Universidade Católica de Brasília

Pró-Reitoria Acadêmica
Escola de Direito
Curso de Direito
Trabalho de Conclusão de Curso

O Controle Convencionalidade dos Tratados pode ser Aplicado no Âmbito do Distrito Federal?

Autor: Alisson Santos Costa
Orientadorª: Profª Msc. Júlio Edstron Secundino Santos

Brasília - DF
2016

ALISSON SANTOS COSTA

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DOS TRATADOS PODE SER APLICADO NO ÂMBITO DO DISTRITO FEDERAL?

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito da Universidade Católica de Brasília, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Profª. Msc. Júlio Edstron Secundino Santos

Brasília
2016

Universidade Católica de Brasília

Monografia de autoria de Alisson Santos Costa, intitulada “O Controle de Convencionalidade dos Tratados pode ser Aplicado no Âmbito do Distrito Federal?”, apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Universidade Católica de Brasília, em 13/05/2016 defendida e ___provada pela banca examinadora abaixo assinada:

_____

Professor Msc. Júlio Edstron Secundino Santos
Orientadora
Direito/UCB

_____

Professor Msc. Fabrício Jonathans Alves da Silva
Direito/UCB

_____

Professor Dr. João Rezende Almeida Oliveira
Direito/UCB

Brasília

2016

Aqueles que nunca me deram o que eu queria, mas me deram tudo que eu precisava, carinho, amor, respeito, dignidade e honra, aos meus pais Maria e Istepheson, que com todo o empenho me ensinaram o caminho da sabedoria e da honra. Obrigado aos meus tios Lídio e Anselmo, que tanto contribuíram para minha graduação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente ao pai celeste por ter propiciado tantas alegrias em minha vida, aos meus dois companheiros e amigos B & C que sempre estão comigo.

A Bruno Costa meu irmão e meu amigo e sua esposa Claudia Costa pelo empenho e ajuda que me dedicaram,

Em especial ao amigo e professor Julio Edstron por tanto ter me ajudado nos caminhos desse trabalho e nos cinco anos que percorri dentro da Universidade Catolica.

Aos meus amigos e professores, Gleidsom Bonfim, Fabrício Jhonatans, Marcio Almeida, Diogo Reis e Thiago Luz da Universidade Católica que me muniram de conhecimento ao longo do curso de graduação e que acreditaram e me ajudaram nessa jornada.

Aqueles que me deram todo o carinho e a base da vida, aos meus avós José Anselmo, Apolônio Felix, Maria Vieira e Elza.

A Márcia Mendonça por toda a ajuda e pelo conhecimento que me transmitiu, e em especial, ao meu amigo Francisco Aquino por ter colaborado de uma forma inexplicável para minha evolução profissional.

Obrigado Lielson Santos e Bruna Costa, pela grande colaboração nesse trabalho.

Aos meus familiares e amigos que durante o curso me ajudaram cada um de uma forma direta ou indiretamente meus agradecimentos.

A Luanna Almeida pela grande ajuda ao decorrer do tempo que está comigo.

Com animo forte ser for preciso enfrento a morte, a afronta se lava com fibra de herói de gente brava... onde a esperança e mais uma estrela a brilhar. (Canção Fibra de Herói).

"Sempre proteger os indefesos, mesmo que custe sua própria vida, lutar por aqueles que ama, ou aqueles que conheceu no mesmo dia, representar a força a sabedoria e compaixão, sempre defender o assustado e derrotar aqueles que vem da escuridão. Acredite na justiça, mas não a que emana dos demais e sim na tua própria". (BUSHIDO CÓDIGO SAMURAI)

RESUMO

Referência: COSTA, Alisson Santos. O CONTROLE DE CONVENCIONALDIADE DOS TRATADOS PEDE SER APLICADO NO AMBITO DO DISTRITO FEDERAL. 2016. 37 paginas. Monografia. Direito. Universidade Católica de Brasília, Taguatinga, 2016

O Direito Internacional começa a surgir em meados da idade média, com os feudos e reinados, onde tratados entre países eram feitos com interesses comercias, de paz ou de guerra. No entanto, é somente com Hugo Grotius (1585-1645) que o Direito Internacional começa a tomar força. Com o passar do tempo, este se tornou mais solido, após a ocorrência da Revolução Francesa, no final do século XVIII, e também alguns anos depois, no início do século início XIX, com a influência do Código Napoleônico. Foi então que, no pós Segunda Guerra Mundial, estabeleceram-se os Direitos Internacionais, com a Carta das Nações Unidas em 1945 ou Carta de São Francisco e, logo após, em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. É neste cenário que o Direito Internacional passa a ser observado e respeitado na maiorias dos países. O Brasil começou a adotar tais procedimentos depois de assinar o Pacto de São Jose da Costa Rica, os obrigando, posteriormente, a efetuar medidas mais substanciais no âmbito do Direito interno como a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004. Até então, antes da Emenda, adotava-se o sistema de Controle de Constitucionalidade de Hans Kelsen, por meio de sua teoria hierárquica. Com o controle de constitucionalidade, logo após, é introduzido à pirâmide as normas supralegais e os tratados, surgindo assim o Controle de Convencionalidade.

Palavra-chave: Controle de Convencionalidade. Tratados. Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Hierarquia das Normas.

ABSTRACT

Reference: COSTA, Alisson Santos. The CONVENCIONALDIADE CONTROL OF ASKING Treaties BE Applied IN FEDERAL DISTRICT SCOPE . 2016. 37 pages . Monograph . Right . Catholic University of Brasilia , Taguatinga, 2016

In the middle of the Middle Ages begins to emerge a bit of international law, with the fiefdoms and kingdoms where treaties between countries were made with commercial interests, peace or war. But only with Hugo Grotius (1585-1645) that international law begins to take force. With the passage of time has become more solid with the emergence of the French Revolution in the late eighteenth century and some years later in the early nineteenth century beginning with the Napoleonic Code. That's when the post World War II, establishes the international rights with the United Nations Charter in 1945 and the Charter of San Francisco and soon after in 1948 with the so Universal Declaration of Human Rights international law shall be respected in the majority of countries . The Brazil begins to adopt such procedures after signing the Pact of San Jose of Costa Rica, which subsequently forces effecting the Constitutional Amendment No. 45 of 8 December 2004. Until then before the amendment is adopted the constitutionality control system Hans Kelsen through its hierarchical theory with the constitutionality control, shortly after it entered the pyramid supralegais the standards treaties thus resulting in the control of conventionality.

Key-words: Conventionality control. Treaties. International Treaties on Human Rights. Hierarchy of Standards .

