



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CURSO DE  
ESPECIALIZAÇÃO EM PROCESSO CIVIL**

**Vicente José Zanchim Filho**

**O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE DAS  
LEIS E OS PRECEDENTES DA CORTE INTERAMERICANA DE  
DIREITOS HUMANOS**

**Porto Alegre  
2015**

**VICENTE JOSÉ ZANCHIM FILHO**

**O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE DAS  
LEIS E OS PRECEDENTES DA CORTE INTERAMERICANA DE  
DIREITOS HUMANOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito para a conclusão do Curso de Especialização em Processo Civil.

**Orientador:** Prof. Dr. Daniel Francisco Mitidiero.

**Porto Alegre  
2015**

Zanchim Filho, Vicente José

O Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis e os Precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos / Vicente José Zanchim Filho. -- 2015.

54 f.

Orientador: Daniel Francisco Mitidiero.

Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização) -- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2015.

1. Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis. 2. Precedentes Judiciais. 3. Corte Interamericana de Direitos Humanos. I. Mitidiero, Daniel Francisco, orient. II. Título.

## RESUMO

Essencialmente, o presente trabalho procura construir um caminho de conformação entre as teorias do controle jurisdicional de convencionalidade das leis e dos precedentes judiciais, com vistas a defender que a Corte Interamericana tem a função de tribunal de vértice para fins de definir, em última instância, a interpretação a ser seguida sobre os tratados internacionais de direitos humanos que constituem o bloco de convencionalidade, cujas decisões têm eficácia direta sobre o direito ordinário interno dos países submetidos à sua jurisdição.

**Palavras-chave:** Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis – Precedentes Judiciais – Corte Interamericana.

## ABSTRACT

Essentially, this paper seeks to build a path forming between the theories of judicial review of conventionality of laws and judicial precedents, in order to defend the Inter-American Court has the apex court function for the purpose of defining, ultimately, the interpretation to be followed on international human rights treaties that make up the conventionality block, whose decisions have a direct effect on the internal ordinary right of countries under their jurisdiction.

**Keywords:** Judicial Review of Conventionality of Laws – Judicial Precedents – Inter-American Court.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	06
2 O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS .....	08
3 OS PRECEDENTES JUDICIAIS E A FORÇA VINCULANTE DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS .....	28
4 REFLEXÕES FINAIS .....	48
REFERÊNCIAS .....	51

## 1 INTRODUÇÃO

Em suas múltiplas particularidades, os tempos contemporâneos trouxeram significativas mudanças para o seio da sociedade, com implicações diretas na maneira como esta se organiza e, por consequência, na maneira como os direitos em si são hoje concebidos. As profundas alterações modificaram consideravelmente a luta que desde sempre o homem empreendeu no sentido de buscar a proteção e a promoção da sua dignidade, da sua liberdade e da igualdade, daí advindo a positivação e a discussão acerca da existência e da conquista de novos direitos, especialmente daqueles qualificados pelo critério da fundamentalidade ou por sua intrínseca correlação com a qualidade de pessoa.

Novos direitos ordinários e fundamentais surgiram no seio de cada ordenamento jurídico interno e a cada dia se apresenta mais tênue a fronteira que divide o direito interno e o Direito Internacional, notadamente no que concerne à proteção da pessoa, visando à prevalência dos princípios *pro homine* e da dignidade da pessoa humana sobre as pretensões abusivas, imorais e ilícitas historicamente oriundas (e concretizadas por) de seus iguais e de entes estatais, capazes até mesmo de invocar a possibilidade de atribuir certa inutilidade ou descartabilidade à vida humana a pretexto de inúmeros fatores de interesse.

