/1978 do Ministério do Trabalho e Emprego” (p. 6).
RO 95439/2013	SIM	SIM	Apenas cita que o controle de convencionalidade, ao lado do de constitucionalidade e de legalidade são poder-dever do juiz (p. 3).
RO 64120/2013	SIM	SIM	Apenas cita que o recorrente poderia ter alegado a existência de controle de convencionalidade, mas isso não foi feito (p. 6).

TRT 3 (19)

Caso	Citava o controle de convencionalidade?	Utilizou como mero argumento ?	Observações
RO 141264/2013	SIM	SIM	Apenas utiliza para dizer que existe a possibilidade de controle de convencionalidade. No entanto, não aplica o controle.
RO 158286/2014	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade.
RO 166790/2014	SIM	NÃO	Apenas utiliza para dizer que existe a possibilidade de controle de convencionalidade. No entanto, denota que a Constituição e os tratados ampliavam a interpretação do art. 461 da CLT.
RO 1125045/2014	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade.
RO 308748/2012	SIM	NÃO	Apenas utiliza para dizer que existe a possibilidade de controle de convencionalidade. No entanto, denota que a Constituição e os tratados ampliavam a interpretação do art. 461 da CLT.

RO 109636 3/2014	SIM	SIM	Cita precedentes (do próprio TRT e do TST) para entender pela aplicação do controle de convencionalidade na permissão de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.
RO 83979/2 014	SIM	SIM	Cita precedentes (do próprio TRT e do TST) para entender pela aplicação do controle de convencionalidade na permissão de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.
RO 105045 2/2014	SIM	SIM	Cita precedentes (do próprio TRT e do TST) para entender pela aplicação do controle de convencionalidade na permissão de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.
RO 171344/ 2013	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade.
RO 102667 0/2014	SIM	SIM	Cita precedentes (do próprio TRT e do TST) para entender pela aplicação do controle de convencionalidade na permissão de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.
RO 225553/ 2013	SIM	SIM	Cita precedentes (do próprio TRT e do TST) para entender pela aplicação do controle de convencionalidade na permissão de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.
RO 100686 6/2013	SIM	NÃO	Cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade. No entanto, também aborda o controle de convencionalidade ao afirmar que “No mesmo sentido a disposição do art. 11, alínea b, da Convenção 155 da OIT [...]. Com isso, não tem aplicabilidade, também, a regra do §2º do art. 193 da CLT, que impede a acumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade”.

RO 150306/ 2012	SIM	NÃO	“[...] a necessidade da releitura do citado dispositivo [art. 461 da CLT] consolidado à luz da eficácia social e horizontal dos direitos sociais; do sentido de trabalho de igual valor e de não discriminação na definição dos termos e condições de emprego tal como definidas pelas normas da OIT (enquanto norma mais favorável e guia de interpretação para a releitura constitucional conforme); e, além disso, da preponderância da norma internacional em face da legislação infraconstitucional, conforme entendimento renovado da Corte Constitucional”.
RO 127934/ 2010	SIM	SIM	Cita precedentes (do próprio TRT e do TST) para entender pela aplicação do controle de convencionalidade na permissão de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.
Ro 191590/ 2012	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade.
RO 104532/ 2013	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade.
RO 233315/ 2012	SIM	NÃO	“[...] a necessidade da releitura do citado dispositivo [art. 461 da CLT] consolidado à luz da eficácia social e horizontal dos direitos sociais; do sentido de trabalho de igual valor e de não discriminação na definição dos termos e condições de emprego tal como definidas pelas normas da OIT (enquanto norma mais favorável e guia de interpretação para a releitura constitucional conforme); e, além disso, da preponderância da norma internacional em face da legislação infraconstitucional, conforme entendimento renovado da Corte Constitucional”.
RO 147596/	SIM	NÃO	“[...] a necessidade da releitura do citado dispositivo [art. 461 da CLT]

2013			consolidado à luz da eficácia social e horizontal dos direitos sociais; do sentido de trabalho de igual valor e de não discriminação na definição dos termos e condições de emprego tal como definidas pelas normas da OIT (enquanto norma mais favorável e guia de interpretação para a releitura constitucional conforme); e, além disso, da preponderância da norma internacional em face da legislação infraconstitucional, conforme entendimento renovado da Corte Constitucional”.
RO 52636/2012	SIM	SIM	Cita o pedido do autor pela inconveniência do anexo 12 da NR15, para incluir como agente insalubre a poeira de minério. No entanto, o relator afirma que não pode o judiciário incluir o agente nocivo rol de agentes nocivos das normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho. Conclui da seguinte forma: “Não há, portanto, como se acatar a pretensão do autor, não se havendo falar em declaração de inconveniência do anexo 12 da NR15 para fins de incluir no rol deste anexo como caracterizador de insalubridade, em grau máximo, o agente nocivo detectado pela prova pericial”

TRT 4 (23)

Caso	Citava o controle de convencionalidade?	Utilizou como mero argumento ?	Observações
RO 002035 7-30/2013	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 3).
RO 002025 7-11/2013	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de

			insalubridade e periculosidade (p. 2).
AR 002031 8- 80/2014	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 5).
RO 002104 6- 16/2013	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade. (p. 6).
RO 002088 9- 09/2014	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 6).
RO 002148 2- 33/2013	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Contudo, estabeleceu que o adicional de insalubridade deve ser calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou convenção coletiva (p. 5).
RO 002036 4- 16/2013	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 7).
RO 000063 8- 33/2011	SIM	SIM	Apenas cita ementa de Tese apresentada junto ao XVI CONAMAT – Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho que reconhece a responsabilidade subsidiária da administração com base em outros dispositivos legais (aplicação da Convenção 94 da OIT) (p. 8).
RO 000006 0- 23/2013	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade. No entanto, não o aplica, afirmando que o

			entendimento majoritário da Turma é de que o empregado deve optar pelo adicional que lhe for mais favorável. (p. 11).
RO 000110 7- 29/2013	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 16).
RO 000107 9- 73/2013	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 20).
RO-ED 000027 0- 19/2012	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 4).
RO 000160 3- 55/2012	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p.19).
RO 000161 2- 02/2012	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p.13).
RO 000067 4- 74/2013	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p.5).
RO 000094 2- 58/2013	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p.12).
RO 000044 3- 80/2013	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p.9).
RO-ED 000082 6- 70/2012	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de

			insalubridade e periculosidade (p.4).
RO 000114 2- 92/2013	SIM	SIM	Apenas cita ementa de Tese apresentada junto ao XVI CONAMAT – Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho que reconhece a responsabilidade subsidiária da administração na condição de tomadora de serviços com relação a créditos dos trabalhadores terceirizados. (p. 6).
RO 000062 3- 54/2013	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p.7).
RO 000100 4- 43/2013	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Porém, não o aplica, porque a Turma majoritariamente conclui pela inviabilidade da cumulação de adicionais. Assim, decide que o empregado deve optar pelo pagamento do adicional que lhes for mais favorável, devendo haver compensação de valores. (p.21).
RO 000089 4- 78/2013	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p.13).
RO 002165 8- 70/2013	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p.2).

