

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

ANGÉLICA BAUMGÄRTNER CARDOSO

**OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E O CONTROLE
DE CONVENCIONALIDADE: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS JULGADOS DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Santa Rosa
2016

ANGÉLICA BAUMGÄRTNER CARDOSO

**OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E O CONTROLE
DE CONVENCIONALIDADE: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS JULGADOS DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Sinara Camera


Santa Rosa
2016

ANGÉLICA BAUMGARTNER CARDOSO


**OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E O CONTROLE
DE CONVENCIONALIDADE: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS JULGADOS DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora



Prof.^a Dr.^a Sinara Camera – Orientadora



Prof. Dr. Domingos Benedetti Rodrigues



Prof. Ms. René Carlos Schubert Junior

Santa Rosa, 06 de dezembro de 2016.

DEDICATÓRIA

Dedico esta monografia ao meu pai, Neilo Camargo Cardoso, e à minha mãe, Loraine Baumgärtner Cardoso, que oportunizaram-me a graduação e incentivaram-me em todos os momentos. Dedico-a ao meu namorado Lucas Perini, amigo e companheiro. Ainda, dedico o resultado da pesquisa, à professora Sinara Camera, cuja amizade e ensinamentos levarei comigo.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço aos meus pais, que mesmo em momentos de aflição sempre me sustentaram firme e pelo amor incondicional que compartilhamos. Ao meu namorado, pelo apoio e compreensão que sempre dedicou. À professora Sinara Camera, por toda a presença e compreensão a cada orientação e pelo incentivo à pesquisa.

Agradeço aos meus colegas de graduação e amigos, André Schmidt, Andressa Sabino, Arlan Lopes, Bruna Mix, Celito Albuquerque, Daiani Schmidt,

Daniela Berti, Diórges Rochinheski, Eduardo Inácio, Ionissa Silva, João Victor Mousquer, Jozimar da Silva, Juliana Back, Magali Kowaleski, Maísa Kaufmann, Paola Schafer, Régis Eduardo, Sara Petek, Simoni Casagrande e Valquiria da Silva por todos os momentos de apoio e ânimo por eles ofertado, e pelo privilégio dessa amizade que suavizou os obstáculos da minha caminhada, especialmente à minha estimada amiga Cibeli de Mattos.

Nada é impossível de mudar. Desconfiai do mais trivial, na aparência singelo. E examinai, sobretudo, o que parece habitual. Suplicamos expressamente: não aceiteis o que é de hábito como coisa natural, pois em tempo de desordem sangrenta, de confusão organizada, de arbitrariedade consciente, de humanidade desumanizada, nada deve parecer natural nada deve parecer impossível de mudar.

Bertolt Brecht

RESUMO

Diante do processo de afirmação de direitos humanos, tem-se a necessidade da devida utilização de um instrumento de controle legislativo para que os Estados evitem a divergência do direito interno com o tratado internacional. Assim, pertinente o estudo do controle de convencionalidade no Brasil, visto aqui sob o prisma dos tratados internacionais de direitos humanos, tema da presente monografia. O presente estudo buscou delimitar o tema a partir da análise da utilização do controle de convencionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, no período de 2004 até 2016, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), perquirindo acerca de sua adequação ao movimento de afirmação de direitos humanos no Estado constitucional brasileiro. Como o problema central da pesquisa, traz-se à discussão o questionamento: em que medida o STF tem procedido no controle de convencionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, demonstrando adequação ao movimento de afirmação dos direitos humanos? Para responder à pergunta, estabeleceu-se como objetivo geral: analisar as interpretações do STF nos procedimentos de controle de convencionalidade, a fim de perquirir sobre a sua adequação em relação ao movimento de afirmação dos direitos humanos no Estado constitucional brasileiro. Desse dado, emerge a importância da pesquisa, ou seja, verificar o procedimento de controle jurisdicional de convencionalidade e analisar o entendimento do STF, buscando verificar se condizente com o processo atual de afirmação dos direitos humanos. A metodologia do trabalho consiste em pesquisa de natureza teórica, com tratamento qualitativo dos dados e com fins explicativos. A geração dos dados se deu por documentação indireta, pelo levantamento e tratamento de dados bibliográficos e documentais. O método de abordagem utilizado foi o hipotético-dedutivo. Já a análise documental foi elaborada a partir de duas perspectivas: normativa e jurisprudencial. A monografia foi dividida em três capítulos: realizou-se primeiramente um estudo acerca do movimento de afirmação de direitos humanos na construção dos Estados, verificando os sistemas regionais de proteção de direitos. No segundo capítulo, fez-se uma análise dos tratados internacionais de direitos humanos nas ordens jurídicas internas, observando a sua evolução dos modelos de Estado, destacando o conceito do Estado Constitucional Cooperativo, buscando-se maior entendimento sobre como o Estado Brasileiro procede a respeito dos direitos humanos, partindo do estudo da Constituição Federal de 1988. Por fim, no terceiro capítulo, se estabelece uma reflexão sobre o posicionamento do STF pela verificação do desenvolvimento histórico de suas decisões, além do atual entendimento do Tribunal no que se refere ao controle de convencionalidade dos tratados de direitos humanos. Da pesquisa, concluiu-se o descompasso da Corte Constitucional brasileira em relação ao movimento de afirmação de direitos humanos, a partir dos moldes do Estado Constitucional Cooperativo, quando procede o controle de convencionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos.

Palavras-chave: controle de convencionalidade – direitos humanos – Estado – tratados internacionais – Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

In face of the process of affirmation of human rights, there is a need for the correct utilization of an instrument of legislative control, for the States to avoid divergence between domestic law and the international treaty. Therefore, it is relevant to study the control of conventionality in Brazil, examined here from the perspective of international human rights treaties, the topic of this monograph. This study sought to delimit the theme based on an analysis of the use of control of conventionality of international human rights treaties in the period from 2004 to 2016, by the Federal Supreme Court (FSC - STF in Portuguese), examining their suitability to the movement of affirmation of human rights in the Brazilian constitutional state. As the focus to be researched, it discusses the following question: to what extent has the SFC acted in controlling the conventionality of international human rights treaties, demonstrating adequacy to the human rights affirmation movement? To answer the question, the general objective was established: to analyze the interpretations of the Supreme Court in conventionality control procedures, in order to investigate their adequacy to the human rights affirmation movement in the Brazilian constitutional state. From this analysis, the importance of this research emerges, that is, to verify the procedure of jurisdictional control of conventionality and analyze the interpretation of the Supreme Federal Court, seeking to verify if it corresponds to the current process of human rights affirmation. The study's methodology consists of research of a theoretical nature, with qualitative treatment of the data and with explanatory aims. The data was gathered through indirect documentation, by the collection and processing of bibliographic and documentary data. The approach used was hypothetical-deductive. The documentary analysis was prepared from two perspectives: normative and jurisprudential. The monograph was divided into three chapters: first, a study was conducted of the human rights affirmation movement in the construction of the States, verifying the regional systems for the protection of human rights. In the second chapter, an analysis was made of international human rights treaties in the internal legal systems, examining the evolution of the state models, highlighting the concept of the Cooperative Constitutional State, seeking greater understanding on how the Brazilian State behaves in relation to human rights, starting from a study of the Federal Constitution of 1988. Lastly, the third chapter reflects on the position taken by the FSC through examination of the historical development of its decisions, as well as the current interpretation of the Court concerning conventionality control of international human rights treaties. From the study, it was concluded that the Brazilian Constitutional Court does not act in harmony with the human rights affirmation movement, based on the form of the Constitutional Cooperative State, when it carries out control of the conventionality of international human rights treaties.

Key-words: conventionality control – human rights – State – international treaties – Federal Supreme Court.

LISTA DE ABREVIACÕES, SIGLAS E SÍMBOLOS

§ - Parágrafo.

ADECON – Ação declaratória de constitucionalidade.

ADIn – Ação direta de inconstitucionalidade.

ADPF – Arguição de descumprimento de preceito fundamental.

CF/88 – Constituição Da República Federativa do Brasil de 1988.

CorteIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos.

DUDH – Declaração Universal de Direitos Humanos.

EC nº 45/2004 – Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

HC – Habeas Corpus.

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil.

OEA – Organização dos Estados Americanos.

OIT – Organização Internacional do Trabalho.

PSOL – Partido Socialismo e Liberdade.

RE – Recurso Extraordinário.

STF – Supremo Tribunal Federal.

STJ – Superior Tribunal de Justiça.

TSE – Tribunal Superior Eleitoral.

TST – Tribunal Superior do Trabalho.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 ESTADOS E DIREITOS HUMANOS: ENTRE CONSTITUCIONALIZAÇÕES E INTERNACIONALIZAÇÕES	14
1.1 A CONSTRUÇÃO DOS ESTADOS E A AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS	14
1.2 O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: PARA ALÉM DOS ESTADOS	22
2 DIREITOS HUMANOS E ORDENS JURÍDICAS INTERNAS	32
2.1 DIREITOS HUMANOS NOS ORDENAMENTOS NACIONAIS: OS MOVIMENTOS NOS ESTADOS CONSTITUCIONAIS (COOPERATIVOS)	32
2.2 O MOVIMENTO DE AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: A INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	40
3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO	50
3.1 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RELAÇÃO AO <i>STATUS</i> NORMATIVO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.....	50
3.2 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: ANÁLISE DO ATUAL POSICIONAMENTO DO STF	58
CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS	73

INTRODUÇÃO

A afirmação histórica dos direitos humanos vem influenciando as constituições dos Estados, bem como a evolução dos modelos estatais passando do Estado Liberal até o Estado Democrático de Direito, viabilizando manifestações de Estado Constitucional Cooperativo, que reconhece e releva a normativa internacional de proteção aos direitos humanos. Diante desse processo, tem-se a necessidade da devida utilização de um instrumento de controle legislativo para que os Estados evitem a divergência do direito interno com o tratado internacional.

Traz-se ao debate uma recente espécie de controle legislativo, que prima pela compatibilidade da norma interna com os tratados internacionais, denominado de controle de convencionalidade. Esse mecanismo visa a garantir a efetiva tutela dos direitos previstos nos tratados internacionais, conforme os termos da ratificação, visto aqui sob o prisma dos tratados internacionais de direitos humanos, tema da presente monografia.

Observando o movimento de reconhecimento de direitos humanos no cenário internacional e nacional, o presente estudo monográfico buscou delimitar o tema a partir da análise da utilização do procedimento de controle convencionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, no período de 2004 até 2016, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), perquirindo acerca de sua adequação ao movimento de afirmação de direitos humanos no Estado constitucional brasileiro.

A escolha do tema se justifica pela dinâmica dos processos de afirmação dos direitos humanos nos cenários nacionais e internacional, verificando-se o seu largo reconhecimento e sua baixa realização. A sua inserção nos textos constitucionais e nos discursos jurídicos e políticos, bem como nas possíveis limitações aos Estados, nos modelos neoconstitucionais, leva à necessária discussão acerca do controle jurisdicional aplicado aos tratados referentes a estes direitos.

Desse dado, emerge a importância dessa pesquisa que propõe a análise do controle jurisdicional de convencionalidade no Brasil, procedimento fundamental à adequação do Direito interno aos tratados internacionais. Para tanto, propõe-se analisar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, buscando verificar se

condizente com o processo atual de afirmação dos direitos humanos. Dessa forma, demonstra-se coerente a pesquisa, uma vez que o Brasil, como Estado de democrático de Direito, é um participante ativo da comunidade internacional. Nesse contexto, é signatário de vários tratados e, como tal, deve aderir aos movimentos de afirmação de direitos.

Entretanto, a aderência aos compromissos internacionais demanda uma série de ações estatais para que os direitos afirmados repercutam na vida dos indivíduos sob a tutela do Estado. Dessa forma, o problema central da pesquisa, traz ao centro da discussão o seguinte questionamento: em que medida o STF tem procedido no controle de convencionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, demonstrando adequação ao movimento de afirmação dos direitos humanos?

Para responder à pergunta proposta, estabeleceu-se como objetivo geral: analisar as interpretações do STF nos procedimentos de controle de convencionalidade, a fim de perquirir sobre a sua adequação em relação ao movimento de afirmação dos direitos humanos no Estado constitucional brasileiro.

A partir daí, se estabeleceu como objetivos específicos: a) estudar o movimento de afirmação dos direitos humanos diante da evolução dos modelos de Estado de Direito, notadamente no direito Brasileiro, bem como os sistemas regionais de proteção; b) analisar a dinâmica dos direitos humanos no Estado brasileiro no paradigma da Constituição Federal de 1988, especialmente a partir da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, verificando as condições para o estabelecimento de um modelo estatal cooperativo; c) pesquisar as principais bibliografias, legislação e jurisprudência sobre o controle jurisdicional de convencionalidade dos tratados de direitos humanos, a fim de compreender o seu desenvolvimento no Brasil; d) investigar o entendimento do STF acerca do controle de convencionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos.

A metodologia do trabalho consiste em pesquisa de natureza teórica com reflexão e análise de doutrina, legislação e jurisprudência. A partir do método hipotético-dedutivo, a pesquisa tem foco explicativo e valeu-se de procedimentos técnicos bibliográficos e documental. Partindo do estudo realizado no âmbito jurídico e jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, pela interpretação e compreensão de bibliografia e de decisões judiciais, a pesquisa se revela qualitativa.

Com relação à geração de dados adotou-se a técnica de documentação indireta, pelo levantamento de dados bibliográficos e documentais. A análise

bibliográfica teve por base estudos sobre direitos humanos, teoria geral do Estado e controle jurisdicional de convencionalidade, utilizando-se autores como Norberto Bobbio, Peter Häberle, Valério Mazzuoli, Flávia Piovesan, Deisy Ventura, Lênio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes.

Já a análise documental foi elaborada a partir de duas perspectivas: normativa e jurisprudencial. A primeira refletiu acerca dos documentos normativos nacionais e internacionais, notadamente os de direitos humanos. A segunda analisou documentos provenientes das decisões do STF, a partir do estudo de caso de julgados sobre os tratados internacionais de direitos humanos, e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso Gomes Lund.

Para sistematizar as discussões, a partir da metodologia escolhida, a pesquisa foi estruturada em três capítulos. No primeiro capítulo, realizou-se uma análise dos Estados e dos direitos humanos. Na primeira subseção abordou-se o movimento de afirmação de direitos humanos na construção dos Estados, sob uma perspectiva história observando-se a constitucionalização de direitos. Na segunda, fez-se um estudo do processo de internacionalização de tratados internacionais de direitos humanos, verificando-se o funcionamento e organização dos sistemas regionais de proteção de direitos.

No segundo capítulo, foram abordados os direitos humanos nas ordens jurídicas internas. No primeiro momento faz-se uma análise dos tratados de internacionais de direitos humanos nos ordenamentos nacionais, a partir dos movimentos nos Estados constitucionais, destacando a evolução dos modelos de Estado, verificando as características do Estado Constitucional Cooperativo. Já na segunda subseção discorre-se sobre o movimento de afirmação de direitos humanos no direito brasileiro, sob uma análise da Constituição Federal de 1988.

Por fim, no terceiro capítulo, propôs-se analisar o controle de convencionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil. Para isso, esta seção do trabalho foi dividida em duas partes: a primeira reflete o desenvolvimento histórico da posição do Supremo Tribunal Federal em relação ao *status* normativo dos tratados internacionais de direitos humanos. A segunda analisou o posicionamento do STF sobre o controle de convencionalidade dos referidos tratados.

1 ESTADOS E DIREITOS HUMANOS: ENTRE CONSTITUCIONALIZAÇÕES E INTERNACIONALIZAÇÕES

Atos violadores de direitos humanos praticados pelos Estados através da história implicaram no fenômeno social de reconhecimento de direitos do homem, e posteriormente, na afirmação dos direitos humanos de maneira universal pelas declarações, convenções e tratados, mantendo-se questão relevante até os dias atuais. Busca-se, nesse primeiro capítulo de monografia, elucidar questões atinentes a essa temática, abordando no primeiro momento, o movimento de afirmação de direitos humanos na construção do Estado. Na segunda subseção, será analisado o processo de internalização dos direitos humanos para além dos Estados, examinando a extensão da tutela de tais direitos perante os sistemas regionais de proteção.

1.1 A CONSTRUÇÃO DOS ESTADOS E A AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS

A história do Estado Moderno está intimamente ligada à história dos direitos humanos, especialmente em relação à sua compreensão contemporânea. Dessa forma, o recorte que se fará para o presente momento da análise tratará do surgimento do Estado de Direito, a fim de demonstrar a apresentação dos direitos fundamentais/humanos em cada fase de sua manifestação.

Nos termos de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento, desde a primeira versão do Estado de Direito, no Estado Liberal, uma gama de direitos foram inseridos nos textos constitucionais do ocidente. Os modelos que se apresentaram na sequência, o Estado Social e o Estado Democrático, vieram a somar novos direitos. A fim de verificar as implementações feitas pelas constituições, voltadas à efetivação dos direitos e liberdades fundamentais, direitos sociais e outros direitos difusos e transindividuais, propõe-se um olhar sobre o caminho que indica a história e os motivos pelos quais prevalece a atuação jurisdicional, agora mais preocupada com os conflitos sociais (BOLZAN DE MORAIS; NASCIMENTO, 2010).

O ideal liberal surgiu a partir da reivindicação de direitos e na tentativa de limitar o poder político. O nascimento do modelo liberal de Estado tem assento nas Revoluções Liberais do Século XVIII, que culminaram com Declarações liberais, a destacar a Declaração de Direitos da Virgínia e da Independência (nos Estados

Unidos da América) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (na França). Conforme Culleton, Bragatto e Fajardo, as declarações de direitos oriundas das Revoluções Americana e Francesa, influenciaram uma progressiva afirmação de direitos em vários Estados (CULLETON; BRAGATO; FAJARDO, 2009).

