



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

PAULA DE MEDEIROS VIEIRA

**(DES)CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL FRENTE AO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA E SUAS
IMPLICAÇÕES NO DIREITO BRASILEIRO**

Tubarão

2017

PAULA DE MEDEIROS VIEIRA

**(DES)CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL FRENTE AO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA E SUAS
IMPLICAÇÕES NO DIREITO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de
graduação em Direito, da Universidade do Sul
de Santa Catarina como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Linha de pesquisa: Justiça e Sociedade

Orientador: Prof. Frederico Ribeiro de Freitas Mendes, Esp.

Tubarão

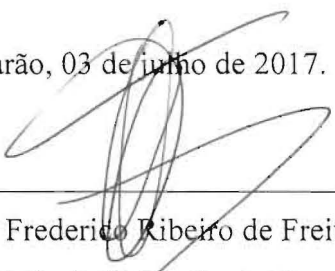
2017

PAULA DE MEDEIROS VIEIRA

**(DES)CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO SUPREMO
TRIBUNAL FRENTE AO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA E SUAS
IMPLICAÇÕES NO DIREITO BRASILEIRO**

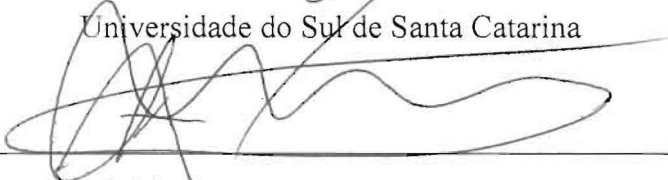
Esta Monografia foi julgada adequada à
obtenção do título de Bacharel em Direito
e aprovada em sua forma final pelo Curso
de Direito da Universidade do Sul de
Santa Catarina.

Tubarão, 03 de junho de 2017.



Professor e orientador Frederico Ribeiro de Freitas Mendes, Esp.

Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. Alexander Fernandes Mendes, Msc.

Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. Cristiano de Souza Selig, Esp.

Universidade do Sul de Santa Catarina

A minha família, que sempre fizeram entender
que o futuro é feito a partir da constante
dedicação no presente. Por eles e para eles!

AGRADECIMENTOS

Incompleto estaria, este trabalho, sem que eu expressasse a gratidão aos que colaboraram para sua concretização.

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, que me concedeu esta oportunidade para crescer na vida, iluminou-me e deu-me forças durante esta longa caminhada.

Aos meus pais, pelo incentivo e principalmente pela batalha de sempre, almejando proporcionar condições para o desenvolvimento de meus estudos e, cujo estado de satisfação é uma das minhas maiores recompensas.

Ao meu namorado Matheus que, com todo amor, manteve-se paciente e sempre disposto a escutar minhas lamentações, preocupações e vitórias.

A todos os professores que me acompanharam durante a graduação, em especial ao professor orientador, Frederico, que, transmitindo sua experiência e seu conhecimento, direcionou-me com paciência e dedicação para a conclusão deste curso.

Aos meus colegas de curso pela amizade e carinho, em especial as minhas amigas Clara e Ariane, pela ótima equipe que formamos e pelas atividades desempenhadas no decurso dos Estágios Obrigatórios.

Aos colegas de trabalho da 1ª Vara Federal de Tubarão, por todo aprendizado que pude adquirir.

Aos que direta e indiretamente fizeram parte da minha formação.

Aos que disseram, nos momentos de desespero, que ia dar tudo certo! E deu!

Agradeço imensamente a todos!

De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto (Rui Barbosa).

RESUMO

Trata-se de trabalho de conclusão de curso, no qual se pretendeu analisar a forma como o Supremo Tribunal Federal comporta-se quanto ao exercício do controle de convencionalidade no tocante ao Pacto de San José da Costa Rica, considerando-se o estudo dos casos do depositário infiel, bem como da Lei de Anistia. Para atingir tal finalidade, vislumbrou-se a evolução das decisões prolatadas em relação os mencionados casos, bem como as legislações que lhe eram pertinentes. Almejando alcançar o objetivo proposto, pautou-se a pesquisa pelo método de abordagem dedutivo, de natureza qualitativa, em decorrência da verificação de legislação, doutrinas e julgados, essenciais na confecção do presente trabalho, iniciando o estudo de um modo geral (premissa maior), até atingir o ponto específico (premissa menor), com a observação de decisões prolatadas pelo Suprema Corte brasileira. Quanto ao procedimento, efetuou-se um estudo baseado em pesquisa exploratória, utilizando-se de técnicas bibliográficas e documentais. Em arremate, finalizada a pesquisa, constatou-se que o Supremo Tribunal Federal demandou, no caso da Lei de Anistia, em sentindo contrário aos preceitos constitucionais e aos direitos humanos, conquanto tenha preconizado e evidenciado o princípio da dignidade da pessoa humana e *pro homine* quanto ao depositário infiel. Abstendo-se, inclusive, de dar seguimento às imposições proferidas pela Corte Internacional dos Direitos Humanos, com o intuito de minimizar os danos ocasionados pela violação dos direitos humanos. Nesse sentido, compreendeu-se que a Suprema Corte demonstrou postura não condizente com a que deveria praticar, vilipendiando as proposições introduzidas pelo Pacto de San José da Costa Rica, mencionando-as apenas nas decisões que corroborem com seu entendimento já firmado, logo, quando lhe convém aludi-las.

Palavras-chave: Direito constitucional. Direitos humanos. Supremo Tribunal Federal. Tratados internacionais.

ABSTRACT

In this thesis we look to analyze the Federal Supreme Court way of behaviour regarding the exercise of conventionality control over the Pact of San José of Costa Rica, considering the unfaithful trustee study case, as well as amnesty Law. To reach this conclusion, we took a glimpse on the evolution of these decisions, in relation to the cases mentioned above, along with the legislations that applied. the deductive method was used to approach this research, in a qualitative nature, as a result of the verification on the legislation, doctrines and sentences, key to the confection of this thesis, starting the study in a general manner (bigger proposition) until reaching a specific point (smaler proposition), observing the decisions issued by the Brazilian Supreme Court. As far as Procedure, it was based in exploratory research, using bibliographic techniques and documented. In conclusion, it was stated that the Federal Supreme Court demanded, in regards of amnesty law, going against the constitutional principles and human rights, although it was highlighted the dignity principle of the human person and *pro homine* in terms of unfaithful trustee. Abstaining from following the stipulations made by the International Human Rights Court, in order to minimize the damage generated by the violation of human rights. In this matter, it has been understood that the Supreme Court showed a despicable posture, vilifying the propositions introduced by the Pact of San José of Costa Rica, only mentioning the decision that previously support their understanding, therefore, only when it is suits them.

Keywords: Constitutional right. Human rights. Federal Supreme Court. International agreements

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Arguição a Descumprimento de Preceito Fundamental

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CF – Constituição Federal

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

EC – Emenda Constitucional

HC – Habeas Corpus

OEA – Organização dos Estados Americanos

ONU – Organização das Nações Unidas

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA	12
1.2 JUSTIFICATIVA	13
1.3 OBJETIVOS	14
1.3.1 Geral	14
1.3.2 Específicos	14
1.4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS	15
1.4.1 Método	15
1.4.2 Tipo de Pesquisa	15
1.5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS	15
2 DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS E A CORRELAÇÃO COM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL	17
2.1 HISTÓRIA DOS DIREITOS HUMANOS NO MUNDO	17
2.1.1 Declaração Universal dos Direitos Humanos	19
2.1.2 Convenção Americana de Direitos Humanos	20
2.1.3 Comissão Interamericana de Direitos Humanos	21
2.1.4 Corte Interamericana de Direitos Humanos	22
2.2 HISTÓRIA DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL	25
2.3 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	28
2.4 PRINCIPAIS PRINCÍPIOS NORTEADORES	29
2.4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	30
2.4.2 Princípio da Isonomia	30
2.4.3 Princípio da Legalidade	31
2.4.4 Princípio Pro Homine	32
2.4.5 Princípio do Mínimo Existencial	33
2.4.6 Princípio da Cooperação Internacional	33
2.5 DIREITOS HUMANOS E SUA EFICÁCIA NA ÓRBITA INTERNA E EXTERNA	34
2.5.1 Interna	34
2.5.2 Externa	37
2.6 CONFLITO ENTRE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88 E OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS	38
3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	40

3.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO MUNDO	40
3.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	43
3.2.1 Apontamentos históricos	43
3.2.2 Forma de Exercício.....	46
3.2.2.1 Prévio ou Preventivo	47
3.2.2.2 Posterior ou Repressivo	47
3.2.3 Competência.....	48
3.2.3.1 Legislativo	48
3.2.3.2 Executivo	50
3.2.3.3 Judiciário	50
3.2.4 Controle Exercido pelo Poder Judiciário	51
3.2.4.1 Sistemas de Controle Judicial: Difuso e Concentrado.....	51
3.2.4.2 Órgãos do Judiciário que Exercem Controle (Juízes e Tribunais)	52
3.2.4.3 Controle Concentrado no Supremo Tribunal Federal.....	53
3.2.4.3.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn	54
3.2.4.3.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC.....	55
3.2.4.3.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	56
3.2.4.3.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva.....	56
3.2.4.3.5 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF	57
3.3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE	58
3.3.1 O controle de convencionalidade pelo Supremo Tribunal Federal	60
4 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	62
4.1 A PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL	62
4.1.1 Entendimento anterior à ratificação da CADH.....	62
4.1.2 Entendimento posterior à ratificação da CADH	63
4.2 A LEI DE ANISTIA.....	69
4.2.1 Breves fatos acerca da Guerrilha do Araguaia e consequentes decisões judiciais ..	69
4.2.2 Da submissão do caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	71
4.3 O (DES)CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EXERCIDO PELA CORTE SUPREMA	75
5 CONCLUSÃO.....	77
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	79

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico terá por escopo a análise do controle de convencionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal no tocante à introdução da Convenção Americana de Direitos Humanos, comumente conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, no ordenamento jurídico brasileiro, utilizando-se como parâmetros o caso do depositário infiel, bem como da lei de anistia.

1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

Polêmica norteia ao tratar dos tratados internacionais de Direitos Humanos e sua introdução no ordenamento jurídico do Brasil, grande gerador de controvérsias no campo jurídico do país.

Antigamente, o Supremo Tribunal Federal adotava que os tratados internacionais eram dotados de força de lei ordinária. Mais tarde, com a ascensão dos direitos humanos no âmbito internacional, alterou seu posicionamento, no sentido de conceder caráter supralegal aos referidos.

Após a criação da Emenda Constitucional nº 45/04, concedeu-se a possibilidade de os tratados internacionais que versarem acerca de Direitos Humanos possuírem caráter constitucional, qual seja, o de emenda constitucional, atribuindo-lhe o poder de alterar a Lei Suprema do país.

Ressaltando a condição da imperiosidade de cumprimento de um rito para aprovação dos tratados, devendo este, passar por votação pelo Congresso Nacional, em dois turnos, obtendo nestes, aprovação de três quintos de ambas as Casas Legislativas (BRASIL, 1988).

Seguindo essa premissa, quando não aprovados pelo rito, seriam atribuídos de supralegalidade.

Ocorre que, no ano de 1992, o Brasil tornou-se parte da Convenção Americana de Direitos Humanos, promulgando-a por meio do Decreto n. 678, de 6 de novembro do mencionado ano. E, posteriormente, reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio do Decreto n. 89 de 3 de dezembro de 1998.

Por conta dessa recepção dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, necessário faz-se o exercício de um controle, com o intuito de regular e

verificar a compatibilidade do direito interno com os tratados ratificados pelo Brasil, denominado, por conseguinte, de controle de convencionalidade.

Com o intuito de avigorar a natureza do tema proposto e instigar o seu estudo, projetam-se alguns questionamentos: O Supremo Tribunal Federal aplica o recente instituto do controle de convencionalidade? Possui algum critério para o exercício? Como foi efetuado o controle de convencionalidade no caso do depositário infiel? E no caso da Lei de Anistia?

Levantadas as mencionadas indagações, revela-se a necessidade de clarificar a questão central do presente trabalho monográfico, qual seja: **Ocorreu certa falha no tocante ao controle de convencionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao Pacto de San José da Costa Rica?**

1.2 JUSTIFICATIVA

O presente tema fundamenta-se e demonstra sua relevância em decorrência da magnitude que tende a representar ao sistema jurídico do país, e, principalmente, pelos reflexos proporcionados ao ordenamento se praticados de forma incorreta, ocasionando tamanha instabilidade e, conseqüentemente, ferindo a segurança jurídica.

Os casos de controle de convencionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal proporcionam enorme fonte de pesquisa e necessidade de melhores esclarecimentos, em razão da importância que tratados internacionais de direitos humanos transbordam atualmente, tendo em vista o princípio da cooperação internacional e da dignidade da pessoa humana.

Desse modo, evidencia-se o merecimento desse estudo, distinguindo-se dos até então efetuados, em virtude de o objeto da pesquisa ser a verificação de carência ou de falha no controle de convencionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal em relação à Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual fora ratificada pelo Brasil, entrando em vigor em 1992, utilizando-se casos específicos já analisados pela referida Corte Suprema.

Proceder-se-á analisando as normas relacionadas ao caso, inclusive aquelas que deixaram de vigor, pela necessidade demandada pelo estudo, conjuntamente com os princípios basilares que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro em relação ao tema futuramente estudado, bem como com entendimentos doutrinários pátrios, análise esta que se faz vital, haja vista a dualidade de posicionamentos e a vagarosidade de fundamentação quanto da aplicação da força dos tratados de direitos humanos, da impossibilidade da prisão civil do

depositário infiel e da vigência da lei de anistia, bem como da possibilidade de falha quanto da realização do controle de convencionalidade acerca do tema em questão.

Nesse prisma, brota a relação de grande magnitude da pesquisa, em razão de buscar elucidar a matéria levantada. Constatando-se, portanto, o modo como a Suprema Corte do país aborda acerca do controle de convencionalidade, e, inclusive, se vem praticando esse controle, e de que forma.

1.3 OBJETIVOS

Depois de explicitado o problema e expostas as razões para a escolha do tema, deve-se identificar os objetivos que serão alcançados durante o transcorrer do presente trabalho monográfico.

1.3.1 Geral

Analisar o critério utilizado pelo Supremo Tribunal Federal quanto da introdução do Pacto de San José da Costa Rica e sua compatibilidade com as normas internas do Brasil, por meio do exercício do controle de convencionalidade, de modo que veda a prisão civil do depositário infiel e sustenta a aplicabilidade da Lei de Anistia, almejando, sobretudo, constatar possível falha no exercício desse controle.

1.3.2 Específicos

Abordar acerca dos direitos humanos na órbita internacional, adentrando, posteriormente, para o direito interno brasileiro, demonstrando sua importância jurídica, evolução histórica, bem como suas divergências em relação à definição de direitos fundamentais e, principalmente, elucidando o modo de introdução dos tratados internacionais de direitos humanos e o correspondente valor que provocam.

Discorrer a respeito do controle de constitucionalidade, evidenciando as formas de controle, o modo de efetuação, a competência para exercê-lo, com o intuito de melhor elucidar o estudo em relação ao controle de convencionalidade e suas funcionalidades no ordenamento jurídico brasileiro.

Identificar os pontos controversos da extinção da prisão civil do depositário infiel e da manutenção da Lei de Anistia após a ratificação da Convenção Americana de Direitos

Humanos, demonstrando a (in)coerência no posicionamento do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito ao Controle de Convencionalidade acerca do tema, verificando as decisões prolatadas pela Suprema Corte.

1.4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

1.4.1 Método

Confeccionará este trabalho atentando ao método de abordagem dedutivo, em razão da verificação gradativa de leis, doutrinas e julgados, iniciando o estudo de um modo geral (premissa maior), até atingir o ponto específico (premissa menor), com a observação de decisões prolatadas pelo STF, objeto desse trabalho.

1.4.2 Tipo de Pesquisa

Ao versar sobre o tipo de pesquisa, em relação ao nível, será demonstrada a pesquisa exploratória, no sentido de tornar o tema mais claro e explícito, facilitando a concepção do problema, analisando, assim, as divergências de posicionamentos quanto ao caráter de aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos, e, principalmente, decisões jurisprudenciais.

Ademais, fundamenta-se a opção de abordagem mediante a efetuação de pesquisa qualitativa, pelo fato de a referida forma propiciar uma análise e descrição mais complexa do problema. Aumentando o envolvimento do pesquisador para com os dados em si, proporcionando, portanto, a fruição de ideias e, conseqüentemente, a satisfação na conclusão da pesquisa.

Por fim, no tocante ao procedimento de pesquisa, adotou-se, sobretudo, o meio documental, bem como o bibliográfico, utilizando-se de inúmeros instrumentos, a fim de proceder à coleta de dados e de buscar uma conclusão para o problema enfrentado, quais sejam: doutrinas, jurisprudências, normas do ordenamento jurídico brasileiro, tratados e convenções internacionais, súmulas.

1.5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS

Almejando alcançar os objetivos propostos e atentando para a melhor elaboração do presente trabalho monográfico, elaborar-se-á um estudo dividido em três capítulos.

O segundo capítulo, após a introdução, terá a finalidade de apresentar a conceituação a respeito da evolução dos direitos humanos, sua diferenciação em relação aos direitos fundamentais, seus princípios norteadores, a sua aceitação no campo jurídico externo, a introdução dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento brasileiro, bem como abordar acerca do conflito desses tratados com a Constituição Federal.

No terceiro capítulo, analisar-se-á sobre o instituto do controle de constitucionalidade efetuado no Brasil, explicando suas mudanças ao decorrer do tempo e as formas de efetuar-lo. Ainda, ao final do capítulo, restringir-se-á ao controle exercido pelo Poder Judiciário, até, finalmente, discorrer acerca do controle de convencionalidade, tema central do presente trabalho.

Ao adentrar no quarto e último capítulo, far-se-á um estudo no tocante ao controle de convencionalidade efetuado nos dois casos escolhidos, quais sejam, da prisão civil depositário infiel e da Lei de Anistia. De modo que serão pesquisadas as decisões judiciais prolatadas em ambos os casos até então, no sentido de elucidar se o Supremo Tribunal Federal vem exercendo o controle de convencionalidade e, também, se possui algum critério para tanto.

2 DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS E A CORRELAÇÃO COM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

No presente tópico, abordar-se-á o que diz respeito aos direitos humanos e sua importância, desde os primeiros passos de sua trajetória aos tempos atuais, expondo a divergência existente em relação aos direitos fundamentais, e, assim, traçando um paralelismo com a Constituição Federal do Brasil, promulgada em 1988.

2.1 HISTÓRIA DOS DIREITOS HUMANOS NO MUNDO

Ainda no século XIX, prosperaram inúmeras deliberações com o escopo de propor a proteção das pessoas, desencadeadas, em 1863, pelo Código norte-americano Lieber, o qual versava acerca da defesa aos atingidos pela guerra, desde os meros civis aos prisioneiros.