LISTA DE ABREVIATURAS

ADCON – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CIDPD – Convenção Internacional Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

EC – Emenda Constitucional

PSJCR – Pacto de San José da Costa Rica

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TIDH – Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 11

2 HIERARQUIA DOS TRATADOS 14

2.1 TRATADOS NO BRASIL..... 15

2.2 TEORIA DAS HIERARQUIAS DOS TRATADOS NO BRASIL 19

2.3 OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS APÓS A EC. 45/2004 22

3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL 27

3.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE 27

3.2 ASPECTOS GERAIS DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDAD... 29

3.3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO DISTRITO FEDERAL H.C. 2012.002.02.9280.9..... 32

4 CONCLUSÃO 34

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS 35

1 INTRODUÇÃO

O controle de convencionalidade é um instituto de suma importância tanto para o Direito interno externo brasileiro, observando a aplicabilidade do Direito Internacional no âmbito do Direito interno. Verifica-se que o controle de convencionalidade encontra-se em constante evolução, tendo em vista a busca por paridade entre as leis e a melhor aplicação para a população do país e a população mundial, é pretendido, a cada momento, a aplicação da norma mais benéfica para o cidadão.

O tema a ser abordado no presente trabalho de conclusão de é: o controle de convencionalidade dos tratados pode ser aplicado no âmbito do Distrito Federal?

O presente tema se mostra extremamente relevante e atual, pois, antes dos anos 2000, não se ouvia falar no nome controle de convencionalidade no Brasil.

Assim, o presente trabalho busca analisar os aspectos jurídicos e os efeitos que o controle de convencionalidade provocam dentro do ordenamento jurídico brasileiro e fora dele, aliado às análises da importância que tal controle tem por trabalhar diretamente com tratados relacionados a direitos humanos, os quais são vistos como primordiais para evolução global.

No primeiro capítulo será abordado a hierarquia dos tratados, a sua evolução histórica e o posicionamento de cada um, sendo eles: tratados de direitos humanos com quorum especial estabelecido pela Emenda Constitucional 45 de 2004; tratados de direitos humanos sem quorum especial e, por fim, os tratados de natureza simples.

Cada tratado passa a exercer um novo posicionamento hierárquico, que possibilita a cada um deles seu caráter normativo. Os tratados de direitos humanos em qualquer hipótese terão caráter de supralegalidade, estando abaixo da constituição e acima das leis e normas vigentes no país, observando que se os mesmos possuírem quórum especial são detentores de status constitucional, estando na mesma linha horizontal que a Constituição. E, por fim, os tratados de natureza simples, tratados “comuns”, possuirão status legal sendo equiparados a leis ordinárias.

O segundo capítulo trata acerca do controle de convencionalidade no Brasil, como que ele surgiu dentro do ordenamento jurídico brasileiro, passando pelo controle de constitucionalidade, que foi um dos sistemas base para a aplicação do controle de convencionalidade, até a sua agregação ao sistema jurídico brasileiro.

Tem como o principal intuito mostrar como é aplicado o controle de convencionalidade nos tribunais brasileiros e no Distrito Federal, a sua recepção no cenário jurídico através de leis, tratados, jurisprudências e analises doutrinarias. A aplicação do controle de convencionaldiade concentrado seria exercida exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal e aplicados o seus resultados de maneira erga omnes, enquanto o controle de convencionalidade difuso devera ser efetuado por qualquer juiz ou tribunal, produzindo apenas efeitos *inter* partes no sistema jurídico brasileiro.

Por se tratar de um tema novo, o controle de convencionalidade ainda busca alguns ajustes para sua aplicação, sendo ele de maneira concentrada, que não é aplicada no Brasil por não possuir fundamentação legal, e de maneira difusa, que é tipificada e aplicada no ordenamento jurídico brasileiro. Essa forma de aplicação não convence alguns doutrinadores que afirmam que as duas possibilidades podem ser aplicadas.

A hipótese para a solução da problemática abordada e fundada na jurisprudência concedida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios é a possibilidade dos juízes e tribunais através do embasamento constitucional aplicarem o controle difuso de modo *inter partes*.

O professor Dr. Valério de Oliveira Mazzuoli, foi o primeiro que buscou explicar o controle de convencionalidade e tanto no âmbito do Direito interno quanto externo, através de suas obras, dando-se em especial atenção àquela intitulada curso de Direito Internacional Público, onde são abordados temas relacionados a explicação de tal controle.

Finalmente, a escolha do tema se deu pela referida problemática e pela contribuição humanitária que o controle de convencionalidade busca trazer para a sociedade, não somente para o povo de seu país, mas para todos os povos. A metodologia utilizada neste trabalho foi a dedutiva, onde foi analisado todos os fundamentos doutrinários, legislação, teorias e jurisprudências que

respaldam a aplicação do controle de convencionalidade difuso no ordenamento jurídico brasileiro.

2 HIERARQUIA DOS TRATADOS

Após a Segunda Guerra Mundial, com as atrocidades nazistas e o holocausto, toma força um principio antigo, surgindo como pilar e a base dos direitos humanos fundamentais qual seja o principio da dignidade da pessoa humana.

O sistema jurídico brasileiro anterior à Emenda Constitucional (EC) nº 45 de 2004, seguia a hierarquia das normas de acordo com a teoria hierárquica de Hans Kelsen, onde em seu topo existe a Constituição e abaixo dela as leis, depois atos normativos e assim por diante. Hoje ainda adotasse a teoria atribuída a Kelsen, mas de uma maneira inovada com novos componentes que veremos nas próximas paginas.

O principio da dignidade da pessoa humana torna-se o propulsor do Direito Internacional e um principio fundamental para o direito mundial. No Brasil temos tal principio tipificado no art. 1º, III da Constituição de 1988. (SANTOS, 2016, p. 71). O professor Julio Edstron Secundino Santos em sua obra refina tal tema da seguinte forma:

> (...) a dignidade da pessoa humana foi vista como o cerne dos direitos fundamentais, o que foi feito por meio de uma reconstrução teórica de sua evolução. (...) ela se consolidou por meio de quatro grandes marcos históricos e jurídicos, que foram: o Cristianismo, o Iluminismo, a filosofia kantiana e seu reconhecimento jurídico após a Segunda Guerra Mundial. (SANTOS, 2016. p. 71).

Vários são os Tratados e Convenções Internacionais ratificados pelo Brasil, iremos destacar aqueles que provocaram as maiores mudanças no ordenamento jurídico interno, qual seja, o Pacto de San José da Costa Rica (PSJCR) de 22 de novembro de 1969, que entrou em vigor através do Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992 e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CIDPD) e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007 que entrou em vigor pelo Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009. (GOMES; REIS, 2007, p. 160).

No ano de 2004 entra em vigor a EC 45/04, que introduz o § 3º à Constituição Federal de 1988, onde especifica que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos (TIDH) que forem aprovados por quórum especial terão força de Emendas Constitucionais. (BRASIL, 2016, p. 11).

Possibilitou assim que fosse alterada a teoria hierárquica atribuída a Kelsen onde os tratados de direitos humanos que forem aprovados por quórum especial terão status constitucional e os TIDH que não forem aprovados por quórum especial terão status de supralegalidade. (MAZZUOLI, 2010, p.341 - 349).