Segundo Fábio Konder Comparato, nos Estados Unidos, a Declaração de Direitos de Virgínia de 1776, que precedeu a Declaração de Independência dos EUA, constituiu o registro do nascimento dos direitos humanos na história, uma vez que esta implicou no reconhecimento solene de que todos os homens são iguais, pela sua própria natureza. “A busca da felicidade, repetida na Declaração de Independência dos Estados Unidos, duas semanas após, é a razão de ser desses direitos inerentes à própria condição humana”. (COMPARATO, 2003, p. 49).

A revolução industrial oriunda da Europa, que estabeleceu novos padrões econômicos e sociais devido ao desenvolvimento da indústria do aço, ferro e carvão, além da produção em série, atingiu os Estados Unidos, o que levou à uma lista de abusos de direitos. Neste contexto, a Revolução Americana buscou restaurar as antigas franquias e tradicionais direitos de cidadania, diante dos abusos do poder monárquico (COMPARATO, 2003).

Roy Macridis aduz que nos Estados Unidos a noção de limitações à autoridade política influenciou os redatores da Constituição. Por temer o poder absoluto, o povo aceitou a ideia de governo representativo através de eleições periódicas. Em contrapartida, os constituintes estabeleceram limitações explícitas ao governo nacional e aos Estados. Sob os ideais liberais, que pregavam uma teoria anti-Estado, e afirmava que as limitações impostas pelo Estado prejudicaria a liberdade individual, é que a Constituição dos Estados Unidos estabeleceu uma república e não uma democracia (MACRIDIS, 1980).

Não muito tempo após a independência dos Estados Unidos, a Revolução Francesa representou um grande marco na transição do Estado absolutista ao Estado liberal, o que influenciou os demais Estados da Europa. Tal movimento desencadeou a promessa de supressão das desigualdades entre indivíduos e grupos sociais, na tríade *liberdade, igualdade e fraternidade*. Várias nações da Europa Ocidental se inspiraram na proclamação da legitimidade democrática, observando os direitos do homem, derivados da Revolução Francesa (COMPARATO, 2003).

Pertinente destacar que diferentemente do ocorrido nos Estados Unidos, que tinham como objetivo maior proclamar sua independência, a Revolução Francesa importou em uma influência universal na libertação dos povos (COMPARATO, 2003), e, segundo Lênio Streck e José Luis Bolzan de Moraes, consolidou as conquistas liberais como liberdades fundamentais (civis e políticas), constitucionalismo, ordem legal, governo representativo etc. (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2003).

Os movimentos liberais mudaram a estrutura econômica, social e política da Europa, modificando também a comunidade internacional. A escravidão foi posta fora da lei, a Igreja e o Estado foram separados em muitos países, passou-se a ter a liberdade de imprensa, o direito ao voto foi gradualmente estendido, além de o Estado passar a fornecer educação, ainda que não em termos absolutos (MACRIDIS, 1980).

Costas Douzinas explica que declarações dos Estados anunciaram a era do indivíduo, também inauguraram a era do Estado, espelho do indivíduo, surgindo a aparente contradição entre os direitos humanos e a soberania nacional (DOUZINAS, 2009). Comparato refere que,

Na verdade, a ideia de uma declaração à humanidade está intimamente ligada ao princípio da nova legitimidade política: a soberania popular. [...] A importância histórica da Declaração de Independência está justamente aí: é o primeiro documento político que reconhece, a par da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano. (COMPARATO, 2003, p. 103).

O Estado liberal se apresenta como uma evolução ao modelo que o antecedeu, o Estado absolutista, uma vez que, após um longo período de controle estatal total, a burguesia queria liberdade, mais espaço e direitos, com redução da intervenção estatal. Por isso, frequentemente se denomina o Estado liberal de Estado negativo. O Estado liberal se desenvolveu inicialmente nos países que iniciaram as revoluções liberais, como a França e os Estados Unidos (BOLZAN DE MORAIS; NASCIMENTO, 2010).

No mesmo sentido explica Macridis, que o liberalismo provocou um movimento de autodeterminação e independência nacional de povos na Europa. No Século XIX surgiram novas nações a exemplo da Grécia, Noruega e Bélgica, algumas até no início do século XX como Bulgária e Romênia. “A maioria desses

novos Estados levou a efeito, em nome do liberalismo, reformas constitucionais em favor dos direitos individuais, eleições e participação popular e limitações ao governo.” (MACRIDIS, 1980, p. 60).

Portanto, pela influência das Revoluções, a transição do Estado absolutista ao Estado liberal, implicou no reconhecimento de direitos políticos e civis nas constituições. Destaca-se aqui o surgimento da primeira dimensão ou geração¹ de Direitos Humanos (direitos civis e políticos). Confirma Comparato que:

Toda a primeira geração de direitos humanos, nos documentos normativos produzidos pelos Estados Unidos recém-independentes, ou pela Revolução Francesa, foi composta de direitos que protegiam as liberdades civis e políticas dos cidadãos contra a prepotência dos órgãos estatais. (COMPARATO, 2003, p. 58).

Visto isso, é importante frisar que, conforme Ingo Wolfgang Sarlet, a partir deste momento de reconhecimento de direitos humanos (nesta época, os de primeira geração), passa-se a falar em direitos fundamentais, estes que são basicamente, direitos humanos positivados pela constituição de um Estado. Logo, a essência dos direitos humanos e fundamentais é a mesma, distinguindo-se pelo plano no qual são positivados (SARLET, 2015), especialmente pelo *desbordamento*² do monopólio da produção jurídica do Estado e da exclusividade de sua proteção em relação ao indivíduo (LUÑO, 1993).

No entendimento de Norberto Bobbio acerca dos direitos fundamentais:

[...] a afirmação dos direitos do homem não é mais expressão de uma nobre exigência, mas o ponto de partida para a instituição de autêntico sistema de direitos, no sentido estrito da palavra, isto é, enquanto direitos positivos ou efetivos. (BOBBIO, 1992, p. 19).

Nesse sentido, atualmente é possível dizer que os direitos fundamentais são construção integrada de forma definitiva ao patrimônio comum da humanidade. Estes são resultantes do processo de constitucionalização (que teve início no final

¹ Embora alguns autores utilizem como sinônimos, para os críticos da teoria geracional, a ideia de gerações implica na substituição de cada geração pela posterior, já que as fases dos direitos humanos sempre abrangeram os direitos anteriores utiliza-se preferencialmente o termo *dimensões* (DIMOULIS; MARTINS, 2007).

² Expressão cunhada pelo Professor Antonio Enrique Pérez-Luño. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **El Desbordamiento de las Fuentes del Derecho**. Sevilla: Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993.

do século XVIII) dos assim denominados direitos naturais do homem, que passaram a ser objeto de reconhecimento agora, na esfera internacional (SARLET, 2015).

Muito embora as declarações tenham instituído a primeira geração de direitos humanos, positivando direitos fundamentais nas constituições, e apesar de o ideal liberal reforçar a autonomia da vontade do indivíduo, as necessidades sociais foram se alterando, o que provocou mudanças que acarretaram no Estado Social.

Conforme Tocqueville, apesar de os Estados Unidos terem instaurado um sistema democrático primando a defesa da liberdade e da igualdade, tais valores encontraram dificuldades em se conciliar, uma vez que houve prevalência da liberdade. Mesmo com o desenvolvimento das ações afirmativas e políticas envolvendo a discriminação positiva, que visava combater a diferença entre brancos e negros (TOCQUEVILLE, 2000 apud BOLZAN DE MORAIS; NASCIMENTO, 2010).

Ainda, conforme Bolzan de Moraes e Nascimento:

No século XVIII cresceu o ideal liberal, em que a autonomia da vontade e de possibilidades criadas pela capacidade de cada indivíduo deveria prevalecer. Porém, com o passar do tempo, as necessidades sociais foram sendo alteradas, levando, no século XIX à conseqüente mudança do Estado Liberal para o Estado Social (BOLZAN DE MORAIS; NASCIMENTO, 2010, p. 51).

A mudança do Estado Liberal para o Estado Social importou na transformação do modelo adotado pelo liberalismo clássico, este em que a autoridade pública tinha o dever de apenas, manter a paz e a segurança limitada. A partir do século XIX houve mudanças nas atuações do Estado Liberal, que passou a assumir prestações públicas a serem asseguradas aos cidadãos como direitos característicos da cidadania (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2003).

Confirma Manuel Garcia Pelayo que o Estado Social significou a tentativa de adaptação do Estado Tradicional (Liberal) às condições sociais da civilização industrial e pós-industrial, com seus novos problemas e possibilidades técnicas, econômicas e organizativas. As medidas para permitir essa adaptação do Estado seguem tendências do século XIX e princípios do século XX para regular aspectos parciais da sociedade (PELAYO, 2009).

Cita-se como alguns dos principais aspectos que ocasionaram a transição do Estado Liberal para o Social: os motivos de ordem econômica, em razão da liberdade de mercado proporcionar o surgimento economias, crises do mercado

capitalista (que destacou as diferenças sociais), esgotamento dos recursos naturais, entre outras consequências de caráter político e social, além da destruição e medo ocasionado pelas Guerras. Com isso, ocorreu maior intervenção sobre o domínio econômico além da preocupação com a função social da propriedade antes tida como exclusivamente privada (BOLZAN DE MORAIS; NASCIMENTO, 2010).

Ao fim do século XIX a justiça social passou a ser uma necessidade diante dos problemas causados devido ao desenvolvimento econômico sem precedentes, razão pela qual o Estado precisou adaptar-se novamente às demandas sociais, que acarretaram no Estado Social. Nesse caminho, Macridis afirma que

No fim do século [...] a justiça social, vista como a necessidade de apoiar indivíduos [...] quando sua autoconfiança e iniciativa não podiam mais dar-lhes proteção, ou quando o mercado não mostrava flexibilidade ou a sensibilidade que era suposto demonstrar na satisfação de suas necessidades básicas, esta se tornou mais forte com o advento do século XX (MACRIDIS, 1980, p. 61).

Apesar do progresso econômico, a valorização do indivíduo bem como a limitação do poder do Estado, o projeto liberal acarretou em movimentos socialistas e uma mudança de atitude por parte do poder público no sentido de intervir no domínio econômico e outras atividades do setor privado. Entretanto, a partir do intervencionismo inicia-se a decadência do regime liberal e a consequência desse processo importa no *Welfare State* (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2003).

Na passagem para o Estado Social, há que se destacar o crescimento das atribuições do Poder executivo e reconfiguração do Legislativo, devido à necessidade de regulamentação do mercado e implementação das garantias sociais. O Estado Social caracterizou-se como modelo de proteção à qualidade de vida, garantindo mínimo de renda, saúde, alimentação, habitação, educação, etc. Entretanto, este modelo se tornou insustentável, pois o Estado estava despreparado para compatibilizar tais garantias com o capitalismo (BOLZAN DE MORAIS; NASCIMENTO, 2003).

Explica Perez Luño que o Estado Social passou a reconhecer e garantir uma gama de novos direitos, diferentemente do que proporcionava o Estado Mínimo, o que importou na afirmação da segunda dimensão de direitos humanos. Ampliou-se a tutela do Estado sobre os direitos políticos e sociais já reconhecidos, também para os novos direitos econômicos e culturais (LUÑO, 2012).

Para Nelson Camatta Moreira, a crise do Estado Social implicou em uma trajetória dupla face: beneficiou a sociedade com proteção social e impulsionou setores estruturais do processo produtivo industrial. Em função da ampla transformação e intervenção na sociedade, bem como em razão de fatores internacionais, a exemplo da globalização, é que ocorreu a crise do Estado Social (MOREIRA, 2012).

A crise no Estado Social atingiu principalmente os órgãos incumbidos do desempenho de funções estatais, que sofreram os efeitos das mudanças no perfil clássico destas funções, produzida pela transformação da instituição Estado. Cada vez mais a especialização foi substituída pela ocupação de espaços de um dos setores por outro, além da fragilização do Estado em suas diversas expressões, quando perde a concorrência para outros setores (semipúblicos, privados, etc.) (BOLZAN DE MORAIS, 2002).

As crises do Estado Social podem ser divididas em crise fiscal-financeira, crise ideológica e por fim crise filosófica. A primeira reflete as despesas do Estado em descompasso com o orçamento, fato que acarretou em crises econômicas, tendo o Estado que aumentar a carga fiscal e reduzir de custos. A segunda, implica nas dúvidas quanto as possibilidades da poupança pública se estender à gestão do Estado Social. E por fim, a terceira (crise filosófica), aponta a desvinculação do Estado Social baseada na solidariedade, enfraquecendo direitos sociais e meios de intervenção característicos deste modelo estatal (BOLZAN DE MORAIS, 2002).

Diante das crises, o Estado Social tornou-se insustentável e deu espaço para a instituição de um novo modelo estatal: o Estado Democrático de Direito. A preocupação fundamental do novo modelo era a busca de um relacionamento entre liberdade e igualdade, a fim de que se concretizassem escolhas sociais dali para frente (BOLZAN DE MORAIS; NASCIMENTO, 2010).

A teoria da igualdade³, afirma que a liberdade só pode haver, num sistema baseado em igualdade, pois pessoas desiguais não possuem capacidades iguais para participarem de decisões coletivas. Esta foi uma das razões em que no século XX, na tentativa de um ideal democrático, este se conecte com o Estado de Direito e se fortaleça, onde estão presentes as conquistas sociais com ideais igualitários (BOLZAN DE MORAIS; NASCIMENTO, 2010).

³ Expressão cunhada pelo filósofo Étienne Balibar, citado por WALLERSTEIN, 2002, apud BOLZAN DE MORAIS; NASCIMENTO, 2010, p. 55.

Nessa perspectiva, o Estado Democrático de Direito apresenta-se com conteúdo de transformação da realidade, que não se restringe ao Estado Social de Direito, delimitado por uma reorganização conservadora e, de sua economia capitalista, passando a fomentar participação pública nessa reconstrução (BOLZAN DE MORAIS; NASCIMENTO, 2010).

Muito embora o Estado Democrático tenha sido um marco na evolução do Estado de Direito, e ter representado o período de instituição dos direitos humanos de terceira geração, bem como do processo de internacionalização de direitos, este modelo estatal será melhor analisado no segundo capítulo, acompanhando o estudo dos Estados constitucionais cooperativos.

Entretanto, oportuno destacar que, como visto no estudo dos modelos estatais, além de direitos fundamentais expressos no interior dos diplomas constitucionais, as Constituições contemporâneas assumiram uma abertura expansionista, prevendo constitucionalmente o reconhecimento de tratados internacionais em um processo de internacionalização do direito constitucional pela internalização do direito internacional público (dos direitos humanos) (BOLZAN DE MORAIS, 2002).

Ensina Flávia Piovesan que diante desse constitucionalismo global, presencia-se a emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e na tendência de confirmação da dignidade humana. Portanto, o poder constituinte dos Estados, e logo as constituições, passaram a se vincular cada vez mais com os princípios e normas do direito internacional. Tal concepção é fruto da internacionalização dos direitos humanos, marcada a partir do Pós-Guerra, que constituiu um movimento recente na história, onde o direito internacional passou a ser visto como informador do direito interno (PIOVESAN, 2006). Explica a autora que:

Considerando a historicidade dos direitos, destaca-se a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida pela Declaração Universal de 1948 reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993 (PIOVESAN, 2006, p. 8).

Ainda, inclui-se nesta linha os processos de regionalização dos espaços estatais, o que direciona ao debate constitucional sob o aspecto de um

constitucionalismo desvinculado dos Estados-Nação, baseado na capacidade dos blocos comunitários em regular tais temas (BOLZAN DE MORAIS, 2002).

A partir daqui, é possível conferir que pela evolução dos modelos estatais chegando por fim ao Estado Democrático de Direito, bem como em razão da abertura das Constituições aos tratados internacionais, passa-se a haver uma preocupação maior em estabelecer mecanismos de tutela de direitos a partir do apoio e realidade regional, e portanto, para além dos Estados. Por esse processo de internalização de direitos humanos através do direito internacional público, é que sobreveio a formação de sistemas regionais de proteção de direitos. É o que se verificará na subseção seguinte.

1.2 O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: PARA ALÉM DOS ESTADOS

Verificada a evolução do Estado de Direito a partir da influência do movimento de afirmação de direitos humanos, estes representados nas constituições através da positivação de direitos fundamentais, agora, os Estados passam a verificar a necessidade da proteção dos direitos humanos para além dos Estados. Esse motivo deu origem dos sistemas regionais de proteção através da internacionalização/universalização dos direitos humanos.

Como leciona Norberto Bobbio “[...] os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares [...] para finalmente encontrar a plena realização como direitos positivos universais.” (BOBBIO, 1992, p. 30). Os direitos humanos são frutos da busca pela afirmação da dignidade e do valor da pessoa humana, como pressuposto universal.

Segundo Piovesan, o processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção. Estes que refletem a consciência dos Estados, na medida do consenso internacional que compartilham sobre temas de direitos humanos, na tentativa de estabelecer parâmetros protetivos mínimos (PIOVESAN, 2006).

Após o reconhecimento paulatino de direitos humanos nas constituições, em forma de direitos fundamentais, que se deram através da transformação do Estado de Direito, bem como pela preocupação dos Estados em responder às demandas

sociais, a população mundial deparou-se com um problema maior criado principalmente pela concorrência econômica entre os Estados: a 1ª Guerra Mundial.

A partir deste momento, surge a primeira configuração das preocupações internacionais de proteção às pessoas, delineando os contornos da internacionalização dos direitos humanos, que se consolidarão no Pós-2ª Guerra Mundial. Tem-se, assim, o direito humanitário como a primeira expressão de que no plano internacional, há limites à liberdade dos Estados ainda que em caso de conflito armado. A Liga das Nações, criada após a 1ª Guerra Mundial, veio para reafirmar essa concepção a fim de destacar a necessidade de relativizar a soberania dos Estados. Seu objetivo era promover a cooperação, paz e segurança internacional, condenando agressões contra os territórios, independência política (PIOVESAN, 2010) e a execução do Tratado de Versalhes.⁴

Ainda como precedente imediato da internacionalização dos direitos humanos, destaca Sidney Guerra, a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) instituída como agência da Liga das Nações no referido Tratado de Versalhes. Reconhecida como organismo especializado das Nações Unidas em outubro de 1946, representa uma instituição importante nas relações internacionais. Visando promover a universalização dos princípios da justiça social através de melhores condições de trabalho, a OIT busca tutelar os direitos humanos nas relações de trabalho (GUERRA, 2015).