Para além do desenvolvimento dos direitos fundamentais de primeira (individuais; de liberdade) e segunda dimensões (sociais, individuais e coletivos; de igualdade), emergiram daí e foram (e estão sendo) positivados nas mais diversas ordens jurídico-constitucionais direitos fundamentais de terceira e quarta dimensões: os primeiros, de natureza transindividual, tendentes à proteção do gênero humano e ligados à ideia de fraternidade, como, por exemplo, o direito ao meio ambiente equilibrado, o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, etc.; os segundos, fundados na ideia de globalização e na crescente difusão do conceito de direitos humanos fundamentais, ainda não plenamente reconhecidos, relativos ao futuro da

cidadania e com reivindicação de universalidade, como, exemplificativamente, o direito à democracia, o direito à informação, o direito à pluralidade, entre outros.<sup>1</sup>

Paralelamente a isso, mas com implicações diretas sobre o desenvolvimento dos direitos fundamentais em si, o processo de internacionalização dos direitos humanos, cada vez mais próximos daqueles, em suas mais diversas ondas, tem provocado profundas mudanças na organização da sociedade internacional, no âmbito dos sistemas regionais e na ordem interna de cada nação, fazendo com que o mote de proteção da pessoa seja fundamento para o desenvolvimento de teorias com notória repercussão sobre o Processo Civil, que é o que aqui mais importa, tudo com o intuito de difundir a necessidade de questionar e repensar os meios adequados para que a função jurisdicional realmente seja capaz de dar guarida àquele que constitui o seu fim precípua: a tutela adequada, efetiva e tempestiva dos (novos – especialmente – e “velhos”) direitos.

É a partir desse contexto que emerge a teoria do controle jurisdicional de convencionalidade das leis, que caminha ao lado do controle de constitucionalidade como mecanismo para a aferição da validade jurídica do direito ordinário doméstico.

Debatida a questão do controle de convencionalidade, o presente trabalho procurará apresentar uma breve teorização acerca de sua conformação com a teoria dos precedentes judiciais, tema bastante atual na doutrina processual brasileira, que vem sendo construído contemporaneamente com o Novo Código de Processo Civil, recentemente promulgado, para fins de perquirir sobre o atual papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos dentro do Sistema Regional Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, afirmando a eficácia vinculante de suas decisões aos Estados submetidos à sua jurisdição.

---

<sup>1</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 11ª Edição, Revista e Atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 45-57.



## 2 O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS

Preliminarmente, um aparte necessário.

A teoria do controle de convencionalidade das leis está calcada em dois pressupostos, que devem ser ressaltados de início: (a) primeiro, a respeito da relação entre as ordens jurídicas doméstica e internacional, adota-se a teoria monista<sup>2</sup>, que defende a coexistência e a interdependência entre ambas as ordens jurídicas; e (b) segundo, afigura-se imprescindível partir da premissa segundo a qual os tratados internacionais, especialmente os de direitos humanos, possuem valor superior ao direito ordinário doméstico – leis em sentido estrito (ordinárias, complementares e delegadas) e aos atos administrativos normativos (bem como a tudo que lhes deva obediência dentro da escala normativa) –, que consigo deve guardar compatibilidade para que detenha validade jurídica.

Diferentemente do modelo dualista, no qual “o direito interno não teria nenhuma relação com a ordem internacional; cada qual teria sua autonomia e eficácia”<sup>3</sup>, a teoria monista, adotada pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (promulgada, no Brasil, pelo Decreto n.º 7.030, de 14 de dezembro de 2009, da Presidência da República), preconiza justamente o contrário: pressupondo a unicidade e a indivisibilidade do direito, a teoria traz consigo a afirmativa de que os sistemas jurídicos interno e externo são partes de um todo, coexistindo e relacionando-se entre si<sup>4</sup>.

Adotado o monismo, surge nova questão, que depende do grau de relativização que se dá ao conceito de soberania: a qual dos sistemas – se ao interno ou ao externo – se dará primazia.