Depois da EC 45/04 e da adoção do PSJCR, as discursões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do posicionamento hierárquico dos Tratados Comuns e os Tratados de Direitos Humanos se tornaram constantes, principalmente no Supremo Tribunal Federal (STF), no que se refere à impossibilidade da prisão civil por divida, a não ser nos casos de dívida de alimentos. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 204).

Com a adoção do PSJCR e da promulgação da EC 45/05, os tratados passaram a possuir seus verdadeiros posicionamentos hierárquicos onde, os tratados que versão sobre direitos humanos que possuem quórum especial são detentores de caráter supraconstitucional equivalentes a Emendas Constitucionais, os tratados de direitos humanos sem quórum especial possuem caráter de supralegalidade, e os tratados comuns que possuíram status de lei ordinária. (PIOVESAN, 2011, p. 123 - 124).

2.1 TRATADOS NO BRASIL

Tratados são acordos firmados entre Estados ou Organismos Internacionais como sujeito de Direito Internacional, onde buscam a produção de efeitos jurídicos internacionais. São eles regidos por seus princípios e costumes onde os Estados contratantes estão sujeitos a adotá-los tanto no âmbito do direito externo quanto no âmbito de seu direito interno. (ACCIOLY; SILVA; CASELLA; 2014, p. 156).

Em 1980, entra em vigo A Convenção de Viena sobre Tratados Internacionais de 1961, de acordo com a Convenção de Viena em seu art. 2º, ponto 1, a, que retrata da seguinte forma:

> 1. Para os fins da presente Convenção: a) “tratado” significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de

> dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica. (BRASIL, 2016).

Surge então varias teorias sobre o que são os tratados, seus efeitos, e seus ritos, quanto a sua classificação em um relato simples, segundo Hildebrando Accioly:

> Varias *classificações* tem sido utilizadas para os tratados. A mais simples é a que os divide conforme o numero de partes contratantes, ou seja, um *bilaterais* (quando celebrado entre duas partes) ou *multilaterais,* quando as partes são numerosas. (ACCIOLY, 2014, p.157).

Com a Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, o constituinte não deixou de relatar tais prerrogativas quanto ao Direito Internacional, onde em redação do caput do art. 4º da Constituição incorporam os princípios internacionais ao nosso ordenamento jurídico atual. (GOMES; REIS, 2007, p. 65, 66, 67). A doutrina nos mostra que:

> (...) da Republica Federativa do Brasil, como um Estado interdependente nas relações internacionais, autônomo e soberano na sociedade de Estados que almejará uma atuação soberana, prioritariamente, respeitando os principio estabelecidos nos inicios do artigo 4º da constituição de 1988, sendo diretrizes da atuação brasileira, limitando o poder de reger-se autonomamente, em decorrência do poder constituinte que estabeleceu estes princípios. (GOMES; REIS, 2007, p.66).

O ordenamento jurídico brasileiro passa a adotar os tratados e participar como Estado da elaboração dos mesmos, regido pelo seu sistema jurídico e pelos princípios elencados no art. 4º da Constituição, e principalmente pelo principio da dignidade da pessoa humana. (GOMES; REIS, 2007, p.126). Piovesan informa que:

> Considerando que toda Constituição há de ser compreendida como unidade e como sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como valor essencial, que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular. (PIOVERSAN, 2011, p. 80).

A dignidade da pessoa humana foi o principio que iniciou os TIDH, no pós 2º Guerra Mundial. Tal principio é de suma importância não somente para o DI, mas primordial para os ordenamentos jurídicos mundiais. (BRASIL, 2008,

p.13). O Senhor Ministro Celso de Mello relata a importância de tal principio no RE 349.703/08, de uma forma fática:

> **O eixo** de atuação do direito internacional publico contemporâneo **passou** a concentra-se, **também**, na dimensão subjetiva da pessoa humana, **sua essencial dignidade** veio a ser reconhecida, em **sucessivas** declarações e pactos internacionais, **como valor fundamente** do ordenamento jurídico **sobre o qual repousa** o edifício institucionais dos Estados nacionais.[1] (BRASIL, 2016).

Com o passar do tempo e com a evolução mundial, passa-se cada vez mais a existir Estados negociadores e Estados contratantes buscando se adequar às normas de Direito Internacional. Não foi diferente com o Brasil, onde os constituintes de 1988 solidificaram as possibilidades de recepção dos tratados, atribuindo suas competências aos arts. 49, inc. I e 84 inc. VIII da Constituição. (MAZZUOLI, 2010, p. 299).

Valério Mazzuoli, em sua interpretação dos artigos 49, inc. I e 84 inc. VIII da constituição, são vistas e consideradas da seguinte forma, que:

> Da leitura dos artigos transcritos é possível perceber que a vontade do Executivo, manifestado pelo Presidente da República, não se aperfeiçoará quanto a decisão do Congresso Nacional sobre a viabilidade de se aderir àquelas normas não for manifestada, no que se consagra, assim, a colaboração entre o Executivo e o Legislativo na conclusão de tratados internacionais. (MAZZUOLI, 2010, p. 299).

Na fase de recepção dos tratados, existem algumas prerrogativas importantes a se ressaltar. Onde existindo lei ordinária que versa sobre o mesmo assunto de forma idêntica ou contraria a um tratado recentemente recepcionado essa lei poderá ser revogada tacitamente, caso um tratado venha a ser recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro e posteriormente seja editado lei ordinária tal tratado poderá ser revogado, esses são os tratados chamados de Tratados de natureza simples. (MAZZUOLI, 2010, p. 335).

Observando que essas prerrogativas são adequadas apenas nos tratados de natureza comum. Em 1977 o Supremo Tribunal Federal toma um posicionamento quanto ao tema. No que se refere a natureza dos tratados comuns, Mazzuoli pensa da seguinte forma:

> (...) tratando-se de instrumentos internacionais *comuns* (à exceção dos tratados de *direitos humanos*), a jurisprudência do STF tem

[1] Texto com trechos em negrito conforme o original do autor, **RE 349.703 de 2008**.

> adotado a possibilidade de *treaty override* no Direito brasileiro, entendendo ser possível a superação de um tratado em virtude da edição de lei posterior. O chamado *treaty override* – revogação do tratado (expressa ou tacitamente) pela lei posterior incompatível - ainda hoje encontra amparo na atual jurisprudência da Suprema Corte.(MAZZUOLI, 2010, p. 335)

Esse sistema adotado toma um rumo diferente quando o Brasil começa a recepcionar os Tratados de Direitos Humanos, e passa a ser regido pela Emenda Constitucional 45/2004. A EC 45/04 possibilitou através do art. 5º, § 3º da Constituição de 1988, que:

> § 3º: os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (PLANALTO, 2016)

Os tratados que tiverem quórum especial nos termos do art. 5º, § 3º da Constituição possuirão a mesma posição hierárquica que a constituição em uma linha horizontal. (PIOVESAN, 2011, p. 123).

