



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CARLOS VINÍCIUS RABELO RAMOS

**CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE INTERNO,
DIFUSO E EXTRAORDINÁRIO:
DO INSTRUMENTO RECURSAL APTO À SUA PROVOCAÇÃO**

Salvador
2021

CARLOS VINÍCIUS RABELO RAMOS

**CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE INTERNO,
DIFUSO E EXTRAORDINÁRIO:
DO INSTRUMENTO RECURSAL APTO À SUA PROVOCAÇÃO**

Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito,
Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como
requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. André Luiz Batista Neves

Salvador
2021

CARLOS VINÍCIUS RABELO RAMOS

**CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE INTERNO,
DIFUSO E EXTRAORDINÁRIO:
DO INSTRUMENTO RECURSAL APTO À SUA PROVOCAÇÃO**

Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Salvador, 17 de junho de 2021

Banca examinadora

André Luiz Batista Neves – Orientador _____

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, Brasil.

Universidade Federal da Bahia

Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins _____

Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, Portugal.

Universidade Federal da Bahia

Fábio Periandro de Almeida Hirsch _____

Doutor em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, Brasil.

Universidade Federal da Bahia

Dedico este trabalho a todas as pessoas que de alguma forma perderam com essa pandemia (vidas, empregos, negócios, planos...), porém, igualmente, o dedico a todas aquelas que de algum modo conseguiram ganhar com ela (oportunidades, perspectivas, sonhos, nascimentos, renascimentos...).

Que, gradativamente, mais membros do primeiro grupo possam estar no segundo, fazendo resplandecer, nestes tempos difíceis, o caráter de resiliência e adaptação que, somados à noção de dignidade, me parecem ser os pontos mais ontologicamente representativos da essência humana.

AGRADECIMENTOS

Listá-los é sempre algo difícil, sobretudo pelo constante receio de estar esquecendo de algo ou alguém...

A Deus, por tudo que fui, sou e serei, pelos dons que me foram concedidos, pelas pessoas, inspirações, livramentos, momentos, iluminações, enfim, tudo aquilo que gentilmente me foi agraciado e que, por ora, culmina na realização do presente trabalho, representativo do encerramento desta tão sonhada graduação em Direito, algo importante não só para mim, mas também àqueles que me acompanharam ao longo desta trajetória.

Aos meus familiares pelas orações, incentivos, conselhos e, sobretudo, pela complacência em relação aos sacrifícios necessários para se chegar até aqui, muitas vezes, a muito custo, privando-me do seu regular convívio.

Ao meu orientador, André Luiz Batista Neves, sempre atencioso e solícito não só durante a construção do presente trabalho, mas também antes disso, sendo, desde sempre, um exemplo pessoal e profissional, um verdadeiro mestre, assim como um dos principais responsáveis pela minha estima ao Direito Constitucional (uma das essências jurídicas desta pesquisa), haja vista ter sido meu professor nas disciplinas Direitos Fundamentais, Direito Econômico e Temas Aprofundados de Direito Constitucional, nesta última também me orientando na elaboração do artigo acadêmico que serviu de base à presente monografia.

Aos professores Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins e Fábio Periandro de Almeida Hirsch que, de plano, aceitaram o convite para compor a banca examinadora deste Trabalho de Conclusão de Curso. Na pessoa deles agradeço aos vários professores que tive no decorrer desta graduação, responsáveis por parte substancial da minha formação jurídica.

À Universidade Federal da Bahia e às várias entidades estudantis nas quais tive o prazer de contribuir e que, reciprocamente, muito acrescentaram à minha experiência acadêmica (em ordem alfabética): ADV Junior Consultoria Jurídica, Associação Baiana de Defesa do Consumidor, Centro Acadêmico Ruy Barbosa, Núcleo de Competições Internacionais, Serviço de Apoio Jurídico da UFBA e Sociedade de Debates e Simulações da UFBA.

Às instituições em que tive e tenho a honra de colaborar na condição de estagiário, pelo suporte, préstimo e todo conhecimento adquirido, à 24ª Vara Federal da SJBA, nas pessoas dos competentíssimos Dr. Fábio Ramiro, Clemente Ferreira, Nilton Bérqson e Darwin Rocha, à Procuradoria da Fazenda Nacional, nas incríveis e admiráveis pessoas da Dra. Diana Guimarães e da Dra. Aline Kock, e ao Gamil Föppel Advogados Associados, em especial à

minha querida e brilhante chefe, Dra. Josiane Minardi, pelo apoio e confiança de sempre e pela compreensão (de forma bem-humorada) ao fato desta pesquisa não se relacionar diretamente ao nosso tão amado Direito Tributário.

Às muitas pessoas que tive o prazer de conhecer, colegas, amigos e irmãos, com especial destaque (pedindo todas as *venias* por não poder citar todos), aos Doutores Erick Araújo, Gabriel Laborda, Gustavo Marinho, Kaique Azevedo, Lucas Casé, Lucas São Thiago, Rafael Ferreira e Rudá Galvão, todos responsáveis por um clima de apoio recíproco nas vitórias e lamúrias individual ou mutuamente vividas.

Enfim, meu muito obrigado a todos que de alguma forma, direta ou indiretamente, acresceram à realização da presente pesquisa, à minha graduação e à minha formação pessoal e profissional.

“(...) 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 sócio-política 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.”

Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE 466.343/SP (BRASIL, 2009).

RAMOS, Carlos Vinícius Rabelo. **Controle de convencionalidade interno, difuso e extraordinário: do instrumento recursal apto à sua provocação**. Orientador: Prof. André Luiz Batista Neves. 2021. 94 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2021.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso visa analisar o conflito de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, no que concerne à realização do controle de convencionalidade difuso e extraordinário, no âmbito jurídico interno. Discutir-se-á, primeiramente, a respeito do potencial normativo inerente às convenções e tratados, com especial enfoque em seus papéis enquanto promotores da proteção aos direitos humanos, bem como nas condições inerentes à sua produção de efeitos em meio ao sistema jurídico pátrio. Em um segundo momento, trar-se-á uma análise sobre o controle de convencionalidade, as suas principais distinções em meio aos demais instrumentos de controle normativo, os seus aspectos e fundamentos gerais, bem como aqueles específicos, variantes a depender do referencial doutrinário examinado. Far-se-á, posteriormente, voltando-se então o foco ao âmbito processual civil, uma digressão a respeito sobre a correlação deste com a proteção dos direitos humanos, assim como uma pormenorização do papel da jurisdição interna em tal tutela, seguida de uma sistematização correlata aos recursos especial e extraordinário *stricto sensu*, sobretudo no que se refere às suas funções e hipóteses de cabimento recursais. Por fim, após uma delimitação do conflito à luz das premissas trazidas nos capítulos anteriores e da jurisprudência de ambas as Cortes, propor-se-á um modelo de demarcação da referida competência recursal, indicando-se o eventual papel de cada órgão na realização do supramencionado controle normativo extraordinário.

Palavras-chave: Conflito de competência. Controle de convencionalidade. Recurso especial. Recurso extraordinário. Proteção dos direitos humanos.

RAMOS, Carlos Vinícius Rabelo. **Internal, diffuse and extraordinary conventionality control: the appeal instrument able to inducement it.** Thesis advisor: Prof. André Luiz Batista Neves. 2021. 94 s. Monography (Law Graduation) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2021.

ABSTRACT

This course final assignment aims to analyze the conflict of jurisdiction between the Superior Tribunal de Justiça and the Supremo Tribunal Federal, two Brazilian jurisdictional courts, with regard to the realization of diffuse and extraordinary conventionality control, in the domestic legal sphere. First, it will be discussed about the normative power inherent to conventions and treaties, with special focus on their functions as promoters of the human rights' protection, as well as on the conditions related to their efficacy within the national legal system. In a second moment, there will be an analysis of conventionality control, its main distinctions among other instruments of normative control, its general aspects and foundations, as well as specific ones, variants depending on the examined doctrinal framework. It will be done, later, turning the focus to the Civil Procedure scope, a digression regarding the correlation of this with the human rights' protection of , as well as a detailing of the role of the domestic jurisdiction in such protection, followed by a systematization related to the special and extraordinary (strict sense) appeals , especially with regard to their functions and hypotheses of applicability. Finally, after delimitation of the conflict, based on the premises brought up in the previous chapters and on the jurisprudence of both Courts, it will be proposed a model of demarcation of the aforementioned jurisdiction, indicating the possible role of each tribunal in carrying out the aforementioned extraordinary regulatory control.

Keywords: Conflict of jurisdiction. Conventionality control. Especial appeal. Extraordinary appeal. Human rights' protection.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Constitucionalidade
ADO	Ação Direta de Constitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgRg ou AgR	Agravo Regimental
ARE	Agravo em Recurso Extraordinário
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CF	Constituição Federal
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CR	Carta Rogatória
DUDH	Declaração Universal de Direitos Humanos
EC	Emenda Constitucional
HC	Habeas Corpus
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
MC	Medida Cautelar
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
PET	Petição
PDS	Projeto de Decreto Legislativo vinculado ao Senado Federal
PIDCP	Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos
QO	Questão de Ordem
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RG	Repercussão Geral
RHC	Recurso no Habeas Corpus
RR	Recurso de Revista
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TJ	Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal
UNICEF	<i>United Nations International Children's Emergency Fund</i>

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	13
2. CONVENÇÕES E TRATADOS COMO FONTES NORMATIVAS	17
2.1. A relação entre o Direito Internacional e as convenções e tratados internacionais.....	17
2.2. Eficácia normativa convencional: Monismo x Dualismo.....	20
2.3. O procedimento de ingresso da convenção no ordenamento brasileiro	23
2.4. O posicionamento hierárquico das normas convencionais.....	26
2.5. Convenções e tratados sobre direitos humanos: importância normativa.....	28
3. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: TEORIAS E FUNDAMENTOS ..	32
3.1. Métodos de controle normativo.....	33
3.2. Aspectos gerais do controle de convencionalidade	41
3.3. Teorias do controle de convencionalidade	44
<i>3.3.1. Valério Mazzuoli e a Teoria do duplo limite vertical material</i>	<i>44</i>
<i>3.3.2. André de Carvalho Ramos e a Teoria do duplo controle</i>	<i>47</i>
4. OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS COMO INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	50
4.1. Direitos humanos e processo civil: o Poder Judiciário e o seu dever de cooperação junto aos sistemas internacionais de proteção	51
4.2. A competência dos órgãos jurisdicionais pátrios no exercício da tutela jurisdicional interna sobre direitos humanos, em especial, no controle de convencionalidade	54
4.3. Recursos extraordinários: funções, espécies e hipóteses de cabimento	59
<i>4.3.1. Recurso especial</i>	<i>61</i>
<i>4.3.2. Recurso extraordinário stricto sensu</i>	<i>63</i>
5. O CONFLITO DE COMPETÊNCIA RECURSAL E A PROPOSTA DE DEMARCAÇÃO A PARTIR DA MATÉRIA RECORRIDA	65
5.1. Delimitação do conflito de competência recursal.....	66
5.2. Análise jurisprudencial do controle de convencionalidade difuso extraordinário no direito brasileiro.....	71
5.3. Proposta de demarcação de competência recursal: o cabimento do recurso extraordinário tendo por fundamento a materialidade constitucional como critério de repartição.....	78
<i>5.3.1. A impossibilidade de interpretação do termo “tratado” do art. 105, III, “a” como referente àqueles que versam sobre direitos humanos.....</i>	<i>78</i>
<i>5.3.2. A incompatibilidade de uma noção restritiva de bloco de constitucionalidade com o sistema pátrio, reforçada pela noção de validade como um requisito de caráter material... </i>	<i>79</i>

<i>5.3.3. O Supremo Tribunal Federal como legítimo guardião da Constituição: fundamentos de natureza teórica e prática</i>	82
6. CONCLUSÃO	84
7. REFERÊNCIAS	85

1. INTRODUÇÃO

A globalização, um fenômeno dinâmico e multifacetado, tem causado impacto gradativo nas relações em sociedade, modificando a ótica e a lógica inerentes ao curso de tais interações. Assim, sendo o Direito a “ordenação bilateral atributiva das relações sociais, na medida do bem comum” e o “fato social” um dos aspectos de sua estrutura tridimensional (REALE, 2002, p. 60-65), este não poderia passar ileso frente a tal conjunto de transformações:

A globalização econômica impacta diretamente o Direito dos Estados [...]. As fronteiras geográficas não isolam mais os Estados conforme as novas tecnologias criam avenidas para a constante interação entre indivíduos em lados opostos do globo. O Direito não é mais puramente local quando uma parte crescente da população do mundo se desloca. Se os indivíduos e negócios continuam a deslocar-se em uma taxa crescente, as nações devem desenvolver mecanismos e prover novas ferramentas para entender indivíduos, sistemas e instituições estrangeiras (MOROSINI, 2006, p. 120).

Apesar de não ser algo necessariamente recente, os acordos entre Estados progressivamente vêm se tornando, mais do que uma comodidade, uma verdadeira necessidade à manutenção da conformação e segurança nas relações jurídicas. Isso porque, com a crescente velocidade do fluxo de capitais e informações, o Direito passa a transcender os limites da soberania e territorialidade estatais, tornando, assim, indispensável a criação de novas estruturas normativas capazes de sistematizar e permitir o alcance dos vários interesses e finalidades estatais em caráter simultâneo (MAZZUOLI, 2011a, p. 44).

Destarte, em diferentes ramos jurídicos, as normas convencionais – aqui referidas como aquelas provenientes de tratados e convenções internacionais – se tornam importantes mecanismos voltados à efetivação desses diversos objetivos compartilhados por uma comunidade internacional¹, seja a salvaguarda de uma ordem mínima de proteção a garantias e direitos, ou, por um outro ângulo, a pactuação para a realização de atividades coordenadas relacionadas à defesa de um interesse ou bem jurídico comum.

É neste cerne que surge, por exemplo, a perspectiva de internacionalização dos direitos humanos, com a ampla edição de tratados e convenções voltados à ampliação da proteção internacional ao ser humano. Há, assim, a defesa da superação da ideia de “competência exclusiva dos Estados no domínio da proteção dos direitos humanos” (CARVALHO RAMOS, 2016b, p. 20-21), inclusive, inaugurando, com maior ênfase, ramos jurídicos específicos em

¹ Apesar de ser um conceito um tanto fluido, a comunidade ou sociedade internacional se refere a um organismo motivado pela ideia e/ou regra de cooperação internacional, diferenciando-se daquelas sociedades de caráter interno diante de sua caracterização como “universal, igualitária, aberta, sem organização rígida e com Direito originário” (HUSEK, 2017, p. 23-24).

meio ao Direito Internacional Público, dentre eles, o Direito Internacional dos Direitos Humanos².

Sendo assim, dada a relevância de tal papel cooperador como garantia da respeitabilidade de um Estado como agente internacional – seja na seara dos direitos humanos, seja em outras áreas também sensíveis à lógica cooperativa supranacional – é manifesta a necessidade da criação e manutenção de uma estrutura de controle direcionada à garantia da efetividade de tais diplomas normativos e dos seus interesses precípuos.

Nesta senda, pode-se destacar o surgimento do chamado controle de convencionalidade, termo difundido no Brasil por Valerio de Oliveira Mazzuoli, sendo por ele definido como “a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo em vigor no país” (MAZZUOLI, 2009, p. 114).

Não sendo tão antigo e incrementado como outros instrumentos de controle normativo, a exemplo dos controles de legalidade e de constitucionalidade, o controle de convencionalidade ainda possui algumas indefinições atinentes à sua aplicação junto ao sistema jurídico brasileiro, as quais poderão ensejar uma série de questionamentos juridicamente relevantes, com impactos de natureza teórica e prática.

Dentre as suas várias modalidades, pode-se destacar o controle de convencionalidade de caráter interno (a ser realizada por órgãos de um determinado Estado), judicial (órgãos estes pertencentes ao Poder Judiciário), difuso (posto que não ocorre de forma concentrada, junto a um único órgão) e extraordinário (não visa diretamente resolver a irresignação da parte processual, mas sim a uniformização do entendimento sobre algum aspecto jurídico), melhor dizendo, justamente aquela a ser analisada no presente trabalho.

Em derredor desta, por seu turno, tem-se um debate ainda mais específico, isto é, qual o devido instrumento recursal a ser utilizado na provocação da discussão judicial extraordinária envolvendo as normas de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos (e, por conseguinte, qual seria o órgão jurisdicional competente à tal apreciação, o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal)?

Para além do ponto de vista histórico, posto que a própria criação do Recurso Especial surge como uma cisão da amplitude do cabimento do Recurso Extraordinário, não são poucas

² Segundo André de Carvalho Ramos (2020, p. 151-152) tal disciplina incorporará a proteção humana em seus múltiplos aspectos – civis, políticos, sociais, econômicos e culturais – bem como servirá como *lex generalis* aos outros ramos específicos Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Refugiados. Acrescenta o autor que haverá entre elas, além de tal subsidiariedade, uma relação de complementaridade, influência recíproca, identidade e convergência.

as razões para se considerar ambos os instrumentos recursais como mecanismos de operação de tal controle no âmbito interno (FONSÊCA, 2017, p. 118).

Ademais, embora existam alguns precedentes judiciais isolados no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal sinalizando quem seria a corte responsável por este papel, ainda não houve um questionamento judicial específico sobre tal competência, fazendo surgir, então, certa lacuna na determinação exata sobre qual dos dois estaria vinculado ao exercício de tal tutela jurisdicional.

Essa indeterminação, entretanto, pode levar à insegurança jurídica e a pulverização da jurisprudência final sobre os direitos humanos, os quais possuem uma proteção constitucional expressamente resguardada, portanto, sendo de grande valia sobre a ótica de uma visão sistemática do ordenamento jurídico.

Desta forma, uma melhor demarcação de tais aspectos resulta em grande ganho, tanto do ponto de vista teórico-acadêmico, já que facilitará a compreensão do instituto e os fundamentos dogmáticos que o cercam, bem como, em um viés mais prático atrelado à relevância social e humana, a partir do momento que garantirá a eficácia da proteção aos referidos direitos, evitando que pessoas e instituições tenham suas garantias fundamentais tolhidas pelas mazelas sistêmicas do direito brasileiro.

Isto posto, o presente trabalho terá como objetivo central examinar o conflito de competência entre o STJ e o STF no que concerne à realização de controle de convencionalidade interno, difuso e extraordinário, mediante provocação através do instrumento jurídico – recurso especial ou recurso extraordinário *stricto sensu*, respectivamente – intrínseco às designações constitucionais correlatas às referidas Cortes.

Neste sentido, em caráter específico, no primeiro capítulo discutir-se-á o potencial normativo inerente às convenções e tratados, com especial enfoque no seus papéis enquanto promotores da proteção aos direitos humanos, bem como nas condições inerentes à sua produção de efeitos em meio ao sistema jurídico pátrio.

Posteriormente, no segundo capítulo, analisar-se-á o controle de convencionalidade, as suas principais distinções em meio aos demais instrumentos de controle normativo, os seus aspectos e fundamentos gerais, bem como aqueles específicos, variantes a depender do referencial doutrinário examinado.

Em seguida, no terceiro capítulo voltar-se-á ao exame da correlação entre o processo civil e a proteção dos direitos humanos, assim como à pormenorização do papel da jurisdição interna em tal tutela, seguida da sistematização, do ponto de vista processual, a respeito dos

recursos especial e extraordinário *stricto sensu*, sobretudo no que se refere às suas funções e hipóteses de cabimento recursais.

Por fim, no quarto e último capítulo, delimitar-se-á, à luz das premissas trazidas nos capítulos anteriores e da jurisprudência de ambas as Cortes, o conflito de competência ora apresentado, assim como propor-se-á um modelo de demarcação da referida competência, indicando-se o eventual papel de cada órgão na realização do supramencionado controle normativo extraordinário.

Para tanto, do ponto de vista metodológico, particularmente quanto ao processo de estudo, o presente trabalho tem relação com o tipo jurídico-prospectivo, visto que parte das premissas inerentes ao controle de convencionalidade, bem como dos dispositivos normativos a ele atrelados, a fim de se compreender a sua adequação frente aos recursos extraordinários juridicamente adotados no sistema brasileiro. Todavia, não se desconsidera o seu caráter propositivo – de certo modo, inerente a todos os tipos (GUSTIN; DIAS, 2010, p. 29) – já que, um dos objetivos selecionados, justamente, é a proposição de um modelo de demarcação da competência relacionada ao referido instrumento de controle normativo.

No que concerne aos dados analisados, parte destes possuem caráter primário, mais notadamente os dispositivos normativos (constituição, tratados, leis e etc.) e a jurisprudência atinente ao controle de convencionalidade e aos recursos extraordinários. Por outro lado, também se tem aqueles de natureza secundária, quais sejam os posicionamentos doutrinários nacionais e estrangeiros atinentes a tal temática.

Quanto ao grau de generalização dos resultados, este é por amostragem intencional ou não-probabilística, posto que não se almeja a análise direta de todos os elementos atinentes ao controle de convencionalidade, mas apenas aquele de caráter interno, difuso e extraordinário, de modo que a seleção dos dados supramencionados será restrita a tal enfoque.

Quanto às técnicas ou estratégias metodológicas, o presente trabalho traduz-se em uma pesquisa teórica, visto que tem como foco “a construção de esquemas conceituais específicos” através do uso de “vários processos discursivos e argumentativos para o convencimento sobre a validade dos esquemas propostos” (GUSTIN; DIAS, 2010, p. 106).

Ademais, o procedimento utilizado traduz-se na análise de conteúdo dos dados anteriormente mencionados, seja aquela correlata aos dispositivos normativos, seja aquela decorrente do exame de posicionamentos doutrinários. Além disso, como já dito, utilizar-se-á também da coleta e análise da jurisprudência atinente ao tema no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

2. CONVENÇÕES E TRATADOS COMO FONTES NORMATIVAS

Utilizando-se a estratégia metodológica de destrinchar categoricamente o problema no plano macro para gradativamente pormenoriza-lo nos aspectos conflitantes que permeiam o cerne do presente trabalho, trar-se-á primeiramente alguns aspectos dos tratados e convenções internacionais, além dos principais pontos relacionados à sua eficácia normativa no ordenamento pátrio.

2.1. A relação entre o Direito Internacional e as convenções e tratados internacionais

Segundo as Nações Unidas (c2020), o Direito Internacional é o ramo jurídico voltado à definição das responsabilidades legais dos Estados, tanto em relação à atuação de uns com os outros, como no que concerne ao tratamento dispensado aos indivíduos dentro de suas fronteiras.

A doutrina normalmente lhe atribui uma natureza sistêmica, isto é a detenção de unidade e coerência, ou, em outras palavras, a implicação, decorrente de tal classificação, de requisitos de forma e consequências jurídicas dos quais se originam modo de atuação e percepção que lhe são próprios (BRANT, 2020, p. 18).

Do ponto de vista histórico (WENDPAP; KOLOTELO, 2007, p. 6), a constatação da existência de um conjunto normativo que tem por objeto a regulamentação das relações entre entes soberanos (os atuais Estados³) é atribuída ao jurista holandês Hugo Grotius, o qual revelou-se um pioneiro na concepção de tais normas como um sistema, compilando o conhecimento e definindo as principais diferenças entre o direito civil e o direito internacional, em clara referência à dicotomia entre *ius civile* e o *ius gentium*, de origem romana.

Inclusive, essa distinção entre o direito interno de Estados e o direito internacional está longe de ser algo meramente teórico, existindo múltiplas discussões, como observar-se-á posteriormente, a respeito das relações entre ambas as esferas jurídicas, sendo que, por vezes, pode-se questionar até mesmo a existência de uma efetiva separação entre tais planos.

De mais a mais, assim como outros ramos do Direito, ele também possui as suas fontes jurídicas, isto é, as suas formas de manifestação (HUSEK, 2017, p. 49). Estas, em seu conjunto, podem ser definidas como “os documentos ou pronunciamentos de que emanam direitos e

³ Atualmente tem-se uma visão expandida em relação aos sujeitos do direito internacional, incluindo-se, para além dos Estados, as Organizações Internacionais e também os próprios indivíduos (MAZZUOLI, 2011a, p. 44).

deveres das pessoas internacionais configurando os modos formais de [sua] constatação.” (CASELLA; ACCIOLY, SILVA, 2012, p. 145).

Para além de uma visão mais tradicional, contemporaneamente entende-se que tal conjunto de fontes está em constante expansão, uma consequência das operações desenvolvidas pelos novos atores no plano internacional – a exemplo das organizações internacionais intergovernamentais – e a sua influência em relação ao aparecimento de novos modos de exercício do referido ramo jurídico (MAZZUOLI, 2011a, p. 109).

Mazzuoli (2011a, p. 109-110) ainda exemplifica, ressaltando o caráter progressivamente descentralizado e heterogêneo de tais fontes:

Um ato comissivo (como a ocupação de um território ou uma manifestação unilateral de vontade) ou omissivo (que aceita pacificamente a ação de outro Estado) e, obviamente, a conclusão de atos formalmente internacionais (como a celebração de um tratado internacional, sua denúncia etc.), têm igual aptidão para criar e ser fontes⁴ do Direito Internacional Público.

Apesar de tal descentralização, o chamado rol originário das fontes do Direito Internacional Público, previsto no art. 38⁵ da Corte Internacional de Justiça, consoante a doutrina clássica, é naturalmente utilizado como ponto de partida ao estudo da temática, ainda que, em verdade, tal dispositivo nunca tenha pretendido fornecer uma fórmula exaustiva de tais fontes, mas sim um guia à atuação da referida Corte (SORENSEN, 1946, p. 28-33 *apud* CANÇADO TRINDADE, 2017, p. 53-55).

Dentre estas, guarda maior relevância ao presente trabalho aquela descrita no inciso I do supramencionado dispositivo, qual seja as “convenções internacionais, sejam gerais ou particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes” (ONU, 1945).

⁴ A concepção de um processo de construção do Direito Internacional não apenas como um resultado de um ato normativo formal, mas também como o próprio procedimento de formação de tal ato é destacada pelo jurista britânico Ian Brownlie (1979, p. 1 *apud* BRANT, 2020, p. 163), não sendo de difícil percepção a aplicação de tal lógica aos tratados e convenções internacionais que, inegavelmente, tem no seu processo de elaboração múltiplos atos dos quais emanam o Direito Internacional.