Com a ascensão do tráfico negreiro e sua resultante escravidão, os países mais desenvolvidos envidaram esforços para a abolição.

Decorrida a Primeira Guerra Mundial, outra classe que necessitava de proteção eram as minorias, haja vista o crescimento de muitos Estados, estes que passaram a emanar a discórdia, prosperando, assim, os conflitos étnicos.

Em suma, até meados da Segunda Guerra Mundial, não existia algo concreto que regulasse os Direitos Humanos em âmbito internacional. Os direitos do homem apenas eram considerados altamente relevantes quando relacionados a proteção de cidadãos nacionais que estavam em outros países.

Ocorrendo, posteriormente, o assassinato de milhões de judeus, além de ciganos, homossexuais e comunistas, pelos nazistas opressores, tornou-se evidente que os direitos humanos ultrapassam fronteiras. Hitler, ao almejar o extermínio dos miscigenados, glorificando e condicionando a titularidade dos direitos à raça ariana, acabou extrapolando os limites de seu poder, atingindo, inclusive, Estados que não lhe cabia governar, invadindo-os com tamanha brutalidade e promovendo o genocídio de gigantesca gama de seres humanos.

É neste momento que se verifica o esforço de reestruturação dos direitos humanos, a fim de ofertar orientação à ordem internacional e cristalizar a noção de que o homem deve ter seus direitos defendidos perante a esfera internacional.

Por conseguinte, a Organização das Nações Unidas e a Comunidade Internacional, depois do episódio catastrófico, traçaram uma meta de preservação e cuidado aos

descendestes dos atingidos pela guerra. Nesse sentido, promoveu-se a Cooperação Internacional, materializado no artigo 55 da Carta das Nações Unidas, senão, veja-se:

ARTIGO 55 - Com o fim de criar condições de estabilidade e bem estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social; b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião (ONU, 1945).

Não obstante, evidencia-se ainda, em seu preâmbulo, a vinculação e promessa de zelo dos Estados-Membros para com os direitos humanos:

NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS [...] a reafirmar a fé **nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres**, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla (ONU, 1945) (Grifou-se).

Deu-se, aí, mais um grande passo rumo à prosperidade das liberdades do homem. Estabelecendo-se, ademais, que o dever de perpetuar os direitos de cada um não correspondia apenas ao Estado, mas também aos próprios indivíduos frente à sociedade.

No decurso da sessão do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, em fevereiro de 1946, restou estabelecida a criação de uma Comissão de Direitos Humanos, que, quando originada, desenvolveria suas atividades em três estágios. No primeiro, estaria responsabilizada pela criação de uma Declaração de Direitos Humanos; posteriormente, os membros da Comissão estariam incumbidos de elaborar um documento juridicamente vinculante aos Estados, devendo, desse modo, ser um tratado ou convenção internacional; e, por fim, necessária seria a constituição de um mecanismo que regulasse o cumprimento dos direitos estabelecidos, bem como a implementação de medidas para os casos de violação.

Deve-se salientar que conquanto a Carta das Nações Unidas dispusesse acerca dos "direitos humanos", não explicitava uma definição para o referido vocábulo. Assim, cada Estado-membro passou a interpretá-lo de forma divergente, de acordo com suas conveniências, trazendo instabilidade aos direitos humanos na órbita internacional.

Nesse ponto, ao implementarem o primeiro passo, com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, pode-se elucidar como eram depreendidas as concepções sobre “direitos humanos”.

2.1.1 Declaração Universal dos Direitos Humanos

Marcada pela universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos, a Declaração de 1948 introduziu e concretizou uma concepção de "Direito Internacional dos Direitos Humanos". Universalidade pela extensão desses direitos, sob o prisma de que qualquer pessoa dotada de dignidade tem titularidade sobre eles e, ainda, indivisibilidade, pois quando um direito civil ou político é atingido, os demais direitos também o são, sendo eles sociais, econômicos, culturais.

Após a Segunda Grande Guerra, com o bojo de retomar as idealizações da Revolução Francesa, a Declaração passou a promover, em seu artigo I, que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade” (UNESCO, 1948), trazendo à tona o reconhecimento dos preceitos de igualdade, liberdade e fraternidade entre o indivíduo.

Nesse mesmo ponto, Comparato (2015, p. 240) demonstra que:

[...] esse reconhecimento universal da igualdade humana só foi possível quando, ao término da mais desumanizadora guerra de toda a História, percebeu-se que a idéia de superioridade de uma raça, de uma classe social, de uma cultura ou de uma religião sobre todas as demais, põe em risco a própria sobrevivência da humanidade.

No entanto, apesar da Declaração mencionada argumentar no sentido de salvaguardar os direitos inerentes ao indivíduo e estender-se a todas as pessoas, possui poder puramente enunciativo, tratando-se de mera proclamação. Nesse ponto, não vincula juridicamente os Estados ao seu exercício, fazendo-se necessário, ainda, a sua regulamentação, no sentido de promover a aplicação legal, com o intuito de permitir a entrada desses direitos universais, inclusive, em território nacional.

Na sequência, em 1966, a Assembleia Geral das Nações Unidas abraçou dois pactos de direitos humanos que desenvolveram o estipulado na Declaração de 1948: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais – ratificados pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo n. 226 de 12 de dezembro de 1991 e promulgados pelo Decreto n. 592 de 6 de dezembro de

1992. Ao primeiro Pacto, além da institucionalização dos direitos do homem em âmbito universal, foi atribuída a competência para recepcionar e deliberar acerca das denúncias de violação dos direitos humanos redigidas por indivíduos em oposição a qualquer dos Estados-membros.

Por fim, decorridos anos na luta pelo reconhecimento aos direitos humanos, dar-se-á um salto ao ano de 1969, a fim de abordar a Convenção de Direitos Humanos, foco principal do presente capítulo.

2.1.2 Convenção Americana de Direitos Humanos

Verificada a carência de norma que dispusesse acerca dos direitos da pessoa humana de forma que vinculassem os Estados ao seu cumprimento, restou aprovada e assinada por meio da Conferência de São José na Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, a Convenção Americana de Direitos Humanos, comumente denominada de Pacto de San José da Costa Rica, que retrata a maioria dos direitos inerentes ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, tais quais: o direito à vida, à liberdade, à nacionalidade, à integridade pessoal, à proteção judicial, estes previstos nos artigos 1º e seguintes da CADH. Não dispondo, desse modo, acerca de direitos sociais, econômicos ou culturais.

Considerado o instrumento mais importante para o sistema interamericano, somente admite em sua estrutura os Estados americanos integrantes da Organização dos Estados Americanos – OEA.

Deve-se salientar que a Convenção da OEA e o Pacto de San José da Costa Rica muito se assemelham ao estabelecer meios que visam garantir o integral cumprimento das normas impostas aos Estados que lhe forem signatários.

No entanto, a CADH é o instrumento de proteção aos direitos civis e políticos mais completo do Continente Americano, a partir disso, concede suporte a todas as legislações internas de seus Estados-membros.

Nesse seguimento, apenas passou a vigor em 1978, depois de angariar sua décima ratificação, com a assinatura do Peru.

Ademais, o Pacto exterioriza a imperiosidade de os Estados signatários obrigarem-se a zelar pelos direitos e liberdades constantes em seu teor. Por conta disso, realça, em seu preâmbulo que:

Os Estados americanos signatários da presente Convenção,

Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem;

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**; [...] (COMISSÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, 1969) (Grifou-se).

Cristalino, então, que, segundo as ideologias impostas pela CADH, os direitos relacionados ao homem extrapolam os limites do próprio Estado, da própria nacionalidade da pessoa portadora de tais direitos, cabendo, outrossim, ao âmbito internacional, subsidiariamente, tutelar essas prerrogativas nos casos de omissão estatal.

Seguindo essa premissa, tornou-se essencial a implementação de uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos, juntamente com uma Corte Interamericana de Direitos Humanos, com o fim de atender aos preceitos de proteção aos direitos humanos.

2.1.3 Comissão Interamericana de Direitos Humanos

É integrada por sete comissários eleitos oriundos de países da Organização dos Estados Americanos - OEA, com o intuito de exercerem um mandato de quatro anos – possuindo o direito a uma renovação – sendo que devem ter autoridade moral, vasto conhecimento nas matérias de direitos humanos e, de modo algum, podem manter vínculo com os países de sua nacionalidade. Destacando-se, ainda, que é vedada a composição de mais de um nacional de um mesmo país.

Conforme se denota da análise do artigo 1º do Regulamento da CIDH:

Artigo 1. Natureza e composição

1. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um órgão autônomo da Organização dos Estados Americanos que tem como função principal promover a observância e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria.
2. A Comissão representa todos os Estados membros que compõem a Organização.
3. A Comissão compõe-se de sete membros, eleitos a título pessoal pela Assembléia Geral da Organização, que deverão ser pessoas de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos (CIDH, 1980).

Representando todos os integrantes da OEA, até mesmo os Estados que não ratificaram o Pacto, com o objetivo de promover a ascensão dos direitos em questão e, conseqüentemente, concedendo-lhes refúgio, a Comissão assume competência dupla, pois:

[...] **recebe as petições** [...] que relatem violações de direitos humanos e **elabora relatórios** variados sobre a situação de direitos humanos nos países signatários; tais relatórios podem ser temáticos (pontuais) ou geográficos (situação de um único país); além disso, podem encaminhar o caso à Corte Interamericana (PENTEADO FILHO, 2012, p. 202).

Deve-se salientar que, nos termos de Mazzuoli (2002, p. 260), há um desdobramento funcional quanto às atribuições da Comissão, podendo atuar tanto como órgão da OEA – nos casos de Estados que não ratificaram a própria Convenção - quanto como órgão da Convenção Americana, neste último caso, com o pressuposto de já terem adotado a competência contenciosa da Corte Interamericana.

Ainda, haja vista que a Convenção abrange número maior de direitos do que os mencionados na Carta da OEA e, inclusive, que as próprias sentenças da Corte Interamericana possuem caráter vinculativo perante os membros da primeira, diversamente das recomendações emanadas pelo previsto pela Carta da OEA, não restam dúvidas de que a Convenção possui superioridade quanto ao sistema da Organização dos Estados Americanos (RAMOS *apud* MAZZUOLI, 2002).

Em outro norte, quanto ao seu processamento, averiguada a violação dos direitos consagrados na Convenção, esta procederá no sentido de solicitar informações ao Governo do Estado correspondente da autoridade violadora, encaminhando as comunicações pertinentes ao relatado em documento petitorio. Posteriormente, analisará se verídicos os fatos aduzidos na exordial e, caso verossímeis, promoverá uma solução amistosa para o assunto, consubstanciada nos privilégios da Convenção.

Restando exitoso o acordo, a Comissão redigirá um relatório a ser remetido ao peticionário e aos Estados-membros da referida Convenção, notificando-os acerca do caso e da solução proporcionada.

De modo contrário, não identificada a solução, os membros da Convenção redigirão relatório que exporá os fatos e suas respectivas conclusões, sendo-lhe cabível formular as recomendações que reputar adequadas. O relatório será expedido aos membros da referida e deverá, obrigatoriamente, ser publicado. Decorrido o prazo de três meses e apurado o descumprimento das recomendações contidas no parecer, a Comissão, salvo por decisão motivada por maioria absoluta de seus membros, submeterá o caso a Corte Interamericana, com o óbice de garantir a observância aos direitos humanos que foram deixados para trás.

2.1.4 Corte Interamericana de Direitos Humanos

Apesar de ser órgão autônomo, é subordinado administrativamente à Organização dos Estados Americanos, sendo digna, por conseguinte, de sua colocação como integrante do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

A Corte, situada na cidade de San José na Costa Rica, tem o desígnio de aplicar a Convenção Americana de Direitos Humanos, delimitando, inclusive, suas interpretações, bem como, amparar as vítimas e fixar um meio de reparação de danos ocasionados pelos Estados.

É composta por sete magistrados – sempre de nacionalidades diferentes e provenientes dos Estados-membros da OEA – eleitos dentre juristas de alta autoridade moral e reconhecida competência em matéria de direitos humanos, os quais possuem mandato de seis anos, sendo-lhes autorizada reeleição por apenas uma vez. Destarte, estes devem agregar os requisitos solicitados, com o fim de exercerem as mais renomadas funções judiciais, de acordo com a legislação interna do país de sua nacionalidade ou do Estado que lhes recomende candidatura (PENTEADO FILHO, 2012, p. 203).

Nos termos do explanado por Gomes e Mazzuoli (2013, p. 331), considera-se relevante:

[...] a referência que faz a Convenção Americana sobre serem ‘juristas’ os membros da Corte. Trata-se, então, de condição necessária ao ingresso no cargo ter o candidato a juiz formação propriamente jurídica, ao contrário do que ocorre com a eleição de um membro da Comissão Interamericana, cujo art. 34 [...] exige apenas serem seus membros ‘pessoas de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos’.

Além do exposto, dependendo da anuência de cada Estado-parte, a Corte poderá exercer competência contenciosa ou meramente consultiva. Tratando-se desta, a mencionada, quando provocada, somente emitirá pareceres, desenvolvendo análises elucidativas com relação ao impacto e alcance acerca de interpretações da Convenção Americana de Direitos Humanos ou de outros tratados que versarem acerca dessa matéria em âmbito americano. Outrossim, estão possibilitados de consultá-la, ainda, os órgãos pertencentes à Organização dos Estados Americanos. E, por fim, a pedido dos Estados-membros da OEA, enunciar parecer a respeito da compatibilidade entre as leis internas e os referidos tratados internacionais (PENTEADO FILHO, 2012, p. 204).

Deve-se ressaltar que nem todos os Estados-partes da Organização dos Estados Americanos, dentre seus 35, ratificaram o Pacto de San José da Costa Rica e, nem mesmo, têm demonstrado qualquer interesse na sua concretização. A vista disso, tem-se

impossibilitado que o sistema interamericano se torne um sistema completo (GOMES; MAZZUOLI, 2013, p. 17).

Em outra senda, inúmeros países que restaram por ratificar o Pacto, ainda não adotaram a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, assim, não estão sujeitos a quaisquer imposições em casos de violação aos direitos humanos.

Por conseguinte, reconhecida a jurisdição contenciosa da Corte, nos casos de ferimento aos direitos humanos, consoante mencionado anteriormente, o país transgressor será submetido à apreciação da Corte, juntamente com o relatório correspondente, quando for verificada sua inércia, depois de notificado, no sentido de não acatar as recomendações da Comissão. Destacando-se que, apenas a própria Comissão e os membros da Convenção Americana – tendo em vista que a garantia aos direitos humanos é responsabilidade objetiva de todos os Estados-membros – têm o poder de submeter uma ocorrência à decisão da Corte, desde que, nos dizeres de Mazzuoli (2002, p. 378), “o país acusado tenha anteriormente aceito a jurisdição do tribunal para atuar em tal contexto – ou seja, o da lide interestatal nos casos relativos a direitos humanos –, impondo ou não a condição de reciprocidade”.

Com a ciência do caso pela Corte, o Secretário estará incumbido de notificar a Presidência e os Juízes, o Estado demandado e a suposta vítima, juntamente com seus representantes (se for o caso). A partir desse momento, inicia-se a fase probatória do conflito, sendo concedido ao Estado violador, ainda, o direito de expor sua posição acerca do caso submetido à Corte, na forma de Contestação.

Subsequentemente, a Presidência da Corte estabelecerá a data de início do procedimento oral e indicará as audiências oportunas. Mais tarde, esgotadas as imposições dispostas no Regulamento da Corte, esta deliberará privativamente e manterá a solução da lide em sigilo até a data de sua divulgação. Prolatada a sentença judicial, restará às vítimas, juntamente com a Corte, supervisionarem o devido cumprimento da decisão pelo Estado demandado.

Por derradeiro, uma vez acatada pelo Estado a competência contenciosa da Corte, as determinações declaradas em sentença definitiva passam a ter cunho vinculativo e imperioso, não sendo cabível a interposição de recursos, salvo os com fins de esclarecimentos. Restando ao violador, a imediata adoção de medidas restauradoras dos danos provocados e, dependendo da decisão imposta, proceder ao pagamento de justa compensação indenizatória à parte ferida.

2.2 HISTÓRIA DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

A fim de elucidar a evolução histórica dos direitos humanos no território brasileiro, vislumbra-se a necessidade de discorrer brevemente acerca das Constituições Federais, desde o ano de 1824 ao presente momento.

Decorridos dois anos da independência brasileira do domínio português, mais precisamente em 1824, fora outorgada, por Dom Pedro I, a Constituição Política do Império do Brasil, dispondo, em seu Título VIII, o qual versa acerca “Das disposições gerais, e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros”, exaustivo rol de direitos fundamentais, propiciando, inclusive, a consolidação do princípio da legalidade, em seu artigo 179, I, o qual estabelece que “Nenhum Cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa (sic), senão em virtude da Lei” (BRASIL, 1824).

Com enfoque nos direitos consagrados pela pretérita Constituição, conforme disciplinado por Oliveira (*apud* HERKENHOF, 2016, p. 305) (grifou-se):

[...] é possível relacionar, de maneira didática, com ênfase nos **direitos e garantias individuais**, as principais características da Constituição Imperial, conforme divisão de João Baptista Herkenhof:

- ✓ Liberdade de expressão do pensamento, inclusive pela imprensa, independente de censura;
- ✓ Liberdade de convicção religiosa e de culto privado, contanto que fosse respeitada a religião do Estado;
- ✓ Inviolabilidade da casa;
- ✓ Proibição de prisão sem culpa formada, exceto nos casos declarados em lei, exigindo-se, contudo, nesta última hipótese, nota de culpa assinada pelo juiz;
- ✓ Exigência de ordem escrita da autoridade legítima para a execução da prisão, exceto flagrante delito;
- ✓ Punição da autoridade que ordenasse prisão arbitrária, bem como de quem a tivesse requerido;
- ✓ Exigência de lei anterior e autoridade competente, para sentenciar alguém;
- ✓ Independência do poder judicial;
- ✓ Igualdade de todos perante a lei;
- ✓ Acesso de todos os cidadãos aos cargos públicos;
- ✓ Proibição de foro privilegiado;
- ✓ Abolição dos açoites, tortura, marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis;
- ✓ Proibição de passar a pena da pessoa do delinquente e, em consequência, proibição do confisco de bens e da transmissão da infâmia a parentes;
- ✓ Garantia de cadeias limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para a separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza de seus crimes;
- ✓ Direito de propriedade;
- ✓ Liberdade de trabalho;
- ✓ Inviolabilidade do segredo das cartas;
- ✓ Direito de petição e de queixa, inclusive o de promover a responsabilidade dos infratores da Constituição;
- ✓ Instrução primária gratuita.

Anos mais tarde, afundada a forma imperial por meio de um golpe estatal, proclamada a República e implantada a ideia de Federação, desta vez, ocorreu a promulgação da 1ª Constituição Republicana, em 1891, reiterando a listagem dos direitos fundamentais em seu título III, que previa a “*Declaração de Direitos*”. Nesta, torna-se imperioso evidenciar as principais alterações como: a abolição do voto censitário, a criação das duas casas legislativas: Senado Federal e Câmara dos Deputados, em matéria de direitos e garantias: a ampla defesa, a abolição da pena de morte e a instituição do *habeas corpus* (BRASIL, 1891).