Em 2009 pelo decreto 6.4949 de 2009 a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas Com Deficiências e seu Protocolo Facultativo (CIDPD). A partir desse momento temos uma alteração nas posições hierárquicas do ordenamento jurídico brasileiro onde poderemos ver nos capítulos seguintes. De acordo com o posicionamento simples doutrinário sobre o tema:

> (...) a partir daí restou consignado, que teríamos duas posições sobre os Tratados Internacionais: a) Tratados Internacionais que não são de direito humanos continuariam a ser recepcionados como lei ordinária; b) já os TIDH que passassem pelo procedimento descrito no art. 5º § 3º da CR/88 seriam recepcionados como normas constitucionais (equivalentes às emendas constitucionais). (FERNANDES, 2011, p. 242).

Com a recepção dos tratados, dividimos eles em três temas: sendo o primeiro os tratados internacionais de direitos humanos que forem aprovadas nos termos do art. 5º § 3º da Constituição teriam força de norma constitucional; o segundo seria os TIDH que não forem aprovados no moldes do art. 5º § 3º da Constituição de 1988, que teriam apenas força de norma supralegal; e em terceiro os Tratados, que versam de quaisquer tema que tem força de lei ordinária. (PIOVESAN, 2011, p. 123 e 124).

O Supremo Tribunal Federal em 2008 se posicionou quanto a EC 45/2004, que Gonçalves em sua obra retrata da seguinte forma:

> A tese vencedora no STF propugnada pelo Ministro Gilmar Mendes foi a de que esses TIDH que não passaram pelo procedimento do art. 5 § 3º da CR/88 não poderiam adentrar como leis ordinárias por serem de direito humanos (o que não mais caberia frente a nova assertiva trazida pela EC nº 45/04), mas também não seria normas constitucionais por não terem sido aprovados nos mesmos moldes das Emendas Constitucionais. Segundo o Ministro, eles deveriam adentrar no ordenamento pátrio como normas supralegais, ou seja, um meio termo (posição intermediária) entre as normas Constitucionais e as leis ordinárias. Nesse sentido, estariam acima das leis ordinárias e abaixo da normas constitucionais. (FERNANDES, 2011, p. 343).

Assim os tratados, com o passar do tempo, são aperfeiçoados e ganham espaço no ordenamento jurídico dos Estados que o recepcionam, buscando a igualdade entre os povos e a paz mundial.

2.2 TEORIA DAS HIERARQUIAS DOS TRATADOS NO BRASIL

É de suma importância a presença hierárquica das normas em qualquer ordenamento jurídico. No Brasil esse método possibilita o controle de constitucionalidade, sendo ele difuso ou concentrado.

O Direito Constitucional brasileiro adotou antes dos tratados a teoria hierárquica atribuída a Kelsen, onde no topo tínhamos a constituição e abaixo dela as leis ordinárias e as complementares, dentre outras. Pode se verificar de uma forma mais clara a explicação de Bernardo Gonçalves, de acordo com a teoria jurídica de Kelsen, aduz:

> Sentido Jurídico: atribui-se a Hans Kelsen o desenvolvimento do sentido jurídico de Constituição. No quadro da “Teoria Pura do Direito”, Kelsen pretende expurgar do universo da ciência do direito todo e qualquer conteúdo que não possa ser reduzido ao critério de validade (isto é, o fato de encontrar em uma norma que lhe é hierarquicamente superior a sua autorização para existência no mundo jurídico). (FERNANDES, 2011, p. 50).

Com a hierarquia constitucional baseada na teoria atribuída a Kelsen, surge a possibilidade do controle de constitucionalidade. Conforme doutrina:

> A consequência dessa hierarquia é o reconhecimento da “supralegalidade constitucional”, que faz a Constituição a lei das leis, a *lex legum,* ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania”. (BONAVIDES, 2014, p.303).

Podemos dividir o controle de constitucionalidade em duas partes: a primeira é o controle difuso onde qualquer juiz ou tribunal pode se manifestar a respeito do tema; a segunda, o controle concentrado, onde apenas se admite ser feito pelo Supremo Tribunal Federal. (BONAVIDES, 2014, p. 303 - p.304).

Depois, que o Brasil passou a adotar os tratados tivemos uma alteração na teoria atribuída a Kelsen, lembrando que no campo externo todos os tratados são iguais, não tendo hierarquia. Assim, nenhum se dispõe de conjunto que diferencie um estatuto do outro, todos eles são importantes.

Em 1977, o pleno do STF pelo julgamento do RE 80.004/77, pacífico as questões da recepção dos tratados no Brasil, de acordo com o Senhor Ministro Gilmar Mendes no RE 466.343-1 de 03 de dezembro de 2008, ao retratar o RE 80.004/77 se coloca da seguinte forma:

> (...) os tratados de direitos humanos, como quaisquer outros instrumentos convencionais de caráter internacional, poderiam ser concebidos como equivalentes às leis ordinárias. Para esta tese, tais acordos não possuiriam a devida legitimidade para confrontar, nem para complementar o preceituado pela Constituição Federal em matéria de direitos fundamentais. O Supremo Tribunal Federal, como anunciado, passou a adotar essa tese no julgamento do RE n° 80.004/SE, Rel. p/ o acórdão Min. Cunha Peixoto (julgado em 1.6.1977). Na ocasião, os Ministros integrantes do Tribunal discutiram amplamente o tema das relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno. O Relator, Ministro Xavier de Albuquerque, calcado na jurisprudência anterior, votou no sentido do primado dos tratados e convenções internacionais em relação à legislação infraconstitucional. (BRASIL, 2016)

No Julgamento REx 8004/77, em 1992, através do Decreto 678 de 1992, o Brasil adota o Pacto de São José da Costa Rica onde os direitos humanos são resguardados e vem com força de norma constitucional. O PSJCR em seu art. 7, inciso VII, traz a proibição da prisão cível no caso do depositário infiel cujo era autorizada pela Constituição de 1988. Em 22 de novembro de 1995 o pleno do STF examinou através do HC 72.131-1/RJ o PSJCR e suas em relação a prisão cível. (MELLO, HC 72.131, p. 1). De acordo com o Senhor Ministro Celso de Mello no HC 72.131:

> Essa Convenção Internacional – **reinterando** os grandes princípios generosamente proclamados pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e pela Carta da Organização dos Estados Americanos – **reafirmou** o proposito 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 respito dos direitos essenciais do Homem".*[2] (BRASIL, 2016).

Tal julgamento possibilitou a introdução de qualquer tratado internacional com força de norma legal, a tese vencedora foi novamente do Senhor Ministro Celso de Mello que diz:

> Parece-me irrecusável, no exame da questão concernente à primazia das normas de direito internacional público sobre a legislação interna ou doméstica do Estado brasileiro, que não cabe atribuir, por efeito do que prescreve o art. 5º, § 2º, da Carta Política, um inexistente grau hierárquico das convenções internacionais sobre o direito positivo interno vigente no Brasil, especialmente sobre as prescrições fundadas em texto constitucional, sob pena de essa interpretação inviabilizar, com manifesta ofensa à supremacia da Constituição - que expressamente autoriza a instituição da prisão civil por dívida em duas hipóteses extraordinárias (CF, art. 5º, LXVII) -, o próprio exercício, pelo Congresso Nacional, de sua típica atividade político-jurídica consistente no desempenho da função de legislar. (BRASIL, 2016).