---

<sup>2</sup> Embora a discussão que se travava entre ela e a teoria contraposta a ela, a dualista, esteja, hoje, um tanto quanto defasada, principalmente quando o assunto seja a proteção dos direitos humanos, porque a norma que prevalece, advenha ela da ordem interna ou externa, é aquela de que decorra maior proteção à pessoa, em função do princípio *pro homine*. Ou seja, em matéria de direitos humanos, prevalecerá a norma mais protetiva da pessoa, falando-se, aí, na existência de um diálogo entre os dois sistemas (circunstância que, de qualquer forma, determina a opção pelo monismo).

<sup>3</sup> GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Crimes da Ditadura Militar e o “Caso Araguaia”: Aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelos Juízes e Tribunais Brasileiros. Em: \_\_\_\_\_ (Org.). **Crimes da Ditadura Militar: uma Análise à Luz da Jurisprudência Atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 52.

<sup>4</sup> GOMES; MAZZUOLI, *loc. cit.*

Sobre o monismo, vale citar a lição de Celso Duvivier de Albuquerque Mello:

26. Encontramos, em oposição ao dualismo, a concepção denominada monismo, ou seja, a teoria que não aceita a existência de duas ordens jurídicas autônomas, independentes e não derivadas. O monismo sustenta, de um modo geral, a existência de uma única ordem jurídica. Esta concepção tem duas posições: uma, que defende a primazia do direito interno, e outra, a primazia do direito internacional.<sup>5</sup>

Segundo o precitado autor, o monismo com primazia no direito interno parte da concepção de que o ente estatal é dotado de uma soberania absoluta, “não estando [...] sujeito a nenhum sistema jurídico que não tenha emanado da sua própria vontade”<sup>6</sup>, de modo que o Direito Internacional tenha por fundamento a própria autolimitação estatal. Portanto, “o DI [Direito Internacional] tira a sua obrigatoriedade do Direito Interno[;] [...] é reduzido a um simples ‘direito estatal externo’[;] [...] é um direito interno que os Estados aplicam na sua vida internacional”<sup>7</sup>. A principal crítica que se pode fazer a essa vertente do monismo reside no fato de que “ela nega a existência do próprio DI como um direito autônomo, independente[,] [reduzindo-o] [...] a um simples direito estatal”<sup>8</sup>.

Esta teoria [a monista com primazia do direito interno] não se encontra de acordo com a prática internacional: se a validade dos tratados internacionais repousasse nas normas constitucionais que estabelecem o seu modo de conclusão, como sustentara Wenzel, toda modificação na ordem constitucional por um processo revolucionário deveria acarretar a caducidade de todos os tratados, concluídos na vigência do regime anterior. Entretanto, isso não ocorre, porque em nome da continuidade e permanência do Estado ele é ainda obrigado a cumprir os tratados concluídos no regime jurídico anterior.<sup>9</sup>

Quanto à vertente do monismo que confere primazia ao Direito Internacional, que tem origem na Escola de Viena e em Hans Kelsen o seu maior difusor, Celso Duvivier de Albuquerque Mello refere que ela “parte da não existência de diferenças

<sup>5</sup> MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Volumes I e II. 15ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 123.

<sup>6</sup> MELLO, *loc. cit.*

<sup>7</sup> MELLO, *loc. cit.*

<sup>8</sup> MELLO, *loc. cit.*

<sup>9</sup> MELLO, *loc. cit.*

fundamentais entre as duas ordens jurídicas[,] [e que] [...] a própria noção de soberania deve ser entendida com certa relatividade e dependente da ordem internacional<sup>10</sup>.

O monismo moderado, que se contrapõe ao monismo radical, do qual evoluiu, dada a influência da obra de Verdross à de Kelsen, sustenta haver a possibilidade de conflito entre as ordens interna e internacional, cuja unidade não é quebrada:

O conflito entre o Direito Interno e o Direito Internacional não quebra a unidade do sistema jurídico, como um conflito entre a lei e a Constituição não quebra a unidade do direito estatal. O importante é a predominância do DI; que ocorre na prática internacional, como se pode demonstrar com duas hipóteses: a) uma lei contrária ao DI dá ao Estado prejudicado o direito de iniciar um “processo” de responsabilidade internacional; b) uma norma internacional contrária à lei interna não dá ao Estado direito análogo ao da hipótese anterior.