Em 1934, mantendo a tradição de dispor um capítulo sobre direitos e garantias, a nova Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada, da mesma forma que a anterior, acrescentou em seu bojo demais direitos fundamentais, quais sejam: impossibilidade de prisão civil por dívidas, multas ou custas; assistência judiciária gratuita; mandado de segurança e ação popular (BRASIL, 1934). Foi a mais exígua das Constituições brasileiras, em razão do Golpe de Estado provocado em 1937.

Ocorrido o referido golpe e a consequente mudança na forma de estado – denominada Estado Novo – fora outorgada a “Polaca”, em 10 de novembro de 1937. Onde, conforme os ensinamentos de Casado Filho (2012, p. 47), “[...] muitas garantias individuais, até mesmo aquelas que não representavam risco nenhum ao regime vigente, perderam sua efetividade”. No entanto, “apesar das características políticas preponderantes à época, também consagrou extenso rol de direitos e garantias dos direitos humanos fundamentais clássicos” (MORAES, 2006, p. 15). Assim, impôs a impossibilidade de aplicação de penas perpétuas, no entanto, abrangeu a possibilidade de realização da pena de morte para além dos casos de guerra (BRASIL, 1937).

Com a vontade de reestabelecer a ordem política no país, promulgou-se a Constituição de 1946. Assentada aos ideais mais humanistas, restaurou os direitos e garantias individuais afastados pelo autoritarismo da Constituição de 1934, ampliando seu alcance no sentido de proporcionar a individualização da pena, assegurar a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, estabelecer a soberania dos veredictos do júri e criar a ideia de inafastabilidade do Judiciário – onde “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (BRASIL, 1946).

Já, em 1967, emergindo a ditadura militar, promulgou-se nova Constituição, a qual alavancou o fortalecimento do Poder Executivo, transferindo demasiada autoridade ao Presidente da República. Foi marcada pela destituição de basicamente todos os direitos

humanos assegurados até o momento, suprimindo-os e impondo medidas opressivas que, muitas vezes, com o objetivo de salvaguardar a segurança nacional, dilaceravam o conhecimento acerca dos direitos mais humanos.

Além disso, a implantação do Ato Institucional nº 5, intitulado como o maior golpe da história do regime militar, deu aos governantes autoritários o poder de exceção, consubstanciado na liberdade de punir arbitrariamente os que fossem considerados inimigos do regime. Ato que ocasionou a revolta de parte da população, dando forças às manifestações opositoras e intensificando os protestos mais radicais contra a ditadura imposta na época.

Por fim, após um período conturbado memorável na história dos cidadãos brasileiros, foi proclamada, em 1988, a Lei Maior do país que se encontra vigente ainda no presente momento, onde “prodigalizaram-se concessões e eliminaram-se limitações, com o propósito declarado de valorizar a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, colocando, entre seus objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária” (TÁCITO *apud* GUERRA, 2014, p. 184).

Com fundamentos para a proteção dos direitos humanos, busca assegurar que todos os indivíduos possuam uma vida digna. Nesse sentido, de forma peculiar no desenvolvimento do Estado brasileiro, respaldou-se a ascensão dos direitos humanos, inclusive, nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Além do mais, no próprio teor da Constituição da República Federativa do Brasil, especificamente, em seu artigo 4º, II, verifica-se a instituição da predominância dos direitos humanos, conforme se denota abaixo:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
[...]
II - prevalência dos direitos humanos; (BRASIL, 1988).

Seguindo essa premissa de perfil constitucional preponderante ao direito internacional, no ano de 1992, o Brasil tornou-se parte da Convenção Americana de Direitos Humanos, promulgando-a por meio do Decreto n. 678, de 6 de novembro do mencionado ano. E, posteriormente, reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio do Decreto n. 89 de 3 de dezembro de 1998:

Art. 1º. É aprovada a solicitação de reconhecimento da **competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos** em todos os casos relativos à

interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional (BRASIL, 1998) (Grifou-se).

Não obstante, clarividente que o Estado brasileiro se encontra, desde o ano de 1998, introduzido no sistema americano de proteção aos direitos humanos, não restando dúvidas que a proteção desses direitos no território brasileiro não compete somente à Constituição Federal, mas, inclusive, aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, de modo que, estes, passaram a ampliar a abrangência da própria Constituição.

Assim, impende ao Estado brasileiro a manutenção do respeito aos direitos humanos firmados pelos tratados, sob pena de ser submetido à apreciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos para a decorrente imposição de penalidades pelo direito infringido.

2.3 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Objeto de inúmeros equívocos em sua denominação, os direitos humanos são comumente conceituados como sinônimos de direitos fundamentais e, a partir disso, geram confusão até mesmo no ordenamento jurídico. Em razão da alta dificuldade de sistematização, há grande divergência de posicionamentos, adotando, cada doutrinador, os direitos que lhe entenderem cabíveis.

Expressões como “direitos do homem”, “liberdades públicas”, “direitos individuais” e “direitos humanos fundamentais” são, frequentemente, utilizadas pelos doutrinadores ao referirem-se aos direitos fundamentais. Ressaltando-se que não é evidente um consenso entre os mesmos.

Nesse sentido, imperioso, ao presente estudo, a demonstração das diferenças encontradas e a evidencição da importância dessa distinção. Salienta Nogueira *apud* Guerra (2014, p. 186) que “as expressões Direitos do Homem, Direitos Fundamentais e Liberdades Públicas têm sido, equivocadamente, usadas indistintamente como sinônimos. Em verdade, guardam, entre si, de rigor, apenas um núcleo comum, a liberdade”.

Além do mais, a própria Constituição Federal de 1988 corrobora com tal desordem e demonstra uma ideia vaga entre as denominações, haja vista a não distinção expressa das terminologias e, inclusive, a disposição legal de expressões como: direitos humanos, prevista no artigo 4º, inciso II; direitos e garantias fundamentais, presente no Título II, bem como no § 1º do artigo 5º; direitos e garantias individuais, disposto no artigo 60, inciso IV do § 4º (BRASIL, 1988).

Ao levantar a questão dessa imprecisão terminológica e a da imprescindível diferenciação, frisa-se que:

Inicialmente, a doutrina tende a reconhecer que os “direitos humanos” servem para definir os direitos estabelecidos pelo Direito Internacional em tratados e demais normas internacionais sobre a matéria, enquanto a expressão “direitos fundamentais” delimitaria aqueles direitos reconhecidos e positivados pelo Direito Constitucional de um Estado específico (RAMOS, 2016, p. 52).

Ainda, dando maior ênfase a essa diferenciação, entende-se que:

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos das pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 41).

Seguindo essa ideia, adota-se que os direitos fundamentais se encontram corroborados e positivados no Texto Constitucional e, conseqüentemente, são passíveis de cobrança judicial, por fazerem parte do ordenamento jurídico de um Estado.

De modo contrário, a denominação “direitos humanos” não seria constantemente exigível, ao passo que se origina de uma relação internacional, dizendo respeito ao ser humano pelo simplório fato de ser pessoa, não tendo relevância a identificação do ordenamento jurídico interno pertencente.

Contudo, hodiernamente, alguns especialistas tendem a apontar para uma nova sistemática, efetuada pela junção das duas denominações, transformando-as em “direitos fundamentais do homem” ou, igualmente, “direitos humanos fundamentais”.

Ressalta-se que essa nova ideologia veio à tona com a aproximação das normas internas com as internacionais, ambas relacionadas aos direitos humanos. Inclusive, favorecida pela Lei Suprema do país, conforme se pode averiguar na delonga dos próximos tópicos.

2.4 PRINCIPAIS PRINCÍPIOS NORTEADORES

Princípios são, nas palavras de Reale *apud* Penteadó Filho (2012, p. 32), “[...] verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a cada porção de realidade”.

Nesse sentido, com o intuito de demonstrar a importância dos princípios em relação aos direitos humanos, contudo, sem aprofundar o estudo – haja vista a grande gama de princípios e a delimitação do tema escolhido – far-se-á breve apontamento dos principais princípios que norteiam os direitos humanos na atualidade.

2.4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Principal valor atribuído a um ser, dá origem e propõe orientação aos demais princípios. Motta (2013) conceitua o presente princípio como "[...] um atributo da pessoa humana pelo simples fato de alguém 'ser humano', se tornando automaticamente merecedor de respeito e proteção, não importando sua origem, raça, sexo, idade, estado civil ou condição sócio-econômica."

Além disso, a própria Constituição da República Federativa do Brasil compreende, de forma expressa, tratar-se como um dos fundamentos da República e por derradeiro, do Estado Democrático de Direito, de acordo com o disposto em seu Título I – *“Dos princípios fundamentais”*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – **a dignidade da pessoa humana.** [...] (BRASIL, 1988) (Grifou-se).

Ademais, serve de pretensão constitucional para efetuar sua aplicação e sua interpretação como parâmetro de harmonização de inúmeros dispositivos constitucionais, nesse sentido, é visível que “O princípio [...] cumpre um relevante papel na arquitetura constitucional: o de fonte jurídico-positiva de direitos fundamentais. [...] é o valor que dá unidade e coerência ao conjunto de direitos fundamentais” (FARIAS *apud* MARTINS, 2008, p. 66).

Assim, denota-se que, sem sombra de dúvidas, trata-se de princípio que possui grande relevância no ordenamento jurídico brasileiro.

2.4.2 Princípio da Isonomia

Em se tratando de isonomia, nada mais justo do que citar o conceito eternizado em *Oração aos Moços*, por Barbosa (1999, p. 26), o qual discorre que “A regra da igualdade

não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam”.

Protegido por várias Constituições brasileiras e positivado no próprio texto da promulgada em 1988, como direito fundamental, o também denominado de princípio da igualdade encontra respaldo no artigo 5º, ao versar acerca de homens e mulheres:

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

I - homens e mulheres são **iguais em direitos e obrigações**, nos termos desta Constituição;
[...] (BRASIL, 1988) (Grifou-se).

Aliás, imperioso salientar que muitas são as formas de igualdade asseguradas pelo Texto Constitucional, sejam elas entre os Estados (art. 4.º, inciso V), entre brasileiros (art. 19, inciso III), inter-racial e religiosa (art. 3.º, inciso IV)¹, de modo que, não importando de onde se origine, nem mesmo quem a implemente, qualquer forma de discriminação será combatida e terá amparo constitucional.

2.4.3 Princípio da Legalidade

Versa acerca da necessidade de imposição legal para que se possa obrigar alguém a realizar algo. É mecanismo de proteção ao indivíduo e impede o abuso de poder, o arbítrio e a tirania. Ademais, conforme os ditames de Agra (2014), “o princípio mencionado exprime a ideia de lei como ato supremo e preponderante sobre qualquer direito de outra natureza”.

Ainda nesse norte, encontra-se consubstanciado, expressamente, na Constituição da República Federativa do Brasil:

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

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei [...] (BRASIL, 1988).

¹ FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Assim, frisa-se que “Qualquer comando estatal, ordenando prestação de ato ou abstenção de fato, impondo comportamento positivo (ação) ou exigindo conduta negativa (abstenção), para ser juridicamente valido, há de emanar de regra legal” (CAPEZ, 2013, p. 69).

2.4.4 Princípio *Pro Homine*

Rumo ao progresso da cooperação internacional, bem como da paz social, estabelece-se a primazia dos direitos humanos, esta consubstanciada no princípio *pro homine*, não importando o Estado ou o sistema jurídico que provêm.

Por esse ângulo, Cançado Trindade *apud* Mazzuoli (2010, p. 228) afirma que é esse princípio:

[...] que melhor atende às preocupações da sociedade internacional sobre a proteção dos seres humanos e que melhor se adapta à fluidez que a normativa internacional de proteção dos direitos humanos está a exigir, sem levar em consideração o fato de que o “diálogo de fontes” e o seu consectário (o princípio internacional *pro homine*) se desvencilham dos antigos dogmas existentes [...], dando vida e efetividade à proteção jurídica dos direitos da pessoa humana.

Ademais, conforme dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
 I - independência nacional;
II - prevalência dos direitos humanos;
 III - autodeterminação dos povos;
 IV - não-intervenção;
 V - igualdade entre os Estados;
 VI - defesa da paz;
 VII - solução pacífica dos conflitos;
 VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
 IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
 X - concessão de asilo político (BRASIL, 1988) (Grifou-se).

Portanto, ao ocorrer o sopesamento de duas normas – estando em cheque os direitos humanos, a fim de verificar-se qual será aplicada no ordenamento interno de cada país, sempre deve-se recorrer à verificação do caso concreto, optando, pela que trazer os maiores benefícios aos indivíduos presentes naquele território, sendo dispensável a observação da hierarquia – tendo em vista que, se mais favorável, deverá optar-se por norma hierarquicamente inferior em detrimento da superior.

2.4.5 Princípio do Mínimo Existencial

Ligado à ideia de justiça social, encontra-se vinculado, ainda que implicitamente, à Constituição Federal, em razão de tratar-se de direito fundamental e essencial inerente a todo ser humano.

Torres (2009, p. 70) destaca sua sapiência, demonstrando que:

Não é qualquer direito mínimo que se transforma em mínimo existencial. Exige-se que seja um direito a situações existenciais dignas. Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.

Pode-se evidenciar, portanto, que o princípio do mínimo existencial, está consubstanciado no conjunto de prestações materiais indispensáveis e, sem dúvidas, estritamente primordiais ao exercício de uma vida digna pelo ser humano.

2.4.6 Princípio da Cooperação Internacional

Este princípio, previsto no artigo 4º, IX da Constituição Federal, o qual fora anteriormente transcrito, baseia-se na imperiosidade da existência de uma cooperação entre os Estados, objetivando algo em comum, a harmonia mundial e o equilíbrio nas suas relações.

Em decorrência disso, Trindade *apud* Guerra (2013, p. 174) salienta que:

A incorporação da normativa internacional de proteção no direito interno dos Estados constitui alta prioridade em nossos dias: pensamos que, da adoção e aperfeiçoamento de medidas nacionais de implementação depende em grande parte o futuro da própria proteção internacional dos direitos humanos. Na verdade, no presente domínio de proteção o direito internacional e o direito interno conformam um todo harmônico: apontam na mesma direção, desvendando o propósito comum de proteção da pessoa humana. As normas jurídicas, de origem tanto internacional como interna, vêm socorrer os seres humanos que têm seus direitos violados ou ameaçados, formando um ordenamento jurídico de proteção.

Entende-se, nesse sentido, que todos os Estados devem auxiliarem-se e zelarem, não só pelos nacionais que habitarem seu território, mas, também, almejar benefícios para todas as partes envolvidas, efetuando, como já denomina o princípio, uma cooperação internacional.

2.5 DIREITOS HUMANOS E SUA EFICÁCIA NA ÓRBITA INTERNA E EXTERNA

Assunto comumente contestado no território brasileiro, a eficácia dos direitos humanos no ordenamento jurídico interno, possui acirradas divergências. Dentre as quais, muitas vezes, acabam por afetar a segurança jurídica do Direito brasileiro, como consequência ao choque dos entendimentos doutrinários com o próprio posicionamento dos Tribunais.

Duas teorias entram em cheque em relação a essa questão: a monista e a dualista. Nesse diapasão, Rezek (2014, p. 26) assegura, conforme seu entendimento, que:

Para os autores dualistas — dentre os quais se destacaram no século passado Carl Heinrich Triepel, na Alemanha, e Dionisio Anzilotti, na Itália —, o direito internacional e o direito interno de cada Estado são sistemas rigorosamente independentes e distintos, de tal modo que a validade jurídica de uma norma interna não se condiciona à sua sintonia com a ordem internacional. Os autores monistas dividiram-se em duas correntes. Uma sustenta a unicidade da ordem jurídica sob o primado do direito internacional, a que se ajustariam todas as ordens internas. Outra apregoa o primado do direito nacional de cada Estado soberano, sob cuja ótica a adoção dos preceitos do direito internacional aparece como uma faculdade.

Assim, segundo a teoria dualista, não há intersecção entre a norma jurídica interna e a externa. Desse modo, adota que existem dentro de um mesmo território, o brasileiro, dois ordenamentos jurídicos divergentes, quais sejam: o direito interno brasileiro e o direito internacional.

Ademais, em sentido oposto, a teoria monista, mais difundida no Brasil, corrobora que cabe às constituições dos Estados definirem o modo de incorporação dos tratados internacionais. Em duas vertentes, os monistas nacionalistas salientam que os tratados apenas se sobrepõem a lei interna infraconstitucional; conquanto, os monistas internacionalistas, como é o caso de Hans Kelsen, assumem posição de destaque, pois afirmam que os tratados podem ter eficácia de norma supralegal, constitucional ou, até mesmo, supraconstitucional (LEITE, 2014, p. 109- 110).

2.5.1 Interna

No Brasil, compete privativamente ao Presidente da República a celebração de tratados, convenções e atos internacionais, consoante o previsto no artigo 84, VIII da Constituição Federal. Conquanto sua ratificação dependa do Congresso Nacional, nos termos

do artigo 49, I da Lei Suprema do país, o qual detém a competência exclusiva para a resolução definitiva sobre os tratados, acordos ou atos internacionais.

Após adentrar no ordenamento jurídico brasileiro, é importante estabelecer qual a hierarquia desses tratados, ao que interessa ao presente estudo, não somente em relação às leis ordinárias, mas também no que diz respeito a Constituição Federal.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal era majoritário, no entendimento de que os tratados internacionais possuíam grau de eficácia de lei ordinária, sem preocupar-se se versavam acerca de direitos humanos ou de outro tema que lhe fosse possível, de modo que sustentava a impossibilidade de preponderância destes em detrimento da Constituição Federal. Então, estava clarividente a opção por uma teoria monista moderada e manutenção da supremacia da Lei Magna.

Por conseguinte, a Constituição brasileira nada versava acerca da posição hierárquica dos tratados internacionais especificamente associados aos direitos humanos no seu ordenamento jurídico. Nesse sentido, como a jurisprudência comportava-se de modo diverso ao dos entendimentos doutrinários, não era possível identificar uma solução determinada.

Percebe-se, ainda, que a própria Constituição Federal não restringe o quadro de seus direitos, mantendo-se destinada a abranger sua concepção, afirmação fundamentada conforme disposição do artigo 5º, §2º, o qual legisla 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).

Tendo ciência de que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil ampliam o rol de direitos fundamentais elencados pela CRFB, torna-se notável a positivação dos direitos humanos no corpo constitucional. Assim, constata-se que os direitos propostos pela Convenção Americana de Direitos Humanos, por exemplo, pertencem aos direitos fundamentais.

Em decorrência dessa incorporação, Piovesan (2015, p. 122) afirma que:

[...] a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, **a natureza de norma constitucional**. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional (Grifou-se).