TRT 5 (3)

Caso	Citava o controle de convencionalidade?	Utilizou como mero argumento ?	Observações
------	---	--------------------------------	-------------

RO 141934/ 2011	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 2).
RO 68867/2 012	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 4).
RO 115672/ 2013	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 5).

TRT 6 (1)

Caso	Citava o controle de convencionalidade?	Utilizou como mero argumento ?	Observações
RO 157282/ 2011	SIM	SIM	Apenas cita a sentença do caso, na qual o termo convencionalidade aparece (p. 3), para indicar a necessidade de controle de convencionalidade do art. 71 da Lei 8.666/1993.

TRT 7 (1)

Caso	Citava o controle de convencionalidade?	Utilizou como mero argumento ?	Observações
RO 4697/20 14	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 11).

TRT 8 (9)

Caso	Citava o controle de convencionalidade?	Utilizou como mero argumento ?	Observações
------	---	--------------------------------	-------------

RO 519/2013	SIM	SIM	Apenas cita o voto de precedente do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 24).
RO 14471/2013	SIM	SIM	Apenas cita as razões de um julgamento desse TRT, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 7).
RO 25348/2014	SIM	SIM	Apenas cita as razões de um julgamento desse TRT, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 10).
RO 72862/2012	SIM	NÃO	Aplicou o controle de convencionalidade e afirmou que “o § 2º do art. 193 da CLT restou revogado ante os termos do art. 11, b, da Convenção n. 155 da OIT” (p. 11). Aponta que tal controle não pode estar acima da Constituição (p. 7).
RO 91952/2014	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 7).
RO 100274/2014	SIM	NÃO	Aplicou o controle de convencionalidade ao afirmar que “a CLT, no particular, deve ser desconsiderada, na medida em que os direitos e garantias expressos na Carta Magna 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, reza o art. 5º, § 2º, da Lei Fundamental de 1988” (p. 5-6). Cita a sentença do caso, que cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 10).

ED no RO 166211/ 2013	SIM	SIM	Apenas cita trecho de artigo de Desembargador do Trabalho, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 11).
RO 166211/ 2013	SIM	SIM	Apenas cita trecho de artigo de Desembargador do Trabalho, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 9).
RO 186689/ 2012	SIM	SIM	Apenas cita as razões de um julgamento desse TRT, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 7).

TRT 12 (2)

Caso	Citava o controle de convencionalidade?	Utilizou como mero argumento ?	Observações
RO 215268/ 2012	SIM	NÃO	Cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 19). No entanto, também aborda o controle de convencionalidade ao afirmar que as Convenções n. 148 e 155 da OIT afastam o art. 193, § 2º, da CLT (p. 21).
RO 67494/2 012	SIM	NÃO	Cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 7). No entanto, também aborda o controle de convencionalidade ao afirmar que a Convenção n. 155 da OIT afasta normas da CLT (p. 5-6).

TRT 13 (1)

Caso	Citava o controle de	Utilizou como mero	Observações
------	----------------------	--------------------	-------------

	convencion alidade?	argumento ?	
RO 163004 6/2014	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 9).

TRT 14 (2)

Caso	Citava o controle de convencion alidade?	Utilizou como mero argumento ?	Observações
RO 36668/2 013	SIM	SIM	Apenas cita a sentença do caso, na qual o controle de convencionalidade é utilizado para permitir a cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 6).
RO 36231/2 013	SIM	SIM	Apenas cita a sentença do caso, na qual o controle de convencionalidade é utilizado para permitir a cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 6).

TRT 15 (8)

Caso	Citava o controle de convencion alidade?	Utilizou como mero argumento ?	Observações
RO 268384/ 2013	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 5).
RO 243905/ 2011	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 8).
RO 170508/ 2013	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 5).

RO 79357/2 012	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 14).
RO 93931/2 010	SIM	NÃO	Cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 7). No entanto, também aborda o controle de convencionalidade ao afirmar que a Convenção n. 155 da OIT afasta normas da CLT (p. 6).
Reexam e Necess ário RO 44539/2 013	SIM	SIM	Apenas cita as razões de um julgamento desse TRT, que cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 5).
RO 36558/2 013	SIM	SIM	Apenas cita a sentença do caso, na qual o termo convencionalidade aparece (p. 8), para indicar a necessidade de controle de convencionalidade do art. 71 da Lei 8.666/1993.
RO 54081/2 012	SIM	NÃO	Cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 8). No entanto, também aborda o controle de convencionalidade ao afirmar que a Convenção n. 155 da OIT afasta normas da CLT (p. 7-8).

TRT 17 (5 de 7)

Caso	Citava o controle de convencionalidade?	Utilizou como mero argumento ?	Observações
RO 174400 20/2013	SIM	SIM	Apenas cita as razões de um julgamento desse TRT, que cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 7).

ED no RO 881005 4/2013	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 3).
RO 118600 18/2013	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TST, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para permitir cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade (p. 6).
RO 63/2008	SIM	SIM	Apenas cita ementa de julgado de outro TRT, que contém a palavra convencionalidade para dizer que o acúmulo de função não assegura direito a mais de um salário (p. 7).
RO 894/200 6	SIM	SIM	Apenas cita ementa de julgado de outro TRT, que contém a palavra convencionalidade para dizer que o acúmulo de função não assegura direito a mais de um salário (p. 5).

TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DOS ESTADOS

TJAC (8)

Caso	Citava o controle de convencionalidade?	Utilizou como mero argumento ?	Observações
HC 26695/2 014	SIM	SIM	Cita pedido no sentido de ser realizado juízo de convencionalidade do art. 310 do CPP frente ao art. 7, item 5, da Convenção Americana (p. 2). Não analisou o pedido.
HC 67049/2 014	SIM	NÃO	Cita pedido no sentido de ser realizado juízo de convencionalidade do art. 310 do CPP frente ao art. 7, item 5, da Convenção Americana (p. 3). Analisa o pedido, inclusive por tabela comparativa dos textos legais, e entende “quanto ao controle de convencionalidade, <u>posso adiantar que o artigo 310, do CPP não fere o artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos</u> ” (p. 7).
HC 27043/2 014	SIM	NÃO	Cita pedido no sentido de ser realizado juízo de convencionalidade do art. 310 do CPP frente ao art. 7, item 5, da Convenção Americana (p. 3).

			Analisa e entende pela convencionalidade da norma (p. 12).
HC 29191/2 014	SIM	SIM	Cita pedido no sentido de ser realizado juízo de convencionalidade do art. 310 do CPP frente ao art. 7, item 5, da Convenção Americana (p. 3). Cita sentença no sentido da convencionalidade da norma (p. 5). Cita parecer do MP no sentido de que só o STF pode analisar incompatibilidade de lei com tratado. (p. 6) Cita precedentes do TJPR sobre a inexistência da audiência de custódia da Convenção Americana (p. 10). Apenas cita outros textos e não faz a análise direta, terminando por afirmar que não incide a inconvenção (p. 16).
HC 100082 365/201 4	SIM	NÃO	Cita pedido no sentido de ser realizado juízo de convencionalidade do art. 310 do CPP frente ao art. 7, item 5, da Convenção Americana (p. 3). Analisa e entende pela convencionalidade da norma (p. 8-9).
HC 100057 417/201 4	SIM	SIM	Cita pedido no sentido de ser realizado juízo de convencionalidade do art. 310 do CPP frente ao art. 7, item 5, da Convenção Americana (p. 2). Não analisou o pedido.
HC 100057 502/201 4	SIM	SIM	Cita pedido no sentido de ser realizado juízo de convencionalidade do art. 310 do CPP frente ao art. 7, item 5, da Convenção Americana (p. 2). Não analisou o pedido.
HC 100067 554/201 4	SIM	SIM	Cita pedido no sentido de ser realizado juízo de convencionalidade do art. 310 do CPP frente ao art. 7, item 5, da Convenção Americana (p. 3). Cita teor de outro julgado no sentido da convencionalidade da norma (p. 5). Cita parecer do MP no sentido de que só o STF pode analisar incompatibilidade de lei com tratado. (p. 5) Cita precedentes do TJPR sobre a inexistência da audiência de custódia da Convenção Americana (p. 11). Apenas cita outros textos e não faz a

			análise direta, terminando por afirmar que não incide a inconvenção (p. 18).
--	--	--	--

TJBA (2)

Caso	Citava o controle de convencionalidade?	Utilizou como mero argumento ?	Observações
Apelação 1499469/2010	SIM	NÃO	Entende que o controle difuso de convencionalidade é atribuído apenas aos tratados supralegais, os tratados formalmente constitucionais são “paradigma ao controle de constitucionalidade difuso ou concentrado” (p. 9). Faz controle de convencionalidade ao estipular que: “sendo o conceito de deficiência estabelecido no direito brasileiro pela Convenção da Guatemala, através do Decreto 3956/01, amplo, sem qualquer limitação, seja de idade ou de nível [...] a Lei Municipal nº 7201/2007 foi instituída para disciplinar o acesso das pessoas com deficiência aos transportes urbanos, devendo ser interpretada à luz dos fundamentos e objetivos da Constituição vigente, bem como dos tratados e convenções internacionais [...] Desta forma, não há que se falar em limitação etária para revelação da “deficiência mental”, principalmente porque referida deficiência pode ser adquirida posteriormente” (p. 13-14).
Apelação 11913139/2009	SIM	NÃO	Apesar de citar que a violação à Convenção da Guatemala seria uma ilegalidade, faz o controle de convencionalidade nos seguintes termos: “a Lei Municipal nº 7201/2007, instituída para disciplinar o acesso das pessoas com deficiência aos transportes urbanos, deve ser interpretada em conformidade com o conceito de deficiência, previsto na aludida convenção, sob pena de ilegalidade [...]” (p. 13).

TJCE (4 de 5)

Caso	Citava o controle de convencionalidade?	Utilizou como mero argumento ?	Observações
ED na Ap. 320534/6/2010	SIM	SIM	Apenas cita a ementa da apelação, na qual consta que “A Portaria nº 06/2009, oriunda da Justiça da Infância e Juventude, supera os controles de legalidade, constitucionalidade e convencionalidade [...]” (p. 1).
ED na Ap. 320430/2/2010	SIM	SIM	Apenas cita a ementa da apelação, na qual consta que “A Portaria nº 06/2009, oriunda da Justiça da Infância e Juventude, supera os controles de legalidade, constitucionalidade e convencionalidade [...]” (p. 1).
Apelação 145735/7/2007	NÃO	-	Tratava de algo como sendo convencional.
Apelação 320534/6/2010	SIM	SIM	Apenas cita para afirmar que uma portaria está de acordo com a constitucionalidade, legalidade e convencionalidade.
Apelação 320430/2/2010	SIM	SIM	Apenas cita para afirmar que uma portaria está de acordo com a constitucionalidade, legalidade e convencionalidade.

TJDFT (4 de 5)

Caso	Citava o controle de convencionalidade?	Utilizou como mero argumento ?	Observações
Apelação 255910/2008	NÃO	-	Tratava de algo como sendo convencional. Vide trecho: “[...] materiais solicitados pelo médico da autora, para a realização de cirurgia, fogem da convencionalidade” (p. 8).
HC 292809/2012	SIM	SIM	Cita pedido do recorrente pela “inconstitucionalidade da agravante de reincidência prevista no art. 61, I, do Código Penal, e o faz elegendo como parâmetro de controle o art. 8º, inciso IV, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos” (p. 3).