Podemos citar ainda em favor do monismo com primazia do DI a formação de uma nova fonte formal na nossa matéria: a lei internacional. Esta, muitas vezes, se dirige diretamente ao indivíduo sem que haja transformação em lei interna.

[...]

Realmente, negar a superioridade do DI é negar a sua existência, uma vez que os Estados seriam soberanos absolutos e não estariam subordinados a qualquer ordem jurídica que lhes fosse superior.

O argumento invocado pelos dualistas, em favor da independência das duas ordens jurídicas, dizendo que uma norma interna só pode ser revogada por um procedimento do Direito Interno, cai por terra ao observarmos que isto ocorre porque o contencioso internacional é de reparação e não de anulação. Tal fato se dá em virtude do próprio DI e não por causa de uma completa independência ou autonomia do ordenamento interno.<sup>11</sup>

Sintetizando em breves palavras, é importante ter em conta que as ordens jurídicas interna e internacional são parcela de um todo (do sistema jurídico), porque o Direito é uno e indivisível. E, admitida a possibilidade de conflito entre as duas ordens, deve-se também considerar que, em regra, a primazia pertence ao Direito Internacional, e não ao interno.

O segundo ponto a ser enfrentado antes de adentrar-se, efetivamente, no tema do controle legal de convencionalidade é o *status* hierárquico-normativo dos tratados internacionais de direitos humanos, que são o que aqui mais interessa.

<sup>10</sup> MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Volumes I e II. 15ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 124.

<sup>11</sup> *Ibidem*, pp. 124-125.

O Supremo Tribunal Federal detinha, inclusive depois do advento da Constituição de 1988, o entendimento de que os tratados internacionais, incluindo os de direitos humanos, equivaliam à lei ordinária. Os conflitos entre as leis ordinárias e os tratados internacionais de matéria equivalente resolviam-se segundo a regra da *lex posterior derogat priori*, prevista na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, especificamente no parágrafo 1º do artigo 2º<sup>12</sup>. Enquanto se outorgasse valor normativo legal, não se poderia pensar nos tratados internacionais de direitos humanos como parâmetro de controle vertical de validade das leis.

Surgida a dúvida quanto à legitimidade da prisão civil do devedor em alienação fiduciária em garantia, o qual se equiparava ao depositário infiel, em face da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966 – modalidade de prisão civil que até hoje está prevista no texto constitucional (artigo 5º, inciso LXVII, parte final<sup>13</sup>) –, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n.º 466.343, do qual foi relator o Ministro Cezar Peluso<sup>14</sup>, mudou o entendimento a que se refere o parágrafo anterior, conferindo valor supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos. Naquela oportunidade, dois posicionamentos contrapuseram-se: de um lado, a tese vencedora, encabeçada pelo Ministro Gilmar Mendes, para a qual o valor era supralegal (mas infraconstitucional, assegurando a supremacia constitucional); de outro, a vencida (por uma mínima minoria, uma vez que saiu “derrotada” pela diferença de um só voto), proposta pelo Ministro Celso de Mello, que lhes outorgava valor maior – o constitucional. De qualquer modo, esse julgamento representou significativo avanço da jurisprudência da Suprema Corte brasileira, que passou a conceber como possível o controle das leis em sentido estrito (e, por óbvio, dos

<sup>12</sup> **Art. 2º** - Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. **§ 1º** - A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. [...].

<sup>13</sup> **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] **LXVII** - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel; [...].

<sup>14</sup> PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165.)

instrumentos normativos inferiores, ou seja: o direito ordinário doméstico como um todo) em face dos tratados internacionais de direitos humanos. A prisão civil do depositário infiel, prevista no texto constitucional, interpretava-se segundo o que os artigos 7º, parágrafo 7º, da Convenção Americana<sup>15</sup> (Pacto de San Jose da Costa Rica) e 11 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos<sup>16</sup> dispunham, isto é, não seria permitida prisão civil por dívida que não fosse aquela referente ao cumprimento inescusável de obrigação alimentícia.