Ainda, conforme Piovesan, a Organização Internacional do Trabalho, a Liga das Nações e o Direito Humanitário afirmam o fim de uma época em que o Direito Internacional regulava relações entre Estados no âmbito governamental e através desses institutos agora promoveram o alcance das obrigações internacionais a serem garantidas pelos Estados signatários (PIOVESAN, 2010).

Após a 2ª Guerra Mundial a humanidade tomou consciência da importância dos direitos humanos, e desde então se tem verificado um progressivo surgimento de mecanismos legais para a proteção dos mesmos. Este fato refere-se não só à positivação de direitos nas Constituições, mas também à criação de sistemas internacionais direcionados à tutela destes direitos (CULLETON; BRAGATO; FAJARDO, 2009).

⁴ O Tratado de Versalhes foi um tratado de paz que, ratificado pelos Estados Europeus, colocou um ponto final na Primeira Guerra Mundial, impondo condições e responsabilizando a Alemanha pelo conflito. Posteriormente foi anexado tanto o Pacto da Liga das Nações. (SEITENFUS, 2012).

Conforme René-Jean Dupuy citado por Francisco Rezek, antes da fundação das Nações Unidas em 1945, não havia segurança em afirmar que houvesse (no direito internacional público) preocupação de maneira ativa e organizada sobre os direitos humanos. Alguns tratados esparsos buscaram tutelar determinadas minorias no contexto de sucessão de Estados. Nesse sentido, a Carta de São Francisco conferiu aos direitos humanos estrutura constitucional no ordenamento do direito das gentes (DUPUY, 2000 apud REZEK, 2014).

Os direitos humanos ganharam espaço no direito internacional. Perante os impactos da 2ª Guerra Mundial foi redigida a Declaração Universal dos Direitos Humanos que retomando os ideais da Revolução Francesa, representou uma manifestação histórica, em âmbito universal, reconhecendo valores da igualdade, da liberdade e da fraternidade (COMPARATO, 2003). De acordo com Piovesan,

[...] a verdadeira consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos surge em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial. Nas palavras de Thomas Buergenthal: 'o moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é o fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse'. (BUERGENTHAL, 1988 apud PIOVESAN, 2013, p. 189).

Esse processo de internacionalização dos direitos humanos constitui um movimento recente na história, surgido a partir do Pós-2ª Guerra, como resposta às atrocidades cometidas pelo Estado Nazista. Nesse contexto, o esforço de construção dos direitos humanos universais aparece como um referencial a orientar a ordem internacional contemporânea, por isso tais direitos não são considerados matéria doméstica dos Estados, mas sim de interesse internacional. A necessidade de uma ação internacional mais eficaz para proteção de Direitos Humanos impulsionou o processo de internacionalização (PIOVESAN, 2010).

Visto que os direitos humanos ganharam força com a tutela da Organização das Nações Unidas (onde foram produzidos vários tratados de direitos humanos), a partir daí se iniciou a denominada fase legislativa dos direitos humanos, com a elaboração de um quadro normativo extenso que buscava vincular a organização internacional aos seus propósitos. Desse reconhecimento, que se dá no plano internacional, é que são constituídas medidas de contenção as agressões dos próprios Estados (GUERRA, 2015).

A Organização das Nações Unidas, que teve papel fundamental para o movimento de internacionalização de Direitos Humanos. No seu documento de criação (a Carta das Nações Unidas) afirma a existência de um direito de autodeterminação dos povos e aprovou em seu texto o Estatuto da Comissão de Direitos Humanos, composta por 54 Estados (COMPARATO, 2003).

Estabelecida a ONU, criaram-se os órgãos estruturais da organização, destacando aqui a Comissão de Direitos Humanos, posteriormente substituída pelo Conselho de Direitos Humanos, que buscava o reforço e a tutela dos direitos humanos, estabelecendo regras acerca da matéria. A Comissão de Direitos Humanos exercia duas funções: de promoção e também de proteção da dignidade humana, sendo responsável por elaborar o anteprojeto de declarações e tratados internacionais relativos a direitos humanos. À Comissão competia iniciar *ex officio* inquéritos sobre situações de violações reiteradas de direitos humanos, podendo levar a uma condenação do Estado infrator. Competia-lhe ainda, por em funcionamento mecanismos *ad hoc* para vigilar e informar sobre um tema determinado ou país (COMPARATO, 2003).

Ainda, conforme Guerra, “[...] essa codificação internacional em matéria de direitos humanos ocorre principalmente pelo fato de o próprio Estado ser o maior violador destes direitos.” (GUERRA, 2015, p. 509). Assim, os Estados passaram a comprometer-se a criar normas que possibilitem a efetivação dos direitos concebidos nos pactos internacionais.

É possível afirmar que, atualmente há um consenso entre os defensores de direitos humanos de que o direito internacional e o direito interno constituem uma união indivisível que objetiva proteger os direitos humanos. Logo, a concepção de que esses sistemas são entes hierarquicamente distintos e com âmbitos de incidência diferenciados não concerne com a compreensão contemporânea de direitos humanos, vez que tal dualismo dificulta o reconhecimento desses direitos do plano internacional tenham aplicação no âmbito interno (CULLETON; BRAGATO; FAJARDO, 2009).

O movimento de internacionalização de direitos humanos, bem como a criação de sistemas normativos de implementação desses direitos, passaram a ocupar uma posição de destaque na comunidade internacional. Incentivou-se o surgimento de outros tratados de direitos humanos, declarações, além de

organizações governamentais e não governamentais em defender esses direitos (PIOVESAN, 2010).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ao introduzir a concepção contemporânea de direitos humanos, marcou a criação do “Direito internacional dos Direitos Humanos”, como um sistema jurídico de alcance internacional, a fim de proteger os direitos humanos. Após a sua adoção, foram estudadas formas de assegurar a observância de tais direitos de maneira universal (PIOVESAN, 2016).

Após três anos da instituição das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e segundo esta Declaração, de caráter meramente recomendatório, foram projetados, em 1966, os Pactos das Nações Unidas sobre Direitos Cíveis e Políticos e sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, com força jurídica de convenção, estabelecendo normas substantivas e instrumentais (REZEK, 2014).

Além do sistema global, nascem os sistemas regionais, a fim de evitar e prevenir a ocorrência de violações de direitos humanos, marcando o processo de integração e cooperação dos países. Tais sistemas são marcados pela criação de mecanismos próprios de intervenção em matéria de violações de direitos, inicialmente da Europa, e da afirmação de valores da democracia, do Estado de Direito e dos direitos humanos (PIOVESAN, 2006).

Os sistemas regionais de proteção de direitos representam benefícios quanto à tutela de direitos humanos, haja vista a influência de comportamento entre países próximos, o que estabelece padrões similares quanto à proteção de direitos. Além disso, o contato entre os costumes, valores e fatores econômicos, favorece a efetivação das normativas destes sistemas. Segundo Rezek, as regiões da Europa ocidental e nações da América criaram seus sistemas para efetivar as normas substitutivas,

[...] Em certos contextos regionais, o europeu ocidental e o pan-americano, montaram-se sistemas de garantia da eficácia das normas substantivas adotadas, no próprio plano regional, sobre os direitos da pessoa humana. A Corte Europeia de Direitos do Homem, sediada em Estrasburgo, cuida de aplicar a convenção de 1950. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, sediada em São José da Costa Rica, garante vigência à Convenção de 1969. (REZEK, 2014, p. 263).

Piovesan esclarece os principais pontos de cada um dos sistemas mais expressivos na atualidade: Europeu, Interamericano e Africano. Todos estabeleceram Comissões e Cortes a fim de fiscalizar o devido cumprimento dos dispositivos de seus principais instrumentos, e julgar os casos de violações cometidas pelos Estados signatários (PIOVESAN, 2010).

Cada um dos sistemas regionais de proteção apresenta um aparato jurídico próprio. O Sistema Interamericano tem como principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos, que estabelece a Comissão [...] e a Corte Interamericana. Já o sistema europeu conta com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, que estabeleceu originariamente a Comissão e a Corte Europeia de Direitos Humanos. [...] Por fim, o sistema africano apresenta como principal instrumento a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos que, por sua vez, estabelece a Comissão Africana de Direitos Humanos. (PIOVESAN, 2010, p. 327-328).

Primeiramente, refere-se o mais antigo deles, o sistema europeu, que surgiu de um contexto de ruptura e de reconstrução dos direitos humanos, buscando a integração e a cooperação entre os países da Europa ocidental. Além disso, busca o fortalecimento e a expansão de seus valores, a destacar a proteção dos direitos humanos (PIOVESAN, 2006).

Segundo Clare Ovey e Robin White citados por Piovesan, a Convenção Europeia destaca três propósitos: 1º) a integração europeia no que tange às necessidades técnicas e econômicas além de estabelecer um sistema de valores comuns a fim de proporcionar desenvolvimento político claro por muitos anos; 2º) preocupação quanto às relações dos Estados além da Europa com a proteção de direitos humanos; 3º) expansão da democracia para os Estados da Europa central e do leste e a adesão destes no sistema de proteção de direitos humanos da Convenção Europeia (OVEY; WHITE, 2002 apud PIOVESAN, 2006).

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁵ foi elaborada a partir do Conselho da Europa e aberta a assinatura em Roma em novembro de 1950, passando a vigorar em setembro de 1953. Atualmente, o Conselho da Europa é um dos três maiores mecanismos de proteção dos direitos humanos na Europa (CULLETON; BRAGATO; FAJARDO, 2009).

O alcance da Convenção abrange direitos individuais clássicos. Os artigos 5º, 6º e 7º da Convenção Europeia ampliaram as medidas tradicionais de proteção da

⁵ Disponível em: http://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf

liberdade e segurança pessoal. O artigo 5º especifica as condições legais de uma detenção, o artigo 6º dispõe acerca dos direitos do acusado em processos criminais, e o artigo 7º afirma que na ausência de lei nacional ou tratado internacional que defina certas condutas criminosas, qualquer pessoa pode ser processada e julgada pelos princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações (COMPARATO, 2003).

Conforme leciona Piovesan, o catálogo de direitos da Convenção Europeia compreende fundamentalmente em direitos civis e políticos, sob a influência do ideal democrático liberal, expressando valores da Europa ocidental. “Os direitos sociais, econômicos e culturais advieram apenas com a adoção da Carta Social Europeia, que estabelece a implementação progressiva desses direitos.” (PIOVESAN, 2006). Culleton, Bragato e Fajardo esclarecem que:

A Convenção tem uma importância particular em relação ao contexto internacional dos direitos humanos, pois foi o primeiro tratado abrangente, no mundo, sobre o tema, além de ter estabelecido o primeiro sistema internacional de reclamações e a primeira Corte Internacional relacionada a matérias de direitos humanos. (CULLETON; BRAGATO; FAJARDO, 2009, p. 139).

Uma das maiores contribuições da Convenção Europeia para a proteção da pessoa humana foi a instituição de órgãos fiscalizadores a fim de verificar o cumprimento dos direitos nela declarados e julgar violações dos Estados signatários. Além disso, impulsionou o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito internacional, no que se refere aos direitos humanos (COMPARATO, 2003).

O Protocolo n. 11 da Convenção Europeia de direitos humanos substituiu a Comissão e a Corte Europeia, que atuavam em tempo parcial, por uma que atuasse em tempo permanente. Ainda confere aos indivíduos, seus grupos e ONGs, o acesso direito à Corte Europeia, por meio de petição quando ocorrida violação de direito (PIOVESAN, 2006).

A Convenção Europeia estabeleceu órgãos e mecanismos de defesas de direitos humanos, bem como influenciou a criação de outras convenções na Europa a fim de introduzir normas comuns de cooperação entre os Estados, não somente no que condiz com os direitos humanos, mas também em defesa de interesses econômicos e políticos. Por essa razão se dá a existência da União Europeia hoje, que muito embora não esteja ligada diretamente aos direitos humanos, estimulou a colaboração entre Estados (CULLETON; BRAGATO; FAJARDO, 2009).

O sistema europeu, portanto, tem revelado alto grau de cumprimento das decisões de sua Corte por envolver países, que acolheram o princípio do Estado de Direito e por expressar valores democráticos e de direitos humanos compartilhados entre Estados na intenção de integrar-se politicamente. Há que se destacar também a credibilidade atingida pela Corte hoje, por atuar de maneira justa e demonstrar equilíbrio intelectual (PIOVESAN, 2006).

Os Estados da América, nesse contexto de regionalização de tutela de direitos, foram fortemente influenciados pelo sistema europeu. Diante da desigualdade social e violação de direitos, passaram a ter maior preocupação quanto a adoção de meios regionais de proteção, razão pela qual surgiu o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (PIOVESAN, 2006).

No Sistema Interamericano, o instrumento normativo fundador foi a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada de Pacto de San José da Costa Rica, assinada em 1969, com entrada em vigor em 1978. A Convenção reconhece um catálogo de direitos civis e políticos, como o direito à personalidade jurídica, direito à vida, direito a não ser submetido à escravidão, à liberdade, julgamento justo entre outros (PIOVESAN, 2006).

Afirmam os Estados-parte conforme o preâmbulo:

Os Estados americanos signatários da presente Convenção [...]. Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

A Convenção estabeleceu dois órgãos para assegurar o cumprimento das suas disposições: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Vinte e quatro nações americanas ratificaram a Convenção, vinculando os Estados signatários (CULLETON; BRAGATO; FAJARDO, 2009).

Os Estados aderentes à Convenção Americana, ficaram obrigados a respeitar e assegurar o livre e pleno exercício de direitos e liberdades elencados no instrumento, sem qualquer discriminação. A Convenção estabeleceu também mecanismos de monitoramento e implementação dos direitos, integrados peça Comissão Interamericana de Direitos Humanos, comprometida a promover a

observância da proteção de direitos na América e pela Corte Interamericana, como órgão jurisdicional (PIOVESAN, 2010).

O Sistema Interamericano é tido como importante instrumento para a proteção de direitos humanos nas Américas, pois diante da omissão das instituições nacionais, tem força para promover avanços da esfera dos direitos humanos. Tal sistema permitiu a desestabilização dos regimes ditatoriais e fortaleceu as instituições democráticas, combatendo as violações de direitos humanos e protegendo grupos vulneráveis, além do diálogo com o sistema global (PIOVESAN, 2016).

Por fim, enfrenta-se o mais recente dos três sistemas de proteção: o Sistema Regional Africano de Direitos Humanos. É composto por cinco Estados da União Africana e se consistiu na afirmação de que os povos também são titulares de direitos humanos (COMPARATO, 2003).

A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos de 1981 é o principal instrumento do Sistema e tutela direito à livre disposição de riqueza e recursos naturais, ao desenvolvimento, à paz e à segurança, bem como a preservação do meio ambiente (COMPARATO, 2003).

Diante das tradições históricas e dos valores do povo africano, bem como o processo de libertação da África, as lutas por independência, a erradicação do *Apartheid* e o combate à discriminação, é que a Carta Africana se distingue dos demais sistemas. A Carta Africana, conforme Christof Heyns:

[...] tem características únicas comparada com os demais instrumentos de proteção de direitos humanos. A Carta reconhece não apenas os mais universalmente aceitos direitos civis e políticos, mas também direitos econômicos, sociais e culturais. [...] Ineditamente, no mesmo documento, além da previsão de direitos civis e políticos, são reconhecidos direitos econômicos e sociais. (HEYNS, 2004 apud PIOVESAN, 2006, p. 124).

A Organização da União Africana (hoje, União Africana) complementou mecanismos de proteção de direitos humanos da Carta Africana e adotou um Protocolo que cria uma Corte Africana de Direitos Humanos (CULLETON; BRAGATO; FAJARDO, 2009). À Corte Africana compete complementar o mandato da Comissão Africana, nos termos do artigo 1º da Carta, o que inclui a apreciação de casos submetidos à Comissão Africana, podendo ordenar remédios apropriados a cada caso. Tanto indivíduos como organizações não governamentais poderão

submeter diretamente à Corte os casos, se houver declaração formulada pelo Estado para esse fim (PIOVESAN, 2006).

É importante considerar que os Estados africanos enfrentam maiores problemas na proteção de direitos básicos, em razão da profunda desestruturação social que o colonialismo provocou nos povos do continente. As delimitações territoriais oriundas das colônias desrespeitaram a realidade étnica, fato que ocasionou conflitos internos nos países que tiveram sua independência proclamada no século XX (COMPARATO, 2003).

Dessa forma, apesar de os Estados africanos terem ratificado os principais tratados de direitos humanos do Sistema Global, somados à Carta Africana, ainda existem casos de violação grave aos direitos humanos, motivo pelo qual tal sistema ainda enfrenta muitos desafios à efetivação da tutela de tais direitos (PIOVESAN, 2006).

Visto esses diversos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, percebe-se a grande relevância e preocupação internacional acerca do tema. Os sistemas global e regionais demonstram-se complementares, inspirados nos mesmos valores e a coexistência de ambos garantem os mesmos direitos, ampliando e fortalecendo a proteção destes (PIOVESAN, 2010).

Considerando os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, que demonstram a internacionalização destes direitos em razão da necessidade de haver uma tutela jurisdicional para além dos Estados, que se comprometem a atuar em cooperação, é que se faz pertinente observar os direitos humanos a partir dos ordenamentos nacionais, bem como os movimentos nos Estados constitucionais cooperativos, conforme se analisará no capítulo seguinte.

2 DIREITOS HUMANOS E ORDENS JURÍDICAS INTERNAS

Para melhor compreender o movimento de afirmação dos direitos humanos, bem como o processo de internalização dos tratados internacionais, oportuno observar os direitos humanos nos ordenamentos nacionais a partir do modelo de Estado Constitucional. Este modelo tem persistido até os dias atuais e implicou na maior abrangência na tutela jurisdicional de direitos.