			Fala que o caso demandaria controle de convencionalidade, mas não aplica (p. 4).
ED do HC 292809/2012	SIM	SIM	Cita a ementa do acórdão recorrido, no qual consta o termo convencionalidade (p. 2).
Apelação o Cível 454013/2011	SIM	SIM	Cita o controle de convencionalidade, mas entende que se trata de um controle difuso de constitucionalidade e afirma que não alcança normas do poder constituinte originário (p. 43)
Apelação o Cível 453902/2011	SIM	SIM	Cita o controle de convencionalidade, mas entende que se trata de um controle difuso de constitucionalidade e afirma que não alcança normas do poder constituinte originário (p. 43)

TJMG (2 de 4)

Caso	Citava o controle de convencionalidade?	Utilizou como mero argumento ?	Observações
HC 287704/2015	SIM	SIM	Cita o pedido do autor pela inconveniência do art. 306 do CPP (p. 2). Apenas afirma que está atento a discussão sobre “audiência de custódia e a consequente realização do controle de convencionalidade”, mas não aplica de fato o controle (p. 3).
ED na Ap. 974144/2009	SIM	SIM	Entende que os tratados anteriores à EC 45 e não submetidos ao processo legislativo especial, não podem ser comparados às normas constitucionais (p. 8). Por isso, entendeu que não possuindo a Convenção Americana <i>status</i> constitucional, “não há que se falar em inconstitucionalidade da aplicação da pena de suspensão de direitos políticos, previstas na Lei 8.429/92, em sede de ação civil por ato de improbidade administrativa, ante a sua expressa previsão constitucional”
Apelação o 213210	NÃO	-	Tratava de algo como sendo convencional. Vide trecho: “[...] mas é crucial para determinar se uma

1/2009			licitação será ou não necessária o fato de ser o campo de atuação da empresa tão peculiar a ponto de fugir da normalidade, da convencionalidade dos serviços comumente prestados no mercado” (p. 9-10).
Embargos Infringentes da Apelação 213210 1/2009	NÃO	-	Tratava de algo como sendo convencional (p. 19).

TJMT (1)

Caso	Citava o controle de convencionalidade?	Utilizou como mero argumento ?	Observações
Apelação 72122/2013	SIM	SIM	O relator diz que, apesar do caráter supralegal da Convenção Americana, a hipótese do art. 331 do Código Penal encontra fundamento na Constituição (p. 9).

TJPR (9 de 13)

Caso	Citava o controle de convencionalidade?	Utilizou como mero argumento ?	Observações
Apelação 1705008	NÃO	-	Tratava de algo como sendo convencional (p. 23).
Agravo de Instrumento 3972690	NÃO	-	Tratava de algo como sendo convencional (p. 5).
Apelação 5258695	SIM	SIM	Citava precedentes do STF sobre prisão de depositário infiel e entendeu que “as normas decorrentes desses tratados são parâmetros para análise de ‘convencionalidade’” (p. 14).
Agravo de	SIM	SIM	Apenas cita que o STF aplicou o controle de convencionalidade para

Instrum ento 619633 0			invalidar o parágrafo único do art. 904 do CPC (p. 5).
Apelaçã o 701056 0	NÃO	-	Tratava de algo como sendo convencional (p. 3).
Apelaçã o 918400 3	NÃO	-	Tratava de algo como sendo convencional (p. 4).
Habeas Corpus 126486 50	SIM	SIM	Cita pedido do autor pela inconveniência de dispositivos do código de processo penal (p. 3). Não realizou controle de convencionalidade.
Habeas Corpus 126557 17	SIM	SIM	Cita pedido do autor pela inconveniência de dispositivos do código de processo penal (p. 2). Não realizou controle de convencionalidade.
Habeas Corpus 127758 45	SIM	SIM	Cita pedido do autor pela necessidade de aplicação da audiência de custódia prevista no art. 7, item 5, da Convenção Americana (p. 3). Não realizou controle de convencionalidade.
Habeas Corpus 135832 32	SIM	SIM	Cita pedido do autor pela necessidade de aplicação da audiência de custódia prevista no art. 7, item 5, da Convenção Americana (p. 3). Cita precedentes da CIDH para alegar que não basta a comunicação da prisão ao juiz, deve o preso ser apresentado a esse juiz (Caso Acosta Calderón Vs. Equador, Caso Bayarri Vs. Argentina, Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador, Caso Garcia Asto e Ramírez Rojas Vs. Peru, Caso Palamara Iribarne Vs. Chile) (p. 11-12). Cita diversas ações no sentido de implementar a audiência de custódia no Brasil (p.12-13). Apesar disso, não realiza controle de convencionalidade da norma.
Habeas Corpus 582188	SIM	SIM	Apenas cita que o STF entende aplicável o controle de convencionalidade para casos de

1			prisão de depositário infiel (p. 2).
ED no HC 123896 45	SIM	SIM	Cita pedido do autor pela análise da convencionalidade do art. 225 do código penal (p. 1). Não realiza controle de convencionalidade.
ED em Recurso em Sentido Estrito 126102 85	SIM	SIM	Cita pedido do autor pela análise da convencionalidade do art. 225 do código penal (p. 1). Alegou que o pedido de controle de convencionalidade não foi manejado no recurso, apenas em embargos, portanto, não realizou controle de convencionalidade (p. 2).

TJRJ (13 de 14)

Caso	Citava o controle de convencionalidade?	Utilizou como mero argumento ?	Observações
Apelação 001.017 27/2009	SIM	SIM	Apenas faz referência ao controle de convencionalidade como dever do judiciário e que as resoluções do Banco Central do Brasil não podem se sobrepôr às regras convencionais, constitucionais e legais (p. 16-17).
Agravo de Instrumento 002.292 50/2009	SIM	SIM	Apenas cita a ementa de julgado do TJRJ Apelação 001.01727/2009, no qual é utilizado o controle de convencionalidade para deixar de aplicar modalidade de cálculo que avança sobre a dignidade humana, por inviabilizar a quitação do saldo devedor (p. 2).
Agravo de Instrumento 005555 3-74/2011	SIM	SIM	Apenas é citado o <i>status</i> supralegal da Convenção sobre Direitos das Crianças, “o qual [...] deve ser utilizado no controle de convencionalidade das leis” (p. 3).
Agravo de Instrumento 005561 8-42/2011	SIM	SIM	Apenas é citado o <i>status</i> supralegal da Convenção sobre Direitos das Crianças, “o qual [...] deve ser utilizado no controle de convencionalidade das leis” (p. 4).