A não prevalência dos tratados internacionais de direitos humanos sobre o direito ordinário, segundo o Ministro Gilmar Mendes, afrontaria o princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, previsto no artigo 4º, inciso IX, da Carta da República<sup>17</sup>, bem como o disposto no parágrafo único do mesmo dispositivo constitucional, que, ao estabelecer que “a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”, demonstrou que o poder constituinte detinha o propósito de fazer do Estado Brasileiro um Estado Constitucional Cooperativo, principalmente voltado à tutela dos direitos humanos a nível supranacional. A afronta à Constituição Federal não se resumiria ao precitado artigo, mas também se dirigiria ao artigo 5º, parágrafos 2º, 3º e 4º<sup>18</sup>, o qual “ênfatiza a dignidade dos tratados internacionais dos direitos humanos, reconhecendo a sua prevalência sobre o direito ordinário”<sup>19</sup>. A tese vencedora, quando sustentou a infraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, referiu-se à importância do instituto da supremacia constitucional para a soberania estatal, bem como ao fato de que o

<sup>15</sup> **Artigo 7º** - Direito à liberdade pessoal: [...] **7.** Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

<sup>16</sup> **Artigo 11.** Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.

<sup>17</sup> **Art. 4º** A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] **IX** - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; [...].

<sup>18</sup> **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. **§ 4º** O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

<sup>19</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 1.261-1.262.

legislador constituinte derivado, a partir da inclusão do parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, denominada de “Reforma do Judiciário”, pretendeu demonstrar que apenas poderão ser equiparados às emendas constitucionais (para possuir, portanto, caráter normativo constitucional) os tratados internacionais de direitos humanos que, quando da sua internalização, forem aprovados por quórum qualificado [a aprovação deveria acontecer em cada Casa do Congresso Nacional – no Senado e na Câmara dos Deputados –, em dois turnos e por, pelo menos, 3/5 (três quintos) dos votos do número total respectivo de membros].

A propósito, o julgado acabou dando origem à Súmula Vinculante n.º 25, segundo a qual “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

Desse modo, o entendimento hoje vigente no âmbito do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que, quanto aos tratados internacionais de direitos humanos, duas situações são possíveis, a depender da adoção, ou não, do quórum qualificado de aprovação: se adotado, equivalem a emendas constitucionais; se não o for, têm valor normativo supralegal, mas infraconstitucional. Esse é o caso, por exemplo, do Pacto de San Jose da Costa Rica, que, para o STF, é dotado apenas de valor supralegal. Os únicos tratados internacionais que, hoje, no Brasil, equivalem a emendas constitucionais, por força do que dispõe o parágrafo 3º do artigo 5º da Carta da República, são a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu respectivo Protocolo Facultativo, ambos promulgados pelo Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009, porque referendados pelo Congresso Nacional com obediência ao quórum qualificado de aprovação (Decreto Legislativo n.º 186, de 09 de julho de 2008).

Ressalvada a atual orientação predominante no âmbito do Supremo Tribunal Federal, todavia, prefere-se seguir o entendimento no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos, justamente por versarem sobre direitos humanos, são materialmente constitucionais, integrando o conceito de bloco de constitucionalidade.

Vem a propósito, conforme referido pelo Ministro Celso de Mello, o valor ético de dignidade da pessoa humana, que tem motivado a atenção da comunidade internacional para a positivação e a proteção dos direitos humanos no plano externo

(internacionalização dos direitos humanos), principalmente após inúmeros casos de desconsideração e desrespeito extremos, como o nazi-fascismo da primeira metade do século passado.