Já nos anos 2000, através do RHC 79.785 – RJ, com o voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, os Tratados principalmente aqueles que versão sobre direitos humanos, ganharam um posicionamento diferente na hierarquia das normas, passando a ser reconhecido os TIDH com caráter de supralegal. (BRASIL, 2016)

Em 30 de dezembro de 2004 é promulgada a Emenda Constitucional nº 45, introduzindo assim o § 3º ao atr. 5º da Constituição de 1988. Com essa alteração teremos o posicionamento hierárquico das normas que é adotada até hoje pelo sistema judiciário brasileiro. Aduz o § 3º que:

> Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL, 2016).

No dia 03 de dezembro de 2008 através do RE 466.343 – SP, que colocou fim a prisão civil do depositário infiel, surge o entendimento quanto aos tratados e a definição pontuando a hierarquia dos tratados no Brasil. Conforme doutrina, quanto ao referido RE, podemos extrair o seguinte entendimento:

> Apesar de continuar entendendo que os tratados internacionais *comuns* ainda guardam relação de paridade normativa com o ordenamento jurídico domestico, defendeu o Min. Gilmar Mendes a

[2] Texto com trechos em negrito, conforme o original do autor, **HC 72.131 de 1995.**

> tese de que os tratados internacionais de *direitos humanos* estariam num nível hierárquico intermediário: abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional. Segundo o seu entendimento, "parece mais consistente de interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos", segundo qual "os tratados de direitos humanos seriam infraconstitucionais, porem diante de sua caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade".* (MAZZUIOLI, 2010, p.120).

Existe no Brasil um tratado com quórum especial. A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que passou a ter quórum especial em 2009 através do decreto 6.949. Colocando em pratica a EC 45/04 efetivando sua natureza formal e material e provocando a revisão da soberania estatal. (SANTOS, 2016, p.125).

Assim, os tratados e convenções que atenderem os requisitos do § 3º do art. 5º da Constituição de 1988, passaram a ser adotadas com caráter de supralegalidade, estando na mesma linha que a Constituição. A hierárquica passa a ter no seu topo a Constituição juntamente com os tratados e convenções "ratificados com quórum especial", abaixo deles os tratados e convenções comuns que não foram aprovados com quórum especial e depois as leis complementares. (SANTOS, 2016, p. 125 e 126).

2.3 OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL nº 45/2004

O primeiro passo do Brasil rumo à modificação buscando a nova ordem mundial em relação aos tratados e convenções simples e os com matérias de direitos humanos se da na Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988 em seu art. 5º § 2º, devido o grande terror do bloco nazista alemã na 2º grande guerra mundial, e suas atrocidades contra a dignidade da pessoa humana, tal parágrafo retrata: (GOMES; REIS, 2007, p. 161).

> § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 2016).

O paragrafo 2ª da Constituição indica o status normativo para que se possa ser implementado os tratados no ordenamento jurídico brasileiro. Pela visão de doutrinária, possibilita que:

> A doutrina especializada sempre advogou a tese de que o texto do paragrafo 2º indica *status* constitucional de todos os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. O caráter progressista e emancipador da constituição permite tal compreensão. (GOMES; REIS, 2007, p. 236).

Possibilitando assim a inclusão de Tratados e Convenções Internacionais fazerem parte do ordenamento jurídico brasileiro, respeitando os princípios internos e externos estipulados por nossa Constituição. (GOMES; REIS, 2007, p. 136 - 137).

No dia 31 de dezembro de 2004 é publicada e no dia 01 de janeiro de 2005 entra em vigor a Emenda Constitucional nº 45, que altera o art. 5º da Constituição entre outros, introduzindo o § 3º que possibilita que os “tratados e convenções internacionais que versão sobre direitos humanos que forem aprovados em quórum especial tenham força de emendas constitucionais”. (PLANALTO, 2016).

> § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL, 2016).

Buscando colocar um fim nos conflitos entre doutrina e jurisprudenciais a cerca do posicionamento hierárquico dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro. Como bem retrata a doutrina:

> A inclusão do paragrafo 3º parece ter ocorrido para superar a continua divergência entre a doutrina e a jurisprudência, no que tange ao tema da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. (GOMES; REIS, p. 236).

Atualmente, o Brasil já faz parte da maioria dos tratados existentes nesse contesto, antes da EC 45/04 já eram adotados no sistema jurídicos Tratados e Convenções Internacionais, estes se estabelecendo no sistema hierárquico na mesma linha sem distinção de tema.

Após a EC 45/04, surgiu à possibilidade então dos TIDH que aprovados com quórum especial, estejam na mesma linha que a Constituição. A exemplo

como foi falado no capitulo anterior, temos o Decreto 6.949 de 25 de agosto de 2009 Promulgando a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. (PIOVENSAN, 2011, p.123 a 126). De acordo com a doutrina:

> Com base neste dispositivo, que segue a tendência do constitucionalismo contemporâneo, sempre defendemos que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior. E a nossa interpretação sempre foi a seguinte: se a Constituição estabelece que os *direitos* e *garantias* nela elencados "não excluem" outros provenientes dos tratados internacionais " em que Republica Federativa do Brasil seja parte", é porque ela própria esta a autorizar que esse direitos e garantias internacionais constantes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil "se incluem" nos nosso ordenamento jurídico interno, passando ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. (MAZZUOLI, 2010, p. 764).

Os tratados de direitos humanos eram aprovados por maioria simples via decreto legislativo observando os termos do art. 49, inc. I da Constituição, gerando assim todas as controvérsias jurisprudenciais com relação a hierarquia infraconstitucional. (MAZZUOLI, 2010, p. 767).

Ainda assim a doutrina explica quanto à inspiração do legislador brasileiro para adotar tratados, que se deu em:

> A inspiração do legislador constitucional brasileiro talvez tenha sido o art. 79, §§ 1º e 2º, da lei Fundamental alemã, que prevê que os tratados internacionais, sobretudo os relativos á paz (com a observação de que a lei Fundamental alemã não se refere expressamente aos tratados "sobre direitos humanos" como faz agora o texto constitucional brasileiro), podem *complementar* a Constituição, desde que aprovados por dois terços dos membros do Parlamento Federal e dois terços dos votos do Conselho Federal. (MAZZUOLI, 2010, p. 768).

Sendo assim os TIDH passaram a exercer uma função de fonte para o direito brasileiro, sendo retirados deles parâmetros e jurisprudência para soluções de relações que pertencem a dignidade da pessoa humana. Em posicionamentos doutrinário:

> É dizer, tais tratados passaram a ser fonte do sistema constitucional de proteção de direitos no mesmo plano de eficácia e igualdade daqueles direitos, expressa ou implicitamente, consagrados pelo texto constitucional, o que justifica o *status* de norma constitucional que

> detêm tais instrumentos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. (GOMES; REIS, 2007, p. 163).