Apelação 000453 1- 70/2009	SIM	SIM	Apenas é citado o status supralegal da Convenção sobre Direitos das Crianças, “o qual [...] deve ser utilizado no controle de convencionalidade das leis” (p. 7).
Apelação 001418 3- 22/2006	SIM	SIM	Apenas é citado o status supralegal da Convenção sobre Direitos das Crianças, “o qual [...] deve ser utilizado no controle de convencionalidade das leis” (p. 4).
Apelação 002030 6- 35/2010	SIM	SIM	Apenas é citado o status supralegal da Convenção sobre Direitos das Crianças, “o qual [...] deve ser utilizado no controle de convencionalidade das leis” (p. 4).
Agravo de Instrumento 005226 7- 61/2011	SIM	SIM	Apenas é citado o status supralegal da Convenção sobre Direitos das Crianças, “o qual [...] deve ser utilizado no controle de convencionalidade das leis” (p. 3).
Apelação 038290 2- 17/2009	SIM	SIM	Apenas é citado o status supralegal da Convenção sobre Direitos das Crianças, “o qual [...] deve ser utilizado no controle de convencionalidade das leis” (p. 6).
Apelação 011842 9- 69/2010	NÃO	-	Tratava de algo como sendo convencional (p. 3).
RESE 002348 2- 21/2013	SIM	NÃO	Em suposta antinomia entre o CPP e a lei 11.340, haverá de realizar o controle de convencionalidade, curvando-se à hierarquia da Convenção Interamericana, diante de seu <i>status</i> supralegal (p. 93)
RESE 000996 4- 87/2011	SIM	NÃO	Em suposta antinomia entre o CPP e a lei 11.340, haverá de realizar o controle de convencionalidade, curvando-se à hierarquia da Convenção Americana, diante de seu <i>status</i> supralegal (p. 107).
RESE 004145 4- 87/2012	SIM	SIM	Apenas cita ementa de julgado da Terceira Câmara Criminal do TJRJ (p. 73).

RESE 000563 1- 66/2013	SIM	NÃO	Em suposta antinomia entre o CPP e a lei 11.340, haverá de realizar o controle de convencionalidade, curvando-se à hierarquia da Convenção Interamericana, diante de seu <i>status</i> supralegal (p. 73).
---------------------------------	-----	-----	--

TJRS (101)

Caso	Citava o controle de convencionalidade?	Utilizou como mero argumento ?	Observações
Apelação o 700287 69636	SIM	SIM	Apenas afirma a convencionalidade da Lei Maria da Penha, mas não aplica o controle de convencionalidade de fato (p. 27).
Apelação o 700287 72986	SIM	SIM	Apenas afirma a convencionalidade da Lei Maria da Penha, mas não aplica o controle de convencionalidade de fato (p. 25).
Apelação o 700316 01263	SIM	SIM	Apenas afirma a convencionalidade da Lei Maria da Penha, mas não aplica o controle de convencionalidade de fato (p. 7).
Apelação o 700362 46502	SIM	SIM	Apenas cita o teor da Apelação 70031601263, no qual consta a citação ao controle de convencionalidade (p. 5).
Apelação o 700404 69975	SIM	SIM	Apenas cita o teor da Apelação 70031601263, no qual consta a citação ao controle de convencionalidade (p. 5).
Apelação o 700390 99445	SIM	SIM	Apenas cita o teor da Apelação 70031601263, no qual consta a citação ao controle de convencionalidade (p. 8).
Apelação o 700439 76216	SIM	SIM	Apenas cita o teor da Apelação 70031601263, no qual consta a citação ao controle de convencionalidade (p. 7).
HC 700508 15844	SIM	SIM	Cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 13). Cita precedentes da CIDH e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre os “três critérios para aferir a existência ou não do cumprimento da garantia do prazo razoável” (p. 15).

			Não aplica o controle de convencionalidade.
HC 700515 32679	SIM	SIM	Apenas cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 6).
HC 700516 01870	SIM	SIM	Apenas cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 6).
HC 700516 59522	SIM	SIM	Apenas cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 4).
HC 700519 92055	SIM	SIM	Apenas cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 5).
HC 700520 17845	SIM	SIM	Apenas cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 4).
HC 700521 74950	SIM	SIM	Cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 7). Cita precedentes da CIDH e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre os “três critérios para aferir a existência ou não do cumprimento da garantia do prazo razoável” (p. 9). Não aplica o controle de convencionalidade.
HC 700521 00526	SIM	SIM	Apenas cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 4).
HC 700525 22125	SIM	SIM	Apenas cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 12).
HC 700526 21307	SIM	SIM	Apenas cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 12).
Apelação Cível 700528 76505	SIM	SIM	Apenas cita manifestação do MP, no sentido de não existir controle de convencionalidade no caso, “pelo simples fato de a Convenção Americana de Direitos Humanos não ser norma constitucional!” (p. 11).
Embargos Infringentes 700516 87226	SIM	SIM	Apenas cita na ementa do julgado “Convencionalidade e constitucionalidade acolhedoras do estado de inocência” (p. 1), mas não há a utilização do controle de convencionalidade.
Embargos Infringentes	SIM	SIM	Apenas cita na ementa do julgado “Convencionalidade e constitucionalidade acolhedoras do

ntes 700526 07421			estado de inocência” (p. 1), mas não há a utilização do controle de convencionalidade.
Apelação 700519 56548	SIM	SIM	Apenas cita na ementa que o poder de polícia do Estado e a <i>persecutio criminis</i> “encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 1).
Apelação 700517 88081	SIM	SIM	Apenas cita a ementa da Apelação 70051956548, na qual consta que o poder de polícia do Estado e a <i>persecutio criminis</i> “encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 15).
Apelação 700521 89792	SIM	SIM	Apenas cita na ementa que o poder de polícia do Estado e a <i>persecutio criminis</i> “encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 1).
APELA ÇÃO 700538 59369	SIM	SIM	Apenas cita a ementa da Apelação 70051956548, na qual consta que o poder de polícia do Estado e a <i>persecutio criminis</i> “encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 4).
Apelação 700535 59068	SIM	SIM	Apenas cita a ementa da Apelação 70051956548, na qual consta que o poder de polícia do Estado e a <i>persecutio criminis</i> “encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 15).
APELA ÇÃO 700527 50999	SIM	SIM	Apenas cita na ementa que o poder de polícia do Estado e a <i>persecutio criminis</i> “encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 1).
HC 700541 74255	SIM	SIM	Cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 7). Cita precedentes da CIDH e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre os “três critérios para aferir a existência ou não do cumprimento da garantia do prazo razoável” (p. 9). Não aplica o controle de