⁵ Artigo 38: A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, deverá aplicar:

- I. As convenções internacionais, sejam gerais ou particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- II. O costume internacional como prova de uma prática geralmente aceita como direito;
- III. Os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas;
- IV. As decisões judiciais e as doutrinas dos publicitários de maior competência das diversas nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito, sem prejuízo do disposto no Artigo 59.
- V. A presente disposição não restringe a faculdade da Corte para decidir um litígio *ex aequo et bono*, se convier às partes. (ONU, 1945)

Tais disposições, enquadradas pela doutrina clássica como uma das principais fontes formais⁶ do Direito Internacional, podem ser definidas como um “acordo formal, concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos.” (REZEK, 2011, p. 38).

Em complemento, tem-se a definição mais tradicional, prevista na Convenção de Viena sobre os Tratados, nos termos do seu artigo 2, 1, “a”, qual seja como “um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica⁷” (ONU, 1969).

A sua primazia⁸ como fonte normativa reside, por um lado, no fato de serem a forma de expressão direta da vontade dos entes que o celebram, normalmente os Estados partícipes. Por outro, essa relevância também pode ser observada, sob o ponto de vista quantitativo, tendo em conta os mais de 560 (quinhentos e sessenta) tratados multilaterais depositados pelo Secretário Geral das Nações Unidas no *United Nations Treaty Series*⁹ (ONU, c2021).

São várias as possíveis classificações a respeito dos tratados e convenções internacionais, uma das mais basilares é aquela que toma por referencial o critério material, isto é, o seu conteúdo normativo. Diante disso, tem-se três principais espécies (WENDPAP; KOLOTELO, 2007, p. 6):

- a. Tratado-contrato: o seu caractere essencial é a possível diferença entre os direitos e obrigações pactuados entre os signatários, devendo cada parte tão somente

⁶ Ressalta-se a existência de uma divisão clássica entre as fontes formais e materiais, as primeiras, segundo Miguel Reale (2002, p. 139-140) referentes aos “processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória” e as segundas definidas como os aspectos ou fundamentos que motivaram o órgão legiferante à produção das primeiras. Registre-se que para o autor, apesar da concepção tradicional, as segundas não seriam fontes do direito, mas sim os estudos de natureza filosófica ou sociológica sobre “os motivos éticos ou dos fatos econômicos que condicionam o aparecimento e as transformações das regras do direito [...] situando-se, por conseguinte, fora do campo da Ciência do Direito.” (REALE, 2002, p. 140).

⁷ Destaca-se que, apesar de trazer uma definição mais restrita, isto é, não abarcando acordos internacionais não escritos ou aqueles em que uma das partes não seja um Estado, a própria convenção, em seu art. 3, ressalta que, ainda assim, tais acordos devem ter sua eficácia jurídica preservada, aplicando-lhes, nos termos dos princípios gerais do direito internacional, as disposições convencionais que lhes forem cabíveis.

⁸ Apesar de ser uma das mais relevantes, é preciso dizer que não há uma superioridade desta entre as demais, fontes, isto é, caso exista uma oposição entre normas convencionais e consuetudinárias, não necessariamente deve haver a aplicação da primeira ou vice e versa. Registre-se que o próprio Estatuto da CIJ não estabelece uma relação de hierarquia entre as fontes, devendo, diante de um conflito entre normas, haver uma análise epistemológica a fim de se desvendar qual a norma aplicável, estando o intérprete sujeito às regras hermenêuticas clássicas (BRANT, 2020, p. 171).

⁹ Em tradução livre do texto do sítio eletrônico da Organização (c2021), trata-se de publicação que contém todos os acordos internacionais registrados ou arquivados pelo Secretariado, desde 1945, em cumprimento ao art. 102 da Carta da ONU.

adimplir aquilo que lhe coube, não garantindo-se, entre eles, uma conduta homogênea.

- b. Tratado-lei: ao contrário da essência heterogênea da categoria anterior, estes “criam normas gerais em termos de asserções jurídicas que regem a conduta futura das partes, sendo as obrigações basicamente as mesmas para todas as partes” (BROWNLIE, 1997, p. 24).
- c. Tratados constitutivos: caracterizados pela perenidade, é o resultado de um esforço coletivo voltado à constituição de uma organização internacional.

Destarte, seja para a produção de normas gerais e abstratas, seja para a constituição de organismos internacionais, a celebração de convenções se reflete como um dos principais meios de impulsionamento do Direito Internacional, auxiliando na expressão e conformação de interesses estatais diversos.

2.2. Eficácia normativa convencional: Monismo x Dualismo

Diante da variedade e relevância de suas possíveis disposições, discute-se como se daria a eficácia das normas convencionais em relação ao direito interno de cada Estado signatário, isto é, *v.g.*, se tal potencialidade de produzir efeitos derivaria da mera existência de tal convenção, de sua assinatura por autoridade competente ou de rito de ingresso derivado da legislação interna daquele Estado.

O exame da eficácia das normas convencionais, portanto, perpassa pela discussão atinente à relação e convivência entre a ordem normativa internacional e o direito interno, a qual pode ser desdobrada em duas linhas principais: (i) a hierarquia entre eles, no plano teórico, e (ii) a solução de conflitos normativos entre as regras e princípios deles decorrentes, esta mais relacionada ao aspecto prático (MAZZUOLI, 2011a, p. 74). Neste cenário, tem destaque na resposta de tal problemática as teorias monista e dualista.

É sabido que tal tema é significativamente complexo, abrangendo-se uma grande variedade de subdivisões das teorias monista e dualista principais, bem como algumas linhas de pensamento alternativas, contudo opta-se por uma abordagem mais breve e dicotômica, em razão de tal pormenorização não ser o foco do presente trabalho.

Ademais, como logo se pontuará a seguir, em razão da inexistência de previsão legislativa na grande maioria dos casos sobre a adoção de uma teoria em específico, a jurisprudência historicamente acabou oscilando entre as duas supramencionadas e suas variações radical e moderada (CASELLA; ACCIOLY; SILVA, 2012, p. 228), o que torna satisfatória, de certo modo, a explicação a seguir à construção da temática abordada.

Tendo por conta a didática definição de Carlos Alberto Husek (2017, p. 57-59), começando pelo Dualismo, este parte do pressuposto de uma divisão entre as ordens interna e internacional, de modo a estas coexistirem em patamares equivalentes, porém incomunicáveis. Em suma, enquanto a primeira advém da produção normativa estatal no seu âmbito interno, a segunda origina-se da vontade coletiva dos atores do direito internacional.

Do ponto de vista da eficácia, embora a regra geral seja que a norma internacional produza efeitos na ordem internacional, esta também pode influenciar o direito interno, na medida que, por aceitação dos Estados, seja incorporada ao seu sistema jurídico.

Assim, em tal ponto de vista, *a prima facie*, se não ocorrer a sua materialização através de ato normativo típico interno, os compromissos internacionais não podem gerar efeitos automáticos na ordem nacional, isto é, até a sua internalização, se tratam apenas de compromissos exteriores assumidos pelos representantes internacionais de determinado Estado (MAZZUOLI, 2011a, p. 77).

A principal distinção entre as versões radicais e moderadas diz respeito, normalmente, aos requisitos formais para a ocorrência de tal incorporação, na primeira exige-se que se tenha uma lei específica disciplinando o assunto, enquanto que na segunda, requer-se procedimento de ingresso menos rígido, a exemplo da aprovação pelo Poder Legislativo estatal.

Por seu turno, a teoria Monista indica que o direito interno e o direito internacional “são dois ramos de um mesmo sistema” (HUSEK, 2017, p. 58) – partindo-se da ideia de que todos os Direitos advêm de uma única fonte – podendo variar pela defesa, na vertente radical, da sobreposição de um sobre o outro e *vice e versa*, a depender do autor, e, sob um viés moderado, a observância de critérios outros para a delimitação desta hierarquia, como a cronologia ou a subordinação à Constituição vigente.

Verbi gratia, enquanto o monismo nacionalista define que, em caso de conflitos, deve-se fazer prevalecer o direito interno, buscando como fundamento a ideia de soberania irrestrita do Estado, aquele internacionalista diz o contrário, definindo a soberania estatal como relativa, não podendo a produção normativa daquele ente contrariar as normas internacionais, sob pena de sua devida responsabilização (MAZZUOLI, 2011a, p. 86-90).

Esta segunda corrente, inclusive, encontra respaldo no art. 27 da já mencionada Convenção de Viena sobre os Tratados, que impõe a impossibilidade do Estado signatário de invocar as disposições da sua ordem jurídica interna como justificativa ao descumprimento de um tratado ou convenção (ONU, 1969).

Nesta senda, sumariamente, embora para a segunda corrente a convenção produziria efeitos, por exemplo, no momento de sua existência e/ou eventual prestação de compromisso

por parte de uma autoridade estatal, a primeira define a necessidade de execução de ato oficial convertendo a norma pertencente ao sistema internacional em norma interna.

A doutrina brasileira, em linha majoritária, historicamente defende a aplicação do monismo radical, todavia, em que pese uma minoria de autores coloquem os tratados internacionais acima da própria Constituição, a maioria reconhece o primado da Lei Magna em face dos acordos internacionais que lhes sejam anteriores ou posteriores (BINENBOJM, 2000, p. 187).

Sobre a Constituição Federal de 1988, ao contrário de outros textos constitucionais estatais¹⁰, esta não prevê uma cláusula de reconhecimento ou aceitação do Direito Internacional pelo ordenamento doméstico, com exceção aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, os quais, por força do art. 5º, §2º da Lei Magna, ingressam em tal ordenamento com *status* de norma materialmente constitucional, podendo obter, ainda, qualificação análoga também a nível formal, nos termos do §3º do mesmo dispositivo¹¹ (MAZZUOLI, 2011a, p. 99).

No saneamento de tal omissão, o Supremo Tribunal Federal estabelece, em adoção à teoria dualista moderada, a necessidade de incorporação da norma internacional ao ordenamento interno como requisito para a produção de efeitos da primeira no sistema normativo formado pelo segundo.

Como julgados da Excelsa Corte que atualmente a vinculam em tal linha raciocínio, destacam-se três. O primeiro deles é o Recurso Extraordinário nº 71.154/PR, no qual discutiu-se a vigência, em território nacional, das normas advindas da Convenção de Genebra, celebrada em 19 de março de 1931, aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 54/64 e promulgada pelo Decreto nº 57.595/96 (BRASIL, 1971)

Afirmaram os julgadores, seguindo o voto do Ministro Relator, Oswaldo Trigueiro, que a existência dos atos supramencionados tornava desnecessária a realização de novo ato do

¹⁰ “Alguns deles [Estados], em suas Constituições, trazem cláusulas de adoção global das regras do Direito Internacional pelo Direito interno, sem, contudo, dar primazia de uma pela outra. Outros, aceitando também a cláusula de adoção global, tem regras no sentido de dar primazia às normas emanadas do Direito Internacional. E ainda há outras que nada dispõem sobre as relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno (MAZZUOLI, 2011a, p. 93).

¹¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (BRASIL, 1988)

Poder Legislativo (visto que este já expressou sua concordância ao tratado em ato anterior), devendo tais normas possuírem aplicabilidade imediata (BRASIL, 1971).

Um segundo é a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480/DF, no qual definiu-se que a aplicabilidade da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho tem como condicionante a incorporação de tal diploma à ordem jurídica interna decorrente de “ato subjetivamente complexo resultante da conformação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional [...] e a do Presidente da República” (BRASIL, 2001).

Em tal julgado, seu relator, Ministro Celso de Mello, lembrou outros pressupostos já discutidos no presente trabalho, como a subordinação dos tratados à Constituição e, por conseguinte, a possibilidade de realização de controle de constitucionalidade em face de tais normas, motivo pelo qual torna-se necessária a verificação de tais critérios através do supramencionado procedimento de incorporação (BRASIL, 2001).

Ainda foi consignada em tal julgado, a paridade normativa entre as normas oriundas de tratados e convenções e aquelas de direito interno, destarte possuindo “os mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias”, não podendo, inclusive, versar sobre matérias constitucionalmente restritas à lei complementar, sob pena de violação ao rito específico vinculado a tais objetos (BRASIL, 2001).

Um terceiro precedente é a Carta Rogatória nº 8279/República da Argentina ponderando pela inaplicabilidade do Protocolo de Medidas Cautelares firmado no âmbito do MERCOSUL, no caso em questão, por conta de o “ato internacional cujo ciclo de incorporação, ao direito interno do Brasil, ainda não se achava concluído à data da decisão denegatória” da referida carta (BRASIL, 2000).

O julgado ainda reforçou que para que sejam recepcionados, os acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL (assim como os demais tratados internacionais) “depende[m], para efeito de sua ulterior execução no plano interno, de uma sucessão causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico”, qual seja, o procedimento de incorporação mencionado no julgado anterior (BRASIL, 2000).

A questão da hierarquia supracitada teve a sua pormenorização em um precedente posterior, a ser analisado em tópico específico ainda neste capítulo, contudo, como restou demonstrado a incorporação da norma internacional ao sistema jurídico interno deriva de um rito, também concebido no âmbito do STF, advindo da análise conjunta dos artigos 49, I e 84, VIII da Constituição Federal, como ver-se-á a seguir.

2.3. O procedimento de ingresso da convenção no ordenamento brasileiro

O ingresso das convenções internacionais no ordenamento brasileiro deriva da progressiva constituição de um ato jurídico complexo, o qual se consubstancia em uma sequência de outros atos jurídicos concatenados e protagonizados por diferentes autoridades constitucionalmente competentes. Nesta senda, pode-se dizer que o rito em questão está sujeito a um fracionamento em momentos a serem realizados no âmbito interno e externo de produção normativa.

O primeiro destes ocorre com espeque no art. 84, VIII¹² da Carta Magna de 1988 – que aponta a competência privativa do Presidente da República para a celebração de tratados internacionais – ainda externamente, através da assinatura do tratado ou convenção pelo mesmo ou por alguém a quem ele delegue tal função. Tal fase possui um duplo efeito: a) encerram-se as negociações quanto ao texto acordado; b) cria-se uma obrigação negativa aos Estados assinantes de não praticar atos que obstem a produção de efeitos do tratado no futuro.

Flávia Piovesan (2013, p. 109-110) menciona o caráter precário do aceite decorrente deste ato de assinatura, indicando que, para além de iniciar o procedimento de formação dos tratados, este é muito mais voltado à apresentação do caráter autêntico e definitivo do acordo, demonstrando-se a concordância do Estado com a sua forma e conteúdo, do que um fato gerador de efeitos jurídicos vinculantes¹³.

Após a assinatura, inicia-se a fase interna por meio da emissão, pelo chefe do executivo nacional, de uma mensagem ao Congresso Nacional solicitando a aprovação do texto acordado, formalidade a qual também encontra lastro no dispositivo constitucional mencionado no parágrafo anterior e no artigo 49, I¹⁴ do mesmo diploma normativo constitucional. Desta forma, o Presidente do Congresso Nacional, pautará para votação o referido texto, seja pelo rito das leis ordinárias federais ou das emendas constitucionais, este último quando o tratado versar sobre direitos humanos.

Caso a convenção não seja objeto de aprovação em quaisquer das casas legislativas, o Presidente do Congresso Nacional irá emitir mensagem ao Presidente da República indicando a não-aprovação, o que levará ao chefe do executivo – já na terceira e última fase, de nível

¹² Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; (BRASIL, 1988)

¹³ Diferente da ratificação – a ser explicada logo em seguida – que indica a aceitação formal e definitiva do Estado em relação ao tratado, através do qual este se vincula ao seu cumprimento no plano internacional (PIOVESAN, 2013, p. 110).

¹⁴ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; (BRASIL, 1988)

internacional – a levantar a anterior assinatura e também os efeitos que esta eventualmente traria. De outra banda, se o referido texto é aprovado, o Congresso Nacional emite um decreto legislativo que atribui ao Presidente da República poderes de ratificação.

Sobre essa etapa é preciso que seja feito breve esclarecimento em relação à expressão “resolver definitivamente” (BRASIL, 1988) prevista no dispositivo constitucional do art. 49, I, o qual poderia passar a falsa impressão de que a última palavra em relação ao procedimento de ingresso do tratado internacional no ordenamento pátrio pertenceria ao Congresso Nacional.

Em verdade, como consignado em precedente recente no âmbito do STF, a Medida Cautelar na Petição nº 7.848/DF – no qual reconheceu-se a não-executoriedade do Pacto Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos¹⁵ em vista da não existência de decreto do executivo, posterior ao decreto de “aprovação congressional” (BRASIL, 2018) – tal expressão, se observada de forma literal, gera conclusões impróprias, tendo em vista que o seu papel deve ser associado, não a um ato terminativo do procedimento, mas sim como um **“pressuposto autorizador da prática ulterior de atos outros que competem, privativamente, ao Presidente da República, seja como Chefe de Estado (ratificação internacional), seja como Chefe de Governo (promulgação executiva).”** (BRASIL, 2018, grifos do autor).

Em suma, a ratificação – a depender das regras do próprio acordo, por exemplo, se for bilateral precisa que o documento seja ratificado também no outro Estado, ou ainda, no caso de multilateralidade, pode ser que haja um número mínimo de assinaturas para entrar em vigor – no âmbito externo possibilita ao Presidente da República a emissão e publicação de decreto do executivo por meio do qual se promulgará a referida convenção e fará com que esta inicie o seu vigor no direito interno brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal – como dito, em adoção à teoria dualista moderada – considera tal decreto como essencial e insuprimível. No mesmo tom, compreende que dele são extraídos três efeitos, culminantes de todo o procedimento supracitado, quais sejam (i) a promulgação do tratado ou convenção, (ii) a publicação oficial do seu texto e (iii) o início de sua executoriedade (MAZZUOLI, 2011a, p. 79).

A duração desse processo, contudo, pode variar bastante a depender da convenção aprovada, sobretudo no que concerne à complexidade da matéria e aos interesses políticos e sociais a ela inerentes. A esse respeito tem-se como vistoso exemplo o caso da Convenção nº

¹⁵ Em que “os Estados-partes **autorizam** o Comitê de Direitos Humanos **a receber e a examinar comunicações provenientes de indivíduos** que se considerem vítimas de uma **alegada** violação a *qualquer* dos direitos e liberdades enunciados no Pacto em referência” (BRASIL, 2018, grifos do autor).

87 da OIT¹⁶, a qual teve seu procedimento de ingresso iniciado com a assinatura presidencial e emissão de mensagem ao Congresso Nacional em junho de 1948, não tendo sido concluído até a presente data.

Tal mora é resultante de uma série de eventos e fatores, a exemplo de sua suposta contrariedade às Constituições de 1967 e 1988 quando prevê a pluralidade sindical, ou ainda, segundo fontes históricas, o extravio tanto da mensagem como das cópias em papel da convenção quando remetidas à antiga Comissão de Diplomacia da Câmara Federal em meados do século XX (BRASIL, 1984).

2.4. O posicionamento hierárquico das normas convencionais

Em complemento, traz-se mais um ponto atinente à eficácia da norma convencional em relação ao ordenamento interno, mais notadamente a resolução de eventual conflito hierárquico entre esta e aquela originariamente proveniente das instituições legislativas pátrias, isto é, passado o procedimento supramencionado, pode-se questionar em qual posição hierárquica a convenção estaria fixada no sistema normativo interno.

Historicamente, ante a majoritária omissão legislativa¹⁷ quanto à tal discussão, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já foi direcionada a diferentes pontos-de-vista, de modo a antes do julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE¹⁸ em 1977 entender-se pela superioridade hierárquica das normas do Direito Internacional frente ao direito interno (KOEHLER, 2007, p. 150 *apud* MENDONÇA, 2010, p. 177).

Com o referido julgamento, passa-se a compreender – apesar da forte construção normativa internacional em contrário (CASELLA; ACCIOLY; SILVA, 2012, p. 227-228), bem como de grande resistência da doutrina pátria (BINENBOJM, 2000, p. 186-188) – pelo

¹⁶ Esta é a chamada “Convenção sobre a Liberdade Sindical e à Proteção do Direito Sindical”, celebrada em 17 de junho de 1948 na 31ª seção da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, adotando a numeração 87 daí em diante (SSÜSSEKIND, 1998, p. 338).

¹⁷ Uma exceção a este quadro é o Código Tributário Nacional, o qual chega a prever a superioridade hierárquica das normas tributárias internacionais frente àquelas denominadas como internas em seu artigo 98, *in verbis*: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha” (BRASIL, 1966).

¹⁸ A ementa desse julgado indica:

CONVENÇÃO DE GENEVRA, LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CÂMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS - AVAL APOSTO A NOTA PROMISSÓRIA NÃO REGISTRADA NO PRAZO LEGAL - IMPOSSIBILIDADE DE SER O AVALISTA ACIONADO, MESMO PELAS VIAS ORDINÁRIAS. VALIDADE DO DECRETO-LEI Nº 427, DE 22.01.1969. EMBORA A CONVENÇÃO DE GENEVRA QUE PREVIU UMA LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CÂMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS TENHA APLICABILIDADE NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO, NÃO SE SOBREPÕE ELA ÀS LEIS DO PAÍS, DISSO DECORRENDO A CONSTITUCIONALIDADE E CONSEQUENTE VALIDADE DO DEC-LEI Nº 427/69, QUE INSTITUI O REGISTRO OBRIGATÓRIO DA NOTA PROMISSÓRIA EM REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA, SOB PENA DE NULIDADE DO TÍTULO. SENDO O AVAL UM INSTITUTO DO DIREITO CAMBIÁRIO, INEXISTENTE SERÁ ELE SE RECONHECIDA A NULIDADE DO TÍTULO CAMBIAL A QUE FOI APOSTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. (BRASIL, 1977)

predomínio da equivalência hierárquica entre ambas as espécies normativas, como inclusive mencionado no tópico anterior, quando da análise da ADI nº 1480/DF.

No caso concreto analisado, diante da referida equivalência, reconheceu-se que o Decreto-Lei nº 427/69 revogou as disposições em contrário da Convenção de Genebra sobre as notas promissórias. Destarte, consignou-se a possibilidade de norma interna superveniente afastar norma decorrente de tratado internacional.

Em julgado posterior, consolidou-se tal entendimento até mesmo em relação aos tratados sobre direitos humanos quando, no HC 72.131/RJ, decidiu-se que a adesão do Brasil ao *Pacto de San José da Costa Rica* (Convenção Interamericana de Direitos Humanos) não impediria a vigência de lei ordinária em sentido contrário (BRASIL, 1995), neste caso, determinando-se a prisão do depositário infiel. Destarte, seguindo a regra clássica de resolução de antinomias jurídicas, em eventual conflito normativo, venceria a norma posterior, salvo se a anterior for mais específica.

Tal cenário muda através do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, tendo por objeto também a constitucionalidade da prisão civil, que, em que pese contrarie o art. 7, §7º do mesmo *Pacto de San José da Costa Rica*, estava prevista não só em lei ordinária, como também dentre as exceções permitidas à tal sanção pelo art. 5º, LXVII¹⁹ da Constituição Federal (BRASIL, 2008).

Ocorre que, mais de dez anos depois do precedente anterior, a necessidade de revisão do referido posicionamento foi impulsionada não só pela mudança na composição do tribunal, mas também na modificação promovida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que incluiu um §3º no referido art. 5º da CF/88, demonstrando o desiderato do constituinte derivado em possibilitar uma valoração constitucional ainda maior aos tratados sobre direitos humanos (MENDONÇA, 2010, p. 182).

Em suma, o referido julgamento foi marcado por duas correntes dissidentes capitaneadas pelos Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Respectivamente, a primeira defendia a equiparação hierárquica das normas incorporadas à ordem interna provenientes de tratados/convenções que versam sobre direitos humanos às normas constitucionais, a nível material e formal, por força dos já mencionados §§2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal, independentemente do seu quórum de aprovação.

¹⁹ 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).

Já a segunda ponderou pela a mesma equiparação, sob o mesmo fundamento constitucional, apenas às normas de mesma proveniência que fossem incorporadas sob o quórum de emenda constitucional, conferindo àquelas que não o fossem, a posição hierárquica da supralegalidade (inferior à constituição, mas superior às leis em geral).

Em que pese ambos os posicionamentos tenham especial atenção à relevância da proteção aos direitos humanos pelos tratados internacionais e a necessidade de sua predileção em face das demais normas infraconstitucionais de direito interno, a segunda corrente, vencedora, tem como principal argumento a necessidade de observância do requisito formal imposto pelo §3º do art. 5º que, se seguida a linha de raciocínio da primeira corrente, se tornaria letra morta.

Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes:

[há o] argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana (BRASIL, 2009).

Tendo em vista que a relevância da proteção aos direitos humanos é uma das principais forças motrizes do presente estudo, opta-se pela criação de tópico específico destrinchando o papel dos tratados e convenções internacionais em tal contexto.

2.5. Convenções e tratados sobre direitos humanos: importância normativa

As concepções atuais de direitos humanos possuem uma raiz histórico-filosófica oriunda do jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII, no qual a noção de tais direitos como naturais passou por um processo de racionalização e laicização, tendo como aspecto central, todavia, a manutenção da ideia fundamental de igualdade em dignidade e liberdade (PES, 2009, p. 13).

Tal linha de raciocínio encontra especial correlação à noção de “dignidade da pessoa humana” relacionada ao postulado kantiano de que o ser humano deve sempre ser visto como um fim em si mesmo (CARVALHO RAMOS, 2020, p. 58) e, igualmente, ao pressuposto de que o homem detém a titularidade de determinados direitos, devendo estes serem respeitados e assegurados pelo Estado, tendo como fundamento, tão somente, a sua condição humana.

Nesta mesma linha, a UNICEF (c2021) define tais direitos como preceitos normativos responsáveis pelo reconhecimento e proteção da dignidade humana, a qual deve ser regida nas relações entre os próprios seres humanos e entre eles e os Estados, atribuindo a ambos, obrigações para com a salvaguarda de tais valores.

Uma segunda definição é aquela de Antonio Peres Luño (1995, p. 48 *apud* CARVALHO RAMOS, 2016b, p. 22) em que se privilegia a evolução histórica de tais direitos na definição de seu conteúdo, ponderando-se pelo seguinte conceito:

Conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional

De mais a mais, um dos principais pontos concernentes à proteção de tais direitos é a sua internacionalização, através da qual fundamenta-se tal tutela como um interesse da comunidade internacional, devendo por ela ser salvaguardada.

André de Carvalho Ramos (2016b, p. 31) diferencia a ocorrência de tal fenômeno em um sentido amplo, no qual se tem uma série de normas de direito internacional regulando a matéria, daquele em sentido estrito, caracterizado pela “criação de um corpo sistematizado e coerente de normas, com princípios, objeto e metodologia próprios”.