A diferença entre os tratados e convenções cujo tema é relacionado aos direitos humanos é distinta entre os tratados comuns, para especificar melhor tais posicionamentos a frente do STF, o posicionamento doutrinário em relação ao entendimento do Senhor Ministra Gilmar Mendes, se da, que:

> No nosso entender, os tratados internacionais *comuns* ratificados pelo Estado Brasileiro é que se situam num nível hierárquico *intermediário,* estando abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser revogados por lei posterior (posto não se encontrarem em situação de paridade normativa com as demais leis nacionais). (MAZZUOLI, 2010, p. 163).

Anteriormente a EC 45/04, como já foi visto no capitulo anterior, os tratados, por estarem em uma posição hierárquica abaixo da Constituição e serem comparadas com leis ordinárias, podiam ser revogados por lei ordinária posteriormente editada ou os tratados substituírem leis ordinárias já vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Com a implementação da EC 45/04 essas prerrogativas foram alteradas, as leis ordinárias não poderão mais substituir os tratados de direitos humanos por esses possuírem status constitucionais. A doutrina especifica tal procedimento da seguinte forma:

> (...) os tratados de direitos humanos são normas de eficácia constitucional em razão da matéria. Isso significa que as normas infra-constitucionais não podem mais revogar os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, por que estas possuem eficácia de norma constitucional. (GOMES, REIS, 2007, p. 225).

Com o reconhecimento as supralegalidade dos tratados que versam sobre direitos humanos, foi possível o reconhecimento da impossibilidade da prisão civil do depositário infiel, que foi por varias vezes tema de julgamentos no STF.

Através desse tema que se começou a perpetuar a supralegalidade dos TIDH, o Pacto de San José da Costa Rica foi o percussor desse procedimento onde em seu art. 7º, item 7, alterando assim o disposto no art. 5º inciso LXVII da Constituição de 1988 no que desrespeita a expressão *depositário infiel,* (BRASIL, 2016, p. 4 e 5). O Item de 7 PSJCR dispõe: 7

> 7. Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autor idade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar. (CIDH, 2016)

Neste sentido a jurisprudência adotada pelo Supremo Tribunal Federal é que não cabe a prisão civil do depositário infiel, podemos ver que:

> O fato, Senhores Ministros, é que, independentemente da orientação que se venha a adotar (supralegalidade ou natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos), a conclusão será, sempre, uma só: a de que não mais subsiste, em nosso sistema de direito positivo interno, o instrumento da prisão civil nas hipóteses de infidelidade depositária, cuide-se de depósito voluntário (convencional) ou trate-se, como na espécie, de depósito judicial, que é modalidade de depósito necessário." (HC 90983, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgamento em 23.9.2008, *DJe* de 13.5.2013). (BRASIL, 2016).

O voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes em 2008 no do RE 466.343-1 SP, vem o entendimento da impossibilidade da prisão civil do depositário infiel e o reconhecimento da supralegalidade dos TIDH, tal voto dispõe:

> Se não existem maiores controvérsias sobre a legitimidade constitucional da prisão civil do devedor de alimentos, assim não ocorre em relação à prisão do depositário infiel. As legislações mais avançadas em matérias de direitos humanos proíbem expressamente qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais, excepcionando apenas o caso do alimentante inadimplente. O art. 7º (n.º 7) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos 'Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, dispõe desta forma: 'Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar. (BRASIL, 2016)

A EC 45/04 foi o grande avanço do ordenamento jurídico brasileiro acompanhando a globalização e o direitos e garantias do homem. Possibilitou um posicionamento e uma interpretação constitucional dos tratados de direitos humanos fazendo com que a dignidade da pessoa humana esteja sempre a frente dos princípios e normas constitucionais, e que os TIDH sejam sempre vistos com caráter de supralegalidade ou no caso de quórum especial ocupando a mesma linha que a Constituição de 1988.

3 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL

O controle de convencionalidade segue de certa forma os mesmos fundamentos que o direito de constitucionalidade. No voto do Senhor Ministro Sepúlva Pertence no HC 79.785/00, o controle de convencionalidade é tratado como “é aquele, que, em consequência, explicitamente admite o controle de constitucionalidade dos tratados” (BRASIL, 2016, p.18).

Ainda, tem-se como por exemplo a respeitável citação do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, no RHC nº 79.785/RJ, onde ele trata o controle de convencionalidade ainda como controle de constitucionalidade dos tratados “(...) e aquele, em consequência, explicitamente admite o controle de constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b)” (BRASIL, 2016, p. 21).

Diante do exposto, para adentrar ao controle de convencionalidade, é de suma importância o domínio do controle de constitucionalidade, que veremos no próximo tópico.

3.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição é baseada no principio da supremacia constitucional, trazendo para o si o status de supralegalidade em relação a legislação complementar. Por possuir a superioridade hierárquica com relação as demais normas do direito interno, não pode a qualquer momento sofrer alterações. (BONAVIDES, 2014, p.301).

Assim o controle de constitucionalidade busca fiscalizar leis introduzidas ao sistema jurídico brasileiro que afrontem a Constituição, de acordo com a doutrina: “essas leis se reputariam nulas, inaplicáveis, sem validade, inconsistentes com a ordem jurídica estabelecida.” (BONAVIDES, 2010, p. 304).

A fiscalização e o controle que é exercido com o objetivo de verificar se a legislação infraconstitucional está ou não de acordo com a Constituição é chamado de controle de constitucionalidade. (FERNANDES, 2011, p. 395).

Bernardo Gonsalves em sua obra retrata que o controle de constitucionalidade se estabelece da seguinte forma:

> O controle de constitucionalidade visa a garantir a supremacia e a defesa das normas constitucionais (explícitas ou implícitas) frente a possíveis usurpações, devendo ser entendido como a verificação de compatibilidade (ou adequação) de leis ou atos normativos em relação a uma Constituição, no que tange ao preenchimento de requisitos formais e materiais que as leis ou atos normativos devem necessariamente observar. (FERNANDES, 2011, p. 895).

Basicamente, e interessante para esse momento, é que o controle de constitucionalidade possui duas formas distintas de ser aplicado, quais sejam, o controle difuso criado nos Estados Unidos da América, e o controle concentrado iniciado na Austrália com base nos fundamentos de Kelsen, que veremos nos próximos tópicos. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO; 2015, p. 873).

O controle difuso é aquele que é submetido a todo e qualquer juízo, podendo assim, juiz ou tribunal, independente de sua posição, efetuar tal controle sem a grande necessidade de uma ação especifica. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO; 2015, p. 871). A doutrina visa tal procedimento quanto a solução do litigio com o reconhecimento da inconstitucionalidade da seguinte forma:

> (...) a solução de todo e qualquer litígio pode exigir do juiz o reconhecimento da inconstitucionalidade de lei. Qualquer caso judicial pode abrigar o juiz de primeiro grau de jurisdição ou o tribunal, a partir de decisão da maioria absoluta dos membros do seu Plenário ou Órgão Especial, a deixar de aplicar determinada norma por considera-la inconstitucional. Deixar de aplicar lei inconstitucional é inerente ao poder de decidir, ou seja, ao poder jurisdicional. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 971).