Ainda, na influência da internacionalização dos direitos humanos, mister se faz analisar o conceito e implicações dos Estados constitucionais cooperativos, vez que representaram um conjunto entre o Estado Constitucional e o direito internacional, questão a ser verificada na primeira subseção.

A fim de possibilitar o estudo do entendimento do Supremo Tribunal Federal brasileiro acerca do controle de convencionalidade, será abordado no presente capítulo, o movimento de afirmação dos Direitos Humanos nos ordenamentos nacionais sob a análise dos Estados Constitucionais Cooperativos, para na segunda subseção verificar o referido processo de afirmação no direito interno brasileiro, partindo do estudo da Constituição Federal de 1988 no que se refere à internalização de tratados internacionais de direitos humanos.

2.1 DIREITOS HUMANOS NOS ORDENAMENTOS NACIONAIS: OS MOVIMENTOS NOS ESTADOS CONSTITUCIONAIS (COOPERATIVOS)

A influência do movimento de afirmação dos direitos humanos nos ordenamentos nacionais implicou nas transformações do Estado, conforme já visto na segunda subseção do primeiro capítulo. Verifica-se que as gerações de Estados de Direito quais sejam: Estado liberal, social e constitucional e/ou democrático, corresponderam às três gerações de direitos humanos, compreendidos como direitos fundamentais nas constituições. Nesse sentido, explica Perez Luño:

As três gerações de Estados de Direito correspondem, portanto, às três gerações de direitos fundamentais. O Estado de liberal, que representa a primeira geração ou fase do Estado de Direito, é o marco em que se afirmam os direitos fundamentais de primeira geração, ou seja, as liberdades de signo individual. O Estado Social, que evidencia a segunda geração do Estado de Direito, será o âmbito jurídico-político em que se postulam os direitos econômicos, sociais e culturais. O Estado Constitucional, enquanto Estado de Direito de terceira geração, delimitará

normativamente o meio espacial e temporal de reconhecimento dos direitos de terceira geração. (LUÑO 2012, p. 10). (Grifamos)

O Estado Constitucional⁶ estabelece como catálogo de liberdades os direitos de terceira geração (desenvolvimento, autodeterminação dos povos, meio ambiente, etc.) e deu ênfase especialmente à qualidade de vida, direitos fundamentais e proteção ambiental. Tal fenômeno representa uma reinterpretação de todo o sistema de direitos e liberdades do Estado Constitucional (LUÑO, 2012).

Ainda, segundo Luño, “Dentre as transformações mais diretamente implicadas nesta transformação do Estado de Direito até sua forma constitucional, assume caráter relevante o papel dos direitos e garantias fundamentais que operam em seu centro.” Um dos principais traços do Estado Constitucional é a supraestatalidade normativa, que adota valores, princípios ou regras por aceitação às estruturas de organizações internacionais. Os valores do Estado Constitucional são, portanto, de aptidão universalista (LUÑO, 2012, p. 10-11).

O Estado Constitucional é uma criação moderna, tendo surgido paralelamente ao Estado Democrático, e de certa forma, sob influencia dos mesmos princípios. “[...] o constitucionalismo, assim como a moderna democracia, tem suas raízes no desmoronamento do sistema político medieval passando por uma fase de evolução [...] quando surgem os documentos legislativos a que se deu o nome de Constituição.” (DALLARI, 2013, p. 197).

Ferrajoli identifica o Estado de Direito com a dimensão substancial democrática, presente na efetividade dos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2001 apud BOLZAN DE MORAIS; NASCIMENTO, 2010). A partir daí, observa-se que para a construção de um Estado Democrático de Direito, foi necessário instaurar um processo democrático que se integre com o Estado e a Sociedade, vistos agora como espaços inter-relacionados (BOLZAN DE MORAIS; NASCIMENTO, 2010).

No que se refere ao Estado Democrático de Direito, Streck e Bolzan de Moraes afirmam que este:

[...] se desenvolve um novo conceito, na tentativa do conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, não como uma aposição de conceitos,

⁶ Dalmo de Abreu Dallari classifica três grandes objetivos que resultaram no constitucionalismo, são eles: a afirmação da supremacia do indivíduo, a necessidade de limitação do poder dos governantes e a crença nas virtudes da razão, e a busca da racionalização do poder. Afirma o autor que este último objetivo foi instrumento para criação das condições que permitissem a realização dos demais (DALLARI, 2013).

mas sob um conteúdo próprio onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social. Tudo constituindo um novo conjunto onde a preocupação básica é a transformação do *status quo*. (STRECK; MORAIS, 2001, p. 92).

Dessa forma o Estado Democrático de Direito ultrapassou não somente o Estado Liberal de Direito, como também o Estado Social impondo transformações à ordem jurídica e à atividade estatal. Quando o Estado de Direito assume *sua forma democrática* passa a objetivar a tutela de direitos fundamentais a partir da igualdade, não bastando apenas a limitação da atuação estatal, mas também a pretensão de transformação de seu antigo *status* (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2003).

Nesse contexto, o papel da Constituição é fundamental, pois

O dever mais importante que a Constituição desempenhou é o de possibilitar a unidade e a integração a partir da promoção de princípio e valores que necessitam ser assumidos de forma flexível, afastando toda concepção dogmática com a base material pluralista das sociedades contemporâneas. [...] a supremacia da Constituição comporta o fim da noção de soberania entendendo como tal, um poder efetivo, permanentemente ativo, que não está submetido a controle [...]. (CAMPUZANO, 2009, p.46-47).

Portanto, o Estado Constitucional representa um marco jurídico-político próprio das sociedades democráticas na atualidade. Partindo das premissas do neoconstitucionalismo, buscou-se o desenvolvimento do Estado de Direito que se verificou pela evolução das formas de Estado, considerando seus elementos delimitadores básicos, quais sejam: os direitos fundamentais (LUÑO, 2012).

Tal modelo de Estado busca garantir a efetivação dos direitos humanos, através da tutela constitucional. As gerações de Estado de Direito através dos movimentos e necessidades sociais, foram influenciados pelo movimento de afirmação de direitos humanos, que foram reconhecidos e protegidos paulatinamente pelas constituições dos Estados de Direito, ainda que em forma de direitos fundamentais.

Conforme Dallari, no que se refere aos direitos individuais, as constituições tiveram em quase todos os Estados Constitucionais o sentido de direitos fundamentais, mas com eficácia jurídica limitada, pois se operava como limitadora dos poderes e garantia contra violação de direitos. Dessa forma, falta força cogente para assegurar na prática a efetivação dos direitos, tendo-se generalizado na teoria

constitucional a ideia de que para a efetivação de tais direitos, a norma constitucional necessitava de complementação (DALLARI, 2013).

Apesar do progresso apresentado pelo Estado Constitucional, em decorrência da globalização e de mudanças de cunho social, tal modelo estatal também apresentou desafios. Segundo explica Campuzano:

A aparição do Estado Constitucional, não resolve, no entanto, os múltiplos problemas que cercam o constitucionalismo contemporâneo. Fundamentalmente, porque o cenário do pluralismo normativo que se registra no âmbito territorial de cada Estado, se vê crescendo de maneira notória pela proliferação exponencial de novos atores jurídicos na arena global. (CAMPUZANO, 2009, p. 52).

Diante disso, aparece a crise do constitucionalismo. As alterações do Estado aparentam não terem sido concluídas, pois, na medida em que as mudanças do Estado Liberal para o Estado Social resultaram em profundas alterações, as mudanças do Estado Legislativo para o Estado Constitucional não se deram no mesmo sentido. Entretanto, as modificações que o mundo experimentou em todos os âmbitos da vida social, não deixou de alcançar o Estado Constitucional (CAMPUZANO, 2009).

Surge aqui a necessidade de estabelecer um modelo renovado de constitucionalismo para abranger estas novidades diante do enfraquecimento da força normativa da Constituição no contexto de interdependência característica dos processos causados pela globalização (CAMPUZANO, 2009).

A crise segundo Ferrajoli, é uma consequência do fim do Estado como única fonte de produção jurídica, visto que, pela multiplicação das instâncias produtoras de direito e as fontes normativas, deslocam os centros de decisões e colocam em dúvida a efetividade da Constituição (FERRAJOLI, 1999 apud CAMPUZANO, 2009).

Campuzano explica que a partir do desenho internacional Pós-2ª Guerra, surgiram mudanças que apontam para a perda do protagonismo estatal e a progressiva aparição de novos atores supra e transnacionais. Esse processo, alterado nas últimas décadas veio “[...] como consequência do impacto sofrido pelo ordenamento jurídico estatal de normas emanadas de organizações internacionais de integração que demandaram a cessão de competência pelos Estados membros com a consequente redução de sua soberania.” (CAMPUZANO, 2009, p.59).

Surgiu assim um constitucionalismo dos interesses econômicos, expressando interesses privados em nível internacional incidindo diretamente sobre os processos regulatórios dos Estados. Diante das crises do Estado, o constitucionalismo assume tarefa árdua. Trata-se de ampliar o panorama legal, concentrado em direitos civis e políticos, até as novas necessidades relativas à exclusão social devido a nova ordem jurídica e política (LEWIS, 1999 apud CAMPUZANO, 2009).

Nesse sentido, tem-se as construções que apontam para um Estado Constitucional Cooperativo, desenvolvido por Peter Häberle. Esse modelo é constituído a partir de um paradigma constitucional ocidental, que manifesta seu desenho como um *ideal relativo* dentro da comunidade de Direito Internacional, de maneira que possa responder às suas próprias tarefas da forma mais maleável possível (HÄBERLE, 2002).

Destaca-se que as referências que viabilizaram o conceito de Estado Constitucional Cooperativo, tem suas raízes da Revolução Francesa. Christiane Oliveira Peter da Silva explica que:

[...] na visão de Häberle, a Revolução Francesa, juntamente com as contribuições inglesa e norte-americana, são responsáveis pelo Estado Constitucional moderno, bem como pelos seus elementos político-constitucionais. Dessa forma, os ideais da revolução francesa, especialmente a fraternidade, segue sendo um mandato para o Estado Constitucional, como se a produção comunitária paneuropeia/atlântica fosse a última exigência do ciclo inaugurado em 1789 e, quem sabe, como oportunidade de compromissos universais jamais experimentados. (HÄBERLE, 1998 apud SILVA, 2005, p. 6).

Explica a autora que, desde o conceito clássico de Estado de Direito dos séculos XVIII e XIX, logo se avançou para o conceito de Estado Constitucional. Todavia, a partir da segunda metade do século XX, com o fim da Segunda Guerra, os Estados nacionais, em sua formação Constitucional, buscaram a formação de blocos e comunidades transnacionais, estes que se formaram justamente com o intuito de fortalecer as alianças econômicas, políticas e culturais (SILVA, 2005).

Conceitualmente Häberle afirma que o Estado Constitucional Cooperativo basicamente estabelece um conjunto entre o Estado Constitucional e o direito internacional. Para o autor, o Estado Constitucional Cooperativo é aquele que de forma ativa, se preocupa com os demais Estados e também com as demais instituições nacionais e supranacionais (HÄBERLE 2002 apud CAMPUZANO, 2009).

Häberle destaca dois motivos que levaram à concepção de Estado Constitucional Cooperativo: o aspecto sociológico-econômico e o aspecto ideal-moral. Ressalta também a importância dos direitos humanos e fundamentais para o processo de formação do Estado Constitucional cooperativo, mas esclarece que este aspecto ainda é um esboço, já que não existe uma sociedade aberta de cidadãos europeus no plano universal, o que demandaria um grande esforço para que fossem reconhecidos direitos fundamentais de forma internacional (HÄBERLE, 2002 apud SILVA, 2005).

Para Häberle, mesmo que, numa perspectiva internacional, a cooperação entre os Estados ocupe o lugar de mera coordenação e de simples ordenamento para a coexistência pacífica (ou seja, de mera delimitação dos âmbitos das soberanias nacionais), no campo do direito constitucional nacional tal fenômeno, por si só, pode induzir a tendências que apontem para um enfraquecimento dos limites entre o interno e o externo, gerando uma principiologia de prevalência do direito comunitário sobre o direito interno. (HÄBERLE, 2003 apud SILVA, 2005, p. 7).

O Estado Constitucional cooperativo não é somente uma forma de todas as possíveis formas de desenvolvimento do modelo de Estado Constitucional, mas que possui uma tendência de configurar a realidade, pelo que, é uma forma necessária da *estatalidade legítima do amanhã*. (HÄBERLE, 2002). Afirma Campuzano que:

Essa convicção impulsiona Häberle a postular a necessidade de um constitucionalismo renovado capaz de salvar a fratura entre o mundo enquanto globalidade e o Estado de Direito como modelo organizativo em nível de Estado-Nação, permitindo com isso a criação do que Häberle denomina “um direito comum de cooperação”. Por esta via, a identidade constitucional transcende as fronteiras estatais e emerge como o arquétipo inspirador de uma identidade política cooperativa compatível com as próprias identidades particulares. (HÄBERLE, 2002 apud CAMPUZANO, 2009, p.105).

Nesse momento, os Estados reúnem esforços para, a partir do apoio mútuo e de maneira transnacional, passarem a ser considerados Estados Constitucionais Cooperativos. Essa cooperação se dá não somente no âmbito político, mas também juridicamente, por se tratar de um momento configurador, já que o modelo de Estado Constitucional Cooperativo equivale a um tipo de direito internacional cooperativo (HÄBERLE, 2002).

A delimitação dos requisitos e consequências da cooperação interestatal e interconstitucional acarreta no desenvolvimento de um direito comum, se tratando,

portanto, de um direito de cooperação. A cooperação comum entre Estados constitucionais deve desenvolver-se de forma que a própria jurisdição constitucional poderia aplicá-la totalmente, como *veículo de cooperação* analogamente ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que serve como fator de integração da União Europeia (HÄBERLE, 2002).

O momento em que a cooperação encontra seu *status* formal e procedimental é o de sua disponibilidade em explorar ações comuns, adotar e acordar certos compromissos, adotar instituições sólidas, o que demonstra também aspectos jurídico-materiais: a paz no mundo, a justiça social, o desenvolvimento de outros países e, sobretudo, os direitos humanos (HÄBERLE, 2002).

Nota-se aqui, a preocupação dos Estados na tutela de direitos humanos, consequência do movimento de afirmação, bem como nos acontecimentos que envolvem outros Estados. Nesse sentido, muito embora os Estados tenham diferenças de sistemas socioeconômicos e políticos, se manifestam em prol da cooperação. Isso se dá de diferentes formas no que se refere às relações internacionais, obrigando-se à consecução da paz e da segurança, do desenvolvimento dos direitos humanos, da estabilidade e do progresso econômico a nível internacional, além do bem-estar entre os Estados e uma cooperação internacional livre de discriminação (HÄBERLE, 2002).

É possível citar como algumas das formas de manifestação dos Estados Cooperativos o reconhecimento em favor de sua abertura mundial e solidariedade nas: relações internacionais; declarações universais de direitos humanos; disposições específicas em matéria de direitos humanos e fundamentais com eficácia externa; sistematizações de tarefas comunitárias (HÄBERLE, 2002).

Häberle afirma que os maiores progressos do Direito internacional se deram no âmbito da “constitucionalização” da comunidade internacional a nível regional. A integração, sendo uma forma de conseguir cada vez mais avançar em cooperação, pode também ser vista como uma das perspectivas possíveis para que se concretizem os esforços de cooperação a nível internacional (HÄBERLE, 2002).

A proteção dos direitos humanos, sendo um dos principais objetivos das Nações Unidas, buscou concretizar através da Declaração Universal de Direitos Humanos a proteção a estes direitos. As declarações estimularam certos aspectos do desenvolvimento da cooperação internacional. O princípio da segurança

econômica se contempla ao mesmo tempo como norma de atuação e meio de realização dos direitos humanos de toda população mundial (HÄBERLE, 2002).

Häberle entende que a realização da cooperação em matéria de direitos fundamentais abarca a problemática relativa aos direitos humanos, levando a superar seus limites junto e por meio dela. O modelo de Estado Constitucional não pode comprovar-se menor que em aquele, por meio do qual se realiza a cooperação em âmbito de direitos básicos. O catálogo de tais direitos pode levar ao conhecimento público de todos, como um modelo, para que outros Estados possam se favorecer dos direitos e benefícios deste padrão (HÄBERLE, 2002).

Portanto, o Estado Constitucional cooperativo reflete o movimento de afirmação dos direitos humanos, visto que se preocupa e busca, ao integrar-se com o direito internacional, estabelecer através de um modelo de Estado o alcance de uma maior proteção de direitos fundamentais a todos os indivíduos (nacionais ou estrangeiros) catálogo este que deve ser tomado como exemplo à comunidade internacional (HÄBERLE, 2002).

Diante das características de cooperação entre os Estados, a fim de participar da comunidade internacional, tanto na formação de alianças quanto na tutela de direitos, principalmente humanos, bem como através de manifestações próprias do Estado Constitucional Cooperativo, instituído sob a influência do movimento de afirmação dos direitos humanos, verificam-se as manifestações desse modelo notadamente na Europa, na União Europeia. Nas Américas, no seio da Organização dos Estados Americanos (OEA), avança-se nessa perspectiva.

Entretanto, as atuações dos Estados devem se ajustar a tais desígnios para que se possa afirmar assunção do modelo constitucional cooperativo. No Brasil, o Estado Democrático de Direito, na Constituição Federal vigente, indica condições de possibilidade. Compreendendo-se a complexidade do conceito de Estado Constitucional cooperativo, pretende-se verificar, nos momentos subsequentes, as atuações estatais brasileira, notadamente jurisdicionais, analisando se apontam para a realização do modelo constitucional cooperativo. Para tanto, é indispensável a análise do movimento de afirmação de direitos humanos no Brasil a partir da internalização dos tratados internacionais.