Ainda, apesar dos demais tratados internacionais comuns possuírem força hierárquica infraconstitucional, mas supralegal – consubstanciado no artigo 102, III, b, da Constituição Federal - os que versarem acerca de direitos humanos apresentam-se em patamar constitucional, por possuírem caráter especial. Salientando-se que:

Em favor da hierarquia constitucional dos direitos enunciados em tratados internacionais, outro argumento se acrescenta: a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais. O reconhecimento se faz explícito na Carta de 1988, ao invocar a previsão do art. 5º, § 2º. Vale dizer, se não se tratasse de matéria constitucional, ficaria sem sentido tal previsão. (PIOVESAN, 2015, p. 124).

Ao contrário do exposto, defendia-se entendimento doutrinário de que os tratados de direitos humanos estariam em patamar supralegal, estando dispostos acima das leis ordinárias, mas apresentando subordinação ao Texto Constitucional.

Após a incorporação do Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil sem qualquer reserva, por meio do Decreto n. 678 de 6 de novembro de 1992, e a aceitação da competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pelo Decreto n. 89 de 3 de dezembro de 1998, restaram ainda mais dúvidas em relação ao valor de eficácia das normas que versassem acerca de direitos humanos.

Mais tarde, na tentativa de dirimir as divergências existentes, deu-se origem à Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, esta que introduziu o § 3º ao artigo 5º da Lei Maior, relatando a imperiosidade de aprovação dos tratados em dois turnos, por ao menos três quintos dos votos dos respectivos membros no Congresso Nacional, por conseguinte, promulgados pelo Chefe do Poder Executivo, qual seja, o Presidente da República, passando a vigorar de imediato e a serem equiparados às normas constitucionais dentro do ordenamento jurídico interno (BRASIL, 1988).

Nesta senda, quando aprovados pelo referido quórum, teriam equivalência de emenda constitucional e, quando não aprovados, ingressam no ordenamento jurídico com caráter de norma supralegal, em patamar hierárquico de superioridade às leis ordinárias, devendo, acima de tudo, sujeitar-se à Lei Suprema do País.

Gonçalves (2014, p. 190) afirma que:

A tese majoritária atribuiu status supralegal, acima da legislação ordinária, aos tratados sobre Direitos Humanos, embora situados em nível abaixo da Constituição. Por força da Emenda Constitucional n. 45/2004, foi acrescentado ao art.5º da Constituição Federal um novo parágrafo (§ 3º), que confere valor de emenda constitucional ao tratado que for aprovado com quórum qualificado de três quintos

dos votos de cada Casa Legislativa, em duas votações – o que ainda não veio a ocorrer com nenhum tipo de tratado internacional.

Com o advento da EC 45/2004, muitas outras dúvidas e desentendimentos doutrinários passaram a surgir quanto a sua retroatividade, ponto este que carece de discussão.

Por inexistir texto legal que versasse sobre a questão, parte da doutrina entendeu que somente os tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil pertencesse, após a emenda e, além disso, caso obtivessem a aprovação pelo quórum, teriam eficácia de norma constitucional, do contrário, seriam realocados ao mesmo patamar das leis ordinárias. Nesse sentido, observou-se o princípio da irretroatividade das normas, com fulcro no artigo 6º do Decreto-lei n. 4.657, conhecido como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, qual seja: “Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada” (BRASIL, 1942).

Em contraponto ao entendimento explanado, Piovesan, uma vez mais, afirma a hierarquia constitucional, consubstanciado na ideia de que:

Esse entendimento decorre de quatro argumentos: a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; e d) a teoria geral da recepção do Direito brasileiro. Sustenta-se que essa interpretação é absolutamente compatível com o princípio da interpretação conforme a Constituição (PIOVESAN, 2015, p.143)

Então, esclarecendo que a EC 45/2004 passou apenas a complementar e corroborar o disposto no §2º do artigo 5º da CRFB, evidenciou que os tratados e convenções internacionais que dispusessem acerca de direitos humanos, nos quais o Brasil fosse parte e desde que fossem celebrados depois da promulgação da Lei Maior, seriam atribuídos com o peso de norma constitucional.

2.5.2 Externa

Além do mencionado anteriormente, existe certa corrente que defende a tese de supraconstitucionalidade dos tratados que versarem acerca de direitos humanos, pelo fato de almejarem a ascensão dos direitos internacionais, bem como a observância das normas internacionais que foram ratificadas.

No âmbito do Brasil, “[...] cita-se Celso Albuquerque de Melo como árduo defensor da idéia de que nem mesmo emenda constitucional seria capaz de revogar tratados internacionais de direitos humanos” (QUEIROGA, 2011).

Nesse mesmo contexto, declara-se que:

No Brasil, a Constituição de 1988 não regula a vigência do Direito Internacional na ordem interna, salvo quanto aos tratados internacionais sobre os Direitos do Homem, quanto aos quais o art. 5º, § 2º, contém uma disposição muito próxima do art. 16, n. 1, da Constituição da República Portuguesa de 1976 que, como demonstraremos adiante, deve ser interpretada como conferindo grau supraconstitucional àqueles tratados. (...) ao estabelecer que ‘os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das regras aplicáveis do Direito Internacional’, o seu art. 16, n. 1, ainda que implicitamente, está a conceder grau supraconstitucional a todo o Direito Internacional dos Direitos do Homem, tanto de fonte consuetudinária, como convencional. De facto, a expressão ‘não excluem’ não pode ser concedido um alcance meramente quantitativo: ela tem de ser interpretada como querendo significar também que, em caso de conflito entre as normas constitucionais e o Direito Internacional em matéria de direitos fundamentais, será este que prevalecerá (QUADROS; PEREIRA *apud* PIOVESAN, 2015, p. 138-139).

No entanto, é pouco adequada e infimamente abordada, tendo-se em conta que encontra resistência nos sistemas regidos pelo princípio da Supremacia da Constituição Federal.

2.6 CONFLITO ENTRE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88 E OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

Tem-se percebido certa tendência universal no que diz respeito a proteção dos direitos humanos, fazendo com que esses direitos transcendam para além do direito internacional e adentrem no próprio ordenamento jurídico de um país.

Como é o caso do Brasil, que, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, inovou no sentido de estabelecer a supremacia das normas de direitos humanos sobre as demais, consubstanciado em seu artigo 4º, inciso II da Lei Suprema:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
[...]
II - prevalência dos direitos humanos; [...] (BRASIL, 1988).

Desse modo, legisla que, nos casos de conflito de normas entre o Texto Maior e os tratados internacionais ratificados, na hipótese de que estes contrariassem aquela, opta-se, sempre, pela aplicação da norma mais favorável à pessoa humana (LEITE *apud* PIOVESAN, 2014, p. 116).

Isto posto, aclarado está que se trata da ampliação do catálogo dos direitos fundamentais previstos pela Lei Maior de 1988, e da prevalência dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, sendo indispensável a análise do caso concreto.

3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Adentrando neste novo capítulo, far-se-á um estudo com o intuito de tratar o controle de constitucionalidade. Serão levantados desde seus aspectos históricos até sua forma de exercício e a quem compete essa realização. Posteriormente, delimitando o tema, restringir-se-á ao tipo de controle exercido pelo Poder Judiciário para, por fim, aventar a ideia de controle de convencionalidade, objeto do presente trabalho.

3.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO MUNDO

Admite-se que o ordenamento jurídico se trata de uma unidade. À vista disso, tem-se a noção de que, para o bem-estar da sociedade, deve sempre manter sua correlação entre normas e transcender equilíbrio.

Nesse sentido, quando evidenciada qualquer instabilidade no meio jurídico de um Estado, necessária é sua intervenção, com o objetivo de resgatar a ordem do direito. Dá-se, ao mencionado método, o nome de Controle de Constitucionalidade, o qual, nos dizeres de Barroso (2015, p. 23), consiste “[...] na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição. Caracterizado o contraste, o sistema provê um conjunto de medidas que visam a sua superação, restaurando a unidade ameaçada”.

Seguindo essa mesma premissa, não é dos dias atuais que se pode verificar a presença da supremacia de algumas leis sobre outras². Ainda na Grécia antiga, buscava-se essa concepção em relação à superioridade de *nómos* (leis em sentido estrito) que, de modo algum, poderiam apresentar certa contrariedade a *pséfisma* (possuía o escopo de regimentar as leis).

Com a ascensão do direito natural, emergindo o conceito de sua primazia em detrimento ao direito positivo, pode-se vislumbrar a aplicação de uma norma superior e o esquecimento das mais baixas, demonstrando a hierarquia das normas.

Mais tarde, especificamente no início do século XVII, na Inglaterra, evoluiu a teoria defendida por Coke. Com a reunião dos poderes nas mãos do Legislativo e a existência de uma Constituição bem flexível, o supramencionado magistrado inglês consubstanciava suas ideologias numa superioridade do *common law* sobre as autoridades daquele país,

² No sentido Kelsiano.

aduzindo, ainda, a imperiosidade de um juiz comportar-se como mediador entre o Rei e o povo, impedindo os atos que viessem de encontro aos bons costumes ou aos anseios dos cidadãos.

Destaca-se que essa tese foi inteiramente afastada com o início da Revolução Gloriosa, em 1688, a qual implantou, de uma vez por todas, a proeminência do poderoso Parlamento.

Mesmo com a egressão dessa teoria, com a independência das Colônias do Norte e a criação dos Estados Unidos da América, os pensamentos de Coke foram utilizados no sistema jurídico americano, tendo em vista que passaram a implementar o *judicial review* – espécie de controle jurisdicional de constitucionalidade surgido no final do século XIX.

Ademais, como doutrina Comparato (2015, p. 166), a primeira Constituição Francesa de 1791 assegurava que “o Poder Legislativo não poderá fazer lei alguma que prejudique ou impeça o exercício dos direitos naturais e civis, consignados no presente título e garantidos pela Constituição”. No entanto, não dispôs de nenhum instrumento que banisse as leis que fossem incompatíveis com seu teor.

É indubitável que as Constituições positivadas são instrumentos que asseguram a estabilidade jurídica dos direitos e garantias inerentes aos cidadãos e a segurança de sua observância é meio que possui um peso inimaginável e transborda relevância. Nesta senda, é notável que a existência do controle de constitucionalidade das normas está diretamente relacionada à confecção de Constituições escritas.

Assim, a Constituição dos Estados Unidos da América – primeiro texto constitucional consolidado de um país – apesar de não mencionar expressamente o controle de constitucionalidade das leis – emanava implicitamente esse pensamento.

Nessa concepção, tendo como referência a Constituição Americana, entendeu-se que:

Ao estabelecer as competências dessa Corte, a Constituição Federal não se referiu à possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de leis e atos federais. O art. 6, II, da Constituição Federal dispõe que os juízes estaduais se submetem à legislação federal (cláusula da supremacia do direito federal). Disso poderia ser deduzido, por meio de uma interpretação extensiva, que eles devem afastar com base em vício de inconstitucionalidade normas estaduais que contrariem o direito federal [...] (DIMOULIS; LUNARDI, 2016, p. 33).

Ademais, o artigo 6, III, da referida Constituição prevê que competem aos magistrados, juntamente com as demais autoridades do Estado, salvaguardar os direitos inerentes no Texto Maior.

Em 1800, John Adams, Presidente dos Estados Unidos da América na época, perdeu as eleições para o seu adversário Thomas Jefferson. Em decorrência disso, Adams almejou controlar o Judiciário, nomeando aliados políticos aos cargos mais importantes. Em 1801, antes de findar seu mandato, foi aprovada uma lei para a reorganização do Judiciário federal, a qual reduziria a quantidade de Ministros da Suprema Corte, com o intuito de obstar a nomeação de novos, por seu sucessor, Jefferson. A mencionada lei criou, ainda, 16 cargos de juiz de circuito para os quais o (já derrotado) Presidente Adams nomeou amigos políticos. Por fim, Adams determinou que John Marshall, Secretário de Estado, tornaria-se presidente da Suprema Corte. Tempo depois, outra lei instituiu a criação de dezenas de cargos para juízes, sendo estes, assinados por John Adams em seu último dia como Presidente. Por conta da ausência de tempo, muitos nomeados não foram investidos no cargo. Assim, ao assumir a presidência, Jefferson não reconheceu as nomeações efetuadas anteriormente e, seu secretário de Estado, James Madison, recusou entregar os diplomas de investidura aos que não haviam recebido, dentre os quais estava William Marbury (DIMITRI; LUNARDI, 2016, p. 35).

Em virtude do exposto, Marbury solicitou, à Suprema Corte, a ratificação de sua nomeação, ingressando com *writ of mandamus*. Em 1803, no caso William Marbury vs. James Madison, em decisão célebre, o *Chief Justice* John Marshall, indeferiu o pedido formulado, alegando a carência de competência da decisão que lhe atribuía certo “direito”, compreendendo que, quando a lei editada pelo Poder Legislativo contrariasse a Constituição, aquela não seria dotada de validade, seria nula de pleno direito.

Em razão da premissa vinculativa herdada do sistema britânico - *stare decisis quieta movere* – o referido precedente tornou-se, inclusive, imperativo a todos os tribunais do país e concedeu à Alta Corte o desígnio de interpretar a Carta Constitucional.

Barroso (2015, p. 27) assinala, [...] “por relevante, que a Constituição não conferia a ela ou a qualquer outro órgão judicial, de modo explícito, competência dessa natureza. Ao julgar o caso, a Corte procurou demonstrar que a atribuição decorreria logicamente do sistema”.

Evidencia-se que, no evento Marbury vs. Madison, a constatação da inconstitucionalidade foi verificada no tocante à validade da lei federal de organização judiciária americana, conferindo, por conseguinte, à Suprema Corte autoridade que não lhe fora designada pelo Texto Constitucional, sendo exercido, portanto, um controle de constitucionalidade difuso.

Posteriormente, a referida teoria foi corroborada por outros países, como é o caso da Áustria. Hans Kelsen elaborando um projeto que, adiante, tornou-se a Constituição

Austríaca, aplicou o método concentrado de constatação da constitucionalidade, segundo o qual a afirmação de inconstitucionalidade de lei só poderia ser declarada por meio específico de verificação desse controle, a fim de marginalizar a lei violadora.

Segundo entendimento de Cunha Júnior (2014), Kelsen, introdutor do controle de constitucionalidade na Europa, “[...] concebeu um sistema de jurisdição constitucional ‘concentrada’, no qual o controle de constitucionalidade estava confiado, exclusivamente, a um órgão jurisdicional especial”. Declarou, aliás, que apenas a Corte de Justiça Constitucional estaria incumbida de efetuar a fiscalização da constitucionalidade das normas internas do país.

Ademais, Kelsen adotou o referido controle não como atividade judicial, mas como função constitucional. Considerou, ainda, que a lei inconstitucional era plenamente válida até a pronúncia contrária da Corte. Desse modo, os juízes e tribunais seriam obrigados a aplicá-la até a decretação de sua invalidade, momento no qual seria retirada do sistema jurídico (BARROSO, 2015, p. 41).

Deslindada a distinção das duas teorias, a qual, no modelo Americano, aplicava um controle difuso da constitucionalidade, este que seria exercido por todos os tribunais do país, conquanto o modelo Austríaco efetuasse um controle concentrado nas mãos de um órgão criado especificamente para o fim. Pode-se, por fim, verificar a importância histórica das supramencionadas teorias, as quais servem, até a atualidade, como matrizes do controle de constitucionalidade, sendo, inclusive, aplicadas no ordenamento jurídico brasileiro.

3.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Aprofundando o raciocínio ao direito interno brasileiro, realizar-se-ão singelos apontamentos acerca dos dados históricos do controle de constitucionalidade, a fim de, no decorrer do trabalho, clarificar suas características e, ao fim deste tópico, demonstrar os métodos de implementação do controle de constitucionalidade no Brasil.

3.2.1 Apontamentos históricos

Dotada da influência europeia, particularmente da França e Inglaterra, a Constituição de 1824 não previa qualquer meio de controlar a sua supremacia perante as normas gerais. Além disso, o próprio texto constitucional previa a necessidade de conservação do equilíbrio entre os Poderes, exercido, naquele tempo, pelo Poder Moderador.

Os doutrinadores Vicente e Alexandrino (2015, p. 795) demonstram que “[...] a Constituição Imperial outorgava competência ao próprio Poder Legislativo para a fiscalização de seus atos e aferição de sua compatibilidade com a Constituição, ou seja, a validade das leis era controlada pelo próprio órgão encarregado da elaboração normativa”. Identificando-se, portanto, a ausência de abertura para a prática de um controle de constitucionalidade.

Posteriormente, em 1891, com a nova Constituição, outorgou-se competência ao Poder Judiciário para impossibilitar a aplicação das leis que considerassem inconstitucionais. Nesse momento, deu-se vertente ao sistema de controle difuso, conferindo, por consequência, a todos os órgãos do Judiciário, a autoridade para verificar a compatibilidade das leis com o Texto Constitucional, com a condição de haver provocação dos litigantes interessados.

Conforme entendimento de Dantas (2015, p.264):

O controle de constitucionalidade somente começou a existir no país a partir da primeira Constituição republicana (1891). Com efeito, sob inequívoca influência do direito norte-americano, o Brasil passou a adotar o sistema difuso de controle de constitucionalidade, permitindo a qualquer juiz ou tribunal, nos casos que lhe fossem submetidos a julgamento, apreciar incidentalmente a inconstitucionalidade de norma tida por inconstitucional.

Devendo ser evidenciado, no mencionado caso, que, de modo algum, ocorria a retirada da lei do ordenamento jurídico, mas sim, mediante a averiguação da conjuntura do ocorrido, a autoridade competente apenas afastaria a sua aplicação ao caso concreto.

Com a vigência da Constituição de 1934, implementou-se um novo sistema de controle, estabelecendo um procedimento especial e solene denominado “reserva de plenário”, no qual somente a maioria absoluta dos membros dos Tribunais do Poder Judiciário seriam competentes para afirmar a inconstitucionalidade das normas.

Ainda, dentre outras modificações introduzidas no Direito brasileiro, o Texto Maior dispôs, consoante afirma Agra (2014), que:

No seu art. 68 foi vedado ao Poder Judiciário apreciar questões exclusivamente políticas, o que a doutrina norte-americana denomina de political questions. Outra inovação foi possibilitar ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, estendendo os efeitos à generalidade dos casos semelhantes, ou seja, *erga omnes*.

Instituiu, também, o mandado de segurança, remédio constitucional com a finalidade de proteger direito líquido e certo do indivíduo que esteja de encontro a ato praticado por autoridade, desde que desenvolvido com abuso de poder ou ilegalidade.

Subsequentemente, a Carta do ano de 1937 retratou certo retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade no Brasil e revogou praticamente todas as concessões efetuadas com a anterior.

Conquanto resguardasse a aplicação de um modelo de controle difuso, fraquejou-se, em muito, a competência do Judiciário quanto à declaração de inconstitucionalidade das leis, vez em que o próprio texto versava o seguinte:

Art. 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, **poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal** (BRASIL, 1937) (Grifou-se).