Em contraposição às intervenções políticas esparsas existentes no decorrer do sec. XIX e início do sec. XX – incluindo a celebração de tratados – voltadas à proteção dos direitos de certas minorias, a visão de um ramo do direito internacional voltado à tutela dos direitos humanos tem como marcos a Carta da Organização das Nações Unidas (que trouxe tais direitos como axiomas da nova organização) e, três anos depois, a aclamação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, por sua Assembleia Geral, exprimindo as premissas substantivas correlatas ao tema e inspirando futuros tratados e convenções a ele referentes (KESEK, 2011, p. 254).

Do ponto de vista estrutural a tutela internacional dos direitos humanos é realizada através dos sistemas internacionais de proteção, havendo, por um lado um sistema global (também chamado de sistema ONU) e, por outro, sistemas regionais de proteção (atualmente, o interamericano, o europeu e o africano), arquitetados por organizações regionais específicas que levam em consideração as peculiaridades do seu entorno (MAZZUOLI, 2011c, p. 14).

Em ambos os casos existirão órgãos internos voltados à aferição das violações aos tratados em matéria de direitos humanos (e, por conseguinte, dos próprios direitos que lhe são objetos). Por exemplo, no caso do sistema universal ou global, tal mecanismo possui certa complexidade, sendo dividido em dois âmbitos, o convencional e o extraconvencional:

O sistema convencional possui três grandes divisões: a *não contenciosa*, que é a mais antiga e elaborada a partir de técnicas de solução de controvérsias do Direito Internacional clássico, tais como os bons ofícios e a conciliação. Há ainda o sistema *quase judicial*, que possui duas espécies: a responsabilização iniciada por *petições de Estados* e ainda por *petições de particulares* contra Estados. Finalmente, há o *sistema judicial ou contencioso*, no qual a responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos é estabelecida através de um processo judicial, perante a Corte Internacional de Justiça.

O sistema extraconvencional é composto de procedimentos especiais no âmbito de órgãos da Organização das Nações Unidas, embasados no dever geral de cooperação internacional dos Estados em matéria de direitos humanos, reconhecido na Carta da Organização das Nações Unidas (CARVALHO RAMOS, 2016a, p. 50).

De todo modo, o mecanismo de violação de direitos humanos – em que pese possua algumas variações de complexidade a depender do sistema de proteção global ou regional envolvido – se consubstanciará na seguinte lógica: em caso de detecção da referida violação, seguida da relação causal entre o seu resultado lesivo e a conduta omissa ou comissiva do Estado, haverá a determinação do seu dever de reparação (CARVALHO RAMOS, 2016a, p. 45).

Tal dever pode ser cumprido de múltiplas maneiras, por exemplo (CARVALHO RAMOS, 2005, p. 58-59):

- a. Exigência, pela vítima, da *restitutio in integrum*, isto é o retorno ao *status quo ante* à violação e aos seus efeitos (eliminando ambos), algo que se encaixa perfeitamente à temática dos direitos humanos, já que os valores tutelados, fundamentais à dignidade humana, são de difícil conversão em fórmulas de equivalência pecuniária;
- b. Satisfação, isto é um “conjunto de medidas, aferidas historicamente, capazes de fornecer fórmulas extremamente flexíveis de reparação a serem escolhidas, em face dos casos concretos, pelo juiz internacional”. Por seu turno, esta pode ser dividida em três modalidades, (i) declaração estatal da infração cometida somada a uma demonstração de pesar em relação ao fato violador a ela atrelada; (ii) fixação dos chamados *punitive damages* (sommas nominais e indenizações punitivas) proporcionais ao dano e revertidos às suas vítimas; (iii) definição ampla de obrigações de fazer, a exemplo da reabilitação (apoio médico e psicológico às vítimas) e da criação de datas especiais em homenagem às vítimas;
- c. Indenização (o reparo através de pagamento de valores pecuniários) em caráter complementar às anteriores, em razão de sua impossibilidade ou insuficiência;
- d. Garantias de não-repetição, ou seja, o compromisso de atuar de forma contrária à nova ocorrência da violação, algo que varia entre atos estatais de caráter preventivo ou punitivos;
- e. Sanções realizadas unilateralmente por outro Estado ou coletivamente pela comunidade internacional, podendo possuir um caráter de mera retorsão (sempre lícita em face do Direito Internacional) de represália (que seria ilícita, caso não

partisse do pressuposto de ser uma reação a um ilícito prévio cometido pelo sujeito infrator).

Voltando-se à necessidade de uma interpretação diferenciada das convenções e tratados sobre direitos humanos, esta se fundamenta nas características inerentes ao seu conteúdo, em especial, por conta deste não se tratar de interesses ou direitos subjetivos exclusivos de determinado Estado ou organização, mas sim de algo que transcende as esferas individuais de tais partes, sobretudo tendo por conta que o seu fim último é a “proteção máxima e eficaz dos direitos fundamentais” (CANÇADO TRINDADE, 1997, p. 29-30 *apud* LEMOS, 2007, p. 12).

Acrescenta André de Carvalho Ramos (2020, p. 104) que se deve ter cautela em relação a uma possível insuficiência das regras tradicionais de interpretação ao campo dos direitos humanos, sobretudo em vista do caráter aberto de redação de suas normas, acrescido da presença de uma série de conceitos indeterminados, interdependentes e com alto risco de colisão.

Neste sentido, o autor (2020, p. 108-110) ainda sugere a utilização conjunta de três critérios interpretativos centrais, havendo, ao fim do processo interpretativo uma conclusão que atenda a uma “reserva de consistência em sentido amplo”²⁰:

- a. Máxima efetividade: coadunação harmônica entre o maior proveito do titular do direito interpretado e a menor privação aos titulares dos demais direitos confrontados;
- b. Interpretação *pro homine*: o resultado interpretativo deve ser sempre aquele mais favorável ao indivíduo, atribuindo-se predileção à norma em que seja possível a extração da maior eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos;
- c. Primazia ou prevalência da norma mais favorável ao indivíduo: aqui destaca-se que é irrelevante a origem das normas – isto é, seja nacional ou internacional – desde que, em eventual conflito, prevaleça aquela que melhor beneficie o indivíduo.

²⁰ Tal termo se refere a uma noção, propagada junto à doutrina pátria por Peter Häberle, de que a interpretação deve ser (i) transparente e sincera (não adotando uma decisão prévia ou o uso retórico da noção de dignidade humana tão somente para justificá-la), (ii) abrangente e plural (inexistência de exclusão de dados empíricos ou doutrinários, havendo e concebendo como útil a contribuição de terceiros), (iii) consistente em sentido estrito (demonstração da compatibilidade entre os dados originários, incluindo os factuais e jurídicos) e (iv) coerente (passível de aplicação, sem contradições que prejudiquem a segurança jurídica, a temas similares) (HÄBERLE, 1997, p. 15-31 *apud* CARVALHO RAMOS, 2020, p. 105).

Para além das dificuldades inerentes ao processo de ratificação de tais tratados (a exemplo do quanto destacado no tópico 2.3, referente à Convenção nº 87 da OIT), Christophe Swinarski (2003, p. 6) ressalta a existência de uma complexidade inerente à efetivação das normas convencionais após a sua internalização. Para tanto, o autor destaca a necessidade de “construção de um ambiente institucional idôneo”, pautado em três planos de atuação por parte dos órgãos estatais: a preparação, a prevenção e o controle.

Este último, que guarda essencial relação ao presente trabalho, deve ser pautado na possibilidade de determinação dos elementos correlatos à violação da norma convencional, a responsabilização daqueles que deveriam evita-la ou coibi-la, seguida da aplicação das referidas sanções (SWINARSKI, 2003, p. 7-8).

Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 66), ao analisar o RE nº 466.343/SP anteriormente examinado, pontua que, se os tratados/convenções que versam sobre direitos humanos – independentemente do seu quórum de aprovação – são hierarquicamente superiores às demais espécies de legislação infraconstitucional, isto faz com que tais normas infraconstitucionais internas possuam como condição de validade a observância não apenas do texto constitucional, mas também do conteúdo de tais tratados. Isto posto, em sua opinião:

[...] existem dois parâmetros de controle e dois programas de validação do direito ordinário. Além da Constituição, o direito supralegal está a condicionar e a controlar a validade da lei. Isto significa que a lei, nesta dimensão, está submetida a novos limites materiais, postos nos direitos humanos albergados nos tratados internacionais, o que revela que o Estado contemporâneo – que se relaciona, em recíproca colaboração, com outros Estados constitucionais inseridos numa comunidade -, tem capacidade de controlar a legitimidade da lei em face dos direitos humanos tutelados no país e na comunidade latino-americana.

É justamente essa linha de raciocínio que, como observar-se-á de modo mais aprofundado no tópico a seguir, promoverá maior fundamentação e impulsionamento às discussões envolvendo o controle de convencionalidade.

3. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: TEORIAS E FUNDAMENTOS

Discutidos os principais aspectos concernentes à eficácia normativa das convenções internacionais sobre direitos humanos, analisar-se-á, a partir de então, o controle de convencionalidade propriamente dito. Para tanto, faz-se mister a sua comparação frente às demais formas de controle normativo vigentes no sistema jurídico brasileiro, bem como a pormenorização dos aspectos teóricos, gerais e específicos, que lhe servem de substancial lastro doutrinário.

3.1. Métodos de controle normativo

Defende-se que o controle normativo – passível de ocorrer, a depender de sua espécie, na esfera administrativa, legislativa ou judicial – diz respeito à análise da compatibilidade de alguma norma com outras qualificadas como hierarquicamente superiores, se comparadas à primeira. Trata-se, em suma, de um instrumento de autoproteção trazido pelo próprio sistema jurídico no intuito de resguardar a conformação lógica de suas regras, princípios e postulados.

Em retorno aos ensinamentos da Teoria Geral do Direito, sabe-se que “as normas guardam entre si uma hierarquia, uma ordem de subordinação entre as [suas] diversas categorias” (NADER, 2016, p. 90), o que confere ao intérprete jurídico uma estrutura hierárquica dentre os diferentes tipos normativos, a ser obrigatoriamente observada no momento de aplicação.

Paulo Nader (2016, p. 90) aponta, em relação a tais tipos, a seguinte divisão: constitucionais, complementares, ordinárias, regulamentares e individualizadas. Em breve explanação:

No primeiro plano alinham-se as normas constitucionais – originais na Carta Magna ou decorrentes de emendas [...]. Há (também) normas que se localizam em leis complementares à Constituição e se situam hierarquicamente entre constitucionais e ordinárias. [...] Em plano inferior, estão as normas ordinárias, que se localizam nas leis, medidas provisórias, leis delegadas. Seguem-se as normas regulamentares, contidas nos decretos e as individualizadas, de nomeação e espécies sugeridas por Merkel (1924 apud NADER, 2016, p. 90) para a grande variedade dos negócios jurídicos.

Quanto a tal estrutura, é preciso fazer duas observações. A primeira é que entre as normas legais – trazidas como ordinárias ou complementares – não existe, em verdade, uma relação de hierarquia, mas sim âmbitos materiais distintos, conforme determinação constitucional (TEMER, 2006, p. 142).

Em suma, por considerar determinadas matérias mais sensíveis, o constituinte preferiu que a instituição ou alteração legislativa a ela referentes possuísse um processo legislativo de maior rigor, mais notadamente a exigência de quórum de aprovação de maioria absoluta, nos termos do art. 69 da Lei Magna (BRASIL, 1988).

A segunda anotação diz respeito ao fato de o referido rol não mencionar as normas de hierarquia supralegal, categoria cristalizada pelo julgamento do RE nº 466.343/SP, consoante o item 2.4 do presente trabalho. Neste cerne, com o intuito, inclusive, de facilitar a compreensão das espécies de controle normativo, consigna-se a existência da seguinte ordem hierárquica:

- I. Normas constitucionais;
- II. Normas infraconstitucionais supraleais;

- III. Normas infraconstitucionais legais (incluindo-se aquelas de natureza complementar ou ordinária);
- IV. Normas infralegais (abarcando-se aquelas de caráter regulamentar e individual, consoante as definições supracitadas).

Ressalta-se, contudo, que a divisão anterior tem por conta um enquadramento formal das normas, tendo em vista que, por exemplo, nem todas as normas constitucionais o são material e formalmente. Destarte, é possível que existam (i) normas de conteúdo constitucional previstas em diploma diverso da Carga Magna, assim como (ii) normas que, embora previstas na Constituição, não possuem conteúdo que lhe é típico²¹, ou ainda (iii) aquelas que são tipicamente²² constitucionais e encontram-se previstas em seu texto (MENDES; BRANCO, 2020, p. 85-87).

É nesta linha que se considera adequada a interpretação, à luz dos §§2º e 3º do art. 5º da Constituição, no sentido de que os tratados internacionais sobre direitos humanos, devidamente incorporados ao ordenamento estatal, possuem inegável caráter constitucional, isto é, são materialmente constitucionais. Não só por versarem sobre circunstâncias tipicamente constitucionais, mas também por tal circunstância estar expressamente trazida no referido §2º (MAZZUOLI, 2009, p. 114).

Sobre o fato de serem ou não formalmente constitucionais, isto dependerá, nos termos do §3º, como já explicado no item 2.4, de seguirem ou não o rito das emendas constitucionais (aprovação, em cada Casa Legislativa Federal, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros). Sendo cumprido tal requisito, são normas materialmente e formalmente constitucionais, do contrário, serão normas materialmente constitucionais, mas formalmente supralegais.

O quórum qualificado, então, serve como um reforço à natureza constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos, adicionando-lhes um aspecto formal de emenda constitucional (PIOVESAN, 2013, p. 138). Tal configuração formal não é sem motivo, trazendo implicações relevantes a tais normas.

²¹ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet Branco (2020, p. 85) pontuam a existência de críticas a essa classificação, tendo em vista a volatilidade do que seria tipicamente constitucional ou não, a depender do período histórico constitucional vivido, bem como diante da possibilidade de influências ideológicas em tal concepção. No mesmo tom, arrematam: “Assim, uma norma que determine ao Estado que prossiga uma política social, se dificilmente haveria de ser considerada norma materialmente constitucional nos momentos iniciais do constitucionalismo, é hoje vista como de atenção esperada por parte do constituinte”.

²² Paulo Bonavides (2000, p. 63 *apud* CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 104) pontua que tais normas disciplinam os seguintes eixos temáticos: “organização do poder; à distribuição da competência; o exercício da autoridade; a forma de governo; aos direitos da pessoa humana tanto individuais e sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política”.

Por exemplo, o tratado supralegal e materialmente constitucional pode ser denunciado (ato unilateral de retirada do tratado, consoante o art. 56 da Convenção de Viena), desobrigando o Estado de cumpri-lo internacionalmente, mas não nacionalmente, já que após o seu ingresso na ordem constitucional, este se torna cláusula pétrea, nos moldes do art. 60, §4º, IV da Constituição²³ (versando sobre direitos e garantias individuais), não podendo ser suprimido sequer por emenda constitucional (PIOVESAN, 2013, p. 138-139).

Contudo, no caso dos tratados material e formalmente constitucionais, Flávia Piovesan (2013, p. 140) acrescenta-se que, na prática, existe uma renúncia por parte do Estado ao seu direito de denunciar o tratado e deixar de cumpri-lo internacionalmente, uma vez que seria um desprestígio ao rigoroso rito de aprovação qualificado a que foi submetido (que lhe tem uma grande legitimidade popular inerente), caso todo esse procedimento pudesse ser internacionalmente desfeito através de um mero ato isolado do Poder Executivo.

Voltando-se aos instrumentos de controle normativo, estes também podem ser divididos em espécies, normalmente variando a depender do tipo de normas que lhe servirá de parâmetro para verificação de compatibilidade. Consoante seleção feita por Luiz Carlos Gomes (2009), pode-se destacar como mais importantes, as seguintes:

- a. controle de legalidade;
- b. controle difuso de convencionalidade (ou de supralegalidade);
- c. controle concentrado de convencionalidade;
- d. controle de constitucionalidade.

Sobre esta lista, alguns autores²⁴, partindo-se da teoria monista internacionalista (discutida no tópico 2.3), consideram a existência, ainda de uma outra espécie, o chamado controle de supraconstitucionalidade (ou também compreendido como uma variação do controle de convencionalidade), tendo por objeto assegurar a compatibilidade das normas constitucionais com as normas convencionais, podendo as primeiras serem consideradas inválidas perante as segundas, isto é a existência de uma necessária subordinação das constituições aos tratados internacionais (MARINONI, 2013, p. 68).

²³ Segundo a autora, as cláusulas pétreas possuem uma vinculação à proteção do núcleo material da constituição, por isso se aplicando as normas materialmente a ela vinculadas, ainda que estas não componham formalmente o texto constitucional (PIOVESAN, 2013, p. 139).

²⁴ A exemplo de Néstor Pedro Sagués (2010, p. 465 *apud* MARINONI, 2013, p. 69), que pontua, em tal sentido, a impossibilidade de o Estado alegar norma constitucional como fundamento para descumprimento de tratado, havendo uma “paralisação” da norma constitucional inconvenional.

Como comentário a esta última hipótese, em que pese a sua ampla defesa no âmbito das Cortes Internacionais²⁵, não se compreende no presente trabalho a possibilidade de inconvenção da constituição.

A uma porque, à luz da teoria dualista moderada – consoante a jurisprudência atualmente vigente no âmbito do Supremo Tribunal Federal – uma norma convencional apenas pode produzir efeitos após a convenção ou tratado, da qual seja originária, tenha sido devidamente incorporada ao ordenamento pátrio.

A duas porque, nesse processo de incorporação, deve ser verificada a compatibilidade das normas internacionais com a Constituição, reconhecendo-se a inconstitucionalidade de tal tratado ou convenção ainda durante tal procedimento ou, posteriormente, através de provocação do Poder Judiciário para realizar o controle de constitucionalidade que lhe é competente.

Sobre os demais mecanismos de controle, como o controle de convencionalidade (itens “b” e “c”) constituirá tópico subsequente específico, cumpre apresentar breve explicação a respeito dos outros dois instrumentos, a começar pelo primeiro.

O controle de legalidade normalmente é atrelado, em seu sentido clássico, à verificação da conformidade dos atos administrativos com as normas legais a eles correlatas, normalmente pautando-se na Legalidade, como um dos princípios fundamentais – haja vista que, embora não seja específico ao Direito Administrativo, serve de base para a construção interpretativa dos demais (DI PIETRO, 2017, p. 95) – que regem a atuação da Administração Pública, consoante previsão do art. 37 da Constituição Federal.

Em observância a tal fundamento, tem-se que a autoridade administrativa (ou quem lhe faça as vezes) somente poderá agir nos moldes em que a lei assim lhe autorizar, de modo que o administrador não pode agir por finalidade própria, mas tão somente por aquela imposta pela lei (MORAES, 2017, p. 257).

A legalidade, neste sentido, possui contornos ainda mais amplos, funcionando como garantia fundamental contra excessos estatais, em outras palavras, um instrumento de proteção das liberdades individuais e coletivas – nos termos do art. 5º, II da Constituição – sendo, por conseguinte, um dos elementos essenciais da atual concepção de Estado de Direito (MENDES; BRANCO, 2020, p. 1240-1242).

²⁵ Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 70) traz como exemplo o caso “*La ultima tentacion de Cristo vs Chile*”, em que foi determinado ao Chile alterar a sua Constituição, em vista desta, em seu art. 19, estabelecer a possibilidade de censura prévia às produções cinematográficas. A Corte Interamericana de Direitos Humanos compreendeu que o Estado não pode utilizar-se de norma interna para descumprir as garantias previstas na Declaração Internacional de Direitos Humanos, independentemente do patamar hierárquico que tal norma ocupar no ordenamento estatal (CIDH, 2001).

Ademais, é preciso destacar que não é somente a função administrativa que está sujeita ao controle de legalidade, havendo a necessidade de realização de tal controle em face de atos praticados por autoridades legislativas e judiciais em suas funções típicas. Por exemplo, quando o Superior Tribunal de Justiça reconhece a invalidade de determinada decisão proferida em última ou única instância, por Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, que contrariou ou negou vigência à lei federal, conforme lhe autoriza o art. 105, III, “a” da Lei Magna (BRASIL, 1988).

Sobre a realização de tal controle, ele pode ser efetivado (NOVO, 2018):

- a. tanto pela própria Administração, de ofício ou mediante provocação;
- b. quanto pelo Legislativo, nos casos constitucionalmente previstos;
- c. como pelo Judiciário, quando provocado através do manejo de instrumento processual adequado.

Por fim, quanto ao seu resultado, a norma ilegal é extinta através de sua anulação ou invalidade, a qual – diferente da revogação (extinção decorrente do juízo de conveniência e oportunidade do seu prolator) – possui, em regra, efeitos *ex tunc*, retroagindo ao momento de origem da norma inválida (DI PIETRO, 2017, p. 292).

Por seu turno, o controle de constitucionalidade, que em muito serve de referência à atuação do controle de convencionalidade, traduz-se na verificação da conformidade de atos normativos realizados pelo poder público em face das normas e valores emanados de uma Constituição rígida (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 233).

O seu principal fundamento é o Princípio da Supremacia da Constituição, assim definido por José Afonso da Silva (2005, p. 45-46):

Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade [...]; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará a sua superioridade em relação às demais normas jurídicas. [...] Por outro lado, todas as normas que integram o ordenamento jurídico só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal.

Tentando ser breve, diante da amplitude de temas inerentes ao controle de constitucionalidade, é preciso dizer que as suas formas são diversas, podendo variar, por exemplo (MENDES; BRANCO, 2020, p. 1550-1553):

- a. Quanto ao órgão que o exerce: podendo ser este de natureza política (quando exercido nas Casas Legislativas em meio ao processo legislativo ou, a possibilidade de veto de projeto de lei pelo Poder Executivo fundamentando-se na inconstitucionalidade do dispositivo proposto), jurisdicional (por exemplo, quando da sua provocação através das ações de controle concentrado ou de modo difuso, em quaisquer dos órgãos do poder judiciário) ou misto, envolvendo ambos;

- b. Quanto ao modo de controle: variando entre o incidental (no qual o objeto da ação não é o exame de constitucionalidade, esta sendo uma questão prejudicial arguida em meio aos autos) e o principal (ao contrário do primeiro, o processo é instaurado tendo por objetivo o exame de constitucionalidade de uma ou mais normas);
- c. Quanto ao momento de exercício: preventivo (aquele que ocorre antes do completo aperfeiçoamento do ato normativo questionado, a exemplo das Comissões de Constituição e Justiça das Casas Legislativas) e repressivo ou sucessivo (em contraposição ao primeiro, este ocorre – inclusive é a regra – após o ato normativo entrar em vigor).

Com relação ao parâmetro de controle, em que pese alguns sistemas, como o alemão, permitam que normas supralegais sirvam de parâmetro ao controle de constitucionalidade, através da noção ampla de bloco de constitucionalidade (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 265), no direito brasileiro majoritariamente se defende que este parâmetro se restringe à Constituição Formal, isto é, apenas as normas formalmente constitucionais podem servir a tal propósito, incluindo os tratados internacionais que adquirem tal aspecto diante do rito do art. 5º, §3º da Constituição (MORAES, 2017, p. 93 e 519).

É importante, diante dos seus reflexos ao próprio controle de convencionalidade (conforme demonstrar-se-á em momento posterior do presente trabalho), fazer uma breve pausa visando desenvolver melhor duas ideias atreladas à noção de bloco de constitucionalidade, mais notadamente a sua compreensão de forma restrita ou ampla.

Em um conceito mais restrito, consoante a definição apresentada pelos autores supracitados, a doutrina brasileira (incluindo-se a jurisprudência atualmente vigente²⁶ a esse respeito no STF) compreende que o bloco de constitucionalidade brasileiro, para além da própria Constituição formal, abarca tão somente os tratados internacionais incorporados ao direito interno sob o rito do art. 5º, §3º da CF, sendo estes²⁷ os únicos componentes da área internacionalista do filtro constitucional do sistema pátrio, apto, deste modo à servirem como parâmetro aos instrumentos de controle de constitucionalidade (CARVALHO RAMOS, 2020, p. 538).

²⁶ Apesar de existirem posicionamentos individuais de alguns dos Ministros da Corte em sentido contrário, como melhor observar-se-á no item 5.2.

²⁷ Atualmente apenas três convenções preenchem tal requisito: (i) a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, (ii) o seu Protocolo Facultativo – ambos assinados em 30 de março de 2007 e devidamente incorporados através do Decreto presidencial nº 6.949/09 – e (iii) o Tratado de Marraquexe para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades para ter Acesso ao Texto Impresso, assinado em 28 de junho de 2013 e devidamente incorporado através do Decreto executivo nº 9522/18 (CARVALHO RAMOS, 2020, p. 538-539).

Por seu turno, a noção ampla de bloco de constitucionalidade indica que as normas materialmente constitucionais, isto é, aquelas não positivadas no texto constitucional também integram a noção de bloco de constitucionalidade e podem servir de parâmetro para tal controle, a exemplo de Flávia Piovesan (2013, p. 19) e José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p. 982-983). Nas palavras deste último

o programa normativo-constitucional não se pode reduzir, de forma positivística, ao «texto» da constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, alargando o «bloco da constitucionalidade» a princípios não escritos, mas ainda reconduzíveis ao programa normativo-constitucional, como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas (CANOTILHO, 1993, p. 983, grifo do autor).

Voltando-se ao controle de convencionalidade, em um ponto de vista mais prático, quando o órgão competente à sua realização verificar a presença de lesão a preceito constitucional pela norma examinada, a sua inconstitucionalidade é declarada e a sua eficácia cessada, em regra, com efeitos *ex tunc*, isto é, desde a sua origem (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 233). Ademais, é possível que tais efeitos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade se apliquem apenas a determinados casos concretos, como também para todo o sistema jurídico.

Caso o controle ocorra de forma difusa, ele em regra²⁸ é aplicado de forma *ex tunc*, à parte do processo, atingindo-se, também em regra (haja vista que tal produção de efeitos pode ser flexibilizada em atenção à segurança jurídica), tanto o próprio ato objeto do controle como aqueles que dele decorreram (MORAES, 2017, p. 257).

Como o encerramento da eficácia pode se dar apenas a determinados casos concretos, a norma incidentalmente considerada inconstitucional pode continuar a ser aplicada em outros tribunais até a sobrevinda de decisão suspendendo a sua eficácia pelo Senado Federal, na forma do art. 52, X da Constituição (SILVA, 2005, p. 54-55) ou da prolação de precedente vinculante em mesmo sentido, a exemplo do próprio reconhecimento da inconstitucionalidade em controle concentrado. Neste caso, do ponto de vista temporal, os efeitos *erga omnes*, novamente em regra, se operarão de modo *ex nunc* (MORAES, 2017, p. 257).