2.2 O MOVIMENTO DE AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: A INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O movimento de afirmação de direitos humanos afetou os ordenamentos jurídicos nacionais, tendo em vista a tendência internacional em tutelar direitos fundamentais/humanos. Esse movimento de afirmação influenciou diretamente os atos constitutivos dos Estados, conforme visto no Primeiro capítulo, que passaram a preocupar-se com a proteção de direitos humanos e com a democracia. Nesse sentido, afirmam Bolzan de Moraes e Nascimento que:

A reconstitucionalização da Europa, logo após a Segunda Grande Guerra e no decorrer da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar das Constituições e, por decorrência, a importância do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. Dessa forma, ocorreu uma maior e mais efetiva aproximação entre as ideias de constitucionalismo e democracia, o que produziu um rearranjo nas formas de organização política moderna e liberal. (BOLZAN DE MORAIS; NASCIMENTO, 2010, p. 62).

Como já analisado, o movimento de afirmação de Direitos Humanos refletiu nas constituições. No Brasil, a Constituição Federal de 1988, também abriu-se à nova ordem. O ambiente de reconstitucionalização promoveu a travessia de duas décadas de autoritarismo para um regime democrático, firmando um novo constitucionalismo amparado por um catálogo de direitos fundamentais (BOLZAN DE MORAIS, NASCIMENTO, 2010). Ainda, segundo Culleton, Bragato e Fajardo:

O constitucionalismo contemporâneo (pós-II Guerra Mundial) é de direitos, onde se percebe [...] influência do jusnaturalismo moderno, à medida que a noção de direitos naturais ingressou [...] no contexto das declarações e constituições do pós-guerra **sob a denominação de direitos humanos ou fundamentais**. (CULLETON; BRAGATO; FAJARDO, 2009, p. 153). (Grifo nosso)

A Constituição Federal de 1988, que adotou a linha garantista de direitos, em resposta ao contexto ditatorial, trouxe em seu cerne a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, que a partir daí, ganharam o devido espaço do direito brasileiro (BRASIL, 1988). Piovesan afirma que:

A Constituição de 1988 assume como ponto de partida a gramática dos direitos, que condiciona o constitucionalismo por ela invocado. Assim, é sob a perspectiva dos direitos que se afirma o Estado e não sob a perspectiva do Estado que se afirmam os direitos. Há, assim, um Direito brasileiro pré e pós-88 no campo dos direitos humanos, fomentando extraordinários avanços nos âmbitos da normatividade interna e internacional. (PIOVESAN, 2010, p. 33).

A inserção da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, bem como a evidência dos direitos humanos nas relações internacionais, além do catálogo de direitos fundamentais previstos na Constituição, caracterizaram um marco na existência de limites à soberania estatal, frisando a ideia de concepção em prol da pessoa humana e da tutela de seus direitos. Portanto, tal preceito deve servir como base a qualquer interpretação do Direito Internacional Público (GUERRA, 2015).

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988, por ter sido elaborada mediante ampla participação popular e também por se voltar a plena realização da cidadania, instaurou um regime democrático no país e introduziu significativo avanço na consolidação normativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de minorias da sociedade brasileira, bem como destacou os direitos humanos sendo considerada como o documento mais abrangente em relação a estes direitos no Brasil (PIOVESAN, 2010). Pode-se verificar, portanto, que

A atual ordem constitucional brasileira inaugurou uma nova fase política nessa era do constitucionalismo de direitos, elegendo explicitamente, entre seus princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana, e, entre seus objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, além da promoção do bem de todos, sem preconceito de raça, cor, origem, sexo, idade ou qualquer outro forma de discriminação. (CULLETON; BRAGATO; FAJARDO, 2009, p. 154).

A Constituição Federal de 1988, como instrumento de um Estado Democrático de Direito, estabeleceu princípios fundamentais como diretrizes. Nos incisos do seu artigo 1º como fundamentos: a soberania; a cidadania; dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; o pluralismo político. Em seu artigo 2º determinou a independência entre os poderes. No artigo 3º, sob o prisma do movimento de afirmação dos direitos humanos traçou quatro objetivos fundamentais da República: garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

Ainda tratando de princípios fundamentais do Estado Brasileiro, a Constituição em seu artigo 4º assegurou o compromisso internacional com os direitos humanos, traçando dez princípios para regerem suas relações internacionais, além de destacar em seu Parágrafo Único a busca a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações. Tal disposição reforça expressamente a tese de Estado Constitucional Cooperativo, ao demonstrar preocupação com outras Nações (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal de 1988 está fundamentada em um extenso rol de direitos fundamentais, que marcam a nova ordem constitucional brasileira. O amparo aos direitos fundamentais sociais em um capítulo próprio ressalta a condição de direitos fundamentais, vez que anteriormente se encontravam no capítulo da ordem econômica e social (SARLET, 2015).

Em seu artigo 5º, § 1º, a Constituição Federal atual assegurou às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais a aplicação imediata, consagrando o *status* jurídico diferenciado e reforçado dos direitos fundamentais na Constituição. (BRASIL, 1988). Segundo Sarlet:

Esta maior proteção outorgada aos direitos fundamentais manifesta-se, ainda, mediante a inclusão destes o rol das cláusulas pétreas (ou garantias de eternidade) do artigo 60, § 4º da CF⁷, impedindo a supressão e erosão dos preceitos relativos aos direitos fundamentais pela ação do poder Constituinte derivado. (SARLET, 2015, p. 68).

A Constituição vem a concretizar a concepção de que os direitos fundamentais são decisões básicas do constituinte, pelos quais os principais valores políticos de uma comunidade alcançam espaço no meio jurídico. Portanto, os direitos e garantias fundamentais possuem uma força especial expansiva, servindo

⁷ Artigo 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais. (BRASIL, 1988).

como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento por seu caráter constitucional (PIOVESAN, 2010).

Além dos direitos fundamentais, a Constituição também estabeleceu a receptividade dos tratados internacionais, bem como a compatibilidade das garantias constitucionais com os direitos previstos nos tratados. Nesse sentido, o Estado ao celebrar um tratado internacional de direitos humanos, assume uma série de deveres, haja vista os dispositivos concebidos no referido tratado atingir pessoas e/ou grupos de pessoas (GUERRA, 2015).

Dessa forma, a observância ao movimento de afirmação de direitos humanos, impõe ao Estado a necessidade de realizar o devido processo de internalização dos tratados internacionais de direitos humanos para que os mesmos sejam válidos nos ordenamentos jurídicos nacionais. O parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição, prevê que “§ 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, 1988).

As leituras feitas do §2º do artigo 5º deram início a um grande debate sobre a incorporação dos tratados de direitos humanos no Brasil. Dessa forma, a matéria comporta atualmente várias interpretações tornando-se um assunto controverso. Pela interpretação de Valério de Oliveira Mazzuoli, tal previsão legal estabelece, por não excluírem outros provenientes dos tratados internacionais em que o Estado brasileiro seja parte, os direitos e garantias internacionais constantes nos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, se incluam no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição (MAZZUOLI, 2011).

No parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição, está prevista a cláusula de abertura material dos direitos fundamentais, que permite a inserção dos referidos direitos não tipificados e decorrentes do regime e dos princípios elencados pela Constituição ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, ampliando, assim, o rol de direitos fundamentais. “Essa ampliação garante que os direitos fundamentais [...] exerçam uma função democratizadora.” (GUERRA, 2015, p. 639).

Tal previsão legal reconhece, portanto, os direitos e garantias expressos na constituição e os decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos como materialmente constitucionais. Dessa forma, são considerados fontes do sistema

constitucional, assim como os direitos consagrados pela própria constituição. São materialmente constitucionais. Logo, vez que comparados com os direitos fundamentais, os direitos oriundos de tratados internacionais de direitos humanos possuem *status* de norma constitucional (PIOVESAN, 2016).

Conforme Mazzuoli, “[...] esta dualidade de fontes [...] significa que, em caso de conflito, deve o intérprete optar [...] pela fonte que proporciona a norma mais favorável à pessoa protegida (princípio internacional *pro homine*) [...]”, ou aplicar ambas as normas conjuntamente (MAZZUOLI, 2011, p. 30).

Conforme já referido, a jurisprudência ainda apresenta controvérsias quanto à matéria, deixando margens à insegurança jurídica. Na tentativa de pacificar o entendimento acerca do assunto é que foi editada a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004. O § 3º do artigo 5º da Constituição foi incluído pela referida Emenda, prevendo 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. (BRASIL, 1988). (Grifamos)

Esse dispositivo foi introduzido na Constituição na tentativa de pacificar o entendimento sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, atribuindo aos referidos tratados *status* de emenda constitucional, em caso de aprovação por quórum qualificado⁸ (BRASIL, 1988). Sobre a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, afirma Mazzuoli que:

A semelhança dos dispositivos está ligada ao fato de que, antes da entrada em vigor da Emenda 45/2004, os tratados internacionais de direitos humanos, anteriormente à sua ratificação pelo Presidente da República, eram exclusivamente aprovados (por meio de Decreto Legislativo) por maioria simples, nos termos do artigo 49, I, da Constituição, o que gerava inúmeras controvérsias jurisprudenciais [...] sobre a aparente hierarquia infraconstitucional (nível de normas ordinárias) desses instrumentos internacionais no nosso direito interno (MAZZUOLI, 2011. p. 33).

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004, apenas atribuiu aos tratados aprovados a partir do parágrafo 3º do artigo 5º *status* de emenda constitucional. Não

⁸ Para aprovação de emendas constitucionais, vide artigo 60, § 2º da Constituição Federal, que reza: Artigo 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

alterou ou esclareceu acerca do *status* materialmente constitucional já adquirido pelos tratados incorporados sem quórum qualificado. A partir dessa nova previsão, surgiram vários questionamentos que originaram algumas correntes na doutrina e na jurisprudência em relação ao *status* normativo dos tratados.

Portanto, a inserção do parágrafo 3º ao artigo 5º pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, não encerrou as celeumas interpretativas. Conforme afirma Piovesan,

Vale dizer, seria mais adequado que a redação do aludido §3º do artigo 5º endossasse a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados, afirmando – tal como fez o texto argentino – que os tratados internacionais de proteção de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro têm hierarquia constitucional. (PIOVESAN, 2016, p.73).

Entre as principais indagações estão os questionamentos sobre qual seria o *status* normativo dos tratados de direitos humanos incluídos pelo §2º do artigo 5º, a necessidade de observar as formalidades do §3º do artigo 5º (ou não) para que os referidos tratados tenham *status* de norma fundamental, entre outras perquirições (GUERRA, 2015). Ainda conforme Guerra:

A EC n. 45/2004, ensejou debate que resultou na afirmação de quatro correntes diferenciadas sobre a hierarquia dos tratados internalizados na ordem jurídica brasileira: a) a corrente que reconhece natureza supranacional dos tratados internacionais de direitos humanos; b) a corrente que reconhece natureza constitucional dos documentos internacionais de direitos humanos; c) a corrente que estabelece que os tratados de direitos humanos têm caráter supralegal; e d) a corrente que afirma que as convenções internacionais têm natureza de lei ordinária. (GUERRA, 2015, p. 649).

Para Mazzuoli, que defende a corrente que reconhece a natureza constitucional de todos os tratados internacionais de direitos humanos, a referida Emenda contribuiu apenas para atenuar a divergência jurisprudencial, uma vez que hierarquiza os tratados de direitos humanos. Para ele, o dispositivo induz à conclusão de que somente convenções aprovadas pela maioria qualificada teriam valor de norma constitucional, o que possibilita alguns tratados, se não aprovados por esse quórum, ter valor de norma infraconstitucional. Além disso, aponta a discussão acerca dos tratados ratificados antes da Emenda, se estes perderiam ou não o *status* constitucional, em razão do §2º do artigo 5º, se não aprovados por quórum qualificado (MAZZUOLI, 2011).

Segundo Piovesan, “[...] é errôneo o entendimento que, em razão do § 3º do artigo 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, isso porque não teriam obtido o quórum qualificado.” (PIOVESAN, 2010, p. 329). Entende a autora que o quórum qualificado apenas reforça a natureza constitucional já abarcada pelo o § 2º do artigo 5º.

A Emenda 45 de 2004 que deveria pacificar as divergências na doutrina e na jurisprudência, do contrário, atenuou as lacunas quanto ao tema, vez que deixa margem ao tratamento diferente para normas internacionais de mesmo fundamento de validade: “Assim, essa ‘desigualação de iguais’ que permite o § 3º ao estabelecer ditas ‘categorias de tratados’, é totalmente injurídica por violar o princípio (também constitucional) da isonomia.” (MAZZUOLI, 2011, p. 40).

No entendimento de Sidney Guerra:

[...] o §3º do artigo 5º da Constituição acabou por suscitar ainda mais incongruências. Com efeito, o artigo 5º, § 2º da Constituição de 1988, estabelece que 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, ou seja, consagra a denominada cláusula de abertura ou da não tipicidade dos direitos fundamentais. (GUERRA, 2015, p. 638).

Muito embora os tratados de direitos humanos aprovados conforme a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 tenham equivalência de emenda constitucional, salienta-se que, a relação entre ambos não é de igualdade. Nesse sentido é pertinente ressaltar que, apesar dos tratados serem aprovados pelo mesmo quórum para aprovação de emendas constitucionais, não fica dispensada a ratificação dos tratados pelo Presidente da República (MAZZUOLI, 2011).

Contrário a esse entendimento, para Dimoulis e Martins “[...] não há mais justificativa para edição de decreto do Presidente da República, já que as emendas são promulgadas sem a sua participação” (DIMOULIS; MARTINS, 2007). Entretanto, apesar da omissão do dispositivo, não há como um tratado internacional ter valor interno sem a ratificação pelo Presidente da República, haja vista o artigo 84, VIII da Constituição⁹ o qual afirma a competência exclusiva do Presidente celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeito ao referendo do Congresso Nacional. (BRASIL, 1988).

⁹ Artigo 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; [...]. (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, o parágrafo 3º do artigo 5º não criou uma nova espécie de emenda constitucional, mas sim permitiu ao Parlamento aprovar os tratados internacionais de direitos humanos com o mesmo quórum de emenda constitucional. Essa possibilidade de dupla interpretação provoca insegurança jurídica e os princípios das relações internacionais (MAZZUOLI, 2011). Ainda segundo o autor:

Essa alteração do texto constitucional, que pretendeu pôr termo ao debate quanto ao *status* dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro, é um exemplo claro da falta de compreensão e de interesse [...] do nosso legislador relativamente às conquistas já alcançadas pelo direito internacional dos direitos humanos nessa seara. (MAZZUOLI, 2011, p. 36).

Nesse contexto de contradições, é que se passa a verificar o efeito desse *status* constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Pertinente atentar para os efeitos em se atribuir aos tratados internacionais de direitos humanos equivalência de emenda constitucional:

- 1) passam a reformar a Constituição, o que não é possível tendo apenas *status* de norma constitucional;
- 2) não poderão ser denunciados, nem mesmo com o Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, podendo o Presidente da República ser responsabilizado em caso de descumprimento;
- 3) são paradigmas do controle concentrado de convencionalidade, podendo servir de fundamento para que os legitimados do artigo 103 da Constituição proponham no STF ações de controle abstrato (ADI, ADECON, ADPF, etc.) a fim de invalidar erga omnes as normas infraconstitucionais com eles incompatíveis. (MAZZUOLI, 2011, p. 53).

Portanto, observa-se os efeitos de equivalência de emenda constitucional segundo Mazzuoli: O primeiro efeito de atribuir a equivalência de emenda constitucional aos tratados de direitos humanos é que estes passam a reformar a Constituição, operando a reforma imediata do texto conflitante. Desta forma os tratados passam a integrar formalmente a constituição, além da integração material que já apresentavam em razão do § 2º do artigo 5º da Constituição, desde a ratificação e entrada em vigor (MAZZUOLI, 2011).

O segundo efeito significa que os tratados internacionais de direitos humanos não poderão ser denunciados nem mesmo com Projeto de Denúncia elaborada pelo Congresso. Considerando que equivalem a emendas constitucionais, a denúncia ofenderia o próprio texto constitucional como o exercício dos direitos do artigo 85, III,

da Constituição.¹⁰ Além disso, os tratados ratificados quando aprovados pelo quórum de três quintos dos votos dos membros de cada casa do Congresso, em dois turnos, são cláusulas pétreas, restando os referidos tratados impossíveis de denunciar, acarretando na responsabilidade do Presidente da República (MAZZUOLI, 2011). Nesse mesmo sentido, Piovesan afirma a configuração cláusulas pétreas, nos termos do artigo 60, parágrafo 4º ¹¹ da Constituição Federal (PIOVESAN, 2010).

O terceiro efeito em se atribuir aos tratados de direitos humanos equivalência de emenda constitucional é que estes passarão a ser paradigma de controle concentrado (ou controle de convencionalidade), podendo ser objeto de ações de controle abstrato a fim de invalidar as leis internas incompatíveis (MAZZUOLI, 2011).

Para Piovesan, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45 de 2004, conforme o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição possuem *status* constitucional. Afirma que independentemente de seu *quórum* de aprovação, serão normas materialmente constitucionais. Entretanto, para converterem-se em normas também formalmente constitucionais deverão seguir o procedimento do §3º do artigo 5º da Constituição (PIOVESAN, 2010).

Dessa forma, “[...] nunca entenderemos que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil integram formalmente a Constituição.” (WEIS, 1999, p28-29). O que se defende é que os tratados de direitos humanos tem *status* de norma constitucional por integrarem materialmente a ordem jurídica conforme a Constituição, o que é normal em quase todas democracias contemporâneas.

Por força do artigo 5º, § 2º da Constituição, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quórum de aprovação, são materialmente constitucionais, portanto, “o quórum qualificado apenas reforça essa natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a constitucionalização formal dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno.” (PIOVESAN, 2016, p. 73).

Uma vez aprovados os tratados pelo quórum do § 3º do artigo 5º da Constituição, estes integrarão formalmente a Constituição, além de serem

¹⁰ Artigo 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;

considerados com *status* de emenda constitucional, em razão do quórum qualificado que aprova os referidos tratados, produzindo os efeitos pertinentes no ordenamento jurídico interno.