			convencionalidade.
HC 700545 18089	SIM	SIM	Cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 6). Cita precedentes da CIDH e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre os “três critérios para aferir a existência ou não do cumprimento da garantia do prazo razoável” (p. 7). Não aplica o controle de convencionalidade.
HC 700555 65154	SIM	SIM	Cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 5). Cita precedentes da CIDH e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre os “três critérios para aferir a existência ou não do cumprimento da garantia do prazo razoável” (p. 7). Não aplica o controle de convencionalidade.
HC 700557 63478	SIM	SIM	Apenas cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 5).
HC 700555 89071	SIM	SIM	Apenas cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 5).
HC 700556 04086	SIM	SIM	Cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 5). Cita precedentes da CIDH e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre os “três critérios para aferir a existência ou não do cumprimento da garantia do prazo razoável” (p. 7). Não aplica o controle de convencionalidade.
Apelação o 700546 75137	SIM	SIM	Apenas cita a ementa da Apelação 70051956548, na qual consta que o poder de polícia do Estado e a persecutio criminis “encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 17).
HC 700558 93861	SIM	SIM	Cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 5). Cita precedentes da CIDH e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre os “três critérios para aferir a existência ou não do cumprimento da garantia do prazo razoável” (p. 7). Não aplica o controle de

			convencionalidade.
ED 700554 88175	SIM	SIM	Apenas cita o acórdão embargado no qual consta citação da ementa da Apelação 70051956548, na qual consta que o poder de polícia do Estado e a <i>persecutio criminis</i> “encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 7).
HC 700562 14760	SIM	SIM	Apenas cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 5).
HC 700562 69608	SIM	SIM	Cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 7). Cita precedentes da CIDH e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre os “três critérios para aferir a existência ou não do cumprimento da garantia do prazo razoável” (p. 9). Não aplica o controle de convencionalidade.
ED 700555 08832	SIM	SIM	Apenas cita o acórdão embargado no qual consta citação da ementa da Apelação 70051956548, na qual consta que o poder de polícia do Estado e a <i>persecutio criminis</i> “encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 6).
Apelação o 700552 84400	SIM	SIM	Apenas cita a ementa dos Embargos Infringentes 70052607421, no qual a ementa diz “Convencionalidade e constitucionalidade acolhedoras do estado de inocência” (p. 1), mas não há a utilização do controle de convencionalidade.
Apelação o 700558 69580	SIM	SIM	Apenas cita na ementa que o poder de polícia do Estado e a <i>persecutio criminis</i> “encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 1).
Apelação o 700561 60948	SIM	SIM	Apenas cita a ementa das Apelações 70051956548 e 70052189792, nas quais consta que o poder de polícia do Estado e a <i>persecutio criminis</i> “encontram limites na

			convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 9 e 13).
HC 700566 54569	SIM	SIM	Cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 6). Cita precedentes da CIDH e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre os “três critérios para aferir a existência ou não do cumprimento da garantia do prazo razoável” (p. 8). Não aplica o controle de convencionalidade.
HC 700569 14369	SIM	SIM	Cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 7). Cita precedentes da CIDH e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre os “três critérios para aferir a existência ou não do cumprimento da garantia do prazo razoável” (p. 8). Não aplica o controle de convencionalidade.
HC 700569 16927	SIM	SIM	Apenas cita precedente no qual consta citação da ementa da Apelação 70052189792, na qual consta que o poder de polícia do Estado e a <i>persecutio criminis</i> “encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 8).
HC 700571 33001	SIM	SIM	Cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 5). Cita precedentes da CIDH e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre os “três critérios para aferir a existência ou não do cumprimento da garantia do prazo razoável” (p. 6). Não aplica o controle de convencionalidade.
Apelação o 700548 31953	SIM	SIM	Apenas cita na ementa que o poder de polícia do Estado e a <i>persecutio criminis</i> “encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 1).
HC 700573 12621	SIM	SIM	Cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 6). Cita precedentes da CIDH e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre os “três critérios para aferir a existência ou não do cumprimento da

			garantia do prazo razoável” (p. 7). Não aplica o controle de convencionalidade.
HC 700574 05953	SIM	SIM	Cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 5). Cita precedentes da CIDH e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre os “três critérios para aferir a existência ou não do cumprimento da garantia do prazo razoável” (p. 7). Não aplica o controle de convencionalidade.
HC 700576 28745	SIM	SIM	Cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 5). Cita precedentes da CIDH e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre os “três critérios para aferir a existência ou não do cumprimento da garantia do prazo razoável” (p. 7). Não aplica o controle de convencionalidade.
HC 700577 67493	SIM	SIM	Cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 5). Cita precedentes da CIDH e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre os “três critérios para aferir a existência ou não do cumprimento da garantia do prazo razoável” (p. 7). Não aplica o controle de convencionalidade.
Apelação o 700534 11005	SIM	SIM	Apenas cita a ementa da Apelação 70052189792, na qual consta que o poder de polícia do Estado e a persecutio criminis “encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 11).
ED 700576 13119	SIM	SIM	Apenas cita que a principiologia da prova penal é “regida pela convencionalidade, constitucionalidade e legalidade” (p. 8)
HC 700576 42910	SIM	SIM	Cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 5). Cita precedentes da CIDH e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre os “três critérios para aferir a existência ou não do cumprimento da garantia do prazo razoável” (p. 7). Não aplica o controle de convencionalidade.