Por outro lado, ocorrendo pela via do controle concentrado, os efeitos *erga omnes* operar-se-ão, em regra (já que é possível a modulação de efeitos), de modo *ex tunc*, havendo a saída da norma do ordenamento jurídico pátrio sem a necessidade de resolução do Senado Federal (MORAES, 2017, p. 543-544).

Tal declaração pode inclusive alcançar decisões transitadas em julgado em momento anterior a sua prolação, porém não de forma automática, devendo ser manejado recurso ou ação

²⁸ Alexandre de Moraes (2017, p. 527) compreende que tal regra pode ser flexibilizada casuisticamente tendo como base os princípios da segurança jurídica e da boa-fé, fundamentando-se ainda em razões de ordem pública ou social.

própria para este fim (RAMOS, 2020, p. 442-443), consoante o Tema de Repercussão Geral nº 733²⁹, no qual foi firmada a seguinte tese:

A decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das decisões anteriores que tenham adotado entendimento diferente. Para que tal ocorra, será indispensável a interposição de recurso próprio ou, se for o caso, a propositura de ação rescisória própria, nos termos do art. 485 do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495). (BRASIL, 2015)

No caso da ação rescisória, destaque-se que esta somente é possível quando configurado o chamado vício de rescindibilidade, conforme os art. 966 e seguintes do Código de Processo Civil, normalmente correlatos a questões de validade ou justiça (DIDIER JR; CUNHA, 2018, p. 484).

Por fim, cabe a diferenciação da inconstitucionalidade sob dois prismas. O primeiro é que ela pode decorrer da ação ou omissão, esta última derivada da existência de lesão à norma constitucional por lacuna normativa ou pela não realização do ato normativo pelo órgão constitucionalmente competente, de forma total ou parcial (MENDES; BRANCO, 2020, p. 1564 e 1581).

Por seu turno, a inconstitucionalidade por ação (ou comissiva) decorre da efetiva prática de atos normativos contrários aos preceitos constitucionais, podendo decorrer de um vício de natureza formal – quando produzida em desacordo ao seu procedimento constitucional de formação – ou material – ao contrariar o conteúdo, propriamente dito, da norma constitucional (SILVA, 2005, p. 47).

Entendidos os aspectos gerais das outras principais espécies de controle normativo, passar-se-á, então, ao controle de convencionalidade propriamente dito. Todavia, é preciso que preliminarmente apresente-se uma advertência: ao se buscar doutrinária e jurisprudencialmente a respeito do controle de convencionalidade, verifica-se a inexistência de uma única linha contemplativa do instituto.

Neste cerne, em que pese existam alguns pontos de contato extensivo às várias teorias existentes, por outro lado encontra-se uma série de elementos que são específicos a cada uma delas. Destarte, a fim de evitar repetições desnecessárias, opta-se pela divisão do restante da abordagem constante no presente capítulo em dois pontos.

O primeiro versando sobre os aspectos gerais do instituto, buscando reunir o máximo de similitudes entre as diferentes teorias de controle contemporâneas e suas principais

²⁹ Intitulado “Eficácia temporal de sentença transitada em julgado fundada em norma supervenientemente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado.” (BRASIL, 2015).

implicações ao sistema pátrio (item 3.2). E, ao fim, um segundo tendo por objeto a apresentação das particularidades de duas das teorias predominantes na doutrina pátria (item 3.3).

3.2. Aspectos gerais do controle de convencionalidade

É inegável que exista uma tendência constitucionalista contemporânea de prestígio às normas destinadas à proteção dos direitos humanos, algo que se reflete em uma tentativa dos textos constitucionais de dar eficácia às normas internacionais protetivas em meio ao ordenamento estatal, a exemplo, no caso do Brasil, da submissão à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a qual tenha aderido ou à busca de uma maior integração com as demais nações latino-americanas, consoante art. 4º e art. 5º, §4º, ambos da Constituição Federal (MENDES; BRANCO, 2020, p. 1558).

É neste cerne (em complemento a uma série de fundamentos anteriormente trazidos no presente estudo) que se considera a necessidade de uma compatibilidade das leis, não apenas com a Constituição, mas também com tratados e convenções internacionais, ganhando tal verificação de compatibilidade (e a decorrente determinação de resolução da invalidade detectada) o nome de controle de convencionalidade.

Tal controle normativo possui raízes históricas na decisão nº 74-54 do Conselho Constitucional Francês³⁰, prolatada em 16 de janeiro de 1975. Em tal ocasião, a Corte, foi provocada a realizar o controle de constitucionalidade preventivo em face das leis ordinárias, por força do art. 61³¹ da Constituição Francesa.

Em suma, o diploma normativo analisado dispunha sobre a interrupção voluntária da gestação, tendo a sua validade questionada em razão de possível violação ao direito à vida, previsto no art. 2º da Convenção Europeia de Direitos do Homem (CHAVES; SOUZA, 2016, p. 90).

Para além de reconhecer a inexistência de ofensa à Constituição, o referido órgão, analisando dispositivos do ordenamento francês, verificou algumas distinções entre o controle de constitucionalidade ao qual era competente e um segundo tipo de controle, de natureza distinta, que não tinha como parâmetro a Lei Magna, mas sim tratados internacionais

³⁰ Segundo sítio eletrônico próprio, o órgão tem como principal função examinar a compatibilidade das leis com a Constituição, seja em de forma preventiva ou repressiva. Ele também pode analisar disputas eleitorais e referendos, zelando pela sua regularidade, além de possuir uma função consultiva, quando provocado pelo Chefe de Estado (FRANÇA, c2021).

³¹ ARTIGO 61-1 Quando, no âmbito de um processo pendente perante um órgão jurisdicional, é argumentado que uma disposição legislativa ameaça direitos e liberdades garantidos pela Constituição, o Conselho Constitucional pode ser convocado para analisar o caso por meio de citação do Conselho de Estado ou do Supremo Tribunal, que se pronuncia em um prazo determinado (FERREIRA, 2015, p. 168).

devidamente ratificados e aprovados, os quais, por força do art. 55³² da Constituição francesa, possuíam superioridade em relação às leis (FRANÇA, 1975).

Relevante a menção, neste sentido, aos pontos 4 e 6 da ementa de tal decisão, traduzidos da seguinte forma:

Considerando, com efeito, que as decisões tomadas em aplicação do artigo 61 da Constituição revestem um caráter absoluto e definitivo, tal como resulta do artigo 62, que obsta a promulgação e a vigência de toda disposição declarada inconstitucional; que, ao contrário, a superioridade dos tratados sobre as leis, cujo princípio está estatuído no artigo 55 já citado, apresenta um caráter ao mesmo tempo relativo e contingente, tendo em vista, por um lado, que ela é limitada ao campo de aplicação do tratado e, por outro lado, que ela é subordinada a uma condição de reciprocidade cuja realização pode variar conforme o comportamento do ou dos Estados signatários do tratado e o momento em que deve ser apreciado o respeito dessa condição; [...] Considerando que assim o controle do respeito ao princípio enunciado no artigo 55 da Constituição não poderia ser exercido no contexto do exame previsto no artigo 61, em razão da diferença de natureza desses dois controles (CHAVES; SOUZA, p. 91)³³.

Considera-se igualmente importantes os seus pontos 5 e 7³⁴ ao, respectivamente, mencionarem que “Considerando que uma lei contrária a um tratado não seria, portanto, contrária à Constituição” e “Considerando que, nestas condições, não compete ao Conselho Constitucional, quando lastreado no art. 61 da Constituição, examinar a conformidade de uma lei com as disposições de um tratado ou acordo internacional”.

Em que pese possa parecer fácil a compreensão do que seria tal instrumento de controle, a já mencionada pulverização de suas características, a depender do teórico em questão, pode dificultar ainda mais a existência de uma construção mais sólida sobre os seus principais aspectos.

³² “Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.”. Em tradução oficial ao português: “Os tratados ou acordos regularmente ratificados ou aprovados têm, a partir da sua publicação, autoridade superior à das leis, sujeito, para cada acordo ou tratado, à sua aplicação pela outra parte.” (FRANÇA, 1958).

³³ Original em francês: “4. Considérant, en effet, que les décisions prises en application de l'article 61 de la Constitution revêtent un caractère absolu et définitif, ainsi qu'il résulte de l'article 62 qui fait obstacle à la promulgation et à la mise en application de toute disposition déclarée inconstitutionnelle ; qu'au contraire, la supériorité des traités sur les lois, dont le principe est posé à l'article 55 précité, présente un caractère à la fois relatif et contingent, tenant, d'une part, à ce qu'elle est limitée au champ d'application du traité et, d'autre part, à ce qu'elle est subordonnée à une condition de réciprocité dont la réalisation peut varier selon le comportement du ou des Etats signataires du traité et le moment où doit s'apprécier le respect de cette condition; [...] 6. Considérant qu'ainsi le contrôle du respect du principe énoncé à l'article 55 de la Constitution ne saurait s'exercer dans le cadre de l'examen prévu à l'article 61, en raison de la différence de nature de ces deux contrôles;” (FRANÇA, 1975).

³⁴ Original em francês: “5. Considérant qu'une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution ; [...] 7. Considérant que, dans ces conditions, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international;” (FRANÇA, 1975).

Para alguns autores, como por exemplo, Valério Mazzuoli (2009, p. 117), o controle de convencionalidade se restringe aos tratados internacionais sobre direitos humanos em vigor no país. Em outras palavras, em que pese para o autor os tratados internacionais em geral possuam uma ascendência hierárquica em face das leis, não ter-se-ia um controle de convencionalidade para aqueles que não versem sobre direitos humanos, mas sim de supralegalidade.

Para outros – inclusive é esta a definição aplicada no seio da Corte Interamericana de Direitos Humanos – as normas passíveis de serem objeto de controle de convencionalidade são todas aquelas de direito interno (incluindo as de caráter constitucional), já que segundo precedente do *Caso Baldeón Garcia Vs. Peru*, é defeso ao Estado utilizar-se de disposições do seu direito interno para justificar o descumprimento da reparação de violação consoante o Direito Internacional (CIDH, 2006).

Neste sentido, André Menezes (2009, p. 184-189), a partir da defesa do princípio de adequação do direito interno ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, foi um dos primeiros a publicar nacionalmente a respeito da expressão “controle de convencionalidade”. Para ele, o uso do termo “convencionalidade” na denominação do instrumento facilitaria a assimilação da ideia de que o paradigma normativo é uma “convenção, um tratado, uma norma de direito internacional e jamais de direito interno” (MENEZES, 2009, p. 185).

Ele complementa, no mesmo tom, que a necessidade de adequação do ordenamento interno (inclusive como uma determinação de uma Corte Internacional em face de Estado submetido à sua jurisdição) serve como *rationale* do controle de convencionalidade – em apressa às peculiaridades inerentes à proteção dos direitos humanos – fazendo menção a julgados da CIDH, inclusive o *Caso La Última Tentación de Cristo*, já citado no tópico 2.5 (MENEZES, 2009, p. 192-196).

Todavia, considera-se um tanto problemática a imposição de uma jurisdição internacional em face da própria Constituição, determinando a sua adequação, sobretudo porque, até mesmo em uma análise histórica do precedente francês supracitado, o constitucionalismo tem inegável importância no movimento de internacionalização dos direitos humanos, como pontuam Denisson Chaves e Mônica Souza (2016, p. 91-92), em observância da referida decisão:

[O constitucionalismo] é um movimento que notoriamente representou um apoderamento às cartas internacionais de direitos humanos, por meio de um processo de delegação de legitimidade, das constituições nacionais aos acordos e convenções internacionais. É o que se percebe na decisão da corte francesa, ao afirmar que o fundamento para o reconhecimento de algum tratado ou acordo internacional no

direito interno é, antes de tudo, um ato de obediência à Constituição, visto que a própria lei fundamental assegurou, a estes, local de destaque na pirâmide normativa.

Assim, para além da forte jurisprudência em contrário, soa um tanto contraditório deslegitimar, através de uma norma convencional, o diploma constitucional que conferiu legitimidade para que a primeira pudesse produzir efeitos no âmbito interno e conseguisse atingir a tão almejada proteção da dignidade humana.

Portanto, diz-se que o conflito ente a jurisdição internacional e a nacional merece maiores sensibilidade e cautela, haja vista que ambos são legítimos em suas respectivas buscas pela (i) preservação das conquistas internacionais de proteção dos direitos humanos e (ii) pelo respeito à soberania do Estado – mesmo que esta não mais possa ser considerada algo absoluto – inerente à primazia da ordem constitucional interna.

Neste sentido, o tom mais adequado para lidar com a questão parece ser aquele em que os intérpretes e aplicadores – nacionais e internacionais – busquem a máxima harmonia entre as suas decisões (HUSEK, 2017, p. 112) atrelada a conformidade das normas materialmente infraconstitucionais, tanto em relação à Constituição quanto aos tratados internacionais adotados pelo direito interno.

É esta, inclusive, a linha geral aparentemente adotada nas teorias específicas sobre as quais debruçar-se-á a seguir.

3.3. Teorias do controle de convencionalidade

Em um tom comparativo, Vanessa Santos (2016, p. 50) pontua que uma das principais diferenças entre os posicionamentos doutrinários a serem analisados e aquele desenvolvido em meio à CIDH é que, embora ambos utilizem o controle de convencionalidade como técnica de resolução de conflitos entre as normas internacionais e as internas, eles, em suma, assumem de pontos de partida distintos:

A doutrina aborda o controle de convencionalidade na perspectiva de “como o direito interno vê o direito internacional”, ao passo que a Corte Interamericana aborda-o de “como o direito internacional vê o direito interno”, resultando assim em conclusões dissonantes (SANTOS, 2016, p. 50-51).

Sendo uma questão de perspectiva interpretativa ou não, de fato, é evidente que a abordagem feita pelas principais teorias pátrias possui grandes distinções entre aquela concebida em meio à CIDH e explicitada no tópico anterior.

3.3.1. Valério Mazzuoli e a Teoria do duplo limite vertical material

Como antecipado acima, na divisão estabelecida por Valerio Mazzuoli, os tratados sobre direitos humanos, independente da sua forma de ingresso no direito brasileiro, têm *status* de norma constitucional por força do art. 5º, §§2º e 3º da Constituição Federal.

Assim, diante de sua ascendência sobre as normas infraconstitucionais, irão servir de parâmetro a um controle de convencionalidade, o qual é definido como “a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo em vigor no país” (MAZZUOLI, 2009, p. 117).

Doutra banda, os tratados em vigor que não tratam de matéria constitucional, por ele chamados de “tratados comuns”, em que pese não possuam equivalência material e/ou formal ao texto constitucional – tendo em vista que inexistente previsão neste sentido no ordenamento brasileiro – ainda assim estabelecem uma ascendência hierárquica frente às demais espécies da legislação interna, guardando então, um *status* de supralegal e, deste modo, funcionando como parâmetro para um controle de supralegalidade.

Assim, cria-se a teoria da dupla compatibilidade vertical material, sendo composta por critérios aos quais todas as normas do direito doméstico estariam submetidas para que possam ser consideradas como válidas.

Ao contrário da concepção positivista clássica kelseniana que equipara validade com vigência, defende-se, com base na doutrina do professor Luigi Ferrajoli, que:

“[...] uma norma – por exemplo, uma lei que viola o princípio constitucional da igualdade –, por mais que tenha existência formal ou vigência, possa muito bem ser inválida e, como tal, suscetível de anulação por contrastar com uma norma substancial sobre sua produção” [...]. Nesse sentido, a vigência de determinada norma guardaria relação com a forma dos atos normativos, enquanto que a sua validade seria uma questão de coerência ou de compatibilidade das normas produzidas pelo direito doméstico com aquelas de caráter substancial [a Constituição e/ou os tratados internacionais em vigor no país] sobre sua produção (FERRAJOLI, 1999, p. 20-22 *apud* MAZZUOLI, 2009, p. 116).

Ou seja, o estudo da norma prescinde de uma análise perante três prismas: a existência/vigência, a validade e a eficácia. A primeira³⁵ se tratando do respeito às regras formais de criação da norma, a segunda³⁶ à sua compatibilidade de conteúdo com os demais

³⁵ Chamada de validade formal por Miguel Reale, este traz três critérios a serem preenchidos ao atingimento de tal classificação, quais sejam a legitimidade do órgão elaborador, a legitimidade do procedimento e o respeito à competência *ratione materiae*, ou seja, relacionada à matéria objeto de regulamentação pela norma em estudo (REALE, 2002, p. 105-111). Em que pese não haja concordância plena entre o autor e a estrutura de análise defendida, os seus requisitos formais aparentemente equivalem àqueles definidos como necessários por Ferrajoli à conferência de vigência à norma.

³⁶ “(a existência de normas inválidas) pode ser facilmente explicada distinguindo-se duas dimensões da regularidade ou legitimidade das normas: a que se pode chamar ‘vigência’ ou ‘existência’, que faz referência à forma dos atos normativos e que depende da conformidade ou correspondência com as normas formais sobre sua formação; e a ‘validade’ propriamente dita ou, em se tratando de leis, a ‘constitucionalidade’ [e, podemos acrescentar, também a ‘convencionalidade’], que, pelo contrário, têm que ver com seu significado ou conteúdo

institutos hierarquicamente superiores e a terceira³⁷ à sua efetiva produção de efeitos no campo da vida.

De todo modo, tais prismas dialogam e guardam entre si certa relação de prejudicialidade:

Para que uma norma seja eficaz, dependerá ela de também ser válida, sendo certo que para ser válida deverá ser ainda vigente. A recíproca, contudo, não é verdadeira, como pensava o positivismo clássico, que confundia lei vigente com lei válida. Em outras palavras, a vigência não depende da validade, mas esta depende daquela, assim como a eficácia depende da validade (trata-se de uma escala de valores na qual, em primeiro lugar, encontra-se a vigência, depois a validade e, por último, a eficácia) (FERRAJOLI, 1999, p. 20-22 e GOMES; MOLINA, 2007 *apud* MAZZUOLI, 2019, p. 117)

Isto posto, debruçando-se apenas sobre o critério da validade, para o referido doutrinador (MAZZUOLI, 2009, p. 137) as normas produzidas no direito doméstico brasileiro devem se submeter a um duplo limite vertical material frente à legislação em vigor no país: (i) a Constituição e os tratados sobre direitos humanos e (ii) os tratados comuns (que não versem sobre direitos humanos). Explicando o termo utilizado:

- a. o “duplo limite” tem razão na existência de dois critérios limitadores da validade normativa, isto é, o desrespeito a pelo menos um destes torna passível à norma a sua decretação de invalidade;
- b. o “vertical” advém da justificativa vinculada à utilização de tais requisitos como limitadores, justamente, pela ascendência vertical destes sobre as demais normas do ordenamento pátrio; e
- c. o “material” se refere à correspondência a ser feita na análise, tendo em vista que como critério formal já é auferido na análise da vigência/existência, no campo da validade analisar-se-á apenas a compatibilidade da substância/conteúdo da norma em estudo.

Em que pese existam (possuam vigência), tais normas terão sua validade prejudicada, justamente, em razão da incompatibilidade destas com os tratados em vigor no país ou com a própria Constituição, o que, em razão do encadeamento mencionado anteriormente, as tornarão incapazes de produzir efeitos.

e que depende da coerência com as normas substanciais sobre sua produção.” (FERRAJOLI, 1999, p. 20-21 *apud* MAZZUOLI, 2009, p. 116).

³⁷ Também chamada por Miguel Reale de validade social, está é por ele conceituada como a “aplicação ou execução da norma jurídica [...] é a regra jurídica enquanto momento da conduta humana.” (REALE, 2002, p. 112).

O controle de convencionalidade, no entender do doutrinador, deve ser realizado tanto pelos órgãos internos do Estado (seja de forma difusa ou concentrada³⁸, neste último apenas das normas internacionais incorporadas nos moldes do art. 5º, §3º), como pelos órgãos internacionais, criados por convenções entre Estados, estes se comprometendo “a cumprir tudo o que ali fora decidido e a dar sequência, no plano do seu direito interno, ao cumprimento de suas obrigações estabelecidas na sentença, sob pena de responsabilidade internacional” (MAZZUOLI, 2009, p. 129).

Em suma, o controle de convencionalidade irá possuir uma relação de complementaridade com o controle de constitucionalidade. Para o autor, este último servirá para verificar a compatibilidade do direito doméstico com a Constituição, tanto do ponto vista formal (vigência) como do ponto de vista material (validade)³⁹, a qual deve ocorrer tanto em face dos direitos constitucionais expressos como os implícitos⁴⁰ (MAZZUOLI, 2009, p. 129).

Importante ressaltar que, contudo, existe uma doutrina considerável que defende tese diversa da supramencionada, sendo esta, inclusive, aquela que atualmente predomina no Supremo Tribunal Federal, com base no julgamento do já mencionado RE 466.343/SP. Desconsiderando-se não só a ascendência dos tratados frente à Constituição⁴¹, como a superioridade daqueles que não possuam matéria de direitos humanos – salvo as hipóteses legalmente previstas, como o já mencionado art. 98 do Código Tributário Nacional – frente à legislação interna infraconstitucional (MENDES, 2013, p. 215-219).

3.3.2. André de Carvalho Ramos e a Teoria do duplo controle

André de Carvalho Ramos (2016a, p. 252-253) compreende a possibilidade de existir uma dupla garantia à proteção dos direitos humanos no Brasil: de um lado o controle de constitucionalidade, a ser realizados pelos órgãos jurisdicionais nacionais, e do outro um

³⁸ O controle difuso existe desde a promulgação da Constituição de 1988 com o ingresso de tratados sobre direitos humanos no ordenamento brasileiro, já o concentrado surge com a Emenda Constitucional nº 45/04, com a inclusão do §3º no art. 5º do texto constitucional (MAZZUOLI, 2009, p. 130).

³⁹ A primeira parte da teoria do duplo limite vertical material.

⁴⁰ Estes últimos em consonância com (i) o art. 5º, §2º da Constituição, com (ii) o Princípio *pro homine*, considerado princípio geral do direito, no qual se atribui a primazia da norma mais protetiva de direitos mediante uma análise dialógica das fontes no caso concreto, bem como com (iii) o princípio da prevalência dos direitos humanos, nos termos do art. 4º, II da Constituição, determinando, por seu turno, a primazia no caso concreto da norma que melhor atinja tal salvaguarda (MAZZUOLI, 2009, p. 125-126).

⁴¹ Em que pese ressalte a defesa do Ministro Celso de Mello (2001, p. 55 *apud* MENDES, 2013, p. 217) da tese da preponderância dos tratados internacionais de direitos humanos em relação às normas constitucionais, o Ministro Gilmar Mendes indica a impossibilidade de aplicação de tal teoria em razão do sistema jurídico nacional estar baseado no princípio da supremacia formal e material da Constituição, fundamentando tal premissa em elementos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal (MENDES, 2013, p. 217).

controle de convencionalidade, cuja atribuição pertence aos órgãos voltados a tal proteção no âmbito internacional. Em suma, para que determinado ato ou norma seja válido, é preciso que ocorra a sua aprovação em ambos os instrumentos de controle.

A utilização de tal teoria parte do princípio de existir um conflito aparente entre a análise de determinada norma pelo controle de constitucionalidade interno e o controle de convencionalidade internacional. O caráter “aparente” do conflito, deriva do fato de que em ambos os controles normativos existe o interesse de proteger os direitos humanos, contudo cada qual chegou a diferentes conclusões sobre qual a maneira de melhor fazê-lo.

O doutrinador afirma que, normalmente, a hermenêutica seria suficiente para a resolução do conflito através de dois instrumentos: (i) o “diálogo das cortes” e (ii) a fertilização cruzada entre tribunais (CARVALHO RAMOS, 2016a, p. 252).

O primeiro, voltado à compatibilização da interpretação nacional e internacional sobre direitos humanos, se refere ao compartilhamento de argumentos e ponderações entre tribunais, gerando uma influência e complementarização recíprocas:

No plano internacional, os órgãos internacionais podem levar em consideração os argumentos domésticos e as ponderações entre direitos e conflitos realizados pelos Estados sujeitos à jurisdição internacional. (...) No plano interno, esse “Diálogo das Cortes” deve ser realizado para impedir violações de direitos humanos oriundas de interpretações nacionais equivocadas dos tratados (CARVALHO RAMOS, 2016a, p. 236).

Por outro lado, a fertilização cruzada, segundo o autor, parte do princípio de que decisões anteriores de um tribunal sobre um determinado direito servem como orientação da construção jurisprudencial de um outro tribunal, gerando um refinamento da interpretação normativa sobre a matéria (DUPUY, 1999, p. 791-807 *apud* CARVALHO RAMOS, 2016, p. 264).

Destrinchando a expressão fertilização cruzada, do inglês *cross fertilization*, Arnaldo Ricardo Rosim (2013, p. 5) ressalta que tal técnica possui um caráter evidentemente benéfico:

É por meio dela que os diversos tribunais conseguem, utilizando os julgados estrangeiros como autoridade persuasiva e não como precedentes judiciais, reforçar os argumentos utilizados, construindo uma linha de argumentação para a solução de um caso concreto posto à solução, oxigenando a jurisprudência local e permitindo uma maior gama de soluções possíveis.

Não se trata de uma recepção meramente passiva das decisões de cortes constitucionais diversas, mas um artifício para a resolução do conflito, tendo como elementos de apoio julgados de outros tribunais, sejam constitucionais, sejam transnacionais. Tal fenômeno não deve também ser considerado como submissão de uma corte à outra. Trata-se, na verdade, de uma análise de percepções sobre questão já enfrentada por outro tribunal

Isto posto, a teoria do duplo controle irá ser utilizada em um cenário onde ambas as ferramentas supracitadas não foram suficientes à resolução do conflito aparente. No exemplo citado pelo autor em sua obra, a CIDH e o STF tiveram posicionamentos distintos a respeito da

lei da anistia, respectivamente, através do *Caso Gomes Lund e outros (guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil* e da ADPF nº 153/DF.

No *Caso Gomes Lund*, a CIDH reconheceu a omissão do Brasil na efetiva investigação do desaparecimento forçado de cerca de 60 pessoas na região do Araguaia, sob a suspeita concreta de isto ter ocorrido por força de agentes estatais na região. Considerou-se então o Estado Brasileiro responsável por tal desaparecimento, bem como que a vedação da investigação por força da Lei da Anistia feriu os direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, consoante os artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CIDH, 2010).