Da análise do artigo referido, tem-se que o Presidente da República estaria possibilitado de submeter, outra vez, ao Parlamento, lei que já fora anunciada como inconstitucional pelo Judiciário. Ocorrendo a ratificação da validade da lei pelos parlamentares, afastando-se todo o relatado pelo Judiciário, a norma seria novamente empregada.

Contudo, o Texto de 1946 tornou a dispor os preceitos eliminados pela Carta outorgada em 1937. Pires (2016, p.86) sustenta que o “[...] Executivo volta a ocupar sua posição de mesmo nivelamento com os outros Poderes e o controle de constitucionalidade ganhou, com a EC n.º 16/1965 a ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade, de competência originária do STF”. Introduzindo com a Emenda, portanto, o controle abstrato das normas, este também reconhecido por controle concentrado.

Adiante, precisamente em 1967, a Constituição do Brasil preservou a aplicação do controle difuso e do concentrado. Sem mais delongas, não trouxe inovações diferentes do preceituado pela anterior, incluindo, apenas, uma espécie de controle de constitucionalidade estadual, com o intuito de oportunizar a interposição municipal.

Até então, nota-se que o ordenamento jurídico brasileiro optou, de modo inicial, pela implementação do sistema norte-americano de controle de constitucionalidade – controle difuso, por via incidental – e, foi evoluindo, pouco a pouco, chegando a introduzir um controle concentrado, este por via direta.

Mesmo com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, manteve-se a aplicação dos meios difuso e concentrado de controle da

constitucionalidade das normas. No entanto, deve-se evidenciar que o Texto Maior avançou no tocante à jurisdição concentrada, em virtude de ter abrangido o número de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade - ADI, que, a princípio, era cabível apenas ao Procurador-Geral da República.

Além disso, estabeleceram-se novas ações no âmbito do controle concentrado, tal como a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF (art. 102, §1º da CF), cuja competência correspondia originariamente ao Supremo Tribunal Federal, objetivando reparar ou evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Procedeu-se, ademais, a inclusão da intitulada ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADO (art. 103, §2º da CF), admitida nos casos de inércia do legislador frente a necessidade de efetivação de norma constitucional e, até mesmo, a incorporação do mandado de injunção – MI (art. 5º, LXXI da CF), este dizendo respeito ao controle difuso, a fim de suprir uma lacuna legislativa, analisando-se a regulamentação de uma norma constitucional (BRASIL, 1988).

Deve-se ressaltar que, com a confecção da Emenda Constitucional nº 3/93, foi criada a ação declaratória de constitucionalidade – ADC, a qual detém o escopo de enunciar a conformidade de uma lei ou ato normativo com o Texto Constitucional, sendo que a própria constituição estabelece o seguinte:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I - processar e julgar, originariamente:
a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; [...] (BRASIL, 1988).

Na mesma linha de raciocínio, Vasconcelos (2015, p. 380) prescreve que a “[...] referida emenda constitucional passou a determinar que, nas ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade, a decisão terá efeito vinculante e erga omnes. ”

Destarte, desfecha-se que o controle concentrado de constitucionalidade dar normas, ao dispor de quatro ações a serem propostas pela via direta a partir da promulgação da Constituição de 1988, onde, antes, tinha a base de seu controle no sistema difuso – realizado pela via incidental, assim, no próprio bojo das demandas comuns – tornou a executar importante função perante o sistema jurídico brasileiro.

3.2.2 Forma de Exercício

Neste momento, estudar-se-á o instante em que o controle de constitucionalidade será exercido, o qual pode ser desenvolvido em duas etapas clássicas, preventiva ou repressivamente, isto é, antes da introdução da norma no ordenamento jurídico ou, depois de sua devida aprovação e consequente aplicação no direito brasileiro, gerando, outrossim, os efeitos que lhe são pertinentes.

3.2.2.1 Prévio ou Preventivo

Ocorrerá o controle preventivo quando for necessária a verificação de validade da lei ou ato normativo ainda em sua fase inicial, qual seja, sobre um projeto de lei, uma proposta normativa não aperfeiçoada.

Fachin (2015) consubstancia seus ensinamentos enfatizando que o controle de constitucionalidade preventivo tem “[...] por objetivo impedir que o ato normativo inconstitucional seja introduzido no ordenamento jurídico, afrontando a Constituição.”

No direito brasileiro, encontram-se hipóteses de controle preventivo. Por meio das atividades de controle dos projetos e proposições exercidas pelas Comissões de Constituição e Justiça das Casas do Congresso Nacional, bem como pelo veto jurídico do chefe do Poder Executivo – este, Presidente da República – devidamente fundamentado na inconstitucionalidade do projeto normativo (ALEXANDRINO; VICENTE, 2015, p. 794).

Como foi possível verificar, na constância do controle preventivo não é decretada a inconstitucionalidade da norma – tendo em vista que nem sequer passou a existir no mundo jurídico – mas, sim, é afastada a sua elaboração e posterior introdução, em razão da constatação de vício, o qual acaba por confrontar a Carta Constitucional.

3.2.2.2 Posterior ou Repressivo

Nos dizeres de Novellino (2014), o controle de repressivo “[...] se realiza após a conclusão definitiva do processo legislativo, com a finalidade de assegurar a supremacia constitucional, por meio da invalidação de leis e atos dos poderes públicos”.

Outrossim, divergentemente do anterior, o controle de constitucionalidade repressivo é verificado na incidência da fiscalização da validade sobre as normas finalizadas e promulgadas, destarte, quando já integradas ao ordenamento do Estado.

Ainda, Tavares (*apud* TRINDADE, 2014, p. 55) consolida seus conhecimentos doutrinando que:

É o Poder Judiciário o grande responsável pelo controle repressivo, uma vez que tem competência para resolver os conflitos intersubjetivos com base no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. No entanto, os demais poderes também podem realizar, de forma subsidiária, o controle repressivo. Pode ser realizado, assim, pelo Poder Legislativo, ao sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (art. 49, V, da CF) com a análise das medidas provisórias e na suspensão de leis declaradas inconstitucionais pelo STF (art. 52, X, da CF). O Poder Executivo também realiza o controle repressivo ao anular seus próprios atos quando eivados de inconstitucionalidade.

Neste caso, resta perceptível que a lei não estará na iminência de transgredir o Texto Constitucional, ela já, evidentemente, acarreta em lesão à Constituição. Portanto, entende-se por objetivo do controle repressivo o expurgo da lei ou de ato normativo que estejam confrontando a Lei Suprema do país.

3.2.3 Competência

Mediante o exposto anteriormente, pode-se evidenciar que o controle de constitucionalidade é realizado preponderantemente pelo Poder Judiciário, embora não haja exercício exclusivo para a referida função. Nesta senda, reforça-se que, também, exercendo fiscalização não jurisdicional, os Poderes Legislativo e o Executivo podem, em alguns casos, efetuar o controle da constitucionalidade das normas. Veja-se, então, na presente abordagem, os órgãos responsáveis pela fiscalização das leis no presente País.

3.2.3.1 Legislativo

Mediante a visão de separação dos poderes em três partes, incumbe, a um deles, qual seja, ao Poder Legislativo, proceder à prática da função normativa. Assim, dispõe Fernandes (2011, p. 687) que o “processo legislativo pode ser definido com o conjunto de regras (de fases e atos preordenados) que visam a produção (elaboração) de normas em nosso ordenamento jurídico”.

Em virtude do acima exposto, geraram-se controvérsias doutrinárias no sentido do exercício do controle de constitucionalidade das leis pelo próprio ente estatal que a elaborou:

[...] sob o fundamento de que não se pode considerar como fiscalização de constitucionalidade a manifestação acerca da validade de uma norma emitida pelo próprio poder encarregado de elaborar essa norma [...] ante a ausência de imparcialidade e independência do órgão fiscalizador (ALEXANDRINO; PAULO, 2015, p. 806).

Não obstante a alegação mencionada, dispõe, a Constituição Federal, acerca de competências atribuídas ao Legislativo como forma de verificar a validade das leis.

Essas hipóteses podem ser verificadas em distintas formas. A primeira, ato exclusivo do Congresso Nacional, o qual encontra respaldo no artigo 49, V da Carta Constitucional, tem o poder efetuar um meio de “veto legislativo”, realizando um controle repressivo e obstando a eficácia da norma violadora – e não declaração de inconstitucionalidade, *in verbis*:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (BRASIL, 1988).

Além disso, outra hipótese de controle repressivo efetuado pelo Legislativo dá-se em razão da competência para rejeitá-las total ou parcialmente, percebendo-se a fiscalização, neste caso, especificamente pelo Congresso Nacional, no tocante à análise das medidas provisórias aderidas pelo Presidente da República, estas, corroboradas pelo artigo 62, *caput*, da mencionada Constituição: “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional” (BRASIL, 1988).

Posteriormente, as atividades desempenhadas pela Comissão de Constituição e Justiça – CCJ também aplicam espécie de controle de constitucionalidade, especificamente na forma preventiva, tendo em vista que podem auferir, por meio de manifestação, acerca da constitucionalidade, ou não, das matérias sujeitadas à observação do Poder Legislativo.

Por derradeiro, tem-se o exercício do encargo efetivado ao Senado Federal, o qual possibilita a suspensão, total ou parcial, da execução de norma inconstitucional manifestada por decisão do Supremo Tribunal Federal por meio, também, de controle repressivo:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1988).

No entanto, apesar da concessão desses meios de fiscalização ao Poder Legislativo, suas decisões não eximem as normas ineficazes da posterior apreciação pelo Poder Judiciário, a fim de averiguar a possível inconstitucionalidade das leis, quando provocado.

3.2.3.2 Executivo

É cabível, ao Poder Executivo, a atuação como fiscal da constitucionalidade das leis em alguns casos, dentre os quais, elencar-se-á o comumente abordado em entendimentos doutrinários.

Destarte, o Texto Maior, no §1º do artigo 66, atribui ao Presidente da República a iniciativa de vetar projeto de lei, no todo ou em parte, que, diante de sua prévia análise, seja incompatível com a própria Constituição, no sentido de verificar sua inconstitucionalidade, de forma preventiva, exercendo o veto jurídico, bem como quando entendida pela sua contrariedade ao interesse público, efetuando o veto político, conforme denota-se a seguir:

Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto (BRASIL, 1988).

Noutra senda, mesmo o Chefe do Executivo entendendo pela “[...] hipótese de derrubada do veto e a consequente promulgação da lei, naturalmente, a correspondente lei, ato normativo, poderá ser objeto de controle de constitucionalidade, agora, porém, o chamado *controle posterior* ou *repressivo*” (LENZA, 2016, p. 301), desta vez, efetuado pelo Poder Judiciário, como será explicitado no decorrer dos próximos assuntos.

3.2.3.3 Judiciário

O Poder Judiciário no Brasil é, por excelência, órgão encarregado de realizar o controle da constitucionalidade das normas pelas vias do controle repressivo, possuindo, ainda, em princípio, caráter predominantemente difuso, mesmo ao optar, com o advento da Constituição de 1988, pela manutenção do “sistema eclético, híbrido ou misto, combinando o controle por via incidental e difuso (sistema americano), que vinha desde o início da República, com o controle por via principal e concentrado” (BARROSO, 2012).

Assim, é evidenciado que, a alegação de inconstitucionalidade, pode ser levantada perante qualquer membro do Legislativo, seja por meio de um único órgão ou por todos os

magistrados e Tribunais, com o intuito de analisar a tese que transcendeu e, posteriormente, se for o caso, absterem-se de aplicá-la.

No entanto, em razão da grandeza e da importância do controle efetuado pelo Judiciário, resguardou-se tópico específico, com o fim de abordar suas particularidades, as quais trarão a ideia central do presente trabalho monográfico, consoante notar-se-á em seguida.

3.2.4 Controle Exercido pelo Poder Judiciário

Conforme explicitado anteriormente, o “sistema de controle jurisdicional dos atos normativos é realizado pelo Poder Judiciário, tanto através de um único órgão (controle concentrado) como por qualquer juiz ou tribunal (controle difuso)” (LENZA, 2016, p. 306).

Logo, vislumbrar-se-ão as características de tal controle, a fim de explicar com mais atenção a referida matéria.

3.2.4.1 Sistemas de Controle Judicial: Difuso e Concentrado

Haja vista a presença de um sistema misto no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se a necessidade de tratar de ambos os sistemas de controle. Nesse sentido, atentar-se-á, primeiramente, em relação ao meio difuso.

No sistema difuso, especificamente, é concedido a qualquer magistrado, a competência para apreciar a alegação de constitucionalidade aventada, “na qual se controla a constitucionalidade de modo incidental - portanto prejudicialmente ao exame do mérito - gerando efeitos tradicionalmente retroativos e *inter partes*” (MASSON, 2015).

Ademais, Motta (2013) coaduna que o controle judicial pelo meio difuso:

[...] também é chamado de via indireta ou de defesa. A razão é porque nesta via não se discute a inconstitucionalidade em tese, mas apenas seus efeitos sobre um caso concreto, onde a pessoa física ou jurídica está sofrendo ou ameaçada de sofrer algum prejuízo por força da norma discutida. Assim, agindo ela em defesa de seus interesses, precisa atacar a constitucionalidade da norma, mesmo que de modo indireto.

Posteriormente, seguindo os pensamentos de Ferreira Filho (2012), tem-se que:

Este sistema se coaduna com a ideia, difundida por Marshall, de que o juiz resolve a questão de constitucionalidade como se se tratasse de um mero caso de conflito de

leis, ou seja, de determinação de qual a lei aplicável a um caso concreto. Entretanto, enseja por muito tempo a dúvida sobre a constitucionalidade, visto como diversos juízes são chamados a apreciar a mesma questão constitucional e podem ter opinião divergente, o que acarretará decisões que se contradizem entre si. De qualquer forma, apenas após a manifestação do mais alto Tribunal ficará definida a questão de constitucionalidade.

Portanto, vislumbra-se que o controle difuso não é realizado por um específico órgão, mas sim por uma pluralidade destes.

Divergentemente, o que caracteriza o controle concentrado “é a circunstância de somente poder ser realizado por um único órgão (ou por poucos, e previamente determinados, órgãos)” (MASSON, 2015).

Seguindo essa mesma premissa, é clarividente que, com a:

[...] concentração num só órgão da apreciação dos problemas de cons-titucionalidade tem a inegável vantagem de dar uma só e última palavra sobre a validade do ato, o que não ocorre quando a sua invalidade é declarada por órgão sujeito ao controle, por via de recurso, por parte do Tribunal mais alto (FERREIRA FILHO, 2012).

Em contraponto ao controle difuso, o concentrado almeja, especificamente, a declaração de inconstitucionalidade de certa lei ou ato normativo, prolatando a última declaração acerca da questão e produzindo impacto perante todo o ordenamento jurídico brasileiro.

3.2.4.2 Órgãos do Judiciário que Exercem Controle (Juízes e Tribunais)

Em relação ao controle judicial de constitucionalidade, evidencia-se que poderá ser efetivado e realizado por juízes de primeiro grau, e até mesmo pelos Tribunais, incluindo, neste, o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro.

No tocante ao controle difuso - verificadas as regras de competência constantes no Código de Processo Civil, nos trâmites dos processos de conhecimento - qualquer órgão julgador pertencente ao Poder Judiciário estará incumbido da apreciação da inconstitucionalidade da norma no caso concreto, qual seja, pela via incidental. Cabendo, inclusive, no controle difuso, ao Supremo Tribunal Federal, auferir a constitucionalidade da questão, exercendo sua função de Corte Recursal, quando interposto Recurso Extraordinário e atendendo aos pressupostos como prequestionamento, ofensa direta à Constituição, bem como a repercussão geral da questão suscitada.

Ademais, Masson (2015) explicita que, no controle difuso, normalmente, a questão da constitucionalidade é decidida exclusivamente pelo juiz de primeira instância. No entanto, torna-se possível que a parte sucumbente interponha recurso de apelação, fazendo com que a análise da matéria seja incumbida ao Tribunal *ad quem*.

Certa peculiaridade é verificada no que tange ao mencionado sistema de controle, prevista na Constituição Federal, precisamente em seu artigo 97, denominada como Cláusula de Reserva de Plenário, a qual dispõe que: “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público” (BRASIL, 1988).

Assim, depois de levantada a tese de inconstitucionalidade em sede recursal, Fernandes (2011) salienta que:

Se [...] rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno (devido à cláusula de reserva de plenário). Após o julgamento do incidente pelo Pleno do Tribunal ou pelo Órgão Especial, a Turma poderá julgar o caso concreto [...], pois não haverá mais questão que prejudique o julgamento (deslinde) do caso.

Destarte, dilucidado que existem limitações quanto ao julgamento de inconstitucionalidade realizado pelos Tribunais, devendo, portanto, ser ressalvada a referida cláusula, para, então, declarar a invalidade da norma jurídica a ser aplicada no caso em litígio.

No entanto, partindo para a análise do modelo concentrado de constatação da validade das leis, percebe-se que, tendo em vista a centralização de seu exercício a ente judiciário específico, é encarregado de efetuar-lo somente o Supremo Tribunal Federal, como regra geral, e excepcionalmente, os Tribunais de Justiça.

Responsáveis unicamente pelo plano estadual, os Tribunais de Justiça, também atuam como fiscalizadores da constitucionalidade das normas, devendo ser ressaltado que “[...] tem por objeto o exame da compatibilidade vertical das normas municipais e estaduais perante a Constituição Estadual” (PUCCINELLI JÚNIOR, 2012).

Em decorrência do exposto e da relevância do estudo do controle concentrado executado pela Corte Suprema, dar-se-á ponto em separado, objetivando uma análise mais aprofundada – e não exaustiva – acerca de seus apontamentos que tragam enriquecimento e relevância ao presente trabalho.

3.2.4.3 Controle Concentrado no Supremo Tribunal Federal

Tratando-se de procedimento com o intuito de declarar a inconstitucionalidade de norma em confronto com a Constituição Federal do Brasil, deverá, sua propositura, ser realizada perante o Supremo Tribunal Federal, apenas.

Especificamente nesse sistema de controle haverá um processo objetivo com demasiadas particularidades, no qual se discute tão somente a validade em si de uma lei, visando, por conseguinte, tutelar o equilíbrio do ordenamento jurídico, procedendo à retirada de normas que sejam inconvenientes em relação à Constituição (FERNANDES, 2011).

Então, o Supremo, a fim de efetuar o resguardo da Constituição Federal e analisar as arguições de inconstitucionalidade levantadas, deve, impreterivelmente, pela via direta, ser provocado por meio de instrumentos, os quais serão esmiuçados, brevemente, no decorrer dos próximos itens, quais sejam:

3.2.4.3.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn

Encontra-se prevista no artigo 102, I, a, primeira parte, da Constituição da República Federativa do Brasil, competindo o seu deslindar, de forma exclusiva, ao Supremo Tribunal Federal, conforme nota-se a seguir:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I - processar e julgar, originariamente:
a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual [...] (BRASIL, 1988).