Este controle é exercido pelo Supremo Tribunal Federal, que busca declarar a inconstitucionalidade das leis infra constitucionais, mantendo assim a soberania e a supralegalidade das Constituição de 1988. De acordo com o Ministro Gilmar Mendes:

> (...) controle difuso relativo às matérias não suscetíveis de exame no controle concentrado (interpretação direta de cláusulas constitucionais pelos juízes e tribunais, direito pré-constitucional, controvérsia constitucional sobre normas revogadas, controle de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal). Essas questões somente poderiam ser tratadas no âmbito do recurso extraordinário, o que explica a pletora de processos desse tipo ajuizados perante o Supremo Tribunal Federal. 8.3. Desenvolvimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental

Então, caberá somente ao STF exercer o controle concentrado, por existir em via de ação especifica diretamente àquela Corte Suprema envolvendo não partes, mas sim uma lei especifica, vindo a produzir assim efeito erga-omnes. (FERNANDES, 2011, p.919).

3.2 ASPECTOS GERAIS DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

O controle de convencionalidade possui uma responsabilidade árdua dentro do Direito Internacional e interno, com o objetivo de compatibilizar e manter o controle jurisdicional dos tratados e convenções. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 1329). Para Iris Saraiva Russowsky, os aspectos do controle de convencionalidade se definem como:

> O controle de convencionalidade constitui-se de uma espécie de controle de constitucionalidade que adota como parâmetro os tratados internacionais. Esse instituto é construído tomando-se por referência o controle de constitucionalidade e sua teoria, razão pela qual deverá este deverá ser estudado em conjunto com o controle de convencionalidade. (RUSSOWSKY, 2012, p. 62).

Para a aplicação do controle de convencionalidade no Brasil, deverão ser respeitados dois juízos de validade sobre a norma jurídica de acordo com Santos (2016), quais sejam: “primeiro, se ela se encontra em consonância com a Constituição e segundo, se não contraria alguma disposição revista em tratados internacionais” (SANTOS, 2016, p.142).

Como foi visto no capitulo anterior, o Brasil passa a adotar os TIDH, independente de quórum especial, como normas constitucionais. Antes da EC 45/04 o controle de convencionalidade era tratado como controle de constitucionalidade dos tratados, só vindo a se fixar futuramente como controle de convencionalidade. (BRASIL, 2016, p.5 e 6).

Os tratados e convenções, até mesmo os de direitos humanos, possuíam caráter infraconstitucional, sendo comparado com as Leis Ordinárias, pode-se perceber essa teoria no exposto em RE 80.004/77.

Em 1995, após a recepção do PSJCR no HC 72.731, é que passa a se perceber que os TIDH possuem um posicionamento hierárquico diferente, e se inicia a controle de convencionalidade, visto que o PSJCR não admite a

possibilidade da prisão civil do depositário infiel pelo dispositivo nº 7 do art. 7º da convenção. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 1329, 1330).

Com o passar do tempo, já em 2004, promulgada a EC nª 45, os TIDH passam a ter quórum especial se possuírem as prerrogativas do § 3º do art. 5º da Constituição. Diante disso, em 2008, surge a jurisprudência quanto a hierarquia dos tratados, equiparação constitucional, supralegalidade e infraconstitucionais. (SANTOS, 2016, p. 139).

Valério Mazzuoli foi um dos pioneiros a trabalhar o controle de convencionalidade aplicado no ordenamento jurídico brasileiro. Suas obras são de suma importância para o entendimento do controle entre as tratados e convenções e o direito interno. Vendo o controle de convencionalidade da seguinte forma:

> (...) o controle de convencionalidade das leis, que nada mais é que o processo de compatibilização vertical (sobretudo *material*) das normas de Direito interno com os comandos encontrados nas convenções internacionais de direitos humanos. (MAZZUOLI, 2010, p. 346).

Os TIDH, ao possuírem força de emenda constitucional, passam a se submeter ao processo constitucional de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), o qual busca invalidar a norma por meio de inconvencionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADECON) “que busca garantir à norma infraconstitucional a compatibilidade vertical com um tratado de direitos humanos formalmente constitucional” (MAZZUOLI, 2010, p. 347), e Ação de Preceito Fundamental (ADPF) “que possibilitaria exigir o cumprimento de um “preceito fundamental” encontrado em tratado de direitos humanos formalmente constitucional” (MAZZUOLI, 2010, p. 347), conforme consta no art. 103 da Constituição.

Com a modificação de nomenclatura, passando a ser chamado tal controle como controle de convencionalidade, a sua ADIn passa a ser chamada de Ação Direta de Inconvencionalidade, assim como a ADPF passa a ser tratada como Ação Declaratória de Convencionalidade. (MAZZUOLI, 2010, p. 347). Para a doutrina é importante destacar que a Ação Declaratória de Convencionalidade:

> (...) (seria o caso de propô-la quando a norma infraconstitucional não atinge a Constituição de qualquer maneira, mas se pretende desde já garantir sua *compatibilidade* com determinado comando de tratado de direitos humanos formalmente incorporado com equivalência de emenda constitucional). (MAZZUOLI, 2010, p. 347).

De uma forma implícita é possível perceber que o controle de convencionalidade passa a ganhar espaço com a promulgação da Constituição de 1988, onde os tratados entram em vigor tomando força dentro do ordenamento jurídico brasileiro. O controle de convencionalidade desde 1977 possui caráter difuso passando a ser trabalhado por qualquer juiz ou tribunal. (MAZZUOLI, 2009, p. 129 e 130).

Pode-se verificar que o controle de convencionalidade no Brasil possui três módulos de aplicação jurídica na escala hierárquica que lhes convém. Existe a norma constitucional, que está na mesma linha horizontal equiparada com a constituição (TIDH aprovados com quórum especial); verifica-se também aqueles supralegais (TIDH que não tem quórum especial); e, ainda, os infraconstitucionais (tratados de natureza comum). (SANTOS, 2016, p. 139).

O controle de convencionalide é provocado através de Ação Direta de Inconvencionalidade, perante o STF, daqueles tratados que tem quórum especial, sendo exercido através do controle difuso, entendendo assim Marinoni que: “No atual sistema normativo brasileiro, os tratados que possuem *status* normativos supralegal apenas abrem oportunidade ao controle difuso.” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO; 2015, p. 1335).

Quanto à aplicabilidade nos tribunais brasileiros, no momento atual, apenas é possível se aplicar o controle difuso de convencionalidade, por possuir apenas efeitos inter-partes. (SANTOS, 2016, p.142).