Por outro lado, o STF considerou que a Lei da Anistia foi recepcionada à ordem constitucional vigente, devendo esta ser interpretada mediante as circunstâncias reais inerentes à época de sua edição (e não à realidade atual), a reconhecendo como uma “conexão *sui generis*, própria do momento histórico de transição para a democracia” (BRASIL, 2010).

Segundo a Corte, o diploma normativo em questão foi idealizado para conceber uma anistia ampla, geral e bilateral – beneficiando tanto os agentes de repressão estatais como aqueles que contra eles lutaram – sendo, destarte, uma decisão política daquele período. Dentre outros argumentos⁴², sustentou-se que o Poder Judiciário não pode reescrever textos

⁴² Confirma-se outros trechos interessantes da ementa de tal julgado:

“2. O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, não prospera. 3. (...) A expressão crimes conexos a crimes políticos conota sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei. A chamada Lei de anistia diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Ignora, no contexto da Lei n. 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal; refere o que “se procurou”, segundo a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. [...] 6. A Lei n. 6.683/79 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes --- adotada pela Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 --- e a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição --- que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes --- não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido. [...] 9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. De todo modo, se não tivermos o preceito da lei de 1979 como ab-rogado pela nova ordem constitucional, estará a coexistir com o § 1º do artigo 4º da EC 26/85, existirá a par dele [dicação do § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil]. O debate a esse respeito seria, todavia, despiciendo. A uma por que foi mera lei-medida, dotada de efeitos concretos, já exauridos; é lei apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material. A duas por que o texto de hierarquia constitucional prevalece sobre o infraconstitucional quando ambos coexistam. Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável. A nova ordem compreende não

normativos, mas tão somente produzir distintas normas tomando-o como ponto de partida (BRASIL, 2010).

Como não é possível a imposição, tanto do “diálogo das cortes” como da “fertilização cruzada” aos juízes pátrios, sob pena de violação à independência funcional e ao Estado Democrático de Direito, no “duplo controle” entende-se pela separação de atuações entre a jurisdição pátria e a internacional, não havendo conflito real, tendo em vista que cada Tribunal age “em esferas distintas e com fundamentos diversos” (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 252).

Em suma, se o ato não passar por ambos os crivos, deve ser considerado violador dos direitos humanos, bem como é um dever do Estado fazer cessar os seus efeitos e buscar a sua reparação, nos moldes já pormenorizados no item 2.5.

Portanto, na circunstância supramencionada envolvendo a Lei da Anistia, o autor traz que, embora tenha sido aprovada pelo controle de constitucionalidade, não o foi no de convencionalidade, não podendo a tese internacionalmente rejeitada ser aplicada internamente, isto é:

Não cabe, então, alegar coisa julgada ou efeito vinculante para obstar inquéritos policiais ou ação penal que estejam a aplicar a sentença interamericana, pois não houve rescisão ou declaração de nulidade da decisão da ADPF 153, que continua a produzir efeitos no que tange aos seus fundamentos de direito interno. Só que as autoridades envolvidas devem cumprir agora a sentença internacional, com base no art. 7º do ADCT, bem como os demais artigos que tratam de tratados internacionais de direitos humanos.

Do fim ao cabo, em que pese as soluções dos diálogos das fontes e do *cross fertilization* sejam, em linha de princípio, indubitavelmente mais harmoniosas e prodigiosas em relação à atuação conjunta entre as jurisdições nacionais e internacionais, a solução do duplo controle aparenta, por ora, representar uma alternativa satisfatória através da delimitação dos campos de atuação de ambos os órgãos, respeitando-se as suas respectivas autonomias.

4. OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS COMO INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Findadas as explanações concernentes aos tratados e convenções internacionais, seguidas daquelas referentes ao controle de convencionalidade, discutir-se-á, neste tópico, a respeito da importância do Direito Processual Civil para a proteção dos Direitos Humanos, mais notadamente em relação aos recursos especial e extraordinário em sentido estrito – ambos

apenas o texto da Constituição nova, mas também a norma-origem. No bojo dessa totalidade --- totalidade que o novo sistema normativo é --- tem-se que “[é] concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos” praticados no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Não se pode divisar antinomia de qualquer grandeza entre o preceito veiculado pelo § 1º do artigo 4º da EC 26/85 e a Constituição de 1988. (BRASIL, 2010).

doutrinariamente concebidos como extraordinários *lato sensu* – bem como a correlação das suas hipóteses de cabimento ao exercício do controle de convencionalidade difuso.

4.1. Direitos humanos e processo civil: o Poder Judiciário e o seu dever de cooperação junto aos sistemas internacionais de proteção

Para se verificar a eficácia dos institutos jurídico-processuais na proteção dos direitos humanos, é preciso fazer um breve histórico em relação à previsão de dispositivos de tal natureza nas normas internacionais.

A presença mais concreta do direito processual junto ao sistema de proteção de direitos humanos tem início com a Declaração Universal de Direitos Humanos e, posteriormente, com o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos. Ambos servem como marcos temporais e normativos à consolidação do *fair trial* no direito internacional, seja como norma de proteção aos direitos humanos, seja como modelo interpretativo e normativo para outros instrumentos internacionais que lhes sucederam (WEISSBRODT, 2001, p. 43-44 e p. 110-152 *apud* FONSÊCA, 2017, p. 19).

Começando pela DUDH, esta, em seu art. 10⁴³, prevê o direito do indivíduo de ser ouvido, em plena igualdade, por tribunal independente e parcial, a fim de submeter a apreciação de assuntos correlatos aos seus direitos e deveres, ou os fundamentos de eventual acusação criminal por ele sofrida (ONU, 1948).

Em complemento, o PIDCP (com natureza jurídica de *hard law*⁴⁴, isto é, detentor de caráter vinculativo a ponto de estabelecer obrigatoriedade ou sanção em decorrência do seu descumprimento), expandindo o rol de direitos humanos processuais da DUDH, trouxe em seu art. 14⁴⁵, além do conteúdo do art. 10 supramencionado, a previsão da publicidade do processo

⁴³ “**Artigo 10.** Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.” (ONU, 1948, grifo do autor).

⁴⁴ A DUDH possui natureza de recomendação (*soft law*) isto é, não é uma norma de direito internacional vinculante. Contudo é inegável o seu poder de influência sobre uma série de outras normas de *hard law*, sendo mencionada diretamente como precedente em preâmbulos de decisões e acordos multilaterais (REIS; CAMPELLO, 2018, p. 85 e 92).

⁴⁵ **Artigo 14**

§1. Todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte ou da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das partes o exija, quer na medida em que isto seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria

e dos seus atos (mitigada em situação excepcionais relevantes ao indivíduo, à coletividade e ao próprio processo), a ampla defesa, o contraditório, o direito ao intérprete, o direito ao silêncio, o direito de ter a decisão reapreciada por instância superior, entre outros (ONU, 1966).

A influência de tais documentos podem ser sentidas nas normas fundamentais dos sistemas regionais de proteção de direitos humanos, como o interamericano, quando a Convenção Americana de Direitos Humanos (CIDH, 1969):

- a. Menciona uma série de garantias judiciais em seu art. 8⁴⁶, muitas delas em repetição ao PIDCP (como a duração razoável do processo, a ampla defesa e etc.);

penal ou civil deverá tornar-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou o processo diga respeito a controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores.

§2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

§3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

1. a ser informada, sem demora, em uma língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada;
2. a dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha;
3. a ser julgada sem dilações indevidas;
4. a estar presente no julgamento e a defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; a ser informada, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo, e sempre que o interesse da justiça assim exija, a Ter um defensor designado ex officio gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo;
5. a interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e a obter comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação;
6. a ser assistida gratuitamente por um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento;
7. a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

§4. O processo aplicável aos jovens que não sejam maiores nos termos da legislação penal levará em conta a idade dos mesmos e a importância de promover sua reintegração social.

§5. Toda pessoa declarada culpada por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei.

§6. Se uma sentença condenatória passada em julgado for posteriormente anulada ou quando um indulto for concedido, pela ocorrência ou descoberta de fatos novos que provem cabalmente a existência de erro judicial, a pessoa que sofreu a pena decorrente dessa condenação deverá ser indenizada, de acordo com a lei, a menos que fique provado que se lhe pode imputar, total ou parcialmente, e não-revelação do fato desconhecido em tempo útil.

§7. Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e com os procedimentos penais de cada país (ONU, 1966, grifo do autor).

⁴⁶ **Artigo 8. Garantias judiciais**

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
 - a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
 - b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
 - c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

- b. Expressamente traz a ideia de proteção judicial, noção esta que envolve a possibilidade de interposição de recurso/impugnação contra a violação de direitos fundamentais, bem como o compromisso do Estado em assegurar as condições de efetivação deste direito, como a apreciação da referida alegação e o cumprimento da decisão dela decorrente, incluindo a sua devida reparação.

O Brasil, enquanto signatário da CADH deste 1992, possui as obrigações específicas de cumprimento dos artigos supracitados, podendo ser responsabilizado internacionalmente por tais violações no âmbito dos seus três poderes, incluindo, por óbvio, o Poder Judiciário.

Em outras palavras, se os juízes e tribunais incorrem em erros quando do exercício de sua função jurisdicional na aplicação e interpretação dos tratados internacionais – sendo isso considerado um ato violador do Estado Brasileiro, tal qual como se fosse cometido pelas autoridades dos demais poderes (MAZZUOLI, 2011a, p. 471) – isso poderá incorrer na responsabilização do Estado, não podendo ser alegada a separação de poderes (já que o Estado deve ser considerado como um todo) ou o a repartição de competência entre os entes federativos (já que é obrigação dos Estados federais assegurar o cumprimento das normas internacionais em todas as suas unidades federadas, consoante o art. 28 da CADH) (FONSÊCA, 2017, p. 21-22 e 29).

Se por um lado, a omissão na implementação de decisão internacional correlata a ato violador oriundo dos Poderes Executivo ou Legislativo pode ser sanada através de ação judicial pela própria vítima ou pelo Ministério Público, por outro, a decisão judicial pátria internacionalmente considerada violatória dos direitos humanos deve ser reparada, não podendo a exceção da coisa julgada ser utilizada como óbice ao devido cumprimento da decisão internacional que reconheceu a referida violação (CARVALHO RAMOS, 2016a, p. 259).

d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e

h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça (ONU, 1966, grifo do autor).

Inclusive, André de Carvalho Ramos (2016, p. 260) pontua a impossibilidade de utilização da referida exceção, não apenas por se tratarem de jurisdições distintas (uma exceção de direito interno não pode tolher o exercício da jurisdição internacional), mas também por inexistir identidade nos elementos de ação (no direito internacional, as partes e o conteúdo da controvérsia são necessariamente distintos do direito interno).

Neste sentido, cabe às autoridades judiciais (assim como as demais autoridades públicas internas) um papel de cooperação com aquelas internacionais, de modo que o Poder Judiciário deve ser “um poder de influência, reconstrução, orientação e informação, o que explica e justifica uma jurisdição internacional” (CUEVAS, 2012, p. 70 *apud* FONSÊCA, 2017, p. 74).

4.2. A competência dos órgãos jurisdicionais pátrios no exercício da tutela jurisdicional interna sobre direitos humanos, em especial, no controle de convencionalidade

A competência da jurisdição interna brasileira para tratar da matéria convencional pode ser dividida em duas linhas: aquela especialmente referente à Justiça Federal⁴⁷; e aquela concernente às cortes superiores (BRANT, 2018, p. 267-268).

No primeiro caso, tem-se uma série de funções relevantes atinentes, por um lado ao processo e julgamento de causas subjetivamente polarizadas por Estados estrangeiros ou organizações internacionais e municípios ou pessoas domiciliadas no país, por outro “à aplicabilidade interna das normas internacionais, assegurando o cumprimento de tratados celebrados pelo Brasil em seu território” (MAZZUOLI; BICHARA, 2017, p. 98 *apud* BRANT, 2018, p. 268).

Em caráter exemplificativo: as causas envolvendo Estados estrangeiros ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada no País⁴⁸, com recurso ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105, II, “c”, da CF); aquelas fundadas em acordo da União com organismo internacional ou Estado estrangeiro (art. 109 da CF); crimes previstos em norma internacional “quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente”; suscitação, pelo Procurador Geral da República ao STJ do deslocamento da competência da Justiça Estadual para a Federal “nas hipóteses de grave violação de direitos humanos (...) com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de

⁴⁷ Em que pese, segundo o autor, em regra, caiba a Justiça Estadual, decidir sobre matérias relativas aos direitos humanos, existem situações em que especialmente a competência é atribuída (ou como ver-se-á, deslocada) à Justiça Federal (BRANT, 2018, p. 269).

⁴⁸ Se ao invés do município ou pessoa domiciliada no país, estiver a União, Estados e os Territórios, a competência é do STF, consoante art. 102, I, “e”, da CF.

tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte”; julgamento de carta rogatória, após o *exequatur*⁴⁹, assim como de sentença estrangeira homologada (BRANT, 2018, p. 269-271).

Indo então à competência das Cortes Superiores brasileiras, não é de caráter recente o destaque pela doutrina da relevância do papel de tais órgãos na efetivação das normas convencionais e da jurisprudência das cortes internacionais de direitos humanos em meio ao sistema jurídico pátrio, de modo a, segundo Ernesto Rey Cantor (2008 p. 196 apud FONSÊCA, 2017, p. 116) considerar a proteção de tal núcleo jurídico um dever de tais órgãos jurisdicionais.

Sobre a repartição destas funções em relação à matéria convencional, entende-se pela divisão da competência concernente à aplicabilidade de tais normas a partir do objeto a ser analisado. Assim, incumbe-se (BICHARA, 2015, p. 14-15):

- i. Ao STF, o exame dos tratados e convenções internacionais, em correlação à jurisdição constitucional;
- ii. Ao STJ, a apreciação da fundamentação jurídica de uma causa correlata a vigência do tratado, isto é a aplicabilidade dos tratados “dentro de uma abrangência geral” (BRANT, 2018, p. 272);
- iii. Ao TST, o zelo pela aplicação das convenções da OIT.

Começando pelo TST, em que pese não figure como principal foco da presente pesquisa, a sua competência em relação às convenções internacionais não está expressamente prevista na Constituição, contudo a doutrina indica que tal possibilidade é um desdobramento da sua atribuição no que concerne à garantia de suas próprias decisões, nos termos do art. 111-A, §3º da CF (BRANT, 2018, p. 276).

Destarte, se após o seu devido procedimento de incorporação, as Convenções da OIT passam a integrar o ordenamento⁵⁰ – partindo-se da noção do direito ao trabalho como um direito humano fundamental (PAMPLONA FILHO; ROCHA, 2018, p. 130) – deve o TST, tal qual os demais órgãos da Justiça do Trabalho, utilizá-las como fundamento de suas decisões.

Algo que já vem ocorrendo em tal âmbito judicial, como pode-se destacar o Recurso de Revista nº 1072-72.2011.5.02.0384 que, aplicando o art. 7º, XXIII da CF e as Convenções

⁴⁹ Determinação do STJ de execução e cumprimento de carta rogatória, esta um instrumento jurídico de cooperação internacional, tendo por objeto a solicitação de atos e diligências processuais no território de outro país (BRASÍLIA, 2015).

⁵⁰ É preciso que seja feita breve observação, à luz de discussões posteriores no âmbito do presente trabalho que, a aplicação das convenções da OIT pelo TST, caso trate de matéria constitucional (tendo em vista que podem tratar de matéria tipicamente constitucional ou não), pode ensejar a discussão de sua violação em meio ao STF, diante de uma noção ampla do termo “Constituição”, trazido no art. 102, III, “a”, que legitima o manejo do Recurso Extraordinário em tais casos.

nº 148 e 155 da OIT, afastou a aplicação do art. 193, §2º da CLT, permitindo ao trabalhador o recebimento cumulativo dos adicionais de insalubridade e periculosidade, diante da presença de ambas as condições autorizativas no caso concreto (BRASIL, 2014).

Quanto ao STJ, este possui a competência para o processo e julgamento da homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias, verificando se ambas cumprem os requisitos do seu regimento interno, para posterior execução, como visto, pela Justiça Federal, consoante o art. 105, I, “i” da CF. Ademais, também lhe cabe, v.g.: o julgamento de recurso ordinário tendo por objeto a decisão decorrente de causa envolvendo Estados estrangeiros ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada no país (art. 105, II, “c” da CF).

Por fim, em relação ao STF, sabe-se que, em razão do controle de constitucionalidade, lhe é cabida análise da compatibilidade dos tratados e convenções internacionais com a Constituição, inclusive aqueles que ingressaram em seu texto por força de emenda constitucional, já que as inclusões do poder constituinte derivado também podem ser objeto de controle de constitucionalidade pelo referido Tribunal (MENDES; BRANCO, 2020, p. 173).

Tenha-se como exemplo a Emenda Constitucional nº 30/2000 que alterou a sistemática de precatórios, estabelecendo um prazo de dez anos para a quitação dos precatórios pendentes, pretendendo incluir nesta ampliação de prazo aqueles decorrentes de ações ajuizadas até 31/12/1999. Fundamentando-se na existência de violação à coisa julgada, ao direito adquirido e a isonomia, o STF, através da MC na ADI nº 2356/DF, suspendeu a eficácia do art. 2º da referida EC e, por conseguinte, dos efeitos do art. 78 da ADCT que ela havia acrescentado (BRASIL, 2011).

À Excelsa Corte também é atribuído, por exemplo, o processamento e julgamento de causas nas quais tenha-se como parte Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e União, Estados, Distrito Federal e Territórios, do outro (art. 102, I, “e”, da CF). Tal atuação é limitada pela imunidade concedida aos Estados e organismos internacionais no que concerne à execução judicial, contudo, esta não prevalece incondicionalmente, havendo circunstância de pertinente flexibilização, consoante a jurisprudência do STF.

Tenha-se como exemplo o RE 222.368/PE, que reconheceu a impossibilidade de utilização dessa imunidade para evitar o cumprimento de obrigações trabalhistas:

Privilégios diplomáticos não podem ser invocados, em processos trabalhistas, para coonestar o enriquecimento sem causa de Estados estrangeiros, em injusto detrimento de trabalhadores residentes em território brasileiro, sob pena de essa prática consagrar inaceitável desvio ético-jurídico, incompatível com o princípio da boa-fé e com os grandes postulados do direito internacional (BRASIL, 2002).

Além disso, tanto o STF como o STJ possuem ampla competência recursal, a qual será objeto de análise no tópico 4.3. Todavia, antes disso, discutir-se-á, com maior amplitude as formas de efetivação do controle de convencionalidade pelos órgãos jurisdicionais pátrios, incluindo-se as funções de ambos os tribunais nesta realização.

Diante da inegável relação entre o Poder Judiciário e a tutela dos direitos humanos no âmbito interno, André Menezes (2009, p. 288), resume as possibilidades desse diálogo nas seguintes hipóteses:

- a. Julgamento conforme a Convenção como controle prévio de convencionalidade (o órgão judicial aplica a convenção ou a jurisprudência interamericana à lide, em detrimento de dispositivo ou entendimento jurisprudencial inconventionais);
- b. Rescisão de decisão judicial que impôs sanção vedada pela Convenção (desconstituição/rescisão, pelo órgão prolator ou hierarquicamente superior, de decisão ou parte dela que determinou sanção incompatível com as normas internacionais);
- c. Novo julgamento, em revisão de decisão judicial ofensiva à Convenção por vício no processo (*error in procedendo*): novo julgamento por vício processual atrelado à inobservância do procedimento adequado ou à vício na prática de ato específico, ambos ensejando a anulação ou invalidação do ato ou procedimento (DIDIER, CUNHA, 2018, p. 136);
- d. Rescisão de decisão judicial ofensiva à Convenção por erro de julgamento (*error in iudicando*): desconstituição de decisão em decorrência da análise de mérito realizada afrontando norma convencional;
- e. Edição de lei ou medida de outra natureza para tornar efetivos os direitos protegidos no sistema interamericano: de forma genérica, o saneamento de omissão legislativa através de medida (desta ou de outra natureza) suficiente à “remediação do estado de violação” (MENEZES, 2009, p. 294).

Ademais, em uma análise comparativa entre o controle de convencionalidade internacional e aquele realizado no âmbito interno, registre-se que sua relevância para com a proteção aos direitos humanos é ainda maior diante de dois fatores.

O primeiro é o princípio da subsidiariedade dos mecanismos internacionais, do qual se extrai que é um dever do Estado prevenir as violações aos direitos humanos, bem como providenciar a sua reparação, cumprindo a jurisdição internacional uma função complementar e/ou subsidiária, isto é, pode agir apenas na falha daquele a quem está incumbida a atuação principal (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 47).

O segundo ponto é que, no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, apenas Estados partes ou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos pode ingressar diretamente na CIDH, cabendo aos particulares a apresentação de suas causas à referida Comissão, que realizará juízo de admissibilidade para determinar a remessa ou não à referida Corte internacional (MAZZUOLI, 2011c, p 31).

Nesse sentido, normalmente o exercício da tutela dos direitos humanos na referida Corte pode demorar substancialmente desde a existência da violação. Mais eficaz, deste modo, será se o próprio Estado apure e repare a violação no seu âmbito jurisdicional interno, evitando-se maiores danos em decorrência das condições violatórias.

Voltando-se à efetivação de tal controle na ordem interna, a doutrina pontua que esta poderá ocorrer tanto em modalidade concentrada como difusa. A primeira, tendo sua competência restrita ao Supremo Tribunal Federal, perfaz, de forma análoga ao que já ocorre com o controle de constitucionalidade, o exame quanto à contrariedade lógica dos atos e dispositivos analisados em face das normas convencionais independentemente de um caso concreto (ALVES, 2013, p. 328).

Esta arguição necessitará de instrumentos processuais específicos, os mesmos utilizados para o controle de constitucionalidade concentrado (MENEZES, 2009, p. 280), ou seja, as chamadas ações constitucionais, cada tipo direcionado a um exame específico da norma frente o tratado ou convenção.

Nestes termos, a sua eficácia se manifesta na determinação da futura possibilidade ou não de aplicação daquela norma, tendo como seu objeto principal, portanto, a declaração da inconvenção ou não de determinado dispositivo.

Em contrapartida, o controle de convencionalidade difuso é passível de realização por todo e qualquer órgão jurisdicional, o qual verá, no caso concreto sob sua análise, se existe eventual incompatibilidade entre a norma infraconstitucional em apreço e as normas convencionais⁵¹.

Além disso, como consequência da declaração de contrariedade a alguma convenção, o órgão competente desobrigará o respeito pelo jurisdicionado daquela eventual norma naquele caso concreto, portanto, não produzirá qualquer efeito imediato⁵² a terceiros estranhos àquela lide.

⁵¹ Importante dizer que a questão da inconvenção, neste caso, não será o objeto central de apreciação da lide, mas sim uma questão prejudicial indispensável ao julgamento do mérito.

⁵² Sabe-se, contudo, que é possível a extensão da eficácia da decisão individual, convertendo-a de *inter partes* à *erga omnes*, passando assim a produzir efeitos a todos os jurisdicionados, de modo semelhante ao que ocorre no controle de constitucionalidade.

Não obstante, a questão polêmica abordada no presente estudo reside justamente em sede de tal controle em sua modalidade incidental extraordinária, pois, se posta de lado a compreensão anteriormente trazida de equiparação integral da norma convencional em matéria de direitos humanos independentemente do seu *quórum* de aprovação, tem-se dois níveis hierárquicos: as normas convencionais formal e materialmente constitucionais e àquelas apenas materialmente constitucionais.

Destarte, qual seria o instrumento recursal apto à sua análise em via extraordinária? E, por conseguinte, qual seria o Tribunal cabível à tal apreciação? A resposta de tais perguntas prescinde, contudo, de uma análise pormenorizada dos recursos em conflito, quais sejam os recursos especial e extraordinário, ambos objetos de análise do próximo subtópico.

4.3. Recursos extraordinários: funções, espécies e hipóteses de cabimento

Segundo Humberto Theodoro Júnior (2014, p. 2.081), o sistema processual concebido pelo ordenamento pátrio faculta ao jurisdicionado a possibilidade de interposição de instrumentos recursais considerados como excepcionais ou extremos, a serem julgados no âmbito do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, não cabendo-lhe, em princípio, o exame dos fatos controvertidos ou das provas existentes no processo, mas sim a revisão das teses jurídicas previamente discutidas no pronunciamento judicial recorrido.

Tais recursos, denominados de extraordinários por conta das circunstâncias supramencionadas associadas ao seu procedimento específico de tramitação, possuem duas espécies principais:

- a. O recurso extraordinário *stricto sensu* (RE), com aptidão geral de discutir provimento judicial no qual exista uma violação concernente à norma constitucional, tramitando no âmbito do Supremo Tribunal Federal.
- b. O Recurso Especial (REsp), direcionado à discussão de violação configurada em desrespeito à lei federal, tendo sua tramitação no seio do Superior Tribunal de Justiça.

É importante dizer que existem ainda outras espécies recursais qualificadas como extraordinárias – que não serão discutidas na mesma profundidade que o RE ou o REsp, diante da sua menor relevância ao objeto do presente estudo – a exemplo daquela denominada de “Embargos de Divergência”⁵³.

⁵³ Este recurso, classificado como intramuros, em síntese, é um instrumento interno ao âmbito dos tribunais superiores voltado à uniformização das interpretações proferidas sobre um mesmo assunto por seus órgãos fracionários.

Em suma, historicamente, o regime jurídico dos recursos extraordinários está atrelado à Proclamação da República e à adoção do Sistema Federativo no Brasil (ASSIS, 2016, p. 802), tendo em vista que antes de tais circunstâncias – ou seja, no Período Imperial – o país era dividido em províncias, o que refletia uma estrutura judiciária centralizada, portanto existindo um menor risco da prolação de decisões conflitantes acerca da interpretação das normas.

Todavia, com a maior autonomia dos Estados membros, os quais recebem à alcunha de entes federativos, cada um deles passa a ter uma estrutura judiciária própria, o que pode gerar interpretações distintas sobre uma mesma matéria a depender do órgão julgador.

Neste cenário surge, então, a necessidade de criação de um recurso para uniformização de tais divergências, a qual é suprida pelo Decreto nº 848/1890, com o estabelecimento do chamado recurso extraordinário (progressivamente moldado à estrutura prevista na Constituição Federal de 1988).