Vislumbra-se, portanto, que são passíveis de impugnação por via de ação direta de inconstitucionalidade as leis e atos normativos da União ou dos Estados e, “como regra geral, deve-se conceber que [...] os atos pré-constitucionais (sejam eles federais ou estaduais) não são passíveis de controle por intermédio da ação direta de inconstitucionalidade” (MENDES, 2015, p. 1161).

Ademais, os legitimados para sua propositura estão elencados na Constituição Federal, de forma taxativa, no artigo 103 e seus incisos, senão, veja-se:

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 Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
 VI - o Procurador-Geral da República;
 VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
 VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
 IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional
 (BRASIL, 1988).

Disciplinada, em sua integralidade, pela Lei n. 9.868/99, a qual determinou não só as formas procedimentais, mas, inclusive, os efeitos transcendentais com sua decisão. “Deu-lhe expressamente efeito vinculante e eficácia erga omnes e permitiu, em certos casos, que somente produza efeito a declaração de nulidade a partir de determinado momento [...]” (FERREIRA FILHO, 2012).

Por fim, salienta-se que a ofensa arguida no controle concentrado deverá ser direta ao próprio Texto Constitucional e a lei ou ato normativo violador possuir vigência no momento de sua alegação, fazendo com que, a partir da decisão, declarada a inconstitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal, a norma atingida seja nula e possua eficácia *ex tunc*. Sendo permitida, todavia, a fixação divergente quanto ao início da eficácia e a restrição de seus efeitos, se aprovados por maioria de 2/3 dos magistrados (MENDES, 2015, p. 1184).

3.2.4.3.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC

No que concerne à Ação Declaratória de Constitucionalidade, foi introduzida, em conformidade com o disciplinado por Puccinelli Júnior (2012), “[...] com a finalidade de obter a declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, diante da existência de controvérsia relevante sobre sua legitimidade”.

Prevista no artigo 102, I, a, segunda parte, da CF, tem o escopo de tornar pacífico o emprego da norma, reconhecendo e confirmando a validade de lei ou ato normativo, para efetuar a legítima aplicação, resguardando a segurança jurídica dos dispositivos legais presentes no ordenamento brasileiro. “Tanto é fato que o art. 14, III, da Lei 9.868/1999 exige que a inicial indique a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória”, isto é, não se admite ADC sobre matéria pacífica” (PADILHA, 2014).

Com relação aos legitimados para propô-la, possui o mesmo rol da ADIn, conhecido anteriormente na forma do artigo 103 e incisos da Carta Constitucional. E, por conta de ser regida pela mesma lei da referida ação, a ADIn, inclusive, sendo tratados nos

mesmos artigos – artigos 22 e seguintes – possuirá, a decisão definitiva declaradora da constitucionalidade da norma, “eficácia contra todos e efeito vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário” (FERREIRA FILHO, 2012).

Destarte, percebe-se que a ação abordada dispõe o papel de afastar a relatividade, a incerteza da presunção de constitucionalidade da lei ou ato normativo invocado, ratificando sua constitucionalidade e transformando-a em presunção absoluta (*iuri et iuri*).

3.2.4.3.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

A ação em exame no momento, conforme entendimento doutrinário de Padilha (2014), “[...] tem por fim cientificar o poder competente da mora legislativa na regulamentação de norma constitucional de eficácia limitada, inércia que impossibilita o exercício de direitos previstos na Constituição”.

No âmbito constitucional, encontram-se legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão aqueles dispostos nos incisos do artigo 103, quais sejam os mesmos da ADIn e ADC.

Quanto aos efeitos, sua omissão pode relacionar-se com espécies de normas distintas: as de conteúdo legislativo e as tipicamente regulamentares de elaboração administrativa. Referindo-se à norma legislativa, incabível que o Poder Judiciário determine e imponha ao Poder Legislativo a produção de lei em sentido formal, verificando-se, portanto, a ineficácia prática da decisão que defere o pedido do autor em ADO relacionada à ausência da referida norma. Em contraponto, em relação à norma administrativa, a decisão se mostra eficiente, decretando que o órgão omissor supra essa carência de norma, em prazo não superior a trinta dias (MOTTA, 2013).

Logo, confere-se às normas constitucionais de eficácia limitada que sejam omissas em seu tocante regulamentar, a efetividade que necessitavam para a prática de suas ações.

3.2.4.3.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva

Dependendo de representação exclusiva pelo Procurador-Geral da República, a Ação Direta de Inconstitucionalidade na modalidade interventiva, encontra respaldo legal no próprio Texto Constitucional, vislumbrando-se, em seu artigo 36, III, que:

Art. 36. A decretação da intervenção dependerá:

III - de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal (BRASIL, 1988).

Possui o objetivo de apaziguar um conflito federativo e resguardar os princípios sensíveis dispostos no artigo 34, VII do Texto Maior, conforme supramencionado, sendo eles: forma republicana, sistema representativo e regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal, prestação de contas da administração pública, direta e indireta, bem como, aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, Moraes (*apud* PUCCINELLI JUNIOR, 2015, p. 214) manifesta seu conhecimento afirmando que é:

[...] incontrastável sua dupla finalidade jurídica e política, sendo a primeira voltada à própria declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual, enquanto a segunda destina-se a possibilitar a intervenção política do ente federal no Estado-membro ou no Distrito Federal, com vistas não somente a afastar os agentes que deram causa ao decreto interventivo e restaurar a normalidade institucional, mas também sustar os atos do Poder Público, especialmente os normativos, lesivos a qualquer dos princípios constitucionais sensíveis.

Por conseguinte, decidida a tese impugnada por meio da referida ação interventiva, “se o Tribunal julgar improcedente a ação, haverá de reconhecer a constitucionalidade da medida questionada em face dos chamados princípios sensíveis (CF, art. 34, VII) ou a não configuração de indevida recusa à execução de lei federal (CF, art. 34, VI)” (MENDES, 2015).

Em razão de todo o exposto, uma vez declarada, em decisão pelo Supremo Tribunal Federal, a afronta do ato praticado pelo ente federado aos princípios constitucionais sensíveis, ou, dependendo do caso, a ação ou omissão do Poder Público dos estados que impeça a execução de lei federal, será decretada, pelo Presidente da República, a suspensão da prática acometida pela referida decisão, com o fim de reestabelecer a normalidade jurídica.

3.2.4.3.5 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental está prevista no § 1º do artigo 102 da Constituição Federal. Ressaltando-se que será analisada, por ser mecanismo de controle concentrado, de forma exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal, conforme preceitua

o mencionado parágrafo, *in verbis*: “§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei” (BRASIL, 1988).

Destaca-se que a lista de legitimados contém os mesmos componentes dos demonstradas quando da abordagem da ADIn, da ADC e da ADO.

A ADPF possui como “[...] fim evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, bem como resolver controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição” (PADILHA, 2014).

No tocante ao seu cabimento e corroborando com o explanado acima, Novelino (2014) ensina que:

[...] o parâmetro constitucional violado deve ser um **preceito fundamental** (Lei 9.882/1999, art. 1.º, caput), isto é, uma norma constitucional (princípio ou regra) imprescindível para preservar a identidade da Constituição, o regime por ela adotado ou, ainda, que consagre um direito fundamental.

Ademais, deve-se esclarecer que se trata de ação subsidiária, porque “[...] a Lei n. 9.882/99 impõe que a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será admitida se não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade (art. 4º, § 1º)” (MENDES, 2015, p. 1270).

Desse modo, julgada a ação e prolatada a decisão, esta estabelecerá condições e fixará o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental, a qual possuirá efeito imediato e *ex tunc*, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Público.

3.3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Conforme versado anteriormente, o controle de constitucionalidade visa auferir a compatibilidade entre a norma legal e o Texto Constitucional.

De forma diversa, estabelece Mazzuoli (2011, p. 128) que o controle de convencionalidade possui o objetivo de compatibilizar verticalmente as normas de direito interno com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e que se encontram em vigor no território nacional.

Corroborando com a ideia supramencionada, Guerra (2013, p. 179) afirma que:

Tal controle diz respeito a um novo dispositivo jurídico fiscalizador das leis infraconstitucionais que possibilita duplo controle de verticalidade, isto é, as normas internas de um país devem estar compatíveis tanto com a Constituição (controle de constitucionalidade) quanto com os tratados internacionais ratificados pelo país onde vigora tais normas (controle de convencionalidade).

Trata-se de instituto que adentrou o sistema jurídico recentemente, tendo-se em vista a carência quanto à efetividade dos direitos humanos.

Como desenvolvido no capítulo anterior - o qual trata dos direitos humanos - com o fim da Segunda Guerra Mundial, depois do quase extermínio de grande parte dos judeus do continente Europeu, verificou-se a necessidade de implantação de uma cooperação internacional, objetivada para assegurar o resguardo dos direitos humanos.

Desde então, tem-se avançado mundialmente no sentido de propor a cultura universal a todos os Estados.

Posteriormente, o Conselho Constitucional Francês adotou o hábito de verificar a compatibilidade das leis de seu ordenamento perante os tratados ratificados pelo governo, passando a exercer um controle de convencionalidade de matriz nacional. Assim, Ramos (2016, p. 428) salienta que:

Esse controle nacional foi consagrado na França, em 1975 (decisão sobre a lei de interrupção voluntária da gravidez), quando o Conselho Constitucional, tendo em vista o artigo 55 da Constituição francesa sobre o estatuto supralegal dos tratados, decidiu que não lhe cabia a análise da compatibilidade de lei com tratado internacional. Essa missão deve ser efetuada pelos juízos ordinários, sob o controle da Corte de Cassação e do Conselho de Estado.

Mais adiante, a expressão “controle de convencionalidade” passou a ser difundida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujo intuito é o de assegurar a aplicação dos tratados que versarem a respeito dos direitos humanos, principalmente, a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Ademais, dispondo, pela primeira vez, acerca da expressão “controle de convencionalidade”, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, julgou, em 26 de setembro de 2006, o caso *Almonacid Arellano e outros versus Governo do Chile*, dispondo, por meio de decisão proferida, que:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato

del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2006) (Grifou-se).

Seguindo essa vertente, com a criação do controle de convencionalidade, disciplinou-se espécie de obrigação aos magistrados do âmbito interno do Estado, devendo não só proceder como implementadores das leis e asseguradores de sua compatibilidade com a Constituição, mas também como interpretadores das normas internacionais, cujo tema seja direitos humanos, verificando se as aplicadas *in concreto* no ordenamento jurídico do país estão respeitando o disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos e nos demais tratados ratificados pelo Estado a que correspondam.

No Direito brasileiro, a EC n. 45/2004 trouxe a possibilidade de aprovação dos tratados internacionais de direitos humanos com valor de Emenda Constitucional.

Guerra (2013, p. 187) explana, reafirmando o apresentado acerca do controle de convencionalidade, que “[...] ao ratificar um tratado internacional de direitos humanos o Estado se vincula ao mesmo. Assim, é dever do Estado garantir mecanismos no plano interno que estejam afinados com as normas internacionais, que passam a fazer parte do ordenamento jurídico interno do Estado.

Assim, as normas brasileiras, a fim de serem válidas, devem concordar materialmente com a Constituição Federal, bem como com os Tratados e Convenções de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil. Ressaltando-se que, em caso de incompatibilidade com a Convenção, a norma será declarada inválida – por meio do exercício de controle difuso ou concentrado - mesmo possuindo vigência perante o ordenamento jurídico brasileiro.

3.3.1 O controle de convencionalidade pelo Supremo Tribunal Federal

Consoante explanado no item 2.1.4, cujo objetivo era versar acerca da Corte Interamericana de Direitos Humanos, verificou-se a competência da referida Corte, quando insuficiente ou omissa o meio de controle realizado pelo direito interno do Estado frente as normas ratificadas relacionadas aos direitos humanos, a fim de efetuar a intervenção estatal,

ao ser provocada, e promover a obrigatoriedade de aplicação da norma violada pelo Estado transgressor, efetuando o controle de convencionalidade pela matriz internacional.

Nesse sentido, clarifica-se que o controle de convencionalidade pode ser “[...] atribuído a órgãos internacionais, compostos por julgadores independentes, criados por normas internacionais, para evitar que os próprios Estados sejam, ao mesmo tempo, fiscais e fiscalizados, criando a indesejável figura do *judex in causa sua*” (RAMOS, 2016, p. 427).

Desse modo, além do controle pela matriz internacional, no ordenamento jurídico brasileiro, é cabível ao Supremo Tribunal Federal, de forma concentrada, portanto, a realização de procedimento semelhante no tocante à verificação de compatibilidade da norma interna com a internacional de direitos humanos.

Mazzuoli (2016, p. 245) demonstra seus ensinamentos dispondo:

[...] ser plenamente possível utilizar-se das ações do controle concentrado, como a ADIn (que invalidaria a norma infraconstitucional por inconvenção), a ADECON (que garantiria à norma infraconstitucional a compatibilidade vertical com um tratado de direitos humanos formalmente constitucional), ou até mesmo a ADPF (que possibilitaria exigir o cumprimento de um “preceito fundamental” encontrado em tratado de direitos humanos formalmente constitucional), não mais fundadas apenas no texto constitucional, senão também nos tratados de direitos humanos aprovados pela sistemática do art. 5.º, § 3.º, da Constituição e em vigor no país.

Nesse sentido, tem-se que para realizar o controle concentrado de convencionalidade são admitidos os instrumentos do controle concentrado de constitucionalidade, frente ao STF, tais quais as Ações Diretas de Inconvenção, com o intuito de declarar que uma afronta um Tratado ou Convenção Internacional sobre Direitos Humanos quando aprovado pelo rito do artigo 5º, §3º da Constituição Federal; as Ações Declaratórias de Convencionalidade, nos casos em que se requer a declaração de compatibilidade entre norma interna inferior à Carta Constitucional e as disposições implementadas pelos Tratados de Direitos Humanos com força de emenda constitucional; as Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental, a fim de salvaguardar preceito fundamental presente em Tratado de Direitos Humanos transgredido por norma infraconstitucional.

Por fim, constata-se a possibilidade de fiscalização da validade das normas internas perante os Tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil e que possuam valor de emenda constitucional, sendo que, este controle de convencionalidade, será exercido, em sua forma concentrada, pelo Supremo Tribunal Federal, atentando, sempre, para a proteção dos direitos humanos do indivíduo.

4 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Depois de superadas as questões relativas aos direitos humanos, bem como ao controle de convencionalidade no tocante ao seu conceito e forma de aplicação, resta relacionar ambos os assuntos e demonstrar os conhecimentos angariados ao longo do estudo, evidenciando o problema apontado no primeiro capítulo.

No presente capítulo, utilizar-se-ão como parâmetros de pesquisa, a prisão civil do depositário infiel e a Lei de Anistia, com o objetivo de ressaltar o controle de convencionalidade executado pelo STF.

4.1 A PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL

Atualmente, a prisão de natureza civil imposta ao depositário infiel é grande geradora de controvérsias no âmbito jurídico brasileiro, tanto entre doutrinadores quanto em relação ao próprio Poder Judiciário.

4.1.1 Entendimento anterior à ratificação da CADH

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê, em seu artigo 5º, LXVII, a possibilidade de prisão civil em apenas duas hipóteses: no caso dos devedores de pensão alimentícia e do depositário infiel, como nota-se da legislação colacionada abaixo:

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

[...]

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel (BRASIL, 1988).

Especificamente no que diz respeito ao depositário infiel, pode-se inferir, da leitura da seguinte jurisprudência, que era plenamente imposta sua prisão, como meio coercitivo, quando esgotadas as demais possibilidades de instrução probatória de sua má-fé, senão, veja-se:

Deposito judicial: prisão do depositario judicial infiel: natureza e pressupostos: a dispensa de ação de depósito e os imperativos do devido processo legal. 1. Quando o *munus* do depósito judicial não foi atribuído a sociedade comercial executada, mas ao sócio gerente, o afastamento da administração social, sequer comunicado ao juízo da execução, não o libera da responsabilidade de depositario, se, embora reconhecida ausência de dolo, o desaparecimento da coisa lhe pode ser imputado a título de culpa. 2. No entanto, não sendo pena, e, sim "meio coercitivo para se obter a execução da obrigação de restituir o depósito", a prisão do depositario e "ultima ratio", a qual - não obstante dispensada a ação de depósito para acertar previamente a responsabilidade do depositario judicial (Súmula 619) -, não se deve chegar, dadas as peculiaridades do caso, antes de propiciar-lhe, em instrução sumaria, a produção das provas requeridas, e que só em juízo poderiam ser feitas, de fatos que eventualmente possibilitariam a descoberta do paradeiro da coisa e sua apreensão. (BRASIL, 1991).

Além do mais, por meio da Súmula 619, o Supremo Tribunal Federal determinou que “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito” (BRASIL, 2008).

Seguindo essa premissa, depreende-se que anteriormente à ratificação do Pacto de San José da Costa Rica, assim sendo, até o ano de 1992, o supramencionado dispositivo era plenamente aplicado, sem qualquer oposição plausível, pelos juízes e tribunais que compõem o sistema jurídico brasileiro.

4.1.2 Entendimento posterior à ratificação da CADH

Posteriormente ao advento da Convenção – promulgada e ratificada pelo Decreto n. 678 de 06 de novembro de 1992 – emergiram-se as polêmicas, em decorrência do previsto no item 7 do artigo 7º da CADH. Este artigo versa acerca da impossibilidade de prisão civil do depositário infiel, divergentemente do previsto constitucionalmente, conforme verifica-se do artigo a seguir colacionado:

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 (CADH, 1969).

Ademais, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal não foi alterado com a ratificação do Pacto, em razão de firmar entendimento de que a Convenção Americana de Direitos Humanos não seria aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro no presente caso e, ainda, salientar que a referida possuía status de lei ordinária. Assim, o dispositivo previsto na Convenção não poderia contrariar a Lei Suprema do país.

Afirma-se em entendimento doutrinário no mesmo sentido, que:

Sob a égide da Constituição de 1988, exatamente em 22-11-1995, o Plenário do STF voltou a discutir a matéria no HC 72.131/RJ, redator para o acórdão Ministro Moreira Alves, porém agora tendo como foco o problema específico da prisão civil do devedor como depositário infiel na alienação fiduciária em garantia. Na ocasião, reafirmou-se o entendimento de que os diplomas normativos de caráter internacional **adentram o ordenamento jurídico interno no patamar da legislação ordinária e eventuais conflitos normativos resolvem-se pela regra *lex posterior derogat legi priori***. Preconizaram esse entendimento também os votos vencidos dos Ministros Marco Aurélio, Francisco Rezek e Carlos Velloso. Deixou-se assentado, não obstante, seguindo-se o entendimento esposado no voto do Ministro Moreira Alves, que o art. 7º (7) do Pacto de San José da Costa Rica, por ser norma geral, não revoga a legislação ordinária de caráter especial, como o Decreto-Lei n. 911/69, que equipara o devedor-fiduciante ao depositário infiel para fins de prisão civil (MENDES, 2014) (Grifou-se).