HC 700573 61925	SIM	SIM	Cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 7). Cita precedentes da CIDH e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre os “três critérios para aferir a existência ou não do cumprimento da garantia do prazo razoável” (p. 9). Não aplica o controle de convencionalidade.
HC 700578 10038	SIM	SIM	Apenas cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 5).
HC 700580 47804	SIM	SIM	Cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 5). Cita precedentes da CIDH e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre os “três critérios para aferir a existência ou não do cumprimento da garantia do prazo razoável” (p. 7). Não aplica o controle de convencionalidade.
Arguição do de inconstitucionalidade 700576 58593	SIM	SIM	Apenas afirma que a exigência de cotas para negros está prevista na Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial. Não faz controle de convencionalidade.
HC 700581 90893	SIM	SIM	Cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 6). Cita precedentes da CIDH e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre os “três critérios para aferir a existência ou não do cumprimento da garantia do prazo razoável” (p. 7). Não aplica o controle de convencionalidade.
Apelação 700554 07449	SIM	SIM	Apenas cita a ementa da Apelação 70052189792, na qual consta que o poder de polícia do Estado e a persecutio criminis “encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 11).
HC 700589 00929	SIM	SIM	Cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 5). Cita precedentes da CIDH e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre os “três critérios para aferir a existência ou não do cumprimento da

			garantia do prazo razoável” (p. 7). Não aplica o controle de convencionalidade.
HC 700586 94134	SIM	SIM	Cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 6). Cita precedentes da CIDH e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre os “três critérios para aferir a existência ou não do cumprimento da garantia do prazo razoável” (p. 8). Não aplica o controle de convencionalidade.
HC 700582 60670	SIM	SIM	Cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 6). Cita precedentes da CIDH e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre os “três critérios para aferir a existência ou não do cumprimento da garantia do prazo razoável” (p. 8). Não aplica o controle de convencionalidade.
HC 700581 25287	SIM	SIM	Cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 6). Cita precedentes da CIDH e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre os “três critérios para aferir a existência ou não do cumprimento da garantia do prazo razoável” (p. 7). Não aplica o controle de convencionalidade.
HC 700589 11876	SIM	SIM	Cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 18). Cita precedentes da CIDH e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre os “três critérios para aferir a existência ou não do cumprimento da garantia do prazo razoável” (p. 20). Não aplica o controle de convencionalidade.
HC 700591 18729	SIM	SIM	Cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 7). Cita precedentes da CIDH e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre os “três critérios para aferir a existência ou não do cumprimento da garantia do prazo razoável” (p. 9). Não aplica o controle de convencionalidade.
ED 700588	SIM	SIM	Apenas cita a ementa do acórdão embargado, na qual consta que o

98248			poder de polícia do Estado e a persecutio criminis “encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 2).
Apelação o 700573 32009	SIM	SIM	Apenas cita o acórdão embargado no qual consta citação da ementa da Apelação 70051956548, na qual consta que o poder de polícia do Estado e a persecutio criminis “encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 11).
ED 700588 26306	SIM	SIM	Apenas cita o acórdão embargado no qual consta citação da ementa da Apelação 70052189792, na qual consta que o poder de polícia do Estado e a persecutio criminis “encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 6).
HC 700595 15817	SIM	SIM	Cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 6). Cita precedentes da CIDH e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre os “três critérios para aferir a existência ou não do cumprimento da garantia do prazo razoável” (p. 8). Não aplica o controle de convencionalidade.
Apelação o 700557 79698	SIM	SIM	Apenas cita a ementa da Apelação 70051956548, na qual consta que o poder de polícia do Estado e a persecutio criminis “encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 10).
Apelação o 700553 94746	SIM	SIM	Apenas cita a ementa da Apelação 70051956548, na qual consta que o poder de polícia do Estado e a persecutio criminis “encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 10).
HC 700594 96026	SIM	SIM	Cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 5). Cita precedentes da CIDH e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos

			sobre os “três critérios para aferir a existência ou não do cumprimento da garantia do prazo razoável” (p. 7). Não aplica o controle de convencionalidade.
ED 700598 86952	SIM	SIM	Apenas cita o acórdão embargado no qual consta citação da ementa da Apelação 70051956548, na qual consta que o poder de polícia do Estado e a persecutio criminis “encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 7).
Apelação o 700585 77255	SIM	SIM	Apenas cita a ementa da Apelação 70052189792, na qual consta que o poder de polícia do Estado e a persecutio criminis “encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 18).
Apelação o 700560 95946	SIM	SIM	Apenas cita a ementa da Apelação 70051956548, na qual consta que o poder de polícia do Estado e a persecutio criminis “encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 19).
Apelação o 700596 66909	SIM	SIM	Apenas cita a ementa da Apelação 70051956548, na qual consta que o poder de polícia do Estado e a persecutio criminis “encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 16).
ED 700596 52149	SIM	SIM	Apenas cita o acórdão embargado no qual consta citação da ementa da Apelação 70052189792, na qual consta que o poder de polícia do Estado e a persecutio criminis “encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 8).
HC 700610 12332	SIM	SIM	Cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 5). Cita precedentes da CIDH e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre os “três critérios para aferir a existência ou não do cumprimento da

			garantia do prazo razoável” (p. 6). Não aplica o controle de convencionalidade.
HC 700611 38277	SIM	SIM	Cita a convencionalidade do direito à razoável duração do processo (p. 5). Cita precedentes da CIDH e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre os “três critérios para aferir a existência ou não do cumprimento da garantia do prazo razoável” (p. 6). Não aplica o controle de convencionalidade.
HC 700613 46516	SIM	SIM	Apenas cita precedente no qual consta citação da ementa da Apelação 70051956548, na qual consta que o poder de polícia do Estado e a persecutio criminis “encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 6).
ED 700610 96863	SIM	SIM	Apenas cita o acórdão embargado no qual consta citação da ementa da Apelação 70052189792, na qual consta que o poder de polícia do Estado e a persecutio criminis “encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 13).
Apelação o 700590 02246	SIM	SIM	Apenas cita a ementa da Apelação 70051956548, na qual consta que o poder de polícia do Estado e a persecutio criminis “encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 12).
HC 700615 17801	SIM	SIM	Apenas cita a ementa da Apelação 70054831953, na qual consta que o poder de polícia do Estado e a persecutio criminis “encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 9).
RESE 700609 65894	SIM	SIM	Apenas cita, em nota de rodapé, um livro que tem convencionalidade no título (p. 5).
Apelação o 700602 77167	SIM	SIM	Apenas cita a ementa da Apelação 70054831953, na qual consta que o poder de polícia do Estado e a persecutio criminis “encontram limites