Após o exercício da função de uniformização pelo STF por quase um século, o legislador constituinte de 1988 decide pela cisão do objeto do recurso extraordinário, de modo a este acabar limitado às questões de matéria constitucional (ASSIS, 2016, p. 809). Com vistas ao desafogamento da referida corte, é criado o Superior Tribunal de Justiça e o recurso especial, com hipóteses de cabimento voltadas à violação das questões de natureza federal.

A semelhança entre estes é tamanha, que Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha (2018, p. 360) chegam a dizer que o recurso especial “nada mais é do que um recurso extraordinário para o STJ”. Isto posto, não é surpreendente que existam discussões quanto à delimitação de suas hipóteses de cabimento.

Como já indicado, os recursos especial e extraordinário objetivam “garantir a efetividade e uniformidade da interpretação do direito objetivo no âmbito nacional” (WAMBIER; TALAMINI, 2015, p. 826), em outras palavras, assegurando a aplicação de tais critérios nas interpretações judiciais das regras constitucionais e federais. Dito isso, tais espécies são caracterizadas como recursos de fundamentação vinculada, justamente por não comportar a análise fática ou probatória nas suas hipóteses de cabimento.

É importante, todavia, a ressalva da possibilidade de análise do direito probatório em sede de recurso especial e extraordinário, respectivamente, no que concerne (i) à valoração e admissibilidade das provas processuais (eventual violação dos Códigos Civil e de Processo Civil) ou (ii) relacionado à utilização de prova ilícita, em vista de sua expressa vedação pela Constituição Federal (DIDIER; CUNHA, 2018, p. 360-361).

Voltando-se às hipóteses de cabimento, estas, como ver-se-á nos pontos a seguir, possuem lastro no texto constitucional complementado por entendimentos jurisprudenciais e

doutrinários referentes à sua delimitação, exigindo-se, ainda, que a matéria recorrida tenha sido pré-questionada⁵⁴ – isto é, “já tenha sido objeto de decisão prévia” (NEVES, 2018, p. 1721) – no âmbito das instâncias predecessoras.

4.3.1. Recurso especial

As hipóteses de cabimento do Recurso Especial estão previstas no rol de competências do Superior Tribunal de Justiça, indicado no inciso III do art. 105 da Constituição Federal e suas respectivas alíneas, de modo a se determinar:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

(BRASIL, 1988)

Primeiramente extrai-se, a nível formal, que o provimento judicial recorrido através do referido instrumento recursal precisa possuir as características específicas, reunidas sob a premissa de ser (i) um acórdão (ii) julgado no âmbito de última ou única instância e (iii) proveniente de um Tribunal de Justiça (TJ) ou de um Tribunal Regional Federal (TRF).

Importante destacar o encadeamento lógico entre eles, sendo o primeiro um desdobramento do terceiro, este um limitador do segundo, o qual decorre de caractere ontológico dos recursos extraordinários *lato sensu*, tendo em vista que significa o esgotamento da via recursal ordinária.

O Enunciado de Súmula nº 203 do STJ atua neste sentido ao esclarecer que “não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais.” (BRASIL, 2002). É por isso que, por exemplo, apesar de se tratar de hipótese de esgotamento da via recursal ordinária, o acórdão proveniente do segundo grau dos Juizados Especiais, porquanto não preenche os requisitos de origem relacionados a um TRF ou a um TJ, não poderá ser objeto de exame no recurso especial.

Daniel Neves (2018, p. 1717) qualifica os pressupostos formais anteriores como cumulativos, justamente pela sua necessidade conjunta de preenchimento para a admissibilidade do recurso. Noutro giro, ele denominará de alternativos os requisitos a seguir,

⁵⁴ Aqui trata-se do pré questionamento, qualificado pela doutrina como um dos pressupostos de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinário (NEVES, 2018, p. 1721).

em observância ao fato de que, contrariamente aos anteriores, o preenchimento de uma de suas hipóteses já possibilitará o julgamento do recurso pelo Superior Tribunal de Justiça.

Quanto as alíneas mencionadas, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2015, p. 827) pontuam que a “a” – que faz referência à negativa de vigência ou contrariedade de tratado ou lei federal – seria a única que traria, de fato, o fundamento de interposição do REsp, sendo as demais apenas hipóteses delas derivadas. Todavia, em suma, a análise de tal situação prescinde da verificação de quatro elementos: “negar vigência”, “contrariedade”, “tratado”, “lei federal”.

Sobre os dois primeiros, a contrariedade seria algo mais amplo que a negativa de vigência, se referindo à utilização de interpretação “que leve ao desvirtuamento do conteúdo da norma” (NEVES, 2018, p. 1723), em outras palavras, qualquer sentido dado que não seja considerado o melhor pelo recorrente.

No período anterior à vigência da atual Carta Magna, não caberia o recurso extraordinário pela mera contrariedade, tendo em vista que o texto constitucional tinha como hipótese de alínea análoga apenas a negativa de vigência, de modo a, inclusive haver nesse sentido o enunciado de súmula nº 400 do STF, que restou prejudicado com a troca de constituições.

Ato contínuo, a negativa de vigência, por outro lado, se refere à não aplicação da norma correta à determinado caso, ocorrendo de três formas:

- a. Explícita: recusa expressa de aplicação da norma;
- b. Implícita: julgamento do pedido como se inexistisse a norma;
- c. Por interpretação teratológica: aquela interpretação considerada como absurda, isto é, sem que seja minimamente adequada àquele caso.

O termo “lei federal” é entendido como toda lei que tenha vigência em todo o território nacional, salvo os regimentos internos dos tribunais, dito isso, inclui-se: lei complementar federal, lei ordinária federal, lei delegada federal, decreto-lei federal, medida provisória federal e decreto autônomo federal (DIDIER, CUNHA, 2018, p. 409).

Quanto ao “tratado”, circunstância que mais interessa ao presente trabalho, Araken de Assis (2016, p. 929) traz que não é qualquer um destes que irá se submeter à análise através do recurso especial, isso porque, se a convenção internacional versar sobre direitos humanos e for aprovada com quórum de emenda constitucional⁵⁵, o recurso que deverá ser manejado é o

⁵⁵ Vide o art. 5, §3º da Constituição Federal, conforme já analisado anteriormente

extraordinário, cabendo aos demais tratados, em razão de se tornarem lei após o seu ingresso no ordenamento brasileiro, terem sua contrariedade analisada através do REsp.

Registre-se que o autor não faz nenhuma menção à supralegalidade de alguns tratados, o que resulta na presunção de que para ele, em linha de princípio, isso seria irrelevante na definição do recurso a ser interposto, ou seja, de uma forma ou de outra, o recurso manejado deve ser o especial.

No que concerne às hipóteses contidas nas alíneas “b” e “c”, a primeira possui uma explicação mais facilmente extraível do próprio texto constitucional, se referindo à decisão que confirma a validade de ato normativo ou administrativo do governo local que viole a lei federal, estando assim, inclusive, contida nas situações da alínea “a”.

Outrossim, quanto à segunda, esta se relaciona às questões de divergência jurisprudencial na interpretação de lei federal entre tribunais distintos, justamente ligada à função de uniformização do STJ no sentido de harmonização do sistema jurídico.

Ainda sobre essa última hipótese, são necessárias duas observações. A primeira é que a divergência entre jurisprudências precisa ser atual, isto é, apesar de o acórdão paradigma não ter que ser necessariamente recente, é obrigatório que este componha o entendimento atualizado do tribunal (NEVES, 2018, p. 1726). A segunda é que, dentre os tribunais cuja diferença de entendimentos ocorra, está incluso o próprio Superior Tribunal de Justiça, em que pese exista doutrina minoritária criticando a medida, pois, dificilmente, ao apreciar o recurso, o referido tribunal contrarie o seu próprio entendimento (MANCUSO, 2000, p. 208-209).

4.3.2. Recurso extraordinário stricto sensu

Em situação análoga ao recurso especial, as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário também são dispostas na Constituição Federal de 1988, especificamente no rol de competências do Supremo Tribunal Federal, nas alíneas do inciso III do art. 102, *in verbis*:

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

[...]

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

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (BRASIL, 1988)

Quanto aos seus pressupostos cumulativos, apesar de mantida a necessidade de esgotamento das instâncias ordinárias traduzida no requisito de a decisão recorrida ser de última ou única instância, o termo “causas” requer uma análise mais minuciosa.

Afirma-se isso porque, diante desta redação, entende-se que o órgão prolator da decisão recorrida não precisa ser necessariamente um tribunal (BARBOSA MOREIRA *apud* NEVES, 2003, p. 591), podendo, destarte, a decisão objeto do recurso ser advinda da apreciação de situação litigiosa no âmbito da jurisdição voluntária ou contenciosa, incluindo-se os órgãos singulares e aqueles recursais dos juizados especiais.

Não à toa, existe a previsão expressa no enunciado de súmula nº 640 do Supremo Tribunal Federal indicando ser “(...) cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal.” (BRASIL, 2003).

Sobre os critérios alternativos, isto é, as alíneas supramencionadas, diz-se que, com relação à “a”, esta se refere à contrariedade dos dispositivos constitucionais, o verbo “contrariar” deve ter seu sentido mais amplo quanto possível (ASSIS, p. 843, 2016), podendo tal contrariedade existir, desde que ocorra de modo direto, tanto contra a literalidade do texto constitucional como contra a sua finalidade precípua.

Sobre a necessidade de ocorrer uma violação direta, enfatizam Fredie Didier e Leandro Carneiro da Cunha (2018, p. 421-422) que não cabe o recurso extraordinário “por ofensa indireta ou reflexa, de acordo com a construção jurisprudencial antiga do STF”. Complementam ainda:

[...] em outras palavras, se, para demonstrar a contrariedade a dispositivo constitucional, é preciso, antes, demonstrar a ofensa à norma infraconstitucional, então foi essa que se contrariou, e não aquela. Não cabe, portanto, o recurso extraordinário, cabendo, isto sim, o recurso especial para o STJ (DIDIER; CUNHA, 2018, p. 421-422).

A alínea “b” está relacionada à declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal pelo tribunal de origem, causa esta que tem a sua repercussão geral – outro pressuposto de admissibilidade específico do RE, este dizendo respeito à relevância jurídica, econômica, social ou política, que transcenda os interesses das partes – presumida pelo art. 1035, §3º, III do Código de Processo Civil.

Ademais, registre-se que tal declaração, quando ocorrida na via incidental⁵⁶, deve necessariamente ter sido proferida pelo tribunal recorrido com respeito à cláusula de reserva de plenário, sob pena de cabimento do recurso extraordinário (desta vez sob a hipótese da alínea

⁵⁶ Haja vista que nem sempre ela ocorrerá de forma incidental, a exemplo de sua ocorrência em sede de controle concentrado (não realizado pelo STF) pelos tribunais locais frente às normas incompatíveis às Constituições Estaduais.

do art. 102, III da CF) a partir da violação do art. 97⁵⁷ da Constituição, que prevê tal requisito ao incidente de arguição de inconstitucionalidade de lei.

Inclusive, não é demais frisar a necessidade de observância à ressalva feita no subtópico anterior – a qual será objeto de posterior pormenorização – referente aos tratados sobre direitos humanos aprovados sob o quórum de emenda constitucional, que terá sua inconstitucionalidade apreciada através de RE e não de REsp.

Ademais, tem-se como objeto do RE a decisão de confirmação de validade de ato de governo ou de lei, ambos locais (em relação ao seu juízo prolator), acusados de desrespeito à Constituição, consoante hipótese prevista na alínea “c”. Por fim, quanto à alínea “d”, parcialmente semelhante à anterior, esta diz respeito ao julgamento positivo de validade de lei local em face de lei federal.

Do ponto de vista histórico, registre-se que tal possibilidade foi transposta do rol de competências do STJ por força da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, sob o fundamento desta se tratar, em verdade, de uma disputa relacionada à distribuição de competência legislativa pela Constituição, neste sentido, possuindo cabimento mais adequado ao STF, diante do seu caráter eminentemente constitucional.

Do mesmo modo reforçam Luiz Wambier e Eduardo Talamini (2015, p. 856), no sentido de que “se a lei local está sendo contestada em face de lei federal, é porque se sustenta que ela tratou de matéria que, por determinação constitucional, haveria de ser disciplinada pelo legislador federal.”.

Feitas as considerações pertinentes às hipóteses de cabimento de cada instituto recursal, passar-se-á discussão do conflito propriamente dito entre duas delas, conforme disposição do tópico a seguir.

5. O CONFLITO DE COMPETÊNCIA RECURSAL E A PROPOSTA DE DEMARCAÇÃO A PARTIR DA MATÉRIA RECORRIDA

Após a devida explanação dos aspectos legais e das teses doutrinárias e jurisprudenciais que envolvem as controvérsias correlatas ao objeto de análise no presente trabalho, voltar-se-á, então, ao enfrentamento detalhado de tal conflito de competência, de

⁵⁷ “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)

modo a, no fim, exibir-se uma linha de raciocínio direcionada à apresentação de um modelo voltado à sua solução.

5.1. Delimitação do conflito de competência recursal

A fim de elucidar o pensamento do leitor, ante a variedade de informações anteriormente trazidas sobre o que de fato se busca responder no presente tópico, é forçoso, antes de prosseguir à solução conjecturada, demarcar de modo mais específico a contenda envolvida.

A análise em questão busca solucionar qual o recurso – especial ou extraordinário *stricto sensu* – e seu tribunal correlato – STJ ou STF – são aptos à análise de validade, em via extraordinária e em sede de controle de convencionalidade interno e difuso, tendo como paradigma as seguintes espécies normativas:

- a. As normas convencionais materialmente constitucionais, por força do art. 5, §2º da Constituição Federal, isto é, aquelas que tratem de direitos humanos;
- b. As normas convencionais material e formalmente constitucionais, pois, além de cumprirem o requisito do supramencionado dispositivo, foram aprovadas com quórum de emenda constitucional, atingindo, também o critério do §3º do mesmo artigo 5º.

Registre-se, destarte, que não se está discutindo a utilização, como parâmetro de controle, dos tratados internacionais como um todo – isto é, incluindo aqueles chamados de “tratados comuns” por Valerio Mazzuoli (2009, p. 135), que tratam sobre matéria distinta dos direitos humanos – isso porque, defende-se aqui a aplicação do dualismo moderado como forma de relação entre o direito interno e o direito internacional.

Em outras palavras, apesar de ser questionável frente à doutrina (nacional e internacional), jurisprudência e outras normas internacionais (BINENBOJM, 2000, p. 186-188) – como o princípio da supremacia do direito internacional ou o já mencionado art. 27 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados – partir-se-á aqui do pressuposto de que não existe no texto constitucional qualquer menção à superioridade hierárquica, frente à legislação infraconstitucional comum, de convenções que não sejam de matéria atinente aos direitos humanos.

Assim, por mais que o referido art. 27 mencione que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”, esta norma apenas passou a ter eficácia vinculante junto ao direito interno após a sua promulgação através do Decreto nº 7.030 (BRASIL, 2009), devendo ser considerada como lei ordinária e obter os

mesmos tratamentos direcionados a tal espécie legislativa, portanto não podendo a ela se sobrepor.

Nesse sentido, tal disposição deve ser aplicada em observância ao caráter sistêmico do ordenamento jurídico, de modo que deve existir uma conformação lógica de suas normas, minimamente (a depender da teoria adotada⁵⁸), em relação à Constituição.

Compreender que as normas de direito internacional são superiores à Constituição, não podendo esta última ser invocada como motivo de descumprimento das primeiras é desconsiderar o Princípio da Supremacia da Constituição, interpretação esta que não se defende no presente trabalho.

Em que pese o valor da proteção aos direitos humanos seja algo relevantíssimo, devendo, por óbvio ser salvaguardado pelo ordenamento, entende-se que essa proteção, na lógica atual do sistema jurídico pátrio, encontra guarida na própria Constituição, não podendo, como já dito anteriormente, a norma internacional deslegitimar aquela (norma constitucional) que lhe conferiu legitimidade para produzir efeitos junto ao direito interno.

Sendo assim, entende-se como incompatível com o ordenamento pátrio a possibilidade de validade da norma internacional que contrariar a Constituição e, conseqüentemente, um controle de supraconstitucionalidade tendo tais normas como parâmetro.

Contudo é preferível que, caso tal incompatibilidade entre a norma convencional e a constitucional ocorra, a sua constatação seja feita ainda pelo Poder Legislativo (quando do processo de incorporação da norma internacional ao ordenamento interno) ou, o mais cedo possível, pelo Poder Judiciário, através das ações de controle de constitucionalidade, a fim de que a produção de efeitos por tal norma seja cessada o quanto antes (ou sequer exista) no direito interno e prejudique, minimamente, a imagem internacional do Estado brasileiro, sob pena, inclusive, de grave lesão à segurança jurídica.

Deste modo, seguindo a estrutura hierárquico-normativa apresentada no item 3.1⁵⁹, as únicas normas de origem internacional passíveis de servirem de parâmetro a um controle de

⁵⁸ Ainda que este não seja considerado um sistema, deve-se ao menos concordar a respeito de que o “complexo normativo constitucional [...] condiciona a vigência e a eficácia das demais normas” (REALE, 2002, p. 195). A esse respeito, conferir crítica à validade sistêmica do ordenamento feita por Miguel Reale em sua obra *Lições Preliminares do Direito* (2002, p. 192-196), no qual o autor atribui como validade ao ordenamento jurídico “uma razão de ordem prática que resulta da consideração histórico-social da experiência jurídica”, tendo em vista a Teoria da Estrutura Tridimensional do Direito (fato, norma e valor), defendida pelo autor “o ordenamento jurídico vale, no seu todo, como uma exigência da razão, em função da experiência histórica”.

⁵⁹ Relembre-se, para facilitar a dinâmica de leitura, a seguinte ordem:

- I. Normas constitucionais;
- II. Normas infraconstitucionais supralegais;
- III. Normas infraconstitucionais legais (incluindo-se aquelas de natureza complementar ou ordinária);

supralegalidade (e não de convencionalidade) – por serem formalmente supralegais, mas materialmente infraconstitucionais – em face da lei ordinária são aquelas que o são por previsão legal, como é o caso do Direito Tributário⁶⁰, em que vigora o princípio da prevalência do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional⁶¹, com espeque no art. 98⁶² do Código Tributário Nacional, consoante também abordado no RE 466.343/SP (BRASIL, 2009).

Assim, por seu turno, as únicas normas sujeitas a serem parâmetro do controle de convencionalidade são aquelas, oriundas de tratados e convenções internacionais, que sejam materialmente constitucionais, isto é, que versem sobre direitos humanos, tendo em vista a relevância da tutela a tais direitos⁶³ diante do seu caráter transcendental ao interesse subjetivo de cada Estado e à sua positivação através do art. 5º, §2º da Constituição Federal.

Inclusive, a premissa supracitada é válida tanto às normas que sejam apenas materialmente constitucionais, como aquelas que também o são formalmente, ou seja, que tiveram seu rito de incorporação em observância àquele previsto no §3º do mesmo artigo 5º.

Indo às classificações do controle de convencionalidade, concorda-se em relação à sua possibilidade de realização tanto pela jurisdição interna como pela internacional, bem como igualmente defende-se que esta seja pautada na aplicação da teoria do duplo controle⁶⁴, em

IV. Normas infralegais (abarcando-se aquelas de caráter regulamentar e individual, consoante a classificação supracitada).

⁶⁰ A fundamentação para esta prevalência é diversa na doutrina, havendo inclusive autores que indiquem não se tratar de uma questão de hierarquia, mas sim da competência constitucionalmente prevista ao Estado para limitar a sua jurisdição através da assinatura dos tratados (SCHOUERI, 2018, p. 102).

⁶¹ Há autores como Hugo de Brito Machado que, inclusive, acreditam na possibilidade de prevalência da lei posterior ao tratado em matéria tributária, caso esta seja lei complementar. Contudo, este ressalta que os tratados não deveriam ser alterados por lei interna, sob pena de perda da credibilidade internacional do país, devendo o princípio da moralidade também ser observado do ponto de vista das relações internacionais (MACHADO, 2010, p. 86-87).

⁶² Não faltam críticas ao artigo na doutrina, majoritariamente correlatas à sua redação, observando-se que “Há equívoco incontornável na dicção do art. 98, porquanto não são os tratados e as convenções internacionais que têm idoneidade jurídica para revogar ou modificar a legislação interna, e sim os decretos legislativos que os ratificam, incorporando-os à ordem jurídica brasileira”. Há ainda, minoritariamente, doutrinadores que defendem a sua inconstitucionalidade, tendo como argumento o fato de tal dispositivo usurpar a competência da Constituição de limitar a legislação ordinária em matéria tributária (ROCHA, 2013, p. 65-66 *apud* SCHOUERI, 2018, p. 110).

⁶³ Destaque-se que tal relevância na ordem constitucional pátria não é exclusiva do art. 5º, §2º ou do seu §3º, já que, como já destacado no item 2.5 e 3.2, existem vários dispositivos que privilegiam tais valores, *v.g.*, o art. 5º, §4º da CF (MENDES; BRANCO, 2020, p. 1558), ou ainda diante da dignidade da pessoa humana ser trazida como fundamento da República, no art. 1º, III, e da prevalência dos direitos humanos ser um dos princípios que regem as relações internacionais brasileiras, consoante o art. 4º, II, todos estes da Constituição.

⁶⁴ Em que pese concorde-se com o autor, André de Carvalho Ramos, a respeito da utilização do *cross fertilization* e do diálogo das fontes como técnicas hermenêuticas ainda mais eficazes em relação à convivência entre as jurisdições internacionais e interna, ressaltando-se que elas devem ser organicamente estimuladas, mas jamais impostas aos órgãos jurisdicionais pátrios (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 252-253).

prestígio à necessária harmonia entre as jurisdições interna e internacional (HUSEK, 2017, p. 112).

Contudo, é relevante que tal teoria, desenvolvida por André de Carvalho Ramos (2016, p. 252-253), não se restrinja à tentativa de compatibilização apenas entre o controle de convencionalidade internacional e o controle de constitucionalidade interno, mas também entre o controle de convencionalidade interno e aquele internacional, mantendo-se a linha de que as normas são presumidamente válidas, salvo por entendimento em sentido contrário decorrente da aplicação de ao menos um desses controles normativos.

Noutro giro, sobre a divisão entre o caráter difuso ou concentrado do controle de convencionalidade interno, é preciso vencer uma questão que lhe é prejudicial, mais notadamente, em relação aos limites da ideia de bloco de constitucionalidade e os efeitos de tal delimitação para a aplicação não só do controle sob análise, mas também do próprio controle de constitucionalidade.

Parte da doutrina, inclusive já mencionada no decorrer do presente trabalho⁶⁵ restringe a amplitude do bloco de constitucionalidade apenas às Constituição formal, contudo, outra parte da doutrina⁶⁶ defende uma noção mais expansiva de tal conjunto normativo, abarcando tanto as normas formalmente constitucionais como aquelas materialmente constitucionais. Em outras palavras, a segunda defende que as normas materialmente constitucionais também sirvam de parâmetro ao controle de constitucionalidade, ao contrário da primeira.

Tal discussão trará efeitos ao controle de convencionalidade, na medida que, caso se defenda a primeira teoria, concordar-se-á com a tese de que o controle de convencionalidade concentrado, realizado pelo STF tomando por empréstimo as ações do controle de constitucionalidade abstrato, irá se restringir apenas aos tratados sobre direitos humanos equiparados à emenda constitucional, como define Valério Mazzuoli (2009, p. 130). Por conseguinte, em que pese tais normas possam servir de parâmetro de controle concentrado e difuso de convencionalidade, aquelas que são apenas materialmente constitucionais servem apenas ao controle difuso.

Seguindo, entretanto, a linha de raciocínio da segunda teoria, como as normas materialmente constitucionais integram o bloco de constitucionalidade, elas podem servir de

⁶⁵ Nesse sentido, para além dos já mencionados Dirley da Cunha Júnior (2016, p. 265), Alexandre de Moraes (2017, p. 257), acrescenta-se a tal lista Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco (2020, p. 557) ao fundamentar a integração da Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência a tal conjunto normativo tão somente pela sua incorporação nos moldes do art. 5º, §3º, da CF.

⁶⁶ Pensam desta forma, como já explicitado, Flávia Piovesan (2013, p. 19), José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p. 982-983), bem como André de Carvalho Ramos (2020, p. 583).

parâmetro ao controle concentrado e difuso de constitucionalidade (tais quais as demais que integram o bloco), não fazendo sentido obstá-las de igualmente serem utilizadas como base do controle de convencionalidade difuso e concentrado (MENEZES, 2009, p. 277).

Ocorre que, para além de sua relevância precípua, tal dicotomia também tem impacto direto à discussão objeto do presente trabalho, referente ao controle difuso em sua modalidade extraordinária. Ora, se a primeira teoria pontua a existência de uma cisão quanto aos papéis das normas materialmente constitucionais enquanto parâmetros do controle de convencionalidade (diferenciação esta a partir do fato de também serem formalmente parte do texto constitucional ou não), tal distinção também às acompanharão em relação ao órgão passível de realização de tal controle extraordinário:

- i. Os tratados material e formalmente constitucionais possuem, como dito, equiparação formal à Constituição formal, ou seja, o seu controle difuso deve ser realizado pelo STF, via recurso extraordinário *stricto*
- ii. *sensu*, tendo em vista a alínea “a” do art. 102, III, quando este indica que a decisão recorrida poderá ser objeto de tal recurso ao “contrariar dispositivo desta Constituição”. Ora, se para esta teoria o vocábulo “constitucionalidade”, referente ao art. 102, I, “a” da CF (que versa sobre a ADI e a ADC), se refere apenas à Constituição formal, o termo “Constituição” do art. 102, III, “a” não poderia ter amplitude distinta. Ou seja, é consectário lógico que a “Constituição” tutelada pelo controle concentrado é a mesma que aquela protegida pelo difuso, ambas restritas às normas formalmente constitucionais.
- iii. Por seu turno, se os tratados apenas materialmente constitucionais não são abarcados pelo termo “constitucionalidade” do referido art. 102, I, “a”, também não o podem ser pelo art. 102, III, “a”. Assim faz sentido dizer que, segundo o próprio Mazzuoli (2011, p. 135), o seu controle difuso extraordinário seja feito via recurso especial, pelo STJ⁶⁷, consoante o art. 105, III, “a” da CF, ao colocar em seu objeto a decisão que “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”.