3.3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO DISTRITO FEDERAL: HC. 2012.002.02.9280-9

O Estado possui um dever de aplicar os tradados os quais fazem parte, em especial, aqueles com teor de direitos humanos, fiscalizando as ações legislativas contrárias ao que foi acordado internacionalmente, podendo ser

efetivamente feito por juiz ou tribunal nacional via requerimento da parte ou mesmo via ofício. (SANTOS, 2016, p. 141 e 142).

O juiz tem a obrigação de zelar na forma de guardião pelo direito nacional e pelo Direito Internacional, fiscalizando e aplicando as normas em soluções de casos concretos. Para Santos (2016) a norma jurídica se divide em dois juízos de validade: “primeiro, se ela se encontra em consonância com a Constituição e segundo, se não contraria alguma disposição prevista em tratados internacionais” (SANTOS, 2016, p. 142).

Cada órgão do judiciário tem sua competência para analisar, julgar e aplicar o controle de convencionalidade, de acordo com o disposto na Constituição.

De acordo com a Constituição, em seu art. 102, inciso III, alínea b. será de competência do Supremo Tribunal Federal “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”. (PLANALTO, 2016).

Caberá ao Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o art. 105, inciso III, alínea da Constituição, “julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, quando a decisão recorrida que contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”. (PLANALTO, 2016).

O art. 109 da Constituição em seu teor completa que é de competência dos juízes federais “processar e julgar as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional” (PLANALTO, 2016). Fechando assim as competências para aplicação do controle de convencionalidade.

Para a Corte Interamericana, o controle de convencionalidade é um dever por parte dos juízes e tribunais nacionais, não podendo ser afastada, sob pena de responsabilidade internacional do Estado. Essa questão foi pacificada em 2006 através do julgamento do Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. (MAZZUOLI, 2015, p. 429).

No Distrito Federal, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDFT), em 2012 reconheceu o controle de convencionalidade através do HC

2012.002.02.9280-9, buscando invalidar as leis internas quando estas se demostrarem menos favoráveis que os tratados. O julgado informa que:

> 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. (TJDFT, 2016, p.1).

Dessa forma, quando uma decisão for proferida através do controle difuso de convencionalidade que invalida uma lei interna como vimos acima, ela produzira efeitos *inter* partes, ou seja, seu efeito somente alcançará os praticantes do caso concreto. (MAZZUOLI, 2016, 429).

O controle difuso então será aquele com previsão legal que deverá ser aplicado por todos os juízes e tribunais brasileiros, a requerimento das partes ou ex officio. Em relação aos Tratados de Direitos Humanos, caberá aos juízes e tribunais invalidar as leis internas sempre quando estas forem menos benéficas que os tratados abordados. (MAZZUOLI, 2015, p 428).

4 CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho de conclusão de curso foi analisar o controle de convencionalidade, a sua aplicação dentro do ordenamento jurídico brasileiro e a possibilidade de aplicação dentro do Distrito Federal. Através de analise de leis, doutrinas e jurisprudências.

O Brasil recepcionou para si vários tratados e convenções para que possa a cada dia acompanhar a evolução global, buscando a igualdade entre os povos, a dignidade da pessoa humana, entre outros pontos benéficos para a população global.

Busca o controle de convencionalidade compatibilizar e verificar os tratados recepcionados com o direito interno, buscando a sua aplicação da forma mais benéfica para o povo. Através somente do controle de convencionalidade por via difusa produzindo efeito *inter* partes.

Neste sentido o controle de convencionalidade de acordo com a Constituição será exercido pelo Supremo Tribunal Federa (art. 102, inciso III, alínea b, da CF/88), o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, inciso III, alínea, a da CF/88) e os juízes (art. 109, inciso III da CF/88), sendo aplicadas por via difuso onde a decisão produzira apenas efeitos *inter* partes.

Para alguns doutrinadores a previsão legal do § 3º do art. 5º da Constituição possibilita que o Supremo Tribunal Federal resguardado pelo art. 102, inciso III, alínea b, exerça o controle de convencionalidade por via concentrada. Mas esse não é o controle de convencionalidade aplicado hoje no ordenamento jurídico brasileiro apesar de ser relacionado por alguns doutrinadores.

O tema abordado no presente trabalha de conclusão de curso foi o controle de convencionalidade dos tratados pode ser aplicado no âmbito do Distrito Federal?

Assim, controle de convencionalidade começa a ser aplicado no Distrito federal em 2012 através do HC 2012.002.02.9280-9, demonstrando assim que é possível a sua aplicação dentro do Distrito Federal, sendo aplicada da forma que a Constituição resguarda, por juízes e tribunais.

Através de todas as analises supra mencionadas o presente trabalho busca provar a efetividade, importância global, paridade entre as normas

internas e externas, a maneira de aplicação, efeitos da aplicação e que é possível a aplicação do controle de convencionalidade no Distrito Federal e em todo território brasileiro de maneira difusa com efeitos *inter* partes.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2016.

CONVENÇÂO. **Convenção Americana sobre Direito Humanos de 1969.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

CONVENÇÂO. **Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo de 2007.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 20 de abr. 2016.

FERNADES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GOMES, Eduardo Biacchi; REIS, Tarcísio Hardman. **O Direito Constitucional Internacional**: **após a Emenda 45/04 e os direitos fundamentais**. São Paulo: Lex, 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. Revista de Informação Legislativa.** Brasília. a.46, N. 181, jan/mar. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PACTO. **Pacto de San José da Costa Rica.** Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 15 abr. 2016.

PIOVENSAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RUSSOWSKY, Iris Saraiva. **O Controle de Convencionalidade das Leis: Uma análise na esfera internacional e interna. Revista do CAAP**. Belo Horizonte. n. 2, v. XVIII, p. 61 a p.96. 2012.

SANTOS, Júlio Edstron Secundino. **A Soberania na Atualidade**: uma análise da (auto) limitação estatal devido ao reconhecimento da força vinculante dos direitos humanos fundamentais. Goiânia: Espaço Acadêmico, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 349.703-1/RS**, Relator Ministro Carlos Britto. Diário de Justiça 04.6.2009. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/510_RE_349703%20-%20ementa%20e%20relatorio.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 90983/SP**, Relator Ministro Celso de Mello. Diário de Justiça 13.5.2013. Disponível em: < http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14777513/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-90983-sp-stf>. Acesso em: 10 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 72.131-1/RJ**, Relator Ministro Marco Aurélio. Diário de Justiça 01.8.2003. Disponível em : < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>. Acesso em: 11 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 466.343-1/SP**, Relator Ministro Cezar Peluso. Diário de Justiça 04.6.2009. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 79.785-7/RJ**, Relator Ministro Sepúveda Pertence. Diário de Justiça 22.11.2002. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>. Acesso em: 12 mar. 2016.

DISTRITO FEDERAL E TERRITORIOS. Tribunal de Justiça. Primeira Turma Criminal, **HC 2012 00 2 029280-9**. Relator: Desemb. Romão C. Oliveira.

Disponível em: < http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 13 mar. 2016.