			na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 91).
Apelação 700624 12713	SIM	SIM	Apenas cita a ementa da Apelação 70052189792, na qual consta que o poder de polícia do Estado e a persecutio criminis “encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 17).
HC 700607 39562	SIM	SIM	Apenas cita a ementa da Apelação 70052189792, na qual consta que o poder de polícia do Estado e a persecutio criminis “encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 83).
HC 700626 06272	SIM	SIM	Apenas cita a ementa da Apelação 70054831953, na qual consta que o poder de polícia do Estado e a persecutio criminis “encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 9).
Apelação 700547 74153	SIM	SIM	Apenas cita a ementa da Apelação 70054831953, na qual consta que o poder de polícia do Estado e a persecutio criminis “encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 9).
Apelação 700599 68826	SIM	SIM	Apenas cita o teor da Apelação 70031601263, no qual consta a citação ao controle de convencionalidade (p. 7).
Apelação 700605 96988	SIM	SIM	Apenas cita o teor da Apelação 70031601263, no qual consta a citação ao controle de convencionalidade (p. 7).
Apelação 700606 80386	SIM	SIM	Apenas cita o teor da Apelação 70031601263, no qual consta a citação ao controle de convencionalidade (p. 7).
Apelação 700606 32916	SIM	SIM	Apenas cita o teor da Apelação 70031601263, no qual consta a citação ao controle de convencionalidade (p. 7).
HC 700638 65018	SIM	SIM	Apenas cita a ementa da Apelação 70051956548, na qual consta que o poder de polícia do Estado e a

			persecutio criminis “encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 6).
Apelação o 700563 50416	SIM	SIM	Apenas cita a ementa da Apelação 70051956548, na qual consta que o poder de polícia do Estado e a persecutio criminis “encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 13-14).
ED 700635 10242	SIM	SIM	Apenas cita o acórdão embargado, no qual faz citação da ementa das Apelações 70052189792 e 70054831953, nas quais consta que o poder de polícia do Estado e a persecutio criminis “encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 6 e 12).
Apelação o 700589 53308	SIM	SIM	Apenas cita a ementa da Apelação 70052189792, na qual consta que o poder de polícia do Estado e a persecutio criminis “encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 25).
HC 700641 01405	SIM	SIM	A defesa pede controle de convencionalidade para “o cotejo do que resta disposto no artigo 306, § 1º do CPP, com os artigos 7º, item 5 e 9º, item 3 acima relacionados, eis que tais se chocariam frontalmente” (p. 6). Não analisa o pedido de controle de convencionalidade.
Apelação o 700633 58840	SIM	SIM	Apenas cita a ementa da Apelação 70051956548, na qual consta que o poder de polícia do Estado e a persecutio criminis “encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade” (p. 11).
Apelação o 700554 12621	SIM	SIM	Apenas cita o teor da Apelação 70031601263, no qual consta a citação ao controle de convencionalidade (p. 8).
Apelação o 700561 40841	SIM	SIM	Apenas cita o teor da Apelação 70031601263, no qual consta a citação ao controle de convencionalidade (p. 6).

TJSP (8 de 9)

Caso	Citava o controle de convencionalidade?	Utilizou como mero argumento ?	Observações
HC 784186 9/2011	SIM	SIM	Cita pedido pelo “controle excepcional difuso de constitucionalidade, por força de Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos, dos quais é signatário o Brasil” (p. 2). Não analisou o pedido.
Apelação 915977 605/2008	NÃO	-	Tratava de algo como sendo convencional. Vide trecho: “contrato realizou-se e os respectivos aditamentos seguiram o mesmo padrão de convencionalidade, quando já vigente o Plano Real” (p. 6).
Apelação 851981/2012	SIM	NÃO	Cita o pedido do autor pela inconvencionalidade (p. 3). Afirma a convencionalidade da norma, conforme segue: “O tipo penal do crime não é instrumento de censura à liberdade de pensamento, pois se inscreve na permissão posta naquele artigo 13, inciso 2, alíneas a e b, como forma de responsabilização ulterior, fixada na lei, para assegurar a proteção aos bens jurídicos ali enumerados” (p. 7)
Agravo em Execução 201424 182/2013	SIM	NÃO	Afirma que não pode ser feito juízo de convencionalidade no caso, pois “a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão [...] tem caráter norteador de eventual produção normativa interna dos países signatários do Pacto de San José da Costa Rica, não derogando, ademais, o ordenamento vigente, em razão de não se ter a ela dispensado igual natureza jurídica, qual seja, a de tratado internacional” (p. 7-8).
HC 209146 571/2014	SIM	SIM	Cita o pedido do autor pela inconvencionalidade (p. 2). Não analisa o pedido.
HC 209774 121/201	SIM	SIM	Cita o pedido do autor pela inconvencionalidade (p. 3). Não analisa o pedido.

4			
HC 210491 921/2014	SIM	SIM	Cita o pedido do autor pela inconvenção (p. 3). Não analisa o pedido.
Apelação 125399 0/2011	SIM	NÃO	Cita o pedido do autor pela inconvenção (p. 2). Analisa pela convencionalidade da norma: “Contudo, ao contrário do alegado pelo combativo Defensor, não se constata a aventada incompatibilidade entre o verbete em destaque e a norma insculpida no artigo 13 da CADH” (p. 3) Informa que o STF e a CIDH ainda não se manifestaram sobre a questão (p. 4).
Agravo em Execução 798658 7/2014	SIM	NÃO	Afirma que não pode ser feito juízo de convencionalidade no caso, pois “a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão [...] tem caráter norteador de eventual produção normativa interna dos países signatários do Pacto de San José da Costa Rica, não derogando, ademais, o ordenamento vigente, em razão de não se ter a ela dispensado igual natureza jurídica, qual seja, a de tratado internacional” (p. 4-5).

TJTO (1)

Caso	Citava o controle de convencionalidade?	Utilizou como mero argumento?	Observações
HC 152748 9/2014	SIM	SIM	Cita a alegação do autor de que, pelo controle de convencionalidade, entre a Convenção Americana e o art. 331 do Código Penal, a primeira devia prevalecer, afastando o crime de desacato de nosso ordenamento (p. 2). O relator disse que o <i>status</i> supralegal só serve para contrapor “alguma norma brasileira que preveja a prisão civil por dívida”. “Portanto, não possuindo o Tratado <i>status</i> de norma constitucional, não há que se falar em

			violação à Convenção Americana de Direitos Humanos” (p. 9).
--	--	--	---