Em contrapartida, o tratamento dado a partir da segunda teoria – seguindo a mesma ideia de manutenção do sentido de “Constituição” nos controles concentrado e difuso – faz com

⁶⁷ No mesmo sentido, Jahyr-Philippe Bichara (2015, p. 16), trazendo que “o STJ é o órgão do Poder Judiciário habilitado a se pronunciar sobre a validade dos tratados internacionais ou leis federais no ordenamento jurídico interno, na ocasião de um recurso especial interposto contra decisões proferidas por jurisdições inferiores, em única ou última instância, que tenham prejudicado a aplicação da primeira ou da segunda espécie normativa”.

que tal controle difuso, quando ocorrido em sua modalidade extraordinária, deve ser feito via recurso extraordinário *stricto sensu*, pelo STF, tendo em vista que o termo “Constituição” oriundo do supramencionado art. 102, I, “a” da CF, deve ser considerado de forma expansiva, abarcando as normas formal e materialmente constitucionais.

Por tudo quanto exposto, lembrando o que foi dito, o controle de convencionalidade interno, difuso e extraordinário:

- I. Para a teoria restritiva do bloco de constitucionalidade:
 - a. Cabe ao STJ, provocado pelo recurso especial, por força do art. 105, III, “a”, no caso dos tratados sobre direitos humanos que não seguem o rito especial do art. 5º, §3º.
 - b. Cabe ao STF, provocado pelo recurso extraordinário *stricto sensu*, por força do art. 102, III, “a”, para os tratados que possuem equiparação à emenda constitucional, em razão de terem sido incorporados sob o rito especial do art. 5º, 3º.
- II. Para a teoria ampliativa do bloco de constitucionalidade, todos os tratados internacionais incorporados ao ordenamento, independentemente do rito utilizado, serão materialmente constitucionais e, portanto, nos moldes do art. 102, III, “a” da Constituição, servirão como parâmetro ao controle de convencionalidade interno, difuso e extraordinário, a ser realizado pelo STF, através do manejo de recurso extraordinário *stricto sensu*.

Ademais, quanto aos tratados que tem ascendência definida em lei (supralegais e materialmente infraconstitucionais), a exemplo daqueles de matéria tributária, como não existe relação aparente entre estes e a Constituição, acredita-se por não haver dúvidas de que o controle de normativo difuso⁶⁸ e extraordinário a ele relacionado – isto é, de supralegalidade – ocorrerá através de recurso especial.

Em complemento, considera-se interessante observar, para além das conclusões antepostas, qual a teoria está sendo majoritariamente implementada pela jurisprudência pátria, consoante será especificamente analisado no próximo tópico.

5.2. Análise jurisprudencial do controle de convencionalidade difuso extraordinário no direito brasileiro

⁶⁸ Não há o concentrado, já que este é restrito à matéria constitucional.

Primeiramente sobre as normas material e formalmente constitucionais, é assunto pacífico, tanto no STF como no STJ que, por ingressarem com *status* equivalente ao de emenda constitucional, devem ser tratadas como se texto constitucional o fossem, inexistindo, portanto, discussão quanto à competência de análise do Supremo Tribunal Federal, através do recurso extraordinário *stricto sensu*, quando esta for objeto de contrariedade a partir da norma analisada.

Nesse sentido, destaque-se o RE 918315 RG/DF, no qual discutiu-se a validade do art. 18, §7º da Lei Complementar nº 769/2008 do Distrito Federal, que determinava o pagamento da aposentadoria por invalidez decorrente de doença mental ao curador do segurado, por considera-lo juridicamente incapaz diante de sua condição enquanto pessoa com deficiência (BRASIL, 2008).

No caso supracitado, reconheceu-se a repercussão geral e a existência de questão constitucional, diante da possível violação à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ou Convenção de Nova York, incorporada ao ordenamento pátrio em observância ao rito do art. 5º, §3º e, por conseguinte, equivalente às emendas constitucionais (BRASIL, 2020).

No mesmo sentido, também em observância à Convenção de Nova York, através da ADO nº 30/DF reconheceu-se a omissão legislativa em relação à inclusão de pessoas com deficiência auditiva no rol de isentos do Imposto sobre Produtos Industrializados, conforme o art. 1º, IV, da Lei nº 8.989/95 (BRASIL, 2020).

Registre-se ainda que de igual modo pensou o STJ quando do julgamento do REsp 1.640.084/SP, quando – diferenciando os tratados sobre direitos humanos incorporados pelo rito do art. 5º, §3º daqueles que o foram pelo rito ordinário – pontuou que, caso a CADH tivesse sido incorporada através do rito especial, “a coisa seria diferente, porque a norma, aí, teria status de emenda constitucional e, desse modo, haveria controle de constitucionalidade, (ou seja, caso o STJ realizasse o controle, este ocorreria) com usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal” (BRASIL, 2016).

Todavia, quanto às normas apenas materialmente constitucionais, as discussões se tornam mais complexas. Em exemplo tem-se o julgamento do REsp nº 1.577.745/MG, no qual o recorrente alega (i) a inconstitucionalidade de dispositivo legal por violação ao princípio do direito ao silêncio e (ii) a contrariedade do mesmo à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a qual tem *status* de norma supralegal, em razão do seu quórum de aprovação por maioria simples.

O relator, Ministro Joel Ilan Paciornik, em decisão monocrática, não conheceu do recurso:

- a. Com relação ao item “i”, por ser “descabido o conhecimento do recurso especial para fins de análise de violação a princípios constitucionais e a dispositivos constitucionais”.
- b. No que concerne ao item “ii”, pois “faltou ao recorrente citar o dispositivo legal violado, bem como apresentar as razões correlatas, (isto é) ante a deficiência da fundamentação.” (BRASIL, 2018)

Destarte, o equívoco, segundo o relator não foi a incompatibilidade da matéria com a Corte, mas sim a fundamentação recursal deficiente, o que faz pressupor que, caso a fundamentação se desse de forma adequada, o STJ seria competente.

A mesma linha pode ser vista no seguinte trecho da ementa do REsp nº 1.640.084/SP, no qual questionou-se a compatibilidade do crime de desacato com o art. 13 da CADH, sob a relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, quando este afirma:

A adequação das normas legais aos tratados e convenções internacionais adotados pelo Direito Pátrio configura controle de convencionalidade, o qual, no caso concreto, por não se cuidar de convenção votada sob regime de emenda constitucional, não invade a seara do controle de constitucionalidade e pode ser feito de forma difusa, até mesmo em sede de recurso especial (BRASIL, 2017).

O Ministro menciona inclusive jurisprudência da CIDH, indicando que o controle de convencionalidade pode ser exercido de forma difusa, incluindo o recurso especial, reconhecendo-se a inconvenção do crime de desacato, indicando como fundamentos que tal tipo penal ensejaria a desigualdade entre funcionários e particulares, bem como por ressaltar a “a preponderância do Estado - personificado em seus agentes - sobre o indivíduo”, na contramão do humanismo (BRASIL, 2017).

A mesma linha de raciocínio é mantida pela Corte na realização do controle de convencionalidade tendo como paradigma outros artigos da CADH, *v.g.*, a questão do direito ao silêncio (correlato ao brocardo latino *nemo tenetur se detegere*), nos termos do decidido AgRg no REsp 1.497.542, não podendo este ser analisado como um prejuízo à defesa do réu, sob pena de violação de tal garantia prevista no art. 8, item 2 da referida convenção (BRASIL, 2016).

Ou ainda a questão da audiência de custódia, garantia prevista no art. 7, item 5, da CADH, mas que não foi suficiente ao provimento do RHC 115.618, por considerar-se que sua ausência não gera a imediata nulidade do processo, em decorrência da decretação de prisão preventiva, já que “a posterior conversão do flagrante em prisão preventiva constitui novo título a justificar a privação da liberdade, ficando superada a alegação de nulidade decorrente da ausência de apresentação do preso ao juízo de origem” (BRASIL, 2019).

Todavia, analisando-se julgados mais recentes, é possível encontrar entendimento dominante em uma das Turmas da Corte, a Segunda, no sentido de sua incompetência ao exercício do controle de convencionalidade, consoante observa-se em trecho da ementa do REsp 1836862/SP:

Este Colegiado se posicionou pela necessidade de interposição do recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal para enfrentamento de violação pelo acórdão recorrido de tratado internacional de direitos humanos, ante seu caráter supralegal. Não conhecimento do especial no ponto. Contudo, na situação em apreço, é possível solucionar a controvérsia à luz da legislação pátria, independentemente de disposições convencionais ou de julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos (BRASIL, 2020).

Por seu turno, no julgamento do REsp 1798903/RJ, pela Terceira Seção da Corte, ocorreu situação ainda mais inusitada, analisando-se a compatibilidade da “Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade” com o art. 104, VII do Código Penal, quando este prevê a prescrição como uma das formas de extinção de punibilidade, bem como sua aplicação aos crimes, sem excluir aqueles ocorridos durante (e em vinculação direta a) o regime militar.

Em seu voto vencedor, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca ressaltou que tal convenção não foi ratificada pelo Brasil, bem como que a ideia de *ius cogens*⁶⁹ que a fundamentaria é considerada inaplicável pela jurisprudência do STF. Ainda assim, mesmo que sua produção de efeitos fosse possível, o Ministro, ao intitular a possibilidade de realização de controle de convencionalidade pelo STJ, afirma que o realizaria em face do referido tratado, em vista de sua necessária supralegalidade e infraconstitucionalidade por força do art. 5º, §2º da CF e à luz da jurisprudência do STF. Ao fim, no intitulado exercício de tal controle, considerou tal norma incompatível com a Constituição, por violar o princípio da legalidade e da irretroatividade (BRASIL, 2019).

No caso acima, em que pese, do fim ao cabo, não tenha havido um controle de convencionalidade, justamente pelo reconhecimento da impossibilidade de a convenção arguida servir de parâmetro para tal controle sendo *ius cogens*, este é mais um reforço no sentido de o STJ reconhecer a sua competência para sua realização sempre que o tratado ou convenção não possua *status* formalmente constitucional, sendo aparentemente esta a posição majoritária da Corte.

No Supremo Tribunal Federal, por seu turno, a questão resta ainda menos pacífica, havendo evidente divergência de posicionamento entre os Ministros que o compõem, bem como a variação da competência do tribunal, a depender, não dos requisitos à realização do controle

⁶⁹ Universo de princípios do direito internacional que possuem força obrigatória, ou ainda “normas peremptórias do direito internacional” (PIOVESAN, 2013, p. 123).

de convencionalidade, mas sim da afinidade e interesses que o órgão possua em analisar ou não a matéria.

Por exemplo, tem-se ADI 5240/SP tendo por objeto o reconhecimento da inconstitucionalidade do Provimento Conjunto nº 03/2015, entre o Tribunal de Justiça e a Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo disciplinando as audiências de custódia no âmbito do tribunal, tendo como fundamento, dentre outros, o já referido art. 7º, item 5 da CADH (BRASIL, 2016).

Para além do reconhecimento da constitucionalidade do diploma normativo impugnado, é interessante destacar o voto do Ministro Teori Zavascki, que, embora acompanhando o voto do relator, defendeu a necessidade do exercício de controle de convencionalidade – por se tratar de convenção versando sobre direitos humanos – no presente caso, este “só pode(ndo) ser da competência do Supremo Tribunal Federal”.

Apesar de divergir do em relação ao resultado da ADI, sobre a convenção em si mesma, a Ministra Rosa Weber, em tom análogo, pontua, através de breve comentário, a sua opinião pessoal contrária à atribuição de “um caráter supralegal, apenas, ao tratado (...)”, com quem aparentemente concorda o Ministro Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2016).

De igual modo, a apreciação do ARE 1054490 QO/RJ, vinculada ao *leading case* do tema 974 de Repercussão Geral, versando sobre a “possibilidade de candidaturas avulsas para pleitos majoritários”.

Nesta é relevante o destaque a trecho da fala do relator do caso, Ministro Luís Roberto Barroso, apresentando a necessidade da realização de analogia tendo como parâmetro a questão da vedação à prisão do depositário infiel (BRASIL, 2009) – bem como de controle de convencionalidade – tendo em vista que a tese do recorrente é que o dispositivo constitucional que obsta as candidaturas avulsas em eleições majoritárias deveria ser lido em compatibilidade com a CADH, norma supralegal, que não traz o referido requisito eleitoral.

O ministro, assim pontua (com posterior concordância do Ministro Edson Fachin), destacando ainda o vínculo da matéria com a CADH como justificativa para a configuração de repercussão geral, sugerindo como título do tema: “Saber se é possível ao cidadão concorrer em eleições por meio de candidatura independente, sem prévia filiação partidária, à luz do art. 14, § 3º, CF/1988 e do Pacto de São José da Costa Rica” (BRASIL, 2018).

Tal fala foi contraposta pelo Ministro Ricardo Lewandowski, para quem não deveria haver o provimento do agravo e muito menos o reconhecimento de repercussão geral, já que a Constituição é taxativa sobre a filiação partidária no seu art. 14, §3º, V. Ademais, assim o sendo,

não poderia ser contraposta por norma que lhe fosse hierarquicamente inferior, como os tratados com *status* de norma supralegal (BRASIL, 2018).

Observa-se, então, que a jurisprudência ainda não resta pacificada, sobretudo em razão do debate visto no anteposto acórdão ter sido muito mais influenciado pela discussão em relação ao sistema de candidaturas avulsas em si, do que necessariamente a temática do controle de convencionalidade e os requisitos do seu exercício pela Excelsa Corte.

Trazendo-se mais julgados, o crime de desacato (art. 331 do Código Penal) teve a sua compatibilidade com a ordem constitucional vigente e com a CADH questionada através da ADPF 496/DF. Em seu voto, o Ministro Edson Fachin ressaltou o seu entendimento em relação à hierarquia constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos, afirmando que:

A razão para esse entendimento é relativamente simples: **não se invocam direitos fundamentais para descumprir direitos humanos**. Direitos humanos são direitos fundamentais. Os valores democráticos almejados pelo constituinte de 1988 ecoam as experiências democráticas de outras nações e de outros povos e se alinham a elas. Não por acaso, a mesma constituição que prevê, entre os seus princípios, a prevalência dos direitos humanos impõe às autoridades públicas o dever de propugnar pela criação de um tribunal internacional de direitos humanos (art. 7º do ADCT) (BRASIL, 2020, grifos do autor).

No mesmo voto ainda menciona que ao se utilizar tais tratados como parâmetro de controle, também deve-se observar a interpretação que as Cortes internacionais tem sobre o dispositivo passível de violação, concluindo, portanto, pela inconvenção do supracitado tipo penal.

O ministro Gilmar Mendes, por seu turno, em que pese discordar da referida equiparação hierárquica constitucional dos tratados sobre direitos humanos não incorporados sob o rito do art. 5º, §3º (insistindo na supralegalidade que defendeu em 2009), concorda que o modelo brasileiro comporta o controle de convencionalidade, bem como da sua necessária realização, naquele caso, para reconhecer a convencionalidade do crime de desacato, nos seguintes termos:

Tomando referido tratado internacional como parâmetro do controle de convencionalidade do ordenamento jurídico interno, de uma simples leitura do dispositivo supracitado não se infere qualquer afronta na tipificação do crime de desacato. Não houve revogação da norma penal, mas recepção pela regra supralegal. Observe-se que o item 2, letra a, do art. 13 do Pacto de San Jose dispõe claramente que o exercício do direito à liberdade de pensamento e de expressão, embora não sujeito a censura prévia, deve assumir responsabilidades ulteriores, expressamente fixadas em lei, para assegurar o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas (BRASIL, 2020).

Concorda com ele, quanto ao resultado, o Ministro Alexandre de Moraes, ressaltando que a “discussão referente à *compatibilidade do tipo penal do desacato com o art. 13, da Convenção Americana de Direitos Humanos (...)* não tem a ver com eventual violação direta

ao texto constitucional. Ao contrário, cuida-se de discussão de índole infraconstitucional” (BRASIL, 2020, grifos do autor).

Em contrapartida, quando se observam precedentes mencionados no referido julgado, verifica-se que o STF não só realiza o controle de convencionalidade, como o faz de forma complementar ao de constitucionalidade, utilizando ambos como fundamentos de sua decisão.

Assim ocorreu no HC 154.143/RJ, quando o STF entendeu a “plena legitimidade jurídica e da integral compatibilidade do crime de desacato com os textos normativos da Constituição da República e do Pacto de São José da Costa Rica” (BRASIL, 2018).

Do mesmo modo, consignou-se no HC 141.949/DF, quando o seu relator, o Ministro Gilmar Mendes, examinou, além da constitucionalidade, a convencionalidade do crime de desacato com a CADH, apontando ambos como representativos da compatibilidade do tipo penal com o Estado Democrático de Direito. Tal ponto de vista é evidenciado no seguinte trecho de ementa:

3. Controle de constitucionalidade (arts. 1º; 5º, incisos IV, V e IX, e 220 da Constituição Federal) e de convencionalidade (art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). 4. Alegada ofensa à liberdade de expressão e do pensamento que se rejeita. 5. Criminalização do desacato que se mostra compatível com o Estado Democrático de Direito (BRASIL, 2018).

Destarte, em que pese existam julgados detentores de uma linha de pensamento contrária – como o HC 143968 AgR/RJ, sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em que o fundamento da convencionalidade aparece apenas nos precedentes citados, mas não nos trechos de redação originária do acórdão – verifica-se uma tendência de utilização conjunta do fundamento da constitucionalidade e da convencionalidade, tendo-se como exemplos o ARE 1225968 AgR/SP (BRASIL, 2019), sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, e os ARE 1097670 AgR/DF (BRASIL, 2019) e HC 171118/SP (BRASIL, 2020), sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que mencionam não apenas dispositivos da convenção analisados, mas também a própria jurisprudência da CADH a seu respeito.

No caso deste último, observe-se quando, para fundamentar a impossibilidade de dupla persecução pena, o referido relator traz que:

3. Parâmetro para controle de convencionalidade. Art. 14.7 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Art. 8.4 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos no sentido de “proteger os direitos dos cidadãos que tenham sido processados por determinados fatos para que não voltem a ser julgados pelos mesmos fatos” (Casos Loayza Tamayo vs. Perú de 1997; Mohamed vs. Argentina de 2012; J. vs. Perú de 2013) (BRASIL, 2020).

Destarte, conclui-se que o STJ, ao menos majoritariamente, se considera como responsável ao exercício de controle de convencionalidade difuso das convenções que não ingressaram no ordenamento sob o quórum de emenda constitucional. No entanto, neste âmbito

o Supremo Tribunal Federal encontra-se bastante dividido, inexistindo posicionamento tão sedimentado sobre o tema, haja vista a verificação de julgados em que a referida corte adentra ao controle de convencionalidade tendo como base tais normas formalmente infraconstitucionais.

Definidos tais marcos, passar-se-á a sugestão do critério material, com os devidos fundamentos à adoção de tal linha de raciocínio, a fim de se delimitar as regras de fixação da competência entre os órgãos envolvidos.

5.3. Proposta de demarcação de competência recursal: o cabimento do recurso extraordinário tendo por fundamento a materialidade constitucional como critério de repartição

De início, é importante deixar evidente o ponto central da presente proposta, qual seja a fixação do critério material, a partir do capítulo decisório recorrido, para a determinação do instrumento recursal apto a ser manejado na via extraordinária do controle de convencionalidade interno e difuso.

Em outras palavras, propõe-se a desconsideração do aspecto formal relacionado ao quórum de aprovação da convenção ou tratado internacionais – previsto no art. 5º, §3º da Constituição Federal – como forma de limitar o termo “Constituição” trazido na hipótese de cabimento do recurso extraordinário *stricto sensu* do art. 102, III, “a” da Lei Magna.

A possibilidade de interposição de tal instrumento recursal, portanto, ocorre (para além do próprio art. 102, III, “a”) em razão do cumprimento do §2º do mesmo art. 5º, que confere aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos o *status* de materialmente constitucional, fazendo com que integre a ampla noção de bloco de constitucionalidade – aquela mais compatível com o sistema jurídico pátrio – e a ideia de proteção dos direitos humanos a ele correlata.

Para tanto, apresenta-se os seguintes argumentos:

5.3.1. A impossibilidade de interpretação do termo “tratado” do art. 105, III, “a” como referente àqueles que versam sobre direitos humanos

O primeiro fundamento a ser trazido diz respeito à aparente insubsistência, em face do sistema jurídico pátrio, da linha interpretativa que qualifica o termo “tratado” previsto no art. 105, III, “a” – em que se descreve uma das hipóteses de cabimento do recurso especial, direcionado ao STJ – como uma referência a todos os tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro.

Sobre isso, é interessante a realização de uma análise histórica – no mesmo tom daquela trazido no item 4.3 – das hipóteses recursais extraordinárias de combate à violação de tratados internacionais (FÔNSECA, 2017, p. 119):

- i. Antes da ordem constitucional vigente, apenas se tinha o STF e o recurso extraordinário, de modo que, como à época os tratados internacionais possuíam equiparação à lei federal, a contrariedade a um ou a outro possuía idêntico tratamento, ou seja, ambos eram combatidos pelo recurso extraordinário.
- ii. Com a Carta Magna de 1988, a competência recursal extraordinária passou a ser repartida entre o STF e o STJ, nos moldes já descritos, a fim de tornar o primeiro uma corte constitucional e direcionar as matérias atinentes à lei federal ao segundo.

Seguindo esta linha, na atual repartição de competências, quando se diz que cabe ao STJ o julgamento de recurso especial contra a decisão recorrida que, consoante o art. 105, III, “a” da CF, contraria “tratado ou lei federal”, o tratado aqui é parâmetro de controle. Todavia, quando se aponta ao STF, nos termos do art. 102, III, “c”, a apreciação, via recurso extraordinário, da decisão recorrida que “declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”, o tratado, neste caso é objeto de controle (FÔNSECA, 2017, p. 119-120).

Destarte, entende-se que, em ambos os casos, o tratado mencionado é aquele outrora qualificado como “tratado comum”, ou seja, que não versa sobre direitos humanos, sendo, portanto, equiparado à lei federal que, como dito, é aquele padrão normativo que normalmente serve de parâmetro ao controle realizado pelo STJ.

Do contrário, ter-se-ia que assumir que a referida corte estaria realizando controle cuja norma parâmetro é materialmente constitucional, portanto incorrendo em usurpação da competência constitucionalmente vinculada ao STF, o que, ainda que fosse permitido, não mudaria o fato de que, no fim das contas, acabaria por ser da Excelsa Corte a palavra final sobre o assunto, seja a nível prático ou teórico, como será detalhado no item 5.3.3.

5.3.2. A incompatibilidade de uma noção restritiva de bloco de constitucionalidade com o sistema pátrio, reforçada pela noção de validade como um requisito de caráter material

Por seu turno, em relação a um segundo argumento, é preciso respeitosamente discordar da defesa da concepção mais restritiva de bloco de constitucionalidade, haja vista que esta se baseia unicamente em um critério de forma.

Como afirmando por Flávia Piovesan (2013, p. 128-129), adequa-se à hermenêutica emancipatória inerente à proteção dos direitos humanos a ideia da preponderância material

sobre a formal, já que é a “lógica material, orientada por valores” que melhor celebra “o valor fundante da prevalência da dignidade humana”.

De igual modo, a autora ainda arremata que “a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela” (PIOVESAN, 2013, p. 129).

Neste cerne, considera-se muito difícil a defesa da ideia de que o art. 5º, §§2º e 3º da Constituição trouxe uma limitação formal com o intuito de minorar o potencial protetivo da norma materialmente constitucional. Diz-se isso porque tal raciocínio acabaria por contrariar um dos princípios basilares da hermenêutica constitucional, aquele da máxima eficácia das normas constitucionais, consoante o qual torna-se necessário atribuir à norma o sentido que maior eficácia lhe confira (CANOTILHO, 1993, p. 227).

Essa mesma prevalência do aspecto jurídico material sobre o formal é inerente à lógica dos direitos humanos, não à toa isto é mais que claro quando se relembra três dos princípios basilares à sua tutela e interpretação: o princípio *pro homine*, a máxima efetividade e a primazia da norma mais favorável ao indivíduo (CARVALHO RAMOS, 2020, p. 108).

Nos três casos, como já dito no item 2.5, a ideia central é a busca da interpretação e aplicação mais favoráveis aos direitos humanos e ao indivíduo, portanto, servindo perfeitamente para reforçar a necessária prevalência material/substancial aqui defendida.

Ademais, em igual reforço tem-se a própria ideia da validade – no sentido de elemento da norma jurídica – como uma questão de compatibilização de conteúdo (e não de forma) com as normas hierarquicamente superiores, consoante o prisma teórico de Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI, 1999, p. 20-22 apud MAZZUOLI, 2009, p. 116).

Relembrando o quanto exposto no item 3.3.1, definiu-se que a norma é composta pela tríade vigência, validade e eficácia, dessarte – servindo-se aqui da teoria do duplo limite vertical material (MAZZUOLI, 2009, p. 130) – como a validade é o elemento relacionado ao controle de convencionalidade e esta se relaciona à compatibilidade material da norma com aquelas hierarquicamente superiores a ela, não faz sentido que se observe o aspecto formal como critério de definição do recurso a ser utilizado na efetivação de tal controle em sua modalidade difusa extraordinária.

Não se nega que exista uma hierarquia (apenas formal) entre as normas formalmente e materialmente constitucionais e as apenas materialmente constitucionais, contudo, isso não impede que seja o mesmo órgão (STF) a utilizá-los como parâmetro do controle normativo aplicado, já que a vinculação à competência (sobretudo em relação a este órgão), enquanto guardião da Constituição, é material e não formal.

Ademais, considerando até mesmo uma teoria distinta daquela de Ferrajoli, tem-se que para Miguel Reale (2002, p. 105-111) o requisito da validade formal é decorrente da observância de três critérios: a legitimidade do órgão elaborador, a legitimidade do procedimento e o respeito à competência *ratione materiae*. Preenchidas as três regras, como é o que presumidamente ocorre para que se possa analisar a validade da norma convencional, (haja vista o imbricamento de tais requisitos igualmente explanado no item 3.3.1) não há mais o que se falar quanto à formalidade.

À mesma conclusão se chega quando se retorna à análise dos pressupostos de admissibilidade recursal. Não à toa, ver-se que os pressupostos cumulativos – como o esgotamento da via ordinária tanto ao RE como ao REsp – são aqueles que guardam maior ligação com o aspecto formal.

Todavia, as hipóteses de cabimento propriamente ditas ou, como visto, os pressupostos alternativos – tais quais a contrariedade à Constituição ou à norma federal, ou a declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal – se relacionam (para fins de definição do órgão responsável pelo julgamento) muito mais ao conteúdo da decisão do que com os requisitos formais, por exemplo, o necessário pré-questionamento da matéria.