Verificada a instabilidade jurídica trazida pelos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição de 1988, que hoje estabelece conflito entre tratados internacionais de direitos humanos e a lei interna, questiona-se como vem atuando o Estado brasileiro em relação a essas matérias. Para tanto, será estudado no capítulo seguinte, a posição do Supremo Tribunal Federal acerca do controle de convencionalidade dos tratados de direitos humanos.

3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Como visto no capítulo anterior, a partir da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que inseriu o parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição, atribuindo *status* de emenda constitucional para tratados de direitos humanos, aprovados por quórum qualificado por 3/5 de votos em cada casa, dividiu os entendimentos acerca do *status* normativo dos tratados internacionais. Conforme jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal, os tratados aprovados pelo parágrafo 2º, ou seja, sem o referido quórum, possuem *status* de supralegalidade, estando classificados acima da lei ordinária, mas abaixo da Constituição Federal.

Evidentemente, se verifica aqui que, a partir deste entendimento do STF, hoje no Brasil, os tratados de direitos humanos podem ser incorporados ao direito interno por duas vias, as quais possuem *status* normativos diferentes. Esse fato implica no questionamento do porquê haver diferenciação entre tratados que abordam a mesma matéria, ainda mais se tratando de direitos humanos, frutos da evolução dos Estados, constituições e do direito internacional no que tange à tutela da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial.

É esse o sentido do embate que será estudado no presente capítulo. Para tanto analisar-se-á, primeiramente, o desenvolvimento histórico entendimento do STF em relação ao *status* normativo dos tratados internacionais de direitos humanos. E, em um segundo momento, verificar-se-á o procedimento de controle de convencionalidade dos tratados de direitos humanos no direito brasileiro, a partir do posicionamento atual do STF.

3.1 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RELAÇÃO AO STATUS NORMATIVO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Na presente subseção, traça-se o desenvolvimento histórico do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do posicionamento dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. A análise projeta-se até o atual entendimento estabelecido pelo Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP, de dezembro de 2008, que reconheceu a inconstitucionalidade da prisão do depositário

infiel e o *status* supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados sem quórum qualificado.

Assim, verifica-se inicialmente que, desde 1977 o Supremo Tribunal Federal, acolheu o posicionamento de equiparação entre o tratado internacional e a lei federal. Com o julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004/SE, em 1977, o STF firmou o entendimento dessa paridade. Daí entendeu-se aplicável a teoria que afirma que norma posterior revoga a norma anterior com ela incompatível¹² (BRASIL, 1977 apud PIOVESAN, 2008).

Antes de 1977, o STF adotava o posicionamento da primazia do tratado internacional quando em conflito com norma infraconstitucional. Philadelpho Azevedo, Ministro do STF na época, publicou em 1945, um comentário em que demonstrava a convicção unânime da Suprema Corte, no que se refere à prevalência dos tratados internacionais sobre o direito interno infraconstitucional. Tal situação mudou após o julgamento do Recurso Extraordinário 80.004/SE, em 1977 (PHILADELPHO, 1945, apud KOEHLER, 2007). Dessa forma,

O clássico RE 80.004-SE (Rel. Min. Cunha Peixoto, julgado em 1º/06/1977), foi o *leading case* que veio modificar o ponto de vista anterior do STF. A partir de então, o Excelso Pretório tem adotado o sistema paritário ou monismo nacionalista moderado, segundo o qual, tratados e convenções internacionais têm *status* de lei ordinária. (BRASIL, 1977 apud KOEHLER, 2007, p. 150-152).

Francisco Rezek citado por Piovesan, afirma que o julgamento do Recurso Extraordinário 80.004/SE, por maioria, estabeleceu a tese de que, diante do conflito entre tratado e lei posterior, esta, por ser expressão última da vontade do legislador deve prevalecer, independente das consequências do descumprimento do tratado. Admite-se que, por ser inexistente na Constituição a garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis, é inevitável o dever de garantir a autoridade da mais recente das normas (REZEK, 1991 apud PIOVESAN, 2008).

O Caso tratava de conflito envolvendo a Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, que entrou em vigor com o Decreto nº 57.663 de 1966, e uma lei interna posterior, o Decreto-lei nº 427/69. Tratava-se da

¹² Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Decreto-Lei Nº 4.657/1942).

discussão da obrigatoriedade ou não de existência do aval na nota promissória. Por fim, prevaleceu, o Decreto-lei nº 427/69, oportunidade em que o STF se valeu da regra “lei posterior revoga a anterior” (KOEHLER, 2007).

O Supremo Tribunal Federal decidiu unanimemente que um tratado revogava as leis anteriores (Apelação Cível 9.587). [...] O acórdão na Apelação Cível n. 7.872 de 1943, com base no voto de Philadelpho de Azevedo, também afirma que a lei não revoga o tratado. Ainda neste sentido está a Lei n. 5.172 de 25/10/66 que estabelece: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhe sobrevenha”. (PIOVESAN, 2008, p. 12).

Entretanto, conforme Celso D. Albuquerque Mello, citado por Piovesan, a tendência no Brasil em 1977 apresenta um retrocesso nesta matéria. No Recurso Extraordinário n. 80.004, que decidido em 1977, o Supremo Tribunal Federal afirmou que uma lei revoga o tratado que é anterior. Todavia, esta decisão viola a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados que não admite o término de tratado por mudança de direito interno superveniente (MELLO, 1979 apud PIOVESAN, 2008).

Segundo Piovesan, o entendimento oriundo do julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004/SE demonstra a indiferença do STF diante das consequências do descumprimento do tratado no plano internacional, uma vez que autoriza o Estado a violar dispositivos da ordem internacional. Tal posição afronta diretamente o disposto pelo artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, que determina que o Estado-parte não pode, após a criação do tratado internacional, valer-se de disposições de direito interno, a fim de justificar o não cumprimento do tratado (PIOVESAN, 2008).

Entretanto, é importante destacar que naquele momento o Brasil ainda não estava vinculado ao conteúdo da Convenção de Viena do Direito dos Tratados. Isso porque o Brasil se obriga em relação a ela somente em 2009, quando promulga o Decreto 7.030 e ratifica o seu conteúdo. Dessa forma, em 1977, não vigia no Brasil a referida Convenção (CAMERA, 2016).

Posteriormente, pode-se citar o Habeas Corpus 72.131/RJ, julgado em 1995, onde o Supremo Tribunal decidiu que a prisão civil do depositário infiel era constitucional. O STF entendeu, naquela oportunidade que havia previsão na Constituição Federal além de sustentar a paridade hierárquica entre tratado e lei

federal, pelo voto de oito dos onze Ministros (PIOVESAN, 2008). Nesse sentido, afirma Pedro Ribeiro Aguston Feilke que a temática tinha uma interpretação do STF no sentido de que a Convenção Americana de Direitos Humanos não era aplicável à legislação brasileira. Isso porque a Convenção teria *status* de lei ordinária e não poderia contrariar a Constituição Federal, que permite a prisão civil por dívida no caso do depositário infiel (FEILKE, 2014).

No julgamento do Habeas Corpus nº 72.131/95-RJ, o STF ao entender como constitucional a prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária, feriu especialmente do artigo 7º, inciso 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ¹³ que proíbe a prisão civil por dívida, exceto no caso de alimentos (PIOVESAN, 2010). O Supremo Tribunal Federal, na referida decisão, afirmou que os tratados internacionais não podem,

[...] transgredir a normatividade emergente da Constituição, pois, além de não disporem de autoridade para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais, não possuem força para conter ou para delimitar a esfera de abrangência normativa dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental. (BRASIL, 1995).

Em suma, com o julgamento do Habeas Corpus nº 72.131/95-RJ, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que nem todo tratado novo revoga lei anterior que com ele conflite. O novo tratado deve estar apto a revogar a lei anterior, o que só acontece quando ambas as espécies normativas sejam gerais ou ambas sejam especiais (BRASIL, 1995 apud KOEHLER, 2007). Ocorre que, diferentemente desse posicionamento, defende Piovesan que,

Acredita-se, ao revés, que conferir hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, com a observância do princípio da prevalência da norma mais favorável, é interpretação que se situa em absoluta consonância com a ordem constitucional de 1988, bem como com sua racionalidade e principiologia. Trata-se de interpretação que está em harmonia com os valores prestigiados pelo sistema jurídico de 1988, em especial com o valor da dignidade humana — que é valor fundante do sistema constitucional. (PIOVESAN, 2008, p. 9)

Outro precedente em que o Pleno do STF confirmou a paridade normativa entre leis ordinárias e tratados internacionais é a ação direta de

¹³ Artigo 7. Direito à liberdade pessoal.

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

inconstitucionalidade nº 1.347-DF, julgada em 05.09.1995, relatada pelo Ministro Celso de Mello. Portanto, para o STF, após 1977 e antes da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, a posição é de que todos os tratados (de direitos humanos ou não) seriam recebidos como lei ordinária. (KOEHLER, 2007).

No mesmo sentido do Habeas Corpus nº 72.131/RJ foi o entendimento do Tribunal no julgamento do Habeas Corpus nº 73.044/SP, julgado em 1996, que reafirmou a interpretação do inciso 7º do artigo 7º, do Pacto de São José da Costa Rica que dispõe que ninguém deve ser detido por dívidas exceto em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar, deve ser interpretado a partir dos limites interpostos pela Constituição Federal (BRASIL, 1996 apud FEILKE, 2014).

O Recurso Extraordinário 206.482/SP e Habeas Corpus 76.561/SP, julgados em plenário no dia 27.5.1998, reiteraram que a interpretação de aplicabilidade do inciso 7º, do artigo 7º do Pacto de São José da Costa Rica representaria ofensa à supremacia da ordem constitucional brasileira sobre os tratados internacionais (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

Um ano depois, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 243.613/SP, julgado em 27.4.1999, o STF decidiu no mesmo sentido das decisões anteriores, consolidando o entendimento acerca da constitucionalidade da prisão do depositário infiel, a partir de uma interpretação constitucional. Portanto, não exerceu o devido controle de convencionalidade, uma vez que incompatíveis a norma interna e a Convenção Interamericana (BRASIL, 1999 apud PIOVESAN, 2008).

Em maio de 2000, pelo entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do Recurso em Habeas Corpus nº 79.785-RJ, no Supremo Tribunal Federal, que verificava o alcance da interpretação do princípio do duplo grau de jurisdição, previsto pela Convenção Americana de Direitos Humanos, destacou em seu voto que deve-se aceitar a atribuição de força supralegal às convenções de direitos humanos, sempre que estas, sem ferir a Constituição, a complementam, ampliando os direitos e garantias nela constantes. Esse entendimento consagrou a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, dos tratados internacionais de direitos humanos, diferentemente da tese majoritária do STF a respeito da paridade entre tratados internacionais e leis federais (PERTENCE, 2000 apud PIOVESAN, 2008).

Em 2002, no julgamento do Habeas Corpus nº 81.319/GO que também tratava da prisão civil do depositário infiel, o Supremo Tribunal Federal demonstrou a necessidade de uma maior hierarquia normativa dos tratados sobre direitos

humanos, ao referir que os tratados e convenções internacionais não podem contrariar a normativa da Constituição da República. Destacou, ainda, à semelhança das Constituições da Argentina, do Paraguai, do Peru, etc., que seja estabelecida uma hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos celebrados pelo Estado brasileiro (BRASIL, 2002 apud FEILKE, 2014).

Como visto, o Supremo Tribunal Brasileiro de certa forma apresenta resistência à aplicabilidade dos tratados internacionais de direitos humanos e de acompanhamento da jurisprudência internacional, fato que o fez rediscutir a questão constantemente, sob um mesmo paradigma constitucional. Diante da consciência demonstrada pelos votos dos julgadores em algumas das decisões estudadas, é possível perceber que os tratados de direitos humanos ganharam apoio frente à jurisprudência que reiterava a prevalência da Constituição sobre estes.

A partir daqui, diante da necessidade de pacificar o entendimento sobre o *status* dos tratados de direitos humanos, foi editada a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 que inseriu o parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal.

Conforme já referido no capítulo anterior, tal disposição que tinha a finalidade de pacificar o entendimento da jurisprudência e da doutrina acabou por aquecer o debate acerca do *status* normativo dos tratados internacionais de direitos humanos. A referida emenda conferiu *status* constitucional aos tratados aprovados pelo rito especial, e por não haver previsão quanto aos tratados já internalizados, entendeu o STF que o § 2º do artigo 5º não confere *status* constitucional aos tratados por meio dele inseridos ao ordenamento.

Após a edição da referida emenda, com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP na data de 3 de dezembro de 2008, trouxe um novo entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do *status* normativo dos tratados internacionais de direitos humanos, que foi consolidado. Tal fato apresentou certo progresso em relação ao posicionamento anterior, mas provocou descompasso com a jurisprudência internacional bem como a doutrina majoritária, conforme se verificou no capítulo anterior e se aprofundará na subseção seguinte.

Nesse sentido o voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP

Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no

Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais. Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico (BRASIL, 2008).

Apesar dos argumentos acerca da tendência do constitucionalismo mundial e do direito internacional público, além do reconhecimento de que o posicionamento do Tribunal deveria ser revisado, conforme bem se depreende do julgado o Recurso Extraordinário supra citado. Ainda assim, por decisão não unânime (5 votos a 4, pois dois ministros não participaram do julgamento) venceu a tese do ministro Gilmar Mendes que sustentava o valor supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos. Extrai-se da decisão, que para o Supremo Tribunal Federal:

[...] 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. (BRASIL, 2008).

Afirma Piovesan que a decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 466.343 rompe com a jurisprudência anterior do Supremo Tribunal Federal, que desde 1977 tratava com paridade os tratados internacionais e as leis ordinárias, desconsiderando assim a força normativa dos tratados internacionais (PIOVESAN, 2016). Ainda segundo a autora, destaca-se que a jurisprudência do STF no que tange à hierarquizados tratados de direitos humanos tem se mostrado oscilante, apontando quatro precedentes jurisprudenciais relevantes:

[...] a) ao entendimento jurisprudencial até 1977, que consagrava o primado do Direito Internacional; b) à decisão do Recurso Extraordinário nº 80.004 em 1977, que equiparou juridicamente tratado e lei federal; c) à decisão do Habeas Corpus nº 72.131 em 1995, que manteve à luz da Constituição de 1988, a teoria da paridade hierárquica entre tratado e lei federal; e, finalmente, d) à decisão do Recurso Extraordinário nº 466.343, em 2008, que conferiu aos tratados de direitos humanos uma hierarquia especial e privilegiada, com realce às teses da supralegalidade e da constitucionalidade desses tratados, sendo a primeira majoritária. (PIOVESAN, 2016, p. 78).

Portanto, o entendimento anterior do STF evidenciou violação à disposição da Convenção Americana de Direitos humanos em não aplicar o direito do tratado, bem como por prevalecer reiteradamente a normativa interna em relação à internacional. A atual jurisprudência do Supremo avança, mas ainda incorre em desarmonia com a jurisprudência internacional quanto ao exercício do controle de convencionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos.

Conforme o Ministro Celso de Mello citado por Piovesan, o Poder Judiciário é instrumento concretizador dos direitos fundamentais assegurados pelos tratados e convenções internacionais. Tal missão, que foi confiada aos Juízes e Tribunais, evidencia a função política do Poder Judiciário. Portanto, é dever dos órgãos desse Poder promover a efetivação dos direitos humanos garantidos pelas Constituições, bem como pelos assegurados nas declarações internacionais, a fim de permitir um constitucionalismo democrático aberto ao processo de internacionalização dos direitos básicos da pessoa (MELLO, 2006 apud PIOVESAN, 2008).

Nesse sentido afirma Koehler, que após a aprovação do tratado pelo Congresso Nacional e a sua ratificação pelo Presidente da República, devem os três Poderes cumprir a parte que lhes cabe no processo, quais sejam:

[...] ao Legislativo cabe aprovar as leis necessárias à concretização do tratado, abstendo-se de votar as que lhe sejam contrárias; ao Executivo fica a tarefa de bem e fielmente regulamentar os tratados e cumpri-los no que lhe competir; ao Judiciário, por sua vez, incumbe o papel de aplicar os tratados internamente, bem como as leis e os regulamentos que lhe dão concretude, afastando-se da aplicação de leis nacionais que lhes sejam contrários (KOEHLER, 2007, p. 155-156).

Por isso, critica Mazzuoli o novo entendimento do STF em que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil encontram-se hoje em um nível intermediário: estão abaixo da Constituição e acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser revogados por lei posterior, uma vez que não estão em paridade normativa com as demais leis nacionais (MAZZUOLI, 2001).

Cabe ao Supremo Tribunal Federal o desafio de reafirmar seu dever de guardião da Constituição,

[...] rompendo em definitivo com a jurisprudência anterior acerca da legalidade ordinária dos tratados de direitos humanos e, [...] avançar na defesa da força normativa constitucional destes tratados, conferindo máxima efetividade à dimensão material mais preciosa da Constituição - os direitos fundamentais. (PIOVESAN, 2008, p. 16).

Verificado o desenvolvimento histórico das decisões que por fim, acarretaram na atual posição do STF, a partir do Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP passa-se a analisar o atual do entendimento do Tribunal acerca do tema, a partir do estudo do conceito de controle de convencionalidade, e da doutrina conforme esclarece a subseção seguinte.

3.2 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: ANÁLISE DO ATUAL POSICIONAMENTO DO STF

Inicialmente, para que seja analisado o controle de convencionalidade dos tratados de direitos humanos no Brasil, é pertinente atentar ao conceito de controle de convencionalidade, inaugurado no direito brasileiro por Valério Mazzuoli, apesar de já existente e consolidado na esfera do direito público internacional. Para o autor, “[...] a expressão reflete um neologismo talvez pouco elegante, mas é a melhor já encontrada até o momento para designar a conformidade de uma norma interna com um tratado internacional de direitos humanos.” (MAZZUOLI, 2011, p. 73).