Vale lembrar que, segundo a Constituição Federal, a República Federativa do Brasil, constituída como Estado Democrático de Direito, tem a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos (artigo 1º, inciso III, da Constituição<sup>20</sup>), pautando-se, nas suas relações internacionais, pelos princípios da prevalência dos direitos humanos e do repúdio ao terrorismo e ao racismo (artigo 4º, incisos II e VIII<sup>21</sup>), principalmente.

Deve-se interpretar os textos normativos (afinal, é a partir da interpretação dos textos legais que o intérprete chega à norma jurídica) tendo em vista a prevalência dos direitos humanos, preferindo-se a interpretação que mais beneficie a pessoa, provenha ela de texto contido em determinada constituição ou em determinado tratado internacional (princípio *pro homine*). Nesse sentido, por mais que, em princípio, se adote a teoria monista com a prevalência do Direito Internacional, a resolução de conflitos que ensejem a aplicação de direitos fundamentais e humanos ter-se-á de resolver mediante o diálogo das fontes, sempre com vista à prevalência da norma que se afigurar mais favorável e protetiva.

A tese do valor constitucional dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos está amparada, segundo a interpretação de alguns ministros do STF e de parte da doutrina, pela parte final do texto do artigo 5º, parágrafo 2º, que prevê, na sua inteireza, que “os direitos e garantias expressos [na] Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados [implícitos], **ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte**” (grifou-se). Nesse sentido, refere-se que a Constituição não é exaustiva a respeito dos direitos e garantias fundamentais nela expressamente previstos, também se incluindo dentro do bloco constitucional os direitos que, dotados de natureza constitucional (como o são os direitos humanos, que possuem materialidade constitucional), estivessem previstos em tratados internacionais de

---

<sup>20</sup> **Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] **III** - a dignidade da pessoa humana; [...].

<sup>21</sup> **Art. 4º** A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] **II** - prevalência dos direitos humanos; [...] **VIII** - repúdio ao terrorismo e ao racismo; [...].

que o país seja parte. Cuida-se, na hipótese, de cláusula constitucional aberta, que expressamente assume a não exaustividade dos direitos e garantias fundamentais previstos em seu texto, de modo a possibilitar a amplificação da proteção da pessoa por meio da adesão a novos tratados internacionais sobre direitos humanos.

Correspondendo a essa tese está o entendimento de Flávia Piovesan, para quem, “enquanto os demais tratados internacionais têm força hierárquica infraconstitucional, os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos apresentam valor de norma constitucional”<sup>22</sup>.

Diferentemente do que se alega em contrário, a superveniência do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal não se deu com o escopo de restringir a equivalência constitucional dos tratados de direitos humanos à hipótese em que respeitado o quórum qualificado de aprovação. O precitado dispositivo constitucional, em verdade, veio para dirimir as dúvidas que ainda pairavam sobre a melhor interpretação ao texto do parágrafo 2º, confirmando aquela que conferia valor constitucional aos tratados de direitos humanos independentemente do modo pelo qual se desse a sua internalização. O texto do parágrafo 3º, ao contrário do que referem os adeptos da supralegalidade a propósito dos tratados aprovados por quórum simples, apenas traria o procedimento por cujo meio o Poder Legislativo deveria passar a aprovar os tratados internacionais de direitos humanos, que, por serem materialmente constitucionais, repita-se, devem ser entendidos como dotados (sempre) de status hierárquico-normativo constitucional (a diferença da aprovação por quórum qualificado, como se verá, é que os tratados internacionais de direitos humanos assim aprovados serão formal e materialmente constitucionais, equivalendo a emendas constitucionais, possibilitando que se faça, em face deles, não só o controle difuso de convencionalidade, mas também o concentrado).

Nesse sentido:

Em verdade, não importa o momento em que o tratado de direitos humanos foi ratificado, se antes ou depois da EC 45/2004. Entender que os tratados ratificados anteriormente à reforma constitucional serão recepcionados como normas constitucionais, enquanto não aprovados pela maioria qualificada estabelecida pelo § 3.º do art. 5.º, é prestigiar a incongruência.