Ainda, corroborando com o exposto no sentido da constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, encontrou-se julgamento de *habeas corpus*, senão veja-se:

EMENTA: “Habeas corpus”. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel.

- Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal.

- **Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica.** “Habeas corpus” indeferido, cassada a liminar concedida (BRASIL, 1995) (Grifou-se).

Posteriormente, com a ascensão dos direitos humanos internacionais e a necessidade de observação de uma cooperação com os demais Estados, incorporou-se, mediante EC 45/04, o §3º ao artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com o intuito de conceder maior força aos tratados internacionais que versarem acerca de direitos humanos, quando aprovados pelo rito estipulado na disposição legal, os quais passariam a ter força de emenda constitucional. Conquanto, os não aprovados continuariam consubstanciados no entendimento anterior, qual seja, com força de lei ordinária.

Anos mais tarde, a partir da decisão do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP em dezembro de 2008, o STF, a fim de concordar com o panorama jurídico internacional, revisou suas antigas decisões e passou a assentir que os tratados internacionais de direitos humanos não aprovados pelo rito disposto no §3º do artigo 5º da CRFB seriam dotados de força supralegal, situando-se, portanto, acima das leis ordinárias do país, mas abaixo do Texto Constitucional.

Assim, Mendes (2014) expõe no sentido de que:

[...] conscientes de que os motivos que conduzem à concepção de um Estado Constitucional Cooperativo são complexos, é preciso reconhecer os aspectos sociológico-econômico e ideal-moral como os mais evidentes. E no que se refere ao aspecto ideal-moral, não se pode deixar de considerar a proteção aos direitos humanos como a fórmula mais concreta de que dispõe o sistema constitucional, a exigir dos atores da vida sociopolítica do Estado uma contribuição positiva para a máxima eficácia das normas das Constituições modernas que protegem a cooperação internacional amistosa como princípio vetor das relações entre os Estados Nacionais e a proteção dos direitos humanos como corolário da própria garantia da dignidade da pessoa humana.

Presente, por conseguinte, no caso da prisão civil do depositário infiel, conflito de uma norma prevista constitucionalmente com um dispositivo de tratado internacional, no qual a Constituição autoriza e a Convenção Americana de Direitos Humanos veda.

Nesta senda, com a finalidade de solucionar o problema, afastou-se a hierarquia das normas e passou-se a observar o princípio *pro homine*, sobressaindo a norma mais favorável ao indivíduo.

Não importa a hierarquia da norma, sim o seu conteúdo. O mais favorável prevalece. Não há que se falar em revogação da norma constitucional que conflita com o tratado. Todas as normas continuam vigentes. Mas no caso concreto será aplicada a mais favorável (MAZZUOLI, 2002, p. 87).

Por conta disso, alterou-se entendimento jurisprudencial, concordando o direito interno do Brasil com os tratados internacionais, tornando ilícita a prisão civil do depositário infiel, independentemente da modalidade do depósito presente ao caso.

Vislumbra-se, nesse sentido, ementa do referido Recurso Extraordinário julgado pelo Supremo Tribunal Federal:

PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. **É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.** (BRASIL, 2008) (Grifou-se).

Além do mais, denota-se do mencionado Recurso Extraordinário, o novo entendimento sustentado pela Corte Suprema do âmbito brasileiro:

[...]. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. [...]. Assim, **a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional.** É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano. [...] Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), **mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional** que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969.[...] Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada (BRASIL, 2009) (Grifou-se).

Por esta razão, o STF concluiu que a prisão civil do depositário infiel prevista na legislação ordinária não mais subsiste no ordenamento nacional, tendo em vista que foi atingida pela eficácia paralisante do Pacto de San José da Costa Rica [...]. (PUCINELLI JÚNIOR, 2012).

Ratificando o explanado no primeiro capítulo, consoante consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, ao adentrar no ordenamento jurídico interno obedecendo o rito estipulado constitucionalmente no §3º do artigo 5º, por meio do voto de 3/5 dos membros do Congresso Nacional, o tratado possuirá força constitucional, ou seja, valor equivalente de Emendas Constitucionais, passando, portanto, a compor o denominado "bloco de constitucionalidade". Caso contrário, quando não contemplado pelo rito, terá o tratamento de norma supralegal.

Assim, percebe-se que o entendimento do Supremo Tribunal Federal coaduna com a visão de magnitude dos direitos humanos, apesar de apontar a força supralegal dos tratados de direitos humanos em alguns casos.

Com o intuito de pacificar seu entendimento em relação à prisão civil do depositário infiel, o Supremo Tribunal Federal disciplinou, baseando-se no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, por meio da Súmula Vinculante 25 que "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito" (BRASIL, 2009).

Ante a introdução de tal dispositivo, a mencionada Corte fundamentou sua perspectiva e utilizou como precedente representativo dois julgados. Analisado o primeiro,

não foram constatados apontamentos que divergissem dos anteriormente corroborados, conforme pode-se notar a seguir:

"Se não existem maiores controvérsias sobre a legitimidade constitucional da prisão civil do devedor de alimentos, assim não ocorre em relação à prisão do depositário infiel. As legislações mais avançadas em matérias de direitos humanos proíbem expressamente qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais, excepcionando apenas o caso do alimentante inadimplente. O art. 7º (n.º 7) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos 'Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, dispõe desta forma: 'Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.' Com a adesão do Brasil a essa convenção, assim como ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, sem qualquer reserva, ambos no ano de 1992, iniciou-se um amplo debate sobre a possibilidade de revogação, por tais diplomas internacionais, da parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, especificamente, da expressão 'depositário infiel', e, por consequência, de toda a legislação infraconstitucional que nele possui fundamento direto ou indireto. (...) Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (...) deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (...). Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. (...) Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos 'Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel." (BRASIL, 2009).

Nesse sentido, averiguou-se, no julgamento supracitado, que a Suprema Corte brasileira reputou que a aplicação da parte final do artigo 5º, LXVII não deve prevalecer sobre as leis posteriores que presidam a espécie de prisão em questão, não obstante entenda pela Supremacia da Constituição da República no tocante aos Tratados e Convenções de Direitos Humanos.

Quanto ao segundo precedente representativo, pode-se constatar a abrangência dada pela Constituição Federal e, inclusive, positivar a aplicação do princípio *pro homine*, este em relação às controvérsias entre a menção da prisão civil do depositário infiel pela Constituição Federal e o dispositivo de tratado internacional que a contraria, ambos dentro do ordenamento jurídico interno do Brasil:

"Direito Processual. Habeas Corpus. Prisão civil do depositário infiel. Pacto de São José da Costa Rica. Alteração de orientação da jurisprudência do STF. Concessão da

ordem. 1. A matéria em julgamento neste habeas corpus envolve a temática da (in)admissibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro no período posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica no direito nacional. 2. Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. 3. Na atualidade a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. **O art. 5º, §2º, da Carta Magna, expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no caput do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, conseqüentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel.** 4. Habeas corpus concedido" (BRASIL, 2008) (Grifou-se).

Nesta senda, em atenção ao aludido julgamento, observou-se a aplicação do parágrafo 2º do artigo 5º da CRFB e a prevalência dos direitos humanos, com o fim de justificar a implementação de tal súmula vinculante no sistema jurídico brasileiro.

Em complementação ao exposto, consoante entendimentos doutrinários de Mazzuoli (2002, p. 83), percebe-se que:

O que se defendia há anos foi finalmente sumulado pela Suprema Corte, com caráter vinculante à Administração Pública (direta ou indireta) e ao Judiciário. No citado RE 466.343-SP o STF já havia reconhecido a ilicitude de toda forma de prisão civil do depositário infiel, mas essa decisão (dentro de um Recurso Extraordinário) significava mero controle difuso de constitucionalidade, que só podia ter efeito erga omnes em razão da tese da abstrativização do controle difuso [...]. Agora, com a Súmula Vinculante 25, toda Administração Pública, assim como os juízes e tribunais, acham-se obrigados a seguir o seu entendimento, sob pena de ensejar (em caso de descumprimento) a interposição de reclamação (direta ao STF), nos termos do art. 103-A, §3º, da Constituição.

Por conseguinte, depreende-se que, mediante entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, é vedada a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito, não mais tornando-se aplicável o dispositivo expresso na parte final do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal, apesar de ainda continuar vigente, haja vista a prevalência da norma mais favorável ao homem e da dignidade da pessoa humana, inclusive, como princípios constitucionais.

4.2 A LEI DE ANISTIA

Em 28 de agosto de 1979, foi sancionada a Lei nº 6.683, vigente até hoje, a qual dispôs o seguinte:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado) (BRASIL, 1979).

Desse modo, vislumbra-se que a polêmica da Lei de Anistia gira em torno da extinção da responsabilidade penal dos envolvidos no cometimento de crimes políticos ou conexos, no período acima mencionado.

Ademais, torna-se imperioso ressaltar que o propósito da referida lei era:

[...] indultar os cidadãos que foram processados com base nas normas de exceção aprovadas pelo governo militar. No entanto, foi incorporado o conceito de “crimes conexos” “para beneficiar, em tese, os agentes do Estado envolvidos na prática de torturas e assassinatos”.²⁹⁰ Sobre este ponto, o Estado reconheceu que a investigação e sanção penal dos responsáveis pelos desaparecimentos forçados das vítimas e [...] “está impossibilitada pela Lei de Anistia ainda vigente” (CIDH, 2009).

Assim, considerando o apresentado quanto à absolvição concedida aos agentes violadores dos direitos humanos na época de repressão imposta pela ditadura militar, clarifica-se, portanto, que a criação da Lei de Anistia tratou-se de perdão ao agente violador dado pelo próprio praticante da violação - autoanistia.

4.2.1 Breves fatos acerca da Guerrilha do Araguaia e consequentes decisões judiciais

Ao retornar para o período da Ditadura Militar - tempo onde fora introduzido o Ato Institucional nº 5, cujo intuito era promover a supressão de direitos e o cerceamento de liberdades – deve-se ter em mente que a época foi marcada pelos mais variados movimentos sociais em combate ao autoritarismo e a repressão.

Entre os anos de 1967 e 1974, ocorreu o movimento intitulado como “Guerrilha do Araguaia”, no qual rebeldes membros do Partido Comunista do Brasil, mobilizados pelas injustiças praticadas no sistema ditatorial, passaram a armar um exército com pessoas da

região e pretendiam promover uma luta armada nas redondezas do rio Araguaia, tendo em vista o anseio pela implementação do socialismo no Brasil.

A partir dessa Guerrilha, antes mesmo de relatos de ataques pelos rebeldes, cerca de 70 envolvidos desapareceram, misteriosamente, sem deixar qualquer vestígio, em decorrência de movimento implementado pelo Estado, com o fim de exterminar os membros do movimento intitulado como “Guerrilha do Araguaia”.

Com a ideia de complementação do assunto, Paiva e Heemann (2015, p. 234), expõem que o “caso Guerrilha do Araguaia”:

[...] trata da responsabilidade do Estado brasileiro pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de aproximadamente setenta pessoas, entre elas integrantes do PCB (Partido Comunista Brasileiro) e camponeses da região do Araguaia, situada no Estado do Tocantins, entre 1972 e 1975.

Nesta senda, observa-se que com a promulgação da Lei de Anistia, impediram-se as investigações penais dos agentes políticos da ditadura militar, englobando nesse caso, inclusive, os praticantes dos crimes cometidos contra os desaparecidos da Guerrilha do Araguaia.

Em decorrência disso, familiares dos vitimados partiram à procura por respostas do ocorrido através da propositura, em fevereiro de 1982, da Ação Ordinária para Prestação de Fato nº 82.00.24682-5, na 1ª Vara Federal do Distrito Federal, tendo como objeto a obtenção de informações acerca do desaparecimento forçado das vítimas e, em caso de existirem apenas os restos mortais, que lhes fosse concedida a respectiva declaração de ausência, e também a possibilidade de efetuação de sepultamento digno (GUERRA, 2013, p. 158).

Decorridos anos desde o ingresso da referida lide, “a ação foi extinta sem julgamento do mérito, em virtude de que o pedido era jurídica e materialmente impossível de cumprir”, justificando, ainda, que o pedido de declaração de ausência das vítimas desaparecidas era contemplado pela lei de anistia, não necessitando, por conseguinte, de nenhum complemento judicial (CIDH, 2009).

Posteriormente a isso, por meio de recurso de Apelação interposto pelos familiares das vítimas, o Tribunal Regional Federal da Primeira Região possibilitou a análise do mérito da causa. E, depois de esgotadas as possibilidades de recurso pela União – os quais foram rejeitados – iniciou-se a instrução do feito.

Finalmente, no ano de 2003, o juiz da primeira instância prolatou sentença de procedência, definindo o mérito da causa e impôs à União:

[...] a) a desclassificação de documentos relativos a todas as operações militares realizadas contra a Guerrilha do Araguaia; b) o prazo de 120 dias para que a União informasse sobre o lugar de sepultura dos restos mortais dos desaparecidos, procedesse a transladar e sepultar as ossadas no lugar indicado pelos autores da ação judicial, e entregasse a informação necessária para obter as certidões de óbito; c) o prazo de 120 dias para que a União apresentasse ao Judiciário toda a informação relativa à totalidade das operações militares relacionadas com a Guerrilha do Araguaia; e a investigação pelas Forças Armadas, no prazo de 60 dias, a fim de elaborar um quadro preciso e detalhado das operações realizadas contra a Guerrilha do Araguaia, cujos resultados deveriam ser remetidos ao Juiz que expediu a decisão. O descumprimento dessa sentença, conforme seu texto, implicaria na aplicação de uma multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) (CIDH, 2009).

Destarte, mesmo com o proferimento de decisão que determinasse a execução de medidas por parte da União, não se verificaram indícios do cumprimento da sentença. Outros mecanismos possíveis de busca por informações foram acionados, inclusive, com intervenção do Ministério Público, no entanto, não lograram resultados conforme o esperado.

Portanto, depois de ineficazes os meios utilizados no sistema interno do Brasil, sobejou-lhes a opção de rogarem por auxílio às organizações que prestam guarida aos direitos humanos em âmbito internacional.

4.2.2 Da submissão do caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos

Após inúmeras tentativas de resolução da lide no âmbito interno, os parentes dos desaparecidos sujeitaram a questão à Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, esta que, depois de analisar os fatos e fundamentos do ocorrido, expediu o Relatório de Mérito nº 91/08 e concluiu com o entendimento de que "[...] o Estado brasileiro é responsável pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal, à liberdade pessoal, às garantias judiciais, à liberdade de pensamento e de expressão e à proteção judicial [...]" (CIDH, 2009).

Outrossim, na tentativa de minimizar os danos ocasionados e evitar novas transgressões, a Comissão efetuou, ainda, tais recomendações à República Federativa do Brasil, senão, veja-se:

1. Adotar todas as medidas que sejam necessárias, a fim de garantir que a Lei Nº 6.683/79 (Lei de Anistia) não continue representando um obstáculo para a

persecução penal de graves violações de direitos humanos que constituam crimes contra a humanidade;

2. Determinar, através da jurisdição de direito comum, a responsabilidade penal pelos desaparecimentos forçados das vítimas da Guerrilha do Araguaia, mediante uma investigação judicial completa e imparcial dos fatos com observância ao devido processo legal, a fim de identificar os responsáveis por tais violações e sancioná-los penalmente; e publicar os resultados dessa investigação. No cumprimento desta recomendação, o Estado deverá levar em conta que tais crimes contra a humanidade são insuscetíveis de anistia e imprescritíveis;

3. Realizar todas as ações e modificações legais necessárias a fim de sistematizar e publicar todos os documentos relacionados com as operações militares contra a Guerrilha do Araguaia;

4. Fortalecer, com recursos financeiros e logísticos, os esforços já empreendidos na busca e sepultura das vítimas desaparecidas cujos restos mortais ainda não hajam sido encontrados e/ou identificados;

5. Outorgar uma reparação aos familiares das vítimas, que inclua o tratamento físico e psicológico, assim como a celebração de atos de importância simbólica que garantam a não repetição dos delitos cometidos no presente caso e o reconhecimento da responsabilidade do Estado pelo desaparecimento das vítimas e o sofrimento de seus familiares;

6. Implementar, dentro de um prazo razoável, programas de educação em direitos humanos permanentes dentro das Forças Armadas brasileiras, em todos os níveis hierárquicos, e incluir especial menção no currículo de tais programas de treinamento ao presente caso e aos instrumentos internacionais de direitos humanos, especificamente os relacionados com o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura; e

7. Tipificar no seu ordenamento interno o crime de desaparecimento forçado, conforme os elementos constitutivos do mesmo estabelecidos nos instrumentos internacionais respectivos (CIDH, 2009).

Posteriormente à notificação do Estado violador, iniciou-se o prazo de dois meses para o acatamento e cumprimento das recomendações encaminhadas pela Comissão. Superados inúmeros pedidos de dilação dos prazos concedidos ao Brasil, finalmente, apresentou relatório parcial sobre o cumprimento das medidas, solicitando, novamente, prorrogação por mais seis meses.

Desse modo, reconhecendo a falta de implementação satisfatória pelo Estado brasileiro, bem como as violações praticadas, a Comissão, em 26 de março de 2009, encaminhou o Caso 11.552 para apreciação e julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, figurando-se como partes Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) contra a República Federativa do Brasil, sob os fundamentos que seguem:

257. Com base nas considerações de fato e de direito antes expostas, a Comissão Interamericana conclui que a República Federativa do Brasil é responsável pela violação dos direitos à personalidade jurídica, vida, integridade pessoal e liberdade pessoal (artigos 3, 4, 5 e 7), em conexão com o artigo 1.1, todos da Convenção Americana, com respeito às 70 vítimas desaparecidas; a violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial (artigos 8.1 e 25), em relação com os artigos 1.1 e 2, todos da Convenção, em detrimento das vítimas desaparecidas e seus familiares, assim como da pessoa executada e seus familiares, em virtude da aplicação da lei de anistia à investigação sobre os fatos; a violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial (artigos 8.1 e 25), em relação com o artigo

1.1, todos da Convenção, em detrimento das vítimas desaparecidas e seus familiares, assim como da pessoa executada e seus familiares, em virtude da ineficácia das ações judiciais não penais interpostas no marco do presente caso; a violação do direito à liberdade de pensamento e expressão (artigo 13), em relação com o artigo 1.1, ambos da Convenção, em prejuízo dos familiares das vítimas desaparecidas e da pessoa executada, em razão da falta de acesso à informação sobre o ocorrido; e a violação do direito à integridade pessoal (artigo 5), em conexão com o artigo 1.1, ambos da Convenção, em detrimento dos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada, pela violação e sofrimento gerados pela impunidade dos responsáveis, assim como pela falta de acesso à justiça, à verdade e à informação (CIDH, 2009).

Deve-se salientar que o Brasil reconheceu a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana em todos os casos relacionados à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998, por meio do Decreto n. 89 de 3 de dezembro de 1998.