Não há toa, diante de um exame material do objeto de análise recursal, ocorreu a transposição da análise de julgamento da validade de lei local contestada em face de lei federal do STJ ao STF, hoje compondo a hipótese de cabimento do recurso extraordinário presente na alínea “d” do art. 102, III (BRASIL, 1988).

Novamente, observa-se que os pressupostos alternativos, de caráter formal, são elementos de análise prévia, que muito mais ensejam o enquadramento enquanto recurso extraordinário (em sentido amplo) – isto é, da via extraordinária propriamente dita – do que o enquadramento no âmbito recursal especial ou extraordinário em sentido estrito, algo que é definido, como já afirmado, mediante o aspecto material da decisão impugnada.

Destarte, por se tratar do conflito entre dois pressupostos predominantemente materiais, não faz sentido a utilização de um critério formal como delimitador, pelo contrário, tal análise apenas reforça que o aspecto central de delimitação da competência deve ser de natureza material, relacionado ao conteúdo da decisão (e ao seu vínculo a uma questão de natureza federal ou de conteúdo constitucional), tendo em vista que, como dito, os aspectos formais já restaram preenchidos por meio dos pressupostos cumulativos.

Assim, ao se comparar as duas alíneas, observa-se que, materialmente, é de muito maior compatibilidade o enquadramento dos tratados sobre direitos humanos na hipótese em

que se protege o ordenamento à contrariedade em face da Constituição do que em face da lei federal.

O contrário, em verdade, revelar-se-ia um desprestígio à elevação de tais normas ao *status* de materialmente constitucional, como observar-se-á, em ainda maior profundidade, no subtópico seguinte.

5.3.3. O Supremo Tribunal Federal como legítimo guardião da Constituição: fundamentos de natureza teórica e prática

Ao se referir à competência do Supremo Tribunal Federal na análise da contrariedade aos tratados sobre direitos humanos considerados material e formalmente constitucionais, Daniel Amorim Assumpção Neves (2018, p. 1724) afirma:

É natural que nesse caso, havendo contrariedade ou negativa de vigência, não seja a decisão recorrida por recurso especial, porque dessa forma o Superior Tribunal de Justiça seria levado a decidir em última análise a respeito de matéria constitucional, tarefa exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

O autor não chega a afirmar que, apesar de alguma norma não ser formalmente constitucional, por o ser materialmente, poderia ter sua contrariedade como objeto de um recurso extraordinário, contudo, a sua ênfase ao fato de ser o STF, e não o STJ, a ser o último a se posicionar sobre matéria constitucional já é representativo o suficiente para expressar este que é um dos pontos centrais da linha de raciocínio aqui defendida.

Sabe-se que a repartição do exercício da função jurisdicional estatal pelo legislador constituinte frente aos variados órgãos do Poder Judiciário concedeu ao Supremo Tribunal Federal como função maior a garantia da supremacia da Constituição⁷⁰ (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 994).

Nada obstante que tanto o Superior Tribunal de Justiça como outros órgãos jurisdicionais exerçam, na medida de suas competências, o controle normativo constitucional incidental, não se pode retirar do jurisdicionado a garantia de que o último órgão a se manifestar sobre a matéria constitucional seja o STF, pois além de possuir maior *expertise* para tanto, foi essa a tarefa que lhe foi incumbida pela Carta Cidadã de 1988.

Além do mais, até mesmo sob o ponto de vista prático, não faz sentido permitir que o STJ realize o controle difuso extraordinário de norma materialmente constitucional, na medida que, por possui tal elevação material, ela acabará guardando relação com algum preceito constitucional implícito ou explícito.

⁷⁰ O próprio *caput* do art. 102 da Constituição Federal é clarividente em tal aspecto: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]” (BRASIL, 1988).

Assim, ao contrário de matérias, de fato, de natureza infraconstitucional, em que o STJ poderá dar, de forma efetiva a última palavra em relação à sua interpretação, nas matérias formalmente infraconstitucionais e materialmente constitucionais será o STF que acabará definindo, de forma conclusiva, qual a devida linha interpretativa a ser adotada.

Como exemplo vistoso tem-se a própria (in)compatibilidade do crime de desacato com o ordenamento pátrio. Observe-se que, nos termos do quanto destacado na análise jurisprudencial do item 5.2, embora o STJ tenha inicialmente reconhecido a incompatibilidade do tipo penal com ordenamento pátrio (o considerando uma violação ao art. 13 da CADH e a ideia de liberdade de expressão e isonomia como garantias salvaguardadas pelo sistema jurídico brasileiro), isso não impediu que o STF apreciasse a questão, definisse posicionamento distinto – utilizando-se como fundamento não só dispositivos formalmente constitucionais, mas também aqueles que o são materialmente, como artigos da própria CADH – bem como que este prevalecesse sobre a linha que havia sido inicialmente defendida pelo próprio STJ.

Destarte, por mais que se tente defender uma hierarquização formal das convenções sobre direitos humanos (vinculando ao STJ a interpretação última daquelas que não foram incorporadas sob o rito especial), no fim, diante dos princípios da hermenêutica constitucional, como estas são materialmente constitucionais, isso, de uma forma ou de outra, acabará por atrair a interpretação da matéria ao STF.

Em suma, assim como ocorrido em relação ao crime de desacato, em tais casos não haverá outra alternativa ao STJ a não ser modificar sua jurisprudência eventualmente dissonante a respeito da compatibilidade de norma com a convenção internacional sobre os direitos humanos, já que não faz sentido que determinada norma possa ser considerada válida diante do direito pátrio, caso esta seja isoladamente compatível com determinada convenção, mas não o seja em relação à Constituição, ou vice e versa (o que reforça a ideia do duplo limite vertical material).

Destarte, quando a norma materialmente constitucional for produzir efeitos (independentemente de sua hierarquia formal) ela invariavelmente acabará por ter contato, em seu âmbito de incidência, com aquele pertencente a outras normas constitucionais, incluindo aquelas que também o são formalmente.

Isto posto, dos pontos de vista teórico e prático, o mais lógico é a definição de que tal competência de análise extraordinária pertença de fato ao STF, provocado pelo recurso extraordinário *stricto sensu*, por força do art. 102, III, “a” da Constituição Federal.

6. CONCLUSÃO

A relevância do controle de convencionalidade em uma Era Contemporânea marcada pelo estreitamento das distâncias geográficas frente à globalização e a intensificação das tecnologias digitais é algo praticamente inegável, sobretudo tendo em vista a precípua finalidade das convenções e tratados, para além de instrumentos reguladores dos aspectos gerais das relações entre os sujeitos do direito internacional, como mecanismos relevantíssimos à proteção dos direitos humanos

Foi perceptível, no decorrer do presente trabalho acadêmico, que a Constituição Federal brasileira não pontua expressamente a prevalência geral das normas de direito internacional em face daquelas originárias do direito interno, determinando não só a necessidade de rito específico para que estas possam produzir efeitos no ordenamento nacional, como a implicitamente a sua necessária submissão aos preceitos constitucionais para que tenha a sua validade mantida pelos órgãos de controle normativo internos.

Entretanto, em uma interpretação sistemática e teleológica do ordenamento, é preciso observar diferentes categorias normativas, as quais, diante de suas peculiaridades, demandam tratamentos distintos quando da sua interpretação e aplicação.

Não à toa, consoante o art. 5º, §2º da Constituição, é conferido um caráter especial às normas oriundas de tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, atribuindo-lhe um caráter materialmente constitucional que as permite servir de parâmetro a instrumento de controle normativo que lhe é específico, qual seja, o controle de convencionalidade, sendo o seu estabelecimento e efetividade um dos melhores caminhos para o alcance de tais finalidades protetivas.

Ademais, com o critério da preponderância da materialidade constitucional, conforme amplamente fundamentado no decorrer da presente pesquisa, em especial diante da preponderância de tal aspecto no campo da tutela sobre os direitos humanos, verifica-se que este deve servir de base para a delimitação das competências constitucionalmente estabelecidas à sua salvaguarda, dentre elas, a realização do referido controle de convencionalidade.

Destarte, em uma disputa entre os recursos especial e extraordinário – e, por conseguinte, entre o STJ e o STF, órgãos jurisdicionais competentes à sua apreciação – torna-se mais do que relevante lembrar que ela precisa ter como base as competências constitucionalmente conferidas aos seus tribunais correspondentes, a partir das quais extrai-se as suas hipóteses de cabimento, ambas repartidas em adoção a critério manifestamente material, qual seja, o conteúdo constitucional ou não do capítulo decisório recorrido.

Assim, diante do conflito aparente entre as duas hipóteses supracitadas, deve-se reconhecer o aspecto material como meio delimitador da competência de ambas as cortes, cabendo, portanto, ao STF, em sede de recurso extraordinário, a apreciação das decisões de única ou última instância que contrariarem a Constituição, consoante o art. 102, III, “a” do mesmo diploma normativo.

Tal linha se justifica, como visto, não só a partir de um ponto de vista teórico – haja vista que o STF é o guardião da Constituição e deve possuir a última palavra em relação à matéria constitucional – mas também, mediante uma análise de cunho prático.

Em outras palavras, como eventual interpretação produzida em relação aos tratados sobre direitos humanos pelo STJ que conflite com aquela oriunda do STF, de todo modo, acabará sendo considerada por este último como lesiva à Constituição, uma hora ou outra, a jurisprudência da primeira terá de ser compatibilizada com aquela produzida pela segunda.

De mais a mais, a vinculação da competência para a apreciação de instrumento recursal extraordinário (em sentido) sob um critério formal, tão somente contribuirá para a insegurança jurídica em relação às linhas interpretativas correlatas aos tratados internacionais sobre direitos humanos, algo muito longe de auxiliar na efetivação da proteção almejada por tais tratados ou, muito menos, de atingir o desiderato do constituinte ao reserva-lhe significativo grau de predileção em face das demais normas do sistema jurídico pátrio.

7. REFERÊNCIAS

ALVES, Waldir. Controle de Convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais. In: **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Coord.: Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil** - v. 5. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BICHARA, Jahyr-Philippe. O controle da aplicação do direito internacional pelo Poder Judiciário brasileiro: uma análise crítica. In: **Revista dos Tribunais**, [S.l.], v. 958, agosto 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.958.10.PDF>. Acesso em: 10 mai. 2021

BINENBOJM, Gustavo. Monismo e Dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante. In: **Revista da Escola da Magistratura Estadual do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 9, 2000. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista09/Revista09_180.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2021

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **Teoria Geral do Direito Internacional Público**. v. 1. Belo Horizonte: O Lutador, 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 10 jun. 2020

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, 31 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: 05 jun. 2020

_____. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, 15 dez. 2009 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso: 22 out. 2020

_____. Senado Federal. Comissão das Relações Exteriores. **Parecer frente ao PDS nº 16/1984**. Relator: Senador Nelson Carneiro. Publicação em: 07 nov. 1984. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4091009&ts=1567533830004&di sposition=inline>>. Acesso: 30 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. **AgRg no REsp n. 1497542/PB**. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Julgamento em: 18 fev. 2016, Primeira Turma. Publicação em: 24 fev. 2016, DJe.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO EM HABEAS CORPUS. **RHC nº 115.618-BA**. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento em: 27 ago. 2019, Quinta Turma. Publicação em: 10 set. 2019, DJe.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL. **REsp 1577745**. Prolator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Julgamento em: 20 nov. 2017, decisão monocrática. Publicação em: 23 nov. 2017, DJe.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL. **REsp n. 1640084**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Julgamento em: 15 dez. 2016, Quinta Turma. Publicação em: 01 fev. 2017, DJe.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL. **REsp n. 1798903/RJ**. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento em: 25 set. 2019, Terceira Seção. Publicação em: 30 out. 2019, DJe.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL. **REsp n. 1836862/SP**. Relator: Ministro OG Fernandes. Segunda Turma. Julgamento em: 22 set. 2020. Publicação em: 09 out. 2020, DJe.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Enunciado de súmula nº 203**. Publicação em: 03 jun. 2002, DJ, p. 269. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_15_capSumula203alteradapdf.pdf>. Acesso: 19 nov. 2020

_____. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **ADI 1.480/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em: 26 jun. 2001, Tribunal Pleno. Publicação em: 08 ago. 2001, DJ, p. 0003.

_____. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **ADI 5.240/SP**. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento em: 20 ago. 2015, Tribunal Pleno. Publicação em: 01 fev. 2016, DJe.

_____. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. **ADO 30/DF**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgamento em: 24 ago. 2020, Tribunal Pleno. Publicação em: 06 out. 2020, DJe.

_____. Supremo Tribunal Federal. AGRAVO REGIMENTAL EM CARTA ROGATÓRIA. **CR 8.279 AgR/AT**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em: 17 jun. 1998, Tribunal Pleno. Publicação: 10 ago. 2000, DJ, p. 0006.

_____. Supremo Tribunal Federal. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. **HC 143.968 AgR/RJ**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em: 29 jun. 2018, Segunda Turma. Publicação em: 06 ago. 2018, DJe.

_____. Supremo Tribunal Federal. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. **ARE 1097670 AgR/DF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 28 jun. 2019, Segunda Turma. Publicação em: 01 ago. 2019, DJe.

_____. Supremo Tribunal Federal. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. **ARE 1.225.968 AgR/SP**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em: 29 nov. 2019, Segunda Turma. Publicação em: 16 dez. 2019, DJe.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARGUIÇÃO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. **ADPF nº 153/DF**. Relator: Ministro Eros Grau. Julgamento em: 29 abr. 2010, Tribunal Pleno. Publicação em: 24 set. 2020, DJe.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARGUIÇÃO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. **ADPF nº 496/DF**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Julgamento em: 22 jun. 2020, Tribunal Pleno. Publicação em: 06 ago. 2010, DJe.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Enunciado de súmula nº 640**. Publicação em: 13 out. 2003, DJe. Disponível em: <stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2787>. Acesso: 20 nov. 2020

_____. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. **HC 141.949/DF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 13 mar. 2018, Segunda Turma. Publicação em: 23 abr. 2018, DJe.

_____. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. **HC 154.143/RJ**. Prolator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em: 08 ago. 2018, decisão monocrática. Publicação em: 10 ago. 2018, DJe.

_____. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. **HC 1.711.118/DF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 12 nov. 2019, Segunda Turma. Publicação em: 17 ago. 2020, DJe.

_____. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. **HC 72.131/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento em: 13 mar. 2018, Tribunal Pleno. Publicação em: 23 abr. 2018, DJe.

_____. Supremo Tribunal Federal. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **ADI 2.356 MC/DF**. Relator: Ministro Néri da Silveira. Julgamento em: 25 nov. 2010, Tribunal Pleno. Publicação em: 19 mai. 2010, DJe.

_____. Supremo Tribunal Federal. MEDIDA CAUTELAR NA PETIÇÃO. **PET 7.848 MC/DF**. Prolator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em: 11 set. 2018, decisão monocrática. Publicação em: 12 set. 2018, DJe.

_____. Supremo Tribunal Federal. QUESTÃO DE ORDEM NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. **ARE 1.054.490 QO/RJ**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Julgamento em: 05 out. 2017, Tribunal Pleno. Publicação em: 09 mar. 2018, DJe.

_____. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. **RE 466.343/SP**. Relator: Ministro César Peluso. Julgamento em: 03 dez. 2008, Tribunal Pleno. Publicação: 04 jun. 2009, DJe.

_____. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. **RE 71.154/PR**. Relator: Ministro Oswaldo Trigueiro. Julgamento em: 04 ago. 1971, Tribunal Pleno. Publicação em: 27 ago. 1971, DJ, [p.].

_____. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. **RE 80.004/SE**. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Julgamento em: 01 jun. 1977, Tribunal Pleno. Publicação em: 29 dez. 1977, DJ, p. 09433.

_____. Supremo Tribunal Federal. REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 918.315/DF. **RE 918.315 RG/DF**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em: 07 ago. 2020, Tribunal Pleno. Publicação em: 06 nov. 2020, DJe.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Tema de repercussão geral nº 733**. Eficácia temporal de sentença transitada em julgado fundada em norma supervenientemente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado. Relator: Ministro Teori Zavascki. *Leading case*: RE 730462. Divulgado em: 24 jun. 2014. Publicação em: 25 jun. 2014, DJe.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Tema de repercussão geral nº 974**. Possibilidade de candidaturas avulsas para pleitos majoritários. Relator: Ministro Roberto Barroso. *Leading case*: ARE 1054490. Afetação em: 16 jun. 2017, Tribunal Pleno. Publicação em: 17 jun. 2017, DJe.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. RECURSO DE REVISTA. **RR-1072-72.2011.5.02.0384**. Relator: Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão. Julgamento em: 01 out. 2014, Sétima Turma. Publicação em: 03 out. 2014, DJe.

BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

_____. **Principles of Public International Law**. Oxford: Oxford University Press, 1979.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Princípios do Direito Internacional Contemporâneo**. 2. ed. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2017.

_____. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. v. 2. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 30. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CARVALHO RAMOS, André de. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

_____. **Processo internacional de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016a.

_____. Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos. In: **Revista CEJ**, Centro de Estudos Judicial do Conselho da Justiça Federal, Brasília, n. 29, p. 53-63, abr.-jun. 2005.

_____. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016b.

CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e. **Manual de Direito Internacional Público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHAVES, Denisson Gonçalves; SOUSA, Mônica T. Costa. O controle de convencionalidade e a autoanálise do Poder Judiciário brasileiro. In: **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 61, n. 1, janeiro-abril 2016, p. 87-113. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/43787/27888>>. Acesso em: 15 mai. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Baldeón Garcia Vs. Peru, Fondo, Reparaciones y Costas**. Sentença quanto ao mérito proferida em 6 de abril de 2006. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_147_ing.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2021

_____. **Caso La Última Tentacion de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile**. Sentença quanto ao mérito proferida em 5 de fevereiro de 2001. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2021

_____. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”)**. Sentença quanto ao mérito proferida em 24 de novembro de 2010. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2021

_____. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 16 abr. 2021

CUEVAS, Ignacio Francisco Herrerías. *Control de convencionalidad y efectos de las sentencias*. 2. ed. México: Ubijus, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil - v. 3: Meios de impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DISTRITO FEDERAL. Lei complementar nº 769, 30 de junho de 2008. Reorganiza e unifica o Regime Próprio de Previdência Social do Distrito Federal – RPPS/DF e dá outras providências. Publicação em: **Diário Oficial [do] Distrito Federal**, Brasília, 01 de set. 2008. Disponível em: <[_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Carta Precatória x Carta Rogatória**. c2015. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/carta-precatória-x-carta-rogatória>>. Acesso em: 29 abr. 2021.](http://www.fazenda.df.gov.br/aplicacoes/legislacao/legislacao/TelaSaidaDocumento.cfm?txtNumero=769&txtAno=2008&txtTipo=4&txtParte=.>. Acesso em: 01 mai. 2021.</p>
</div>
<div data-bbox=)

DUPUY, Pierre-Marie. *The danger of fragmentation or unification of the international legal system and the International Court of Justice*. Nova Iorque: New York University Journal of International Law and Politics, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madri: Trotta, 1990

FERREIRA, Livia da Silva. A relação entre União Europeia e a questão prioritária de constitucionalidade do direito francês. In: Paula Wojcikiewicz Almeida. (Org.). **Revista do Programa de Direito da União Europeia - Módulo Europeu do Programa Jean Monnet**. 1. ed. Rio de Janeiro: Edição FGV Direito Rio, 2015, v. 4, p. 165-187.

FRANÇA. Conselho Constitucional Francês. **Decision nº 74-54 DC**. Publicação: *Journal officiel*, p. 671, 16 de janeiro de 1975. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1975/7454DC.htm>>. Acesso em: 20 mai. 2021.

_____. Conselho Constitucional Francês. **La Constitution**. 1958. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution>>. Acesso em: 20 mai. 2021.

_____. Conselho Constitucional Francês. *Présentation Générale*. c2021. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-conseil-constitutionnel/presentation-generale>>. Acesso em: 20 mai. 2021.

FONSÊCA, Vitor Moreira da. **Processo civil e direitos humanos: o controle de convencionalidade no processo civil**. 2017. 194 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **Controle de Convencionalidade: Valerio Mazzuoli "versus" STF**. 2009. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/87878/control-de-convencionalidade--valerio-mazzuoli--versus--stf>>. Acesso: 21 nov. 2020

_____; MOLINA, Antônio Garcia Pablo de. **Direito penal: parte geral**. v. 2. São Paulo: RT, 2007.

GUSTIN, M. B. de S.; DIAS, M. T. F. **(Re) Pensando a Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2017.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Hierarquia dos Tratados Internacionais em face do Ordenamento Jurídico Interno: um estudo sobre a Jurisprudência do STF. In: **Revista Esmafe**, Recife, n. 14, p. 145-163, mar. 2007.

LEMOS, Tayara T. A Emenda Constitucional 45/04 e as alterações na recepção dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. In: **Revista Eletrônica de Direito Internacional**, [S.l.], v. 1, p. 16, 2007. Disponível em: <https://www.mpam.mp.br/images/stories/A_EMENDA_CONSTITUCIONAL_45_Tayara_Talita_Lemos.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2021

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010

MARINONI, Luis Guilherme. Controle de Convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Coord.: Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011a.

_____. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011b.

_____. **Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos: uma análise comparativa dos sistemas interamericano, europeu e africano**. Coord. Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes e William Terra de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011c.

_____. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 181, p. 113-133, jan-mar 2009.

_____. BICHARA, Jahyr-Philippe. **O Judiciário Brasileiro e o Direito Internacional: análise crítica da jurisprudência nacional**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MELLO, Celso de Albuquerque. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In: Torres, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

MENDES, Gilmar Ferreira. A suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e a prisão civil do depositário infiel no Brasil. In: **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Coord.: Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MENDONÇA, José A. de C. A hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos: uma análise do RE 80.004/SE, do HC 72.131/RJ e do RE 466.343-1/SP. In: **Revista Idéia Nova**, Recife, n. 04, p. 173-188, jun/dez. 2010. Disponível em: <https://www.jfpe.jus.br/images/stories/docs_pdf/biblioteca/artigos_periodicos/JorgeAndreCarvalhoMendonca/AhierarquiaRevIdiaNovan042010.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021

MENEZES, André Felipe Barbosa de. **Controle de convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos**. 2009. Tese (Doutorado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4162/1/arquivo6336_1.pdf>. Acesso: 29 out. 2020.

MERKEL, Adolfo. **Enciclopédia jurídica**. 5. ed. Madri: Reus, 1924

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MOROSINI, Fábio. Globalização e Direito: além da metodologia tradicional dos estudos jurídicos comparados e um exemplo do Direito Internacional Privado. In: **Revista de informação legislativa**, Brasília, 2006, a. 43, n. 172, p. 119-133. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93265/Morosini%20F%20C3%A1bio.pdf?sequence=5>>. Acesso: 29 out. 2020.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018

NOVO, Benigno Núñez. **Controle da administração pública**. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/68081/control-da-administracao-publica>>. Acesso: 20 nov. 2019

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **A ONU e o direito internacional**. c2020. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/direito-internacional/>>. Acesso: 11 nov. 2020

_____. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. 1969. Disponível em: <<https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/rar67-2003.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2021

_____. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/por.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2021

_____. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. 1945. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-Externa/EstCortIntJus.html>>. Acesso: 11 nov. 2020

_____. **Pacto Internacional sobre Direitos Políticos e Civis**. 1966. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2021

_____. **United Nations Treaty Series Online**. c2021. Disponível em: <https://treaties.un.org/pages/Content.aspx?path=DB/UNTS/pageIntro_en.xml>. Acesso em: 18 abr. 2021

_____. United Nations International Children's Emergency Fund. **O que são direitos humanos?**. c2021. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/o-que-sao-direitos-humanos#:~:text=Os%20direitos%20humanos%20s%C3%A3o%20normas,tem%20em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20a%20eles>>. Acesso em: 22 mar. 2021

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ROCHA, Matheus Lins. O controle de convencionalidade como mecanismo efetivador do direito humano fundamental ao trabalho: a sua aplicação no âmbito da reforma trabalhista. In: **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia**, Salvador, v. 7, n. 10, p. 210-236, out. 2018.

PERES LUÑO, Antônio. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PES, Júlio H. Ferreira. **A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados**. Relatório (Curso de Formação Avançada para Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2009. Disponível em: <<https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/631-947.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2021

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, Carlos Vinícius Rabelo. A aplicação da coisa julgada às relações jurídico-tributárias continuativas: as implicações da modificação do estado de direito proveniente das decisões judiciais com efeito *erga omnes*. In: Werneck, Leandro Aragão et al (Orgs.). **Temas gerais de direito tributário e processo tributário atual**, p. 414-450. São Bernardo do Campo: MC.o, 2020.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REIAS, João H. S dos; CAMPELLO, Lívia G. B. Razões para a utilização de normas de soft law no direito internacional do meio ambiente. In: **Revista Brasileira de Direito Internacional**, Salvador, v. 4, n. 1, p. 83-103, jan/jun. 2018. Disponível em:

<<https://www.indexlaw.org/index.php/direitointernacional/article/view/4338>>. Acesso em: 18 jan. 2021.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROCHA, Sergio André. **Interpretação dos tratados para evitar a bitributação da renda**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

ROSIM, Arnaldo R. A fertilização cruzada nos tribunais e a liberdade religiosa. In: **Revista Eletrônica Sapere Aude**, [S.l.], v. II, p. 1-11, 2013.

SANTOS, Vanessa de Campos Melo. **Controle de convencionalidade**: crítica ao entendimento do Supremo Tribunal Federal. 2016. 98 f. Tese (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

SAGUÉS, Néstor Pedro. El “control de convencionalidad” como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano. In: BOGDANDY, Armin Von, MACGREGOR, Eduardo Ferrer, ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). **La Justicia Constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius contitutionale commune en América Latina?** Tomo II. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam, 2010.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SORENSEN, Max. *Les sources du droit international*. Copenhagen: E. Munksgaard, 1946

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.

SWINARSKI, Christophe. O Direito Internacional Humanitário como Sistema de Proteção Internacional da Pessoa Humana. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, [S.l.], n. 4, p. 33-48, dez. 2003. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/5>>. Acesso em: 22 fev. 2021.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – v. 1: teoria geral do processo civil e processo de conhecimento**. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil – v. 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WENDPAP, Friedmann. KOLOTELO, Rosane. **Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

WEISSBRODT, David. *The right to a fair trial under the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights*. Haia: Martinus Nijhoff, 2001.