Portanto, o controle de convencionalidade é a verificação da compatibilidade da normativa interna, de modo geral, com os tratados internacionais. Pode-se citar como exemplo os artigos 1º e 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou Pacto de San José de Costa Rica, que dispõe que os Estados signatários devem cumprir alguns deveres para então aderir ao Tratado. O artigo primeiro estabelece dois deveres: respeitar os direitos da Convenção sem discriminação. Já o artigo 2º obriga-os a adotar medidas legislativas necessárias para tornar a previsão dos tratados em garantia do Estado-parte (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

Ainda conforme Néstor Pedro Sagüés, o controle de convencionalidade figura como uma ferramenta altamente eficaz para respeitar, garantir e efetivar os direitos do Pacto, sendo, portanto, ao mesmo tempo, um instrumento para construir um *ius commune* (direito comum) interamericano, em termos de direitos pessoais e de direito constitucional (SAGÜÉS, 2010). Mazzuoli explica que:

[...] no Continente Americano, a obrigação de controlar a convencionalidade das leis remonta à entrada em vigor da Convenção Americana (em 18 de julho de 1978, nos termos do seu art. 74,2). Ocorre que mais de vinte anos

depois é que foi o termo “controle de convencionalidade” efetivamente aparecer, especialmente nas sentenças da Corte Interamericana. Esta (desde 2006) tem entendido devam os juízes e tribunais internos proceder o exame da compatibilidade das leis com a Convenção Americana [...]. (MAZZUOLI, 2011, p. 85).

O conceito de controle de convencionalidade deve, portanto, permear as práticas dos Tribunais. O controle de convencionalidade pode ser realizado de forma difusa/concreta ou concentrada/abstrata. Faz-se referência ao controle de constitucionalidade, utilizado para estabelecer respeito e a consequente compatibilidade da produção da norma doméstica com o texto constitucional. Como visto, o mesmo ocorre com os tratados internacionais de direitos humanos. A diferença está no objeto a ser tutelado pelo mecanismo: no caso do controle de constitucionalidade, a Constituição Federal; no controle de convencionalidade, os tratados internacionais (MAZZUOLI, 2011).

Primeiramente, o controle difuso de convencionalidade é aquele exercido por todos os juízes e tribunais. Cabe qualquer juiz ou tribunal diante de um caso concreto, desde um juiz singular (estadual ou federal) até os tribunais estaduais (Tribunais de Justiça dos Estados) ou regionais, ou mesmo tribunais superiores (STJ, TST, TSE, STF, etc.), todos podem controlar a convencionalidade ou suprallegalidade das leis pela via incidente, podendo ser realizada por qualquer cidadão sempre que se fizer parte em um caso concreto (MAZZUOLI, 2011).

Ainda, o controle de convencionalidade concentrado é aquele realizado perante o STF, tendo o mesmo significado do controle de constitucionalidade concentrado (pois os tratados com aprovação qualificada equivalem a uma emenda constitucional). Destaca-se que o controle de convencionalidade concentrado só é cabível quando observado o § 3º do artigo 5º da Constituição. Vale frisar que o controle de convencionalidade concentrado possibilita a utilização das ações constitucionais como: a ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de constitucionalidade, ou até mesmo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, podendo ser interposta por um dos legitimados do artigo 103¹⁴ da Constituição (MAZZUOLI, 2011).

¹⁴ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa;

Mazzuoli ainda afirma que o controle difuso existe desde a promulgação da Constituição e desde a entrada em vigor dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Já o controle concentrado nasceu em 8 de dezembro de 2004 com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45 (MAZZUOLI, 2011).

Para que se dê início à análise da atual tese do STF acerca do controle de convencionalidade, destaca-se que, como visto no capítulo anterior, conforme o entendimento majoritário da doutrina, defende-se que os tratados de direitos humanos em vigor no país tem índole e nível de normas constitucionais. Além de aplicação imediata, não podem ser revogados por lei ordinária posterior, tendo, portanto, *status* constitucional, em razão do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição (MAZZUOLI, 2011). André de Carvalho Ramos confirma que em razão dessa previsão constitucional, os direitos dos tratados internacionais de direitos humanos passam a integrar o bloco de constitucionalidade¹⁵:

A partir do estatuto constitucional dos tratados internacionais de Direitos Humanos para os tratados aprovados pelo rito especial, temos um “bloco de constitucionalidade” composto pelas normas da Constituição e ainda as normas dos tratados internacionais de Direitos Humanos. Por sua vez, os tratados de Direitos Humanos aprovados antes da Emenda n. 45 seriam dotados do atributo da suprallegalidade. (RAMOS, 2009, p. 259).

Mazzuoli explica que, conforme disposto no §2º do artigo 5º da Constituição, já que a Constituição não exclui os direitos humanos oriundos dos tratados internacionais, o texto constitucional os inclui no seu catálogo de direitos protegidos ampliando, portanto, seu “bloco de constitucionalidade” além de atribuir hierarquia constitucional (MAZZUOLI, 2011).

Com o § 3º do artigo 5º da Constituição, inserido pela Emenda Constitucional 45/2004, os tratados de direitos humanos aprovados pela maioria qualificada, passam a equivaler a emendas constitucionais. Entretanto, o legislador não dispõe acerca dos tratados de direitos humanos assumidos antes da referida emenda, fato que deu margem ao polêmico entendimento do STF sobre o tema, que se iniciou

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

¹⁵ Normativas que servem de parâmetro de realização do controle de constitucionalidade.

com o julgamento do Recurso Especial nº 466.343/SP, julgado pelo Pleno do STF em 03.12.2008.

O STF tinha o entendimento de que a Convenção Americana de Direitos Humanos não se aplicava à legislação brasileira, pois a Convenção teria *status* de lei ordinária, razão pela qual não poderia contrariar a Constituição, que permitia a prisão civil no caso de dívida do depositário infiel. Entretanto, esse entendimento foi reformado para melhor se adequar à ordem constitucional. O Recurso Extraordinário nº 466.343/SP estabeleceu que os tratados internacionais de direitos humanos tem *status* supralegal, portanto, superior às leis ordinárias e inferior à Constituição (FEILKE, 2014).

Sobre a origem da jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal e o *status* normativo dos tratados de direitos humanos afirma Luiz Flávio Gomes:

No dia 3 de dezembro de 2008 foi proclamada, pelo Pleno do STF (HC 87.585/TO e RE 466.343/SP), umas das decisões mais históricas de toda sua jurisprudência. Finalmente nossa Corte Suprema reconheceu que os tratados de direitos humanos valem mais do que a lei ordinária. Duas correntes estavam em pauta: a do Min. Gilmar Mendes, que sustentava o valor supralegal desses tratados, e a do Min. Celso de Mello, que lhes conferia valor constitucional. Por cinco votos a quatro [...] foi vencedora (por ora) a primeira tese. (GOMES, 2011 apud MAZZUOLI, 2011, p. 14).

A conferência de *status* supralegal aos tratados de direitos humanos implicou na problemática de que, para que estes fossem equiparados à norma constitucional, deveriam passar pelo quórum de aprovação do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição. Sobre a tese da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, o que se pode verificar é que,

[...] emana de um consolidado entendimento doutrinário (Antonio Cançado Trindade, Flávia Piovesan, Valério Mazzuoli, Ada Pellegrini Grinover, L. F. Gomes etc.), que já conta com várias décadas de existência no nosso país. Em consonância com essa linha de pensamento há, inclusive, algumas decisões do STF (RE 80.004, HC 72.131 e 82.424, rel. Min. Carlos Velloso), mas é certo que essa tese nunca foi (antes de 2006) majoritária na nossa Suprema Corte de Justiça. Ganhou reforço com a posição do Min. Celso de Mello (HC 87.585-TO), mas acabou sendo minoritária (no julgamento histórico do dia 03.12.08). (GOMES, 2009, p.3).

Confirma André de Carvalho Ramos que os votos foram parcialmente vencidos, no tocante ao *status* normativo dos tratados de Direitos Humanos, os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie, sustentaram a

hierarquia constitucional dos tratados sobre Direitos Humanos, aprovados ou não pelo rito especial do art. 5º, § 3º. Para Celso de Mello, trata-se de adaptar a CF/88, pela via interpretativa, ao novo contexto social de aceitação da internacionalização dos Direitos Humanos (RAMOS, 2009).

A atual posição prevalecente no STF foi capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes, que sustentou que os tratados internacionais de direitos humanos, quando não aprovados pelo Congresso Nacional pelo rito do artigo 5º, § 3º da CF/88, serão supralegais. Quanto aos tratados aprovados pelo rito especial do referido artigo, a corrente agora majoritária admite o *status* constitucional (RAMOS, 2009).

Entende Piovesan que conferir hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, é a interpretação que melhor se coaduna com a ordem constitucional de 1988, bem como com o valor da dignidade da pessoa humana, que é valor intrínseco ao sistema constitucional. Por esse motivo, entende que a paridade de tratados internacionais com legislação federal não se aplica aos tratados de direitos humanos, pois estes são de matéria constitucional (PIOVESAN, 2010).

Mazzuoli explica que no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1/SP e no Habeas Corpus 87.585-TO, o Ministro Celso de Mello aceitou a tese do nível constitucional dos tratados de direitos humanos, mas não teve o apoio da maioria dos ministros, motivo pelo qual foi vencedora a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, defendida pelo Ministro Gilmar Mendes. Mas, de toda a forma, não há como negar que esta nova posição do STF, no que se refere aos tratados internacionais de direitos humanos, já representa um grande avanço em relação à jurisprudência anterior (BRASIL, 2008 apud MAZZUOLI, 2011). Nas palavras de Ramos:

Assim, cabe ao Supremo Tribunal Federal fazer valer este entendimento da maioria visto no RE 466.343 e exercitar o controle de convencionalidade inclusive das normas constitucionais anteriores contrárias aos comandos dos tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil pelo rito especial. Assim, fica aberto o caminho para o controle de convencionalidade das normas do Poder Constituinte Originário, que defendo desde 1999. (RAMOS, 2009, p. 259).

Segundo Piovesan, com o advento do § 3º do artigo 5º da Constituição, surgem duas categorias de tratados de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Destaca-se aqui que,

conforme a autora, todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força de § 2º do artigo 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal (PIOVESAN, 2010).

Essa diferença importa, especialmente, no que se refere à denúncia, que é o ato pelo qual um Estado se retira de um tratado. Enquanto os tratados materialmente constitucionais podem ser suscetíveis de denúncia, os tratados material e formalmente constitucionais não podem ser denunciados (PIOVESAN, 2010). Ainda, essa diferenciação de regimes jurídicos atribuída pelo procedimento de internalização dos tratados, implicou principalmente na diferenciação dos instrumentos utilizados para a verificação da compatibilidade na norma interna com a dos tratados (controle difuso e concentrado de convencionalidade).

Conforme Deisy Ventura acerca da jurisprudência atual do STF, é possível notar, que a posição adotada pelo Supremo Tribunal utiliza com imperícia o Direito Internacional, fato que leva a doutrinadora a afirmar que a postura do referido Tribunal é marcada por um “provincianismo jurídico”¹⁶, visto que desconsidera os grandes avanços da doutrina e jurisprudência internacionais (VENTURA, 2010). Ocorre que, como visto, tal posicionamento do STF não atribui aos tratados não aprovados pelo quórum do §3º do artigo 5º da Constituição, *status* constitucional, logo, os demais tratados de direitos humanos seriam infraconstitucionais.

Daí pode-se perceber que o §3º do artigo 5º da Constituição, seria mais condizente com a realidade das demais Constituições latino-americanas, bem como outras constituições pelo mundo, se determinasse de maneira expressa que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil possuem hierarquia constitucional, aplicação imediata e, ainda, prevalência sobre as normas constitucionais, caso suas disposições sejam mais benéficas aos direitos humanos (MAZZUOLI, 2011).

Na doutrina, a tese mais adotada hoje é o entendimento de que, independentemente do rito do § 3º do artigo 5º da Constituição, inserido pela Emenda Constitucional nº 45, os tratados internacionais de direitos humanos possuem *status* constitucional, em razão do §2º do mesmo artigo. Como visto no

¹⁶Expressão cunhada por Deisy Ventura a fim de nominar a postura dos tribunais em prevalecer a norma de direito interno, em relação ao Direito Internacional Público.

capítulo anterior, Mazzuoli adota este posicionamento, bem como Piovesan, que afirma que as garantias fundamentais não excluem as garantias dos tratados. Do contrário: somam-se a elas.

Segundo o voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1, explica André de Carvalho Ramos que:

Agora, após a edição da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, ocorreu, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, a “necessidade da contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis da Constituição aos câmbios observados numa sociedade que, como a atual, está marcada pela complexidade e pelo pluralismo”. Assim, toda a interpretação das leis no Brasil devem obediência aos comandos da Convenção, em especial de acordo com a interpretação do seu órgão maior de fiscalização, a Corte de San José, impedindo a responsabilização internacional do Brasil. (MENDES, 2008 apud RAMOS, 2009, p. 260).

Apesar da necessidade de estabelecer os tratados de direitos humanos a um tom acima, a hierarquia de valores deve corresponder a uma hierarquia de normas (MELLO, 1999 apud PIOVESAN, 2016). Dessa forma, “[...] não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu quórum de aprovação”. (PIOVESAN, 2016, p. 74).

Conforme o Ministro Carlos Velloso¹⁷ citado por Piovesan, que defende a hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos, afirma que aceitar a outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação às suas normas, até contra lei ordinária se necessário, sempre que sem ferir a constituição (VELLOSO, 2003 apud PIOVESAN, 2010).

Sustenta-se que a hierarquia constitucional é extraída da interpretação do artigo 5º, § 2º da Constituição. Portanto, o entendimento é de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, tem hierarquia constitucional, sendo norma material e formalmente constitucional. Logo, a interpretação mais consoante com a realidade constitucional é a que confere ao §3º do artigo 5º o efeito de permitir a constitucionalização formal dos tratados de proteção de direitos humanos ratificados pelo Brasil (PIOVESAN, 2010).

¹⁷ Posição do autor em seu voto no Habeas Corpus nº 82.424-RS julgado em 17/09/2003.

Atualmente, aparece como destaque na valorização do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Brasil, a aprovação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, juntamente com o seu Protocolo Facultativo, ambos de 2006, que foram os primeiros e, até então, os únicos instrumentos normativos internacionais recepcionados através do § 3º do artigo 5º da Constituição. Logo, ambos têm equivalência à emenda constitucional. Dessa forma, o Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados pelo Brasil em Nova York, em 30 de março de 2007 (BRASIL, 2008).

Além dos Tribunais, originalmente a função de controle de convencionalidade tem sido atribuída às Cortes Regionais de Direitos Humanos, já verificadas no capítulo segundo desse trabalho monográfico. Essas Cortes são responsáveis pelo julgamento das violações às Convenções Regionais de Direitos Humanos oriundas das incompatibilidades oferecidas pelo direito interno dos Estados. Nesse sentido, o controle de convencionalidade das leis nas Américas remonta à entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos (MAZZUOLI, 2011).

Assim, é fundamental, para se falar em controle de convencionalidade no Brasil, analisar-se, ainda que apenas um caso, de forma exemplificativa, a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH). Em julgamento contra o Estado brasileiro, evidenciada pelo caso acerca da Lei de Anistia, o conhecido Caso Gomes Lund *versus* Brasil (“Guerrilha do Araguaia”).

A Corte Interamericana, seguindo a jurisprudência pacificada em relação ao tema, em sentença de 24 de novembro de 2010, “[...] decidiu que os crimes contra a humanidade (mortes, torturas, desaparecimentos etc.) cometidos pelo Estado durante a ditadura militar brasileira devem ser devidamente investigados, processados e punidos”. (MAZZUOLI, 2011, p. 160).

Ocorre que, antes da referida decisão, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), por meio da Ação de arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153/2008, julgada em 29 de abril de 2010, havia pleiteado uma interpretação da Lei de Anistia brasileira (Lei 6.683/79) conforme a Constituição, perante o STF (VENTURA, 2010), que indeferiu o pedido por 7 votos contra 2. A Corte Interamericana, na sentença do Caso Gomes Lund acusou o Estado brasileiro de não ter controlado a convencionalidade da Lei de Anistia em

relação à Convenção Americana (que conforme o STF tem valor supralegal). Destacou a Corte Interamericana que as autoridades brasileiras não cumpriram com o dever de decidir conforme as considerações da Convenção (MAZZUOLI, 2011).

A Corte enfatiza que o Estado que ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, bem como seus juízes, como parte da máquina estatal, são submetidos a ela. Esse fato os obriga a todos a zelar para que os efeitos das previsões da Convenção não sejam mitigados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto. Frisa ainda, o dever do Poder Judiciário em exercer controle de convencionalidade entre as normas internas aplicadas aos casos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, razão pela qual deve interpretar as leis conforme a Corte, que é intérprete da Convenção Americana (PIOVESAN, 2016). Na decisão a CortelDH ressaltou:

A jurisprudência brasileira firme, inclusive placitada por decisão recente do mais alto órgão do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, esbarrou em jurisprudência tranquila desta Corte ao deixar de observar o *jus cogens*, ou seja, normas peremptórias, obrigatórias aos Estados contidas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (também conhecida como “Pacto de São José da Costa Rica”, doravante indicada também somente como “Convenção”). Em apertada síntese, é por esta razão que o País está sendo condenado nesta sentença, pelas violações à Convenção, a saber: a) desaparecimento forçado e os direitos violados das 62 pessoas³ desaparecidas [...]; b) aplicação da Lei de Anistia como empecilho à investigação, julgamento e punição dos crimes [...]; c) ineficácia das ações judiciais não penais [...]; d) falta de acesso à informação sobre o ocorrido com as vítimas desaparecidas e executada [...]; e) falta de acesso à justiça, à verdade e à informação [...]. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2010).