Seguindo essa premissa, após a submissão do mencionado caso à Corte e, verificando-se a presença de atos de caráter contínuo, reconheceu-se a competência da Corte para o julgamento dos desaparecimentos coagidos das vítimas da Guerrilha.

Impende destacar que, retornando ao âmbito interno brasileiro, em 2008, a Ordem dos Advogados do Brasil ingressou com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante o Supremo Tribunal Federal, passando a tramitar como ADPF 153/2008.

Objetivando, pois bem, a alteração de interpretação da Lei de Anistia acerca da expressão "crimes conexos", disposta no § 1º do artigo 1º da Lei 6.683/79, o qual apresenta para o referido termo a definição como “[...] crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”, a fim de impedir a concessão de certo benefício aos agentes políticos praticantes de crimes comuns em desfavor da oposição.

Prosseguindo o feito, a Corte Suprema do Brasil prolatou, no dia 29 de abril de 2010, decisão de improcedência em relação à Arguição, na qual, por 7 votos a 2, sustentou que a Lei de Anistia continua vigente e, além disso, trata-se de fato consumado, produzindo seus efeitos no ordenamento jurídico interno, inclusive, já com a impossibilidade de condenação criminal dos envolvidos pelos crimes da Ditadura Militar. (BRASIL, 2010).

Voltando à Análise pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, findados os trâmites da fase instrutória, prolatou-se, em 24 de novembro de 2010, sentença de parcial procedência, em respeito à incompetência temporal reconhecida no tocante à vítima Maria Lúcia Petit da Silva, cujos restos mortais foram encontrados no ano de 1996, portanto, não impendendo de apreciação pela Corte.

Assim, decidiu-se e impôs-se as seguintes condições:

8. Esta Sentença constitui per se uma forma de reparação. 9. O Estado deve conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 256 e 257 da presente Sentença. 10. O Estado deve realizar todos os esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, se for o caso, identificar e entregar os restos mortais a seus familiares, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 261 a 263 da presente Sentença. 11. O Estado deve oferecer o tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico que as vítimas requeiram e, se for o caso, pagar o montante estabelecido, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 267 a 269 da presente Sentença. [...] 13. O Estado deve realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional a respeito dos fatos do presente caso, em conformidade com o estabelecido no parágrafo 277 da presente Sentença. 14. O Estado deve continuar com as ações desenvolvidas em matéria de capacitação e implementar, em um prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos, dirigido a todos os níveis hierárquicos das Forças Armadas, em conformidade com o estabelecido no parágrafo 283 da presente Sentença. 15. O Estado deve adotar, em um prazo razoável, as medidas que sejam necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas em conformidade com os parâmetros interamericanos, nos termos do estabelecido no parágrafo 287 da presente Sentença. Enquanto cumpre com esta medida, o Estado deve adotar todas aquelas ações que garantam o efetivo julgamento, e se for o caso, a punição em relação aos fatos constitutivos de desaparecimento forçado através dos mecanismos existentes no direito interno. 16. O Estado deve continuar desenvolvendo as iniciativas de busca, sistematização e publicação de toda a informação sobre a Guerrilha do Araguaia, assim como da informação relativa a violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar, garantindo o acesso à mesma nos termos do parágrafo 292 da presente Sentença. 17. O Estado deve pagar as quantias fixadas nos parágrafos 304, 311 e 318 da presente Sentença, a título de indenização por dano material, por dano imaterial e por 116 restituição de custas e gastos, nos termos dos parágrafos 302 a 305, 309 a 312 e 316 a 324 desta decisão. 18. O Estado deve realizar uma convocatória, em, ao menos, um jornal de circulação nacional e um da região onde ocorreram os fatos do presente caso, ou mediante outra modalidade adequada, para que, por um período de 24 meses, contado a partir da notificação da Sentença, os familiares das pessoas indicadas no parágrafo 119 da presente Sentença aporem prova suficiente que permita ao Estado identificá-los e, conforme o caso, considerá-los vítimas nos termos da Lei No. 9.140/95 e desta Sentença, nos termos do parágrafo 120 e 252 da mesma. 19. O [...] 20. Os familiares ou seus representantes legais apresentem ao Tribunal, em um prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença, documentação que comprove que a data de falecimento das pessoas indicadas nos parágrafos 181, 213, 225 e 244 é posterior a 10 de dezembro de 1998. [...] (CIDH, 2010).

Vislumbrada a falta de esforços pelo Estado brasileiro no que concerne ao cumprimento das imposições, mesmo depois de deliberação por mecanismo internacional, propôs-se, em 2014, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 320/DF, integrando como polo ativo o PSOL – Partido Socialismo e Liberdade, a qual fora acatada em parcialidade, respaldando que inexistia prova cabal da inobservância do país em todos os pontos da supramencionada decisão (BRASIL, 2014).

Apesar de toda essa luta, “[...] no Brasil, há ainda precedentes internos que aplicam a citada lei da anistia e consideram extinta a punibilidade penal de acusados de violação de Direitos humanos da época da ditadura” (RAMOS, 2009, p. 32).

Por conseguinte, denota-se que há mais de 30 anos os familiares dos desaparecidos em decorrência Guerrilha do Araguaia tem buscado informações acerca do desaparecimento compelido a seus entes, acesso à documentação formulada, bem como a possível localização dos cadáveres. Sendo que, apesar das intervenções de órgão do próprio Estado ou, até mesmo, por organizações internacionais impondo ao Estado disposições que carecem de cumprimento, não lhes foi proporcionado qualquer conhecimento concreto da verdade dos fatos.

4.3 O (DES)CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EXERCIDO PELA CORTE SUPREMA

Depois de enfrentar os supramencionados casos, vislumbrou-se inconsistência de entendimentos do Supremo Tribunal Federal, cuja tendência, pela lógica histórico-jurídica, é pelo resguardo da Dignidade da Pessoa Humana de forma ampla, mas acaba por proferir decisões que expressam ideias antagônicas.

Em relação à abolição da prisão civil do depositário infiel, verificou-se que Suprema Corte justifica sua deliberação embasada nos direitos humanos inerentes à sociedade e, principalmente, nos princípios constitucionalmente positivados da dignidade da pessoa humana e *pro homine*.

Ademais, Piovesan (2015, p. 146) agrega conteúdo às ideias apontadas, explicitando, em complementação ao julgamento do HC 87.585-8 de março de 2008, cujo tema contornava a problemática da prisão civil do depositário infiel, que:

À luz do princípio da máxima efetividade constitucional, advertiu o Ministro Celso de Mello no sentido de que “o Poder Judiciário constitui o instrumento concretizador das liberdades constitucionais e dos direitos fundamentais assegurados pelos tratados e convenções internacionais subscritos pelo Brasil. Essa alta missão, que foi confiada aos juízes e Tribunais, qualifica-se como uma das mais expressivas funções políticas do Poder Judiciário. (...) É dever dos órgãos do Poder Público — e notadamente dos juízes e Tribunais — respeitar e promover a efetivação dos direitos humanos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais e assegurados pelas declarações internacionais, em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana”.

Isto posto, com a sustentação explanada pelo Ministro Celso de Mello, e, principalmente, pelo demonstrado no tocante à extinção da prisão civil do depositário infiel, a Suprema Corte acabou elevando, ainda que em tese, o patamar dos direitos humanos perante o ordenamento jurídico interno do Brasil.

Comportou-se, todavia, de maneira contrária no que se refere à Lei de Anistia. De modo que, depois de instalada certa divergência entre seu entendimento e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, conduziu a situação em dissintonia com seus próprios julgados.

Em que pese tenha aceitado de forma voluntária a competência contenciosa da Corte Interamericana em 1998, por meio do Decreto n. 89/98, de observância obrigatória, comprometendo-se, por consequência, a manter o zelo pelas decisões prolatadas em âmbito internacional, absteve-se de praticar tal afirmativa, renegando os direitos que, até então, eram utilizados pelo Tribunal.

Nessa senda, Trindade *apud* Piovesan (2009, p. 45) demonstram que:

Como em outros campos do Direito Internacional, no domínio da proteção internacional dos direitos humanos os Estados contraem obrigações internacionais no livre e pleno exercício de sua soberania, e uma vez que o tenham feito não podem invocar dificuldade de ordem interna ou constitucional de modo a tentar justificar o não-cumprimento destas obrigações.

Diante disso, deixando de lado seu entendimento mais humanista e esquecendo os princípios que carecem de respeito, o Supremo Tribunal Federal, posicionou-se e tende a manter sua ideologia, no sentido de manter a vigência da Lei de Anistia, apesar de imposições contrárias a isso, impedindo, portanto, o saber dos fatos de muitos familiares desolados com o desaparecimento forçado de seus entes.

Em virtude disso, cabe considerar que o STF, ao efetuar julgamento do mencionado caso, deixou-se influenciar por predileções divergentes das esperadas do órgão máximo do Poder Judiciário, estas que, em momento algum, mereciam prosperar. Tratou de apreciar a causa em conformidade com seu arbítrio, em razão de, diga-se de passagem, estar atrelada a questões políticas, profanando a figura de autoridade judiciária que possui.

Corroborando com o exposto, Paiva e Heemann (2015, p. 245) citam que, em relação ao Brasil:

[...] o próprio STF tem postura lamentável ao ignorar, na grande maioria dos casos, os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, fazendo-lhes menção

apenas quando determinado entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos corrobora o entendimento que o STF pretende que prevaleça.

Isto posto, pode-se notar a ausência de orientação do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que passou a proferir decisões de acordo com suas conveniências. Concedendo a si mesmo, de forma infeliz, o poderio de julgar de tal maneira em certos casos e, de forma divergente e inoportuna, em relação a outros.

Assim, por uma proteção internacional dos direitos humanos cada vez mais extensa, espera-se que a Suprema Corte afaste essas atitudes, e pautar-se no maior nível de coerência plausível em suas decisões, eximindo as violações aos direitos humanos, julgando o que lhe couber conforme o bem social e não segundo interesses próprios, deixando-se influenciar por questões políticas, na medida que, acima de tudo, é quem toma as decisões contramajoritárias.

5 CONCLUSÃO

Eis aqui o fim do presente estudo em trabalho de conclusão de curso, cujo teor fora permeado pela análise do fundamento utilizado pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao exercício do controle de convencionalidade perante a Convenção Americana de Direitos Humanos, passando a ser conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. Ressaltando-se,

inclusive, que foco central da pesquisa foi a observação e o estudo mais preciso dos casos do depositário infiel e da Lei de Anistia.

Inicialmente, exploraram-se os direitos humanos, tornando clarificado o percurso na delonga de boa parte de sua história. Ainda, explanou-se acerca da errônea tendência em confundi-los com direitos fundamentais. Salientando e esclarecendo que estes encontram-se positivados constitucionalmente no ordenamento jurídico do Estado, conquanto aqueles baseiam-se em disposições de tratados e convenções, compondo o direito internacional.

Adiante, com o escopo de elucidar o processamento do controle de convencionalidade no Brasil, abordou-se, com mais afinco, o controle de constitucionalidade, meio pelo qual se verifica a compatibilidade das normas internas com o Texto Constitucional. De forma que, em relação àquele, de maneira similar, tende-se a analisar a conformidade das referidas normas, agora, com os Tratados Internacionais. Sendo, no presente estudo, especificamente, os que versem acerca dos Direitos Humanos.

Seguindo essa premissa, buscou-se evidenciar o aperfeiçoamento da forma de introdução dos Tratados de Direitos Humanos no direito interno brasileiro, trazendo à tona, pois bem, o caráter constitucional dos tratados quando aprovados pelo rito do art. 5º, §3º, bem como o valor supralegal no caso de não aprovação pelo referido.

Denota-se que o entendimento do Supremo Tribunal Federal tem evoluído. Ao longo de toda história dos direitos humanos no Brasil, a Corte Suprema, apesar de não atentar aos direitos humanos de forma integral em relação aos julgamentos prolatados, tem se demonstrado tendente a fazê-lo, tornando o sistema jurídico mais harmônico, enaltecendo o princípio da dignidade da pessoa humana. Pelo menos, é o que tenta transparecer.

Consubstanciando com a ideia supramencionada, encontra-se, depois de análise das decisões prolatadas com o passar dos tempos, o caso de depositário infiel. Adentrando no mérito da questão, pode-se deslindar que, com a introdução do Pacto - o qual, por sua eficácia, paralisou a aplicação do dispositivo constitucional que autorizava a prisão civil do depositário infiel - o STF preconizou a concepção de ascensão direitos mais humanos e, consoante já exposto, do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamentando posicionamento na ratificação, sem reservas, da Convenção, em 1992.

Além disso, com a introdução da Súmula Vinculante 25, corroborou entendimento no HC 95.967. Concedido por meio da previsão do art. 5º, §2º, cuja intenção era explicitar que o Texto Constitucional, expressamente, apesar de elencar um rol de garantias no mencionado artigo, não exclui outras que sejam decorrentes de princípios positivados e, nem

mesmo, dos tratados internacionais ratificados. Elevando, ainda mais, o patamar dos direitos humanos, adotando, ainda, o princípio *pro homine*, disposto no art. 4º, II da CRFB.

Sustentada essa concepção de enobrecimento dos direitos humanos pelo STF, constatou-se caso excepcional, cuja ponderação de decisões rompe com toda ideia apontada e explicitada no caso de depositário infiel. Trata-se, nesse ponto, do caso da Lei 6.683, qual seja a Lei de Anistia.

Seguindo essa premissa, vislumbrou-se a propensão da maior instância do Poder Judiciário em manter e proteger com veemência a referida Lei. Apesar da luta dos familiares por informações dos desaparecidos na Guerrilha do Araguaia e, sobretudo, da sentença prolatada pela Corte Internacional dos Direitos Humanos (embora tenha adotado a jurisdição contenciosa da Corte, por meio do Decreto n. 89/98), o STF tende a praticamente negar essas disposições impostas, abstando-se de cumprir a decisão.

Deve-se sobrelevar que a Lei de Anistia continua a vigor perante o ordenamento jurídico brasileiro. Percebendo, portanto, no referido caso, a escusa da Corte Suprema ao aplicar os princípios assegurados constitucionalmente, principalmente, ignorando a prevalência dos direitos humanos e a dignidade dos desaparecidos forçadamente com a Guerrilha, bem como dos familiares que continuam à espera de notícias.

A partir disso, é possível compreender que ora o STF entende pela prevalência dos direitos humanos, ora não. Revelando, assim, uma postura lastimável, desprezando as premissas trazidas pelo Pacto de San José da Costa Rica, citando-as somente quando corrobora com suas afirmações. Essa concepção, acima de tudo, causa transtornos à segurança jurídica do país, meio pelo qual deve-se assegurar a constância de decisões equilibradas e correlatas entre si, impedindo justamente essa instabilidade de entendimentos.

Por fim, deve atentar-se para a cooperação internacional, princípio este que se encontra positivado na própria Constituição da República Federativa do Brasil, alinhando seu entendimento com as Cortes Internacionais e garantindo a perfectibilização da proteção internacional dos direitos humanos, implicando, além de todo o exposto, em menos responsabilizações e, conseqüentemente, punições em virtude de violações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Forense, 2014. [Minha Biblioteca].

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. 5.ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [Minha Biblioteca].

BRASIL. **Carta de Lei de 25 de Março de 1824**. Manda observar a Constituição Política do Imperio, offerecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

_____. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

_____. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 06 abr. 2017.

_____. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 06 abr. 2017.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Secretaria de Editorações e Publicações, 2015.

_____. **Decreto-lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 14 abr. 2017.

_____. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 14 abr. 2017.

_____. **Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979**. Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: 02 jun. 2017.

_____. Procuradoria-Geral da República. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 320/DF**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília (DF), 28 de agosto de 2014. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=5102145&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 153 - Distrito Federal**. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 25 mai. 2017.

_____. _____. **Habeas Corpus n. 68609**. Paciente: Cláudia Liliana Lisboa Russo. Relator: Ministra Sepúlveda Pertence. Distrito Federal, 19 de julho de 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000113101&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 23 mai. 2017.

_____. _____. **Habeas Corpus nº 72.131-1**. Paciente: Lairton Almagro Vitoriano da Cunha. Relator: Ministro Marco Aurélio. Rio de Janeiro, 23 de novembro de 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: 23 mai. 2017.

_____. _____. **Recurso extraordinário nº 466.343-1**. Relator: Ministro Cezar Peluso. São Paulo, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE_466343_SP_1278971570481.pdf?Signature=Rb6VOyG62kJOx2gU6XdY1v40F0M%3D&Expires=1498081268&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=49d88a9d9571e722a5d5e3a66747d4fd>. Acesso em: 23 mai. 2017

_____. _____. **Súmula Vinculante nº 25**. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>>. Acesso em: 25 mai. 2017.

_____. _____. **Súmula nº 619**. A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1523>>. Acesso em: 22 mai. 2017.

CASADO FILHO, Napoleão. **Direitos Humanos Fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. (Coleção Saberes do Direito 57). [Minha Biblioteca].

COMISSÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. **Organização dos Estados Americanos**. Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”). 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm>. Acesso em: 02 abr. 2017.

_____. **Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/u.Regulamento.CIDH.html>>. Acesso em: 02 abr. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/sentenca-araguaia-24.11.10-1>>. Acesso em: 25 mai. 2017

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. [Minha Biblioteca].

DIMOULIS, Dimitri, LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional - Controle de Constitucionalidade e Remédios Constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016. [Minha Biblioteca].

_____; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**: revista, atualizada e ampliada. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Forense, 2015. [Minha Biblioteca].

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

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentário à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GONÇALVES, Roberto, C. **Direito Civil esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2014. v. 2.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos: na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. [Minha Biblioteca].

_____. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade Humana: Princípio Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2008.

PUCCINELLI JUNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [Minha Biblioteca].

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana: Princípio Constitucional**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

MAZZUOLI, Valerio Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Método, 2016. [Minha Biblioteca].

_____. **Prisão Civil por Dívida e o Pacto de São José da Costa Rica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MONTEIRO, Marco Corrêa. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOTTA Filho, Sylvio Clemente da. **Direito constitucional: teoria, jurisprudência e questões**. 24. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Carta das Nações Unidas**. 1945. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1945%20Carta%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Demanda perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Caso 11.552. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/demandas/11.552%20Guerrilha%20do%20Araguaia%20Brasil%2026mar09%20PORT.pdf>>. Acesso em: 24 mai. 2017.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie. **Jurisprudência internacional de direitos humanos**. Manaus: Dizer o Direito, 2015.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Direitos Humanos, 13**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Temas de direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [Minha Biblioteca].

PIRES, Fernando. **Manual de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Método, 2016. [Minha Biblioteca].

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. [Minha Biblioteca].

_____. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 104, p. 241-286, jan. 2009. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67857/70465>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

RAMOS, Elival Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil** - perspectivas de evolução. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. [Minha Biblioteca].

REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. [Minha Biblioteca].

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. São Paulo: Renovar, 2009.

TRINDADE, André Fernando Reis. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. [Minha Biblioteca].

VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [Minha Biblioteca].

VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.