Apesar da condenação, o que se verifica é que o Estado Brasileiro simplesmente não demonstrou preocupação em cumprir (e não cumpriu) integralmente a sentença da Corte Interamericana no Caso Gomes Lund e outros versus Brasil, logo, em razão disso, o Brasil se porta como um grave violador da ordem jurídica internacional. Tal fato é demonstrado pelo protocolo da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 320,¹⁸ ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) no dia 15 de maio de 2014 (BRASIL, 2014).

¹⁸ Pode-se realizar consulta ao processo da ADPF 320 diretamente na página online do STF, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=320&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>

Na petição inicial o partido expôs que muito embora tenha se passado três anos e meio, a sentença ainda não foi cumprida, apesar de ser um dever expresso na Convenção Americana de Direitos Humanos. Argumentou ainda que “o Supremo deixou passar em branco o caráter permanente de alguns dos crimes cometidos pelos agentes públicos contra opositores políticos ao regime militar, notadamente a ocultação de cadáver”. Citou o Habeas Corpus 76.678, em que a Segunda Turma do STF decidiu que a ocultação de cadáver é crime permanente, “que subsiste até o instante em que o cadáver é descoberto”, sendo “irrelevante o tempo em que o cadáver esteve escondido”. (BRASIL, 2014).

Ainda segundo a ADPF 320, foi alegado que o Poder Executivo federal ocupou-se apenas da busca dos restos mortais dos guerrilheiros do Araguaia. “Até agora, porém, ignora-se oficialmente o número de mortos e desaparecidos naquele conflito, e os arquivos militares continuam fechados”, afirma, ressaltando que o descumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em seus pedidos, O PSOL requereu que o STF determine a todos os órgãos do Estado Brasileiro o cumprimento da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (BRASIL, 2014).

Salienta-se que a referida ADPF ainda está tramitando do Supremo Tribunal Federal, do qual se espera um julgamento condizente ao movimento de afirmação de direitos humanos bem como compatibilidade com a ordem jurídica internacional. Visto isso, é nítido o descompasso do entendimento do STF com a normativa da Corte Interamericana, bem como a jurisprudência internacional e todo movimento de afirmação de direitos humanos. Sobre essa posição do Supremo, esclarece Ventura que:

A tendência à omissão no julgamento de autores de crimes contra a humanidade contradiz, todavia, tanto a nova ordem constitucional brasileira, humanista e democrática, quanto o teor das obrigações internacionais paulatinamente assumidas pelo Brasil, graças às numerosas convenções relativas aos Direitos Humanos, firmadas e incorporadas à ordem jurídica pátria. Assim, o processo definição da posição do Estado brasileiro sobre o eventual “julgamento dos torturadores” refletiu uma profunda fissura uterina: confrontaram-se, em dois grandes blocos, as principais pastas do Poder Executivo. (VENTURA, 2010, p. 4).

Ainda, segundo Ventura, o que se verificou com o indeferimento da ADPF 153, contribuiu para um aprofundamento na, já verificada, parca compreensão (ou

desprezo) pelo Direito Internacional Público, que ainda caracterizam a cultura jurídica brasileira, no entendimento do STF (VENTURA, 2010). A partir do Caso Gomes Lund é que se evidencia o descaso do Estado brasileiro, em relação aos ditames da Convenção Americana, bem como ao movimento de afirmação de direitos humanos.

Por fim, ainda no entendimento da autora, pode-se concordar com que afirma acerca da jurisprudência do STF sobre os tratados de direitos humanos:

Logo, de modo geral, o STF aplica pouco e mal o Direito Internacional; ignora o grande debate contemporâneo sobre a internacionalização do direito e o transconstitucionalismo; raramente ultrapassa os manuais mais batidos, não raro desatualizados, da doutrina internacionalista; praticamente despreza a jurisprudência internacional; e vale-se escassamente do direito comparado, quase sempre incorrendo, quando o faz, em grandes incompreensões dos sistemas jurídicos alheios. (VENTURA, 2010, p. 10).

Diante de todo movimento de afirmação de direitos humanos no âmbito do direito internacional e constitucional que foi analisado no presente trabalho, encontra-se aqui, um certo “descompasso” no entendimento atual do Supremo Tribunal Federal em relação aos tratados de direitos humanos. Justifica-se porque, de certa forma, não acompanha as diretrizes do direito internacional público ao proferir decisões de prevalência do direito interno, ignorando toda a perspectiva dos direitos humanos na esfera internacional como visto até aqui.

CONCLUSÃO

Tratando-se de direitos básicos, intrínsecos à condição de ser humano, os tratados internacionais de direitos humanos representam a garantia do mínimo existencial, independentemente do Estado em que o indivíduo se encontre. Com a finalidade de reconhecimento nas ordens internas estatais, todo este aparato normativo de Direito Público Internacional em tutelar direitos, é ineficaz se aplicado de maneira errônea, ou em descompasso com os termos ratificados.

Para se falar em efetividade na tutela de direitos fundamentais nos territórios dos Estados, inclusive aqueles previstos em tratados e convenções internacionais de direitos humanos, é fundamental falar-se em controle de convencionalidade, que, como visto, prima pela compatibilidade da normativa interna com os tratados internacionais.

Da análise do movimento de afirmação de Direitos Humanos diante da evolução dos modelos de Estado de Direito, bem como dos sistemas regionais de proteção verificou-se o peso do movimento em relação às constituições dos Estados, principalmente no desenvolvimento dos modelos estatais, visto que passaram a abranger cada vez mais a tutela de direitos fundamentais. A partir da internacionalização de direitos, a preocupação acerca destes ultrapassou os limites dos Estados e de seus textos constitucionais, evidenciando uma pressão da comunidade internacional para garantir direitos aos indivíduos e aos grupos, tendo como consequência um movimento de afirmação nos territórios estatais.

No Brasil, a partir do estudo dos direitos humanos no paradigma da Constituição Federal de 1988, especialmente a partir da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, constatou-se que, como um Estado Democrático de Direito, houve uma grande evolução no que concerne às condições para o estabelecimento de um modelo estatal cooperativo. A Constituição Federal ao estabelecer princípios fundamentais (artigo 1º ao 4º) tutelou uma gama de direitos oriundos do movimento de afirmação dos direitos humanos, tendo inclusive previsto mecanismos pertinentes para a proteção destes direitos, além da cooperação internacional (característica de Estado Constitucional Cooperativo).

Dessa forma, os Estados constitucionais contemporâneos, com marcas do modelo cooperativo, têm ações que convergem para a realização de direitos humanos dentro e fora das fronteiras estatais. Entretanto, no Brasil, que tange à recepção de tratados internacionais de direitos humanos, as divergências entre a doutrina e a jurisprudência, geram insegurança jurídica à tutela de direitos humanos e limitam a sua esfera de concretização.

Essas divergências foram asseveradas com a criação da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que privilegiou os tratados internacionais de direitos humanos introduzidos pela previsão do parágrafo 3º do artigo 5º conferindo-lhes forma constitucional, ou seja, *status* de emenda constitucional. Tal fato deixou margens à atual interpretação do STF para discutir o *status* normativo dos tratados de direitos humanos não aprovados pelo quórum previsto no referido dispositivo.

Investigado o entendimento do STF acerca do controle de convencionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, a partir da análise do desenvolvimento de sua jurisprudência, é possível afirmar que, em razão dessa hierarquização dos referidos tratados, há um polêmico desacordo entre a jurisprudência do STF e o movimento de afirmação de direitos humanos. Afinal, o fato de o Supremo Tribunal brasileiro não conferir *status* constitucional aos demais tratados não aprovados pelo quórum qualificado do artigo 5º, § 3º da Constituição, gera duas categorias de tratados de mesma matéria: constitucional (com *prerrogativa* de cláusula pétrea) e supralegal. Mas, em se tratando dos mesmos direitos, não há razão para a diferenciação do *status* normativo de seus respectivos tratados.

A partir das principais discussões presentes no desenvolvimento dos capítulos e do questionamento trazido como problema, que perquiriu se as interpretações do STF nos procedimentos de controle de convencionalidade têm se mostrado adequadas ao movimento de afirmação dos direitos humanos no Estado constitucional brasileiro, verificou-se a confirmação da hipótese. A presunção trabalhada afirmava que os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal acerca do controle de convencionalidade indicam que, apesar das condições constitucionais para a afirmação de modelo estatal cooperativo, há inadequações em relação ao movimento de afirmação dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, de acordo como a proposta constitucional de 1988.

Portanto, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal em sua atual jurisprudência, no que se refere ao procedimento de controle de convencionalidade têm se mostrado pouco adequando, ao movimento de afirmação dos direitos humanos e dos desígnios do Estado constitucional (cooperativo) brasileiro. Entretanto, verificou-se que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito e apresenta todas as características e mecanismos de um Estado Constitucional Cooperativo. Nesse sentido, estabelece fundamentos e princípios em conformidade com o movimento de afirmação de direitos humanos, bem como a intenção de formação de uma comunidade latino-americana de nações (previsão do Parágrafo Único do artigo 4^a da Constituição). Dessa forma, o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, assentado pelo julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP que tratou do depositário infiel, não reflete estes posicionamentos.

Ao não reconhecer o *status* normativo constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos aos não recepcionados pelo quórum de emenda constitucional, mas supralegal (acima das leis ordinárias e abaixo da constituição) significa dizer que tais tratados são apenas materialmente constitucional, sendo, portanto, paradigma somente para o controle difuso de convencionalidade. Diferentemente dos tratados aprovados pelo quórum especial, que são considerados material e formalmente constitucionais, e em relação aos quais pode-se realizar controle difuso e concentrado.

Dessa observação se depreende da pesquisa que os direitos oriundos da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência são os únicos que servem de paradigma ao controle concentrado/abstrato de convencionalidade. Logo, todos os demais direitos derivados dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil anteriormente, deveriam ser compreendidos, pela leitura do STF, como normas abaixo da constituição e, conseqüentemente, paradigmas, apenas, de controle difuso/concreto de convencionalidade.

Portanto, apesar de todos os avanços trazidos pela Constituição Federal de 1988, a questão é de aplicabilidade prática, uma vez que o Estado Brasileiro não carece de mecanismos para a tutela de direitos dos tratados internacionais. Entretanto, o que se evidencia é a incompatibilidade das decisões do Supremo Tribunal Federal com a doutrina, nacional e estrangeira, e jurisprudência internacional, conseqüentes do movimento de afirmação de direitos humanos e os

próprios tratados internacionais os quais ratificou e assumiu o compromisso de cumpri-los. A destacar aqui o descumprimento da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Gomes Lund e outros versus Brasil.

Desta última análise, é possível verificar que embora não se discuta a evidente importância da teoria acerca do controle de convencionalidade, tal procedimento ainda é pouco aplicado no direito brasileiro. Observa-se que não se denota a interposição de, por assim dizer, “ação de controle de convencionalidade” pela via concentrada, a partir dos legitimados do artigo 103 da Constituição Federal.

Nesse sentido, com a interposição da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, que teve como propósito a verificação da compatibilidade da Lei de Anistia com o texto constitucional, poderia ter sido reforçada com uma “ação de controle de convencionalidade” da Lei de Anistia pela Convenção Americana de Direitos Humanos em ação autônoma, o que caracterizaria o instituto como um processo material, não apenas teórico.

Ainda, diante de todo aparato possibilitado pela Constituição, bem como pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, destacando as características de um Estado Constitucional Cooperativo, o Estado Brasileiro não pode, contudo, ser caracterizado como tal. Isso porque o instrumento para verificação de compatibilidade da norma interna com a dos tratados internacionais (controle de convencionalidade) realizado pelo STF, demonstra profundo descompasso com todos estes preceitos. Verifica-se, portanto, a negação do movimento de afirmação dos direitos humanos, demonstrada pela prevalência e apego à normativa interna em que se *agarram* os julgadores quando se trata de tratados internacionais dessa matéria.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos Direitos Humanos**. 1, ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática**. 1, ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153**. Tribunal Pleno. Relator: Eros Grau, Brasília, DF, 28/04/2010, Diário da Justiça, Brasília, DF, 06 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf153.pdf>> Acesso em: 18 nov. 2016.

_____. _____. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 320**. Andamento disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=320&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

_____. _____. **Habeas Corpus n. 72.131/RJ**. Tribunal Pleno. Relator: Marco Aurélio, Brasília, DF, 23/11/1995, Diário da Justiça, Brasília, DF, 1 ago 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

_____. _____. **Habeas Corpus n. 76.561/SP**. Tribunal Pleno. Relator: Mauricio Correa, Brasília, DF, 27/05/1998, Diário da Justiça, Brasília, DF, 5 set. 2003. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/740369/habeas-corpus-hc-77616-sp>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

_____. _____. **Recurso em Habeas Corpus n. 79.785/RJ**. Tribunal Pleno. Relator: Mauricio Correa, Brasília, DF, 29/03/2000, Diário da Justiça, Brasília, DF, 22 nov. 2002. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825228/recurso-em-habeas-corpus-rhc-79785-rj-stf>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

_____. _____. **Habeas Corpus n. 81.319/GO**. Tribunal Pleno. Relator: Celso de Mello, Brasília, DF, 24 abr. 2002, Diário da Justiça, Brasília, DF, 19 ago. 2005.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78700>>.

Acesso em: 14 nov. 2016.

_____. _____. **Habeas Corpus n. 82.424-RS**. Tribunal Pleno. Relator: Moreira Alves, Brasília, DF, 17/09/2003, Diário da Justiça, Brasília, DF, 19 mar. 2004.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>.

Acesso em: 17 nov. 2016.

_____. _____. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade**

n.1347. Tribunal Pleno. Relator: Celso de Mello, Brasília, DF, 5/9/1995, Diário da Justiça, Brasília, DF, 1 dez. 1995. Disponível em:

<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14703581/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1347-df>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

_____. _____. **Notícias STF - PSOL questiona em ação os efeitos da Lei da Anistia**. Brasília, DF, 19/05/ 2014. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=267078>>.

Acesso: 18 nov. 2016.

_____. _____. **Recurso Extraordinário n. 80.004/SE**. Tribunal Pleno. Relator: Xavier de Albuquerque, Brasília, DF, 01/06/1977, Diário da Justiça, Brasília, DF, 29 dez. 1977. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>.

Acesso em: 16 nov. 2016.

_____. _____. **Recurso Extraordinário n. 206.482/SP**. Tribunal Pleno. Relator: Mauricio Correa, Brasília, DF, 27/05/1998, Diário da Justiça, Brasília, DF, 5 set. 2003. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo112.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

_____. _____. **Recurso Extraordinário n. 466.343/SP**. Tribunal Pleno. Relator: Cezar Peluso, Brasília, DF, 03 dez. 2008, Diário da Justiça, Brasília, DF, 5 de jun. 2009. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

CAMERA, Sinara. **Sobre a Convenção de Viena do Direito dos Tratados de 1969**. 2016.

CAMPUZANO, Afonso de Julios. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. 1, ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed.rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de Direitos Humanos**. 1.ed. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 32, ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. 1, ed. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

FEILKE, Pedro Ribeiro Agostoni. O controle de convencionalidade e a jurisprudência do supremo tribunal federal. **Revista Direito em debate**. v. 23, n. 41 p. 147-186.2014. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/2561/2679>>. Acesso em: 26 out. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Valor dos direitos humanos no sistema jurídico brasileiro**. 2008. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31992-37519-1-PB.pdf>>. Acesso em: 26 de out. 2016.

GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. 9, ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y constitución**: estúdios de teoria constitucional de la sociedade aberta. 1, ed. Madrid: Tecnos, 2002.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Hierarquia dos tratados internacionais em face do ordenamento jurídico interno: um estudo sobre a jurisprudência do STF. **Revista Esmafe**: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região. Recife: TRF 5ª Região, nº 14. Março 2007. p. 145-165. Disponível em: <<http://www.trf5.gov.br/downloads/revista%20esmafe%2014.pdf#page=145>>. Acesso em 2 nov. 2016.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **El Desbordamiento de las Fuentes del Derecho**. Sevilla: Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MACRIDIS, Roy, C. **Ideologias Políticas Contemporâneas**. 1, ed. Brasília: Editora universidade de Brasília, 1980.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade Das Leis**. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2011.

_____. A opção do judiciário brasileiro em face dos conflitos entre tratados internacionais e leis internas. **Revista CEJ**, Brasília-DF, n. 14, mai./ago. 2001, p. 112-120. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a_pdf/mazzuoli_judiciario_leis_nac_intern.pdf>. Acesso em 16 nov. 2016.

MOREIRA, Nelson Camatta. **Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos**. 1, ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos de 1969 “Pacto De San José De Costa Rica”**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 9 nov. 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. San José, 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2016.

PELAYO, Manuel Garcia. **As transformações do Estado Contemporâneo**. 2, ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Direitos Humanos e justiça internacional**. 1, ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Temas de direitos humanos**. 9. ed. rev. ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Tratados internacionais de proteção aos direitos humanos: Jurisprudência do STF**. 2008. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_tratados_sip_stf.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2016.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 104, p. 241-286, 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67857/70465>>. Acesso em: 31 out. 2016.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 15. ed.rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

SAGÜES, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. **Estudios constitucionales**, Santiago , v. 8, n. 1, p. 117-136, 2010 . Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002010000100005&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 23 out. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 1, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf>. Acesso em: 09 out. 2016.

SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. **Manual das organizações internacionais**. 5. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Christiane Oliveira Peter da. Estado constitucional cooperativo: o futuro do Estado e da interpretação constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 7, n. 72, 2005. Disponível em: <[file:///C:/Users/Microsoft/Downloads/450-919-1-SM%20\(5\).pdf](file:///C:/Users/Microsoft/Downloads/450-919-1-SM%20(5).pdf)>. Acesso em: 19 out. 2016.

STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VENTURA, Deisy. A interpretação judicial da lei de anistia brasileira e o direito internacional. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição/Ministério da Justiça**. Brasília, n. 4, p. 196-227, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://fes.org.br/brasilnomundo/wp-content/uploads/2014/06/a-interpretac3a7c3a3o-judicial-da-lei-de-anistia-brasileira-e-o-direito-internacional.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2016.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. 1, ed. São Paulo: Malheiros, 1999.