---

<sup>22</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 123-124.



Em ambos os casos (ratificação anterior ou posterior à EC 45) o tratado terá *status* de norma constitucional por integrar o núcleo material do bloco de constitucionalidade, como já dissemos mais de uma vez. O tratado ratificado após a Emenda 45 perde o *status* de norma materialmente constitucional que ela já tem em virtude do art. 5.º, § 2.º, da Constituição. Apenas o que poderá ocorrer é ser ele aprovado com o *quórum* qualificado do art. 5.º, § 3.º, e, a partir dessa aprovação, integrar *formalmente* o texto constitucional brasileiro (caso em que será, para além de materialmente constitucional, também formalmente constitucional).

Em resumo: *materialmente constitucionais* os tratados de direitos humanos (sejam eles anteriores ou posteriores à EC 45) já são, independentemente de qualquer aprovação qualificada; *formalmente constitucionais* somente serão se aprovados pela maioria de votos estabelecida pelo art. 5.º, § 3.º, da Constituição (caso em que serão material e formalmente constitucionais), quando então tornar-se-ão, *de facto* e *de jure*, insuscetíveis de denúncia pelo Presidente da República. No primeiro caso (tratados apenas *materialmente* constitucionais), serão eles paradigma do controle *difuso* de convencionalidade, ao passo que no segundo caso (tratados material e *formalmente* constitucionais), serão também paradigma do controle *concentrado* (ou da fiscalização *abstracta*) de convencionalidade [...].<sup>23</sup>

Outra questão problemática que decorre de considerar que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm equivalência constitucional independentemente do procedimento adotado quando do processo de internalização reside na dúvida sobre se é possível a derrogação posterior, mediante emenda constitucional, a vinculação a outro tratado sobre a mesma matéria ou em virtude de denúncia do próprio tratado, quando a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV<sup>24</sup>, estabelece que os direitos e garantias individuais são cláusulas pétreas (é preciso considerar que a interpretação dominante, apesar do texto constitucional, é no sentido de que são cláusulas pétreas os direitos fundamentais como um todo, independentemente da dimensão à qual pertençam, ou seja, não o são apenas os direitos e garantias individuais, que pertencem à primeira dimensão de direitos fundamentais). Parece adequado pensar em uma proteção de imutabilidade (de cláusula pétrea) mais ampla, que abranja tanto os tratados internacionais de direitos humanos materialmente constitucionais (artigo 5º, parágrafo 2º) quanto os material e formalmente constitucionais (artigo 5º, parágrafo 3º), a fim de evitar o retrocesso, a despeito de uma leitura primária somente recomendar essa proteção a estes últimos, justamente porque equivalem a emendas

<sup>23</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis**. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 75-76.

<sup>24</sup> **Art. 60.** A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais. [...].

constitucionais (e não apenas têm força constitucional), os quais, pela mesma lógica, não seriam passíveis de denúncia.

Outra tese quanto ao valor normativo dos tratados internacionais, que se menciona apenas a título ilustrativo, é aquela que lhes atribui *status* supraconstitucional, dentro de cuja concepção está a noção de existência de uma ordem jurídica supranacional, que não pode deixar de ser mencionada. Tomado sob esse ponto de vista, o controle de convencionalidade poderia ter o efeito de paralisar, também, os efeitos de determinada norma constitucional que contrariasse o texto de convenção sobre direitos humanos, que seria supraconstitucional, à qual, por lhe ser inferior dentro da escala normativa, deveria obediência para ser válida. Seria o que vem acontecendo com o Pacto de San Jose, que, por exemplo, no ponto em que proíbe a prisão civil do depositário infiel, encontra incompatibilidade com a Constituição Federal, a qual preserva em seu texto o antes citado artigo 5º, inciso LXVII, parte final, texto que, justamente pela inconvenção, não poderia continuar produzindo efeitos. A partir da adoção de tal tese, poder-se-ia supor tanto a hipótese de uma lei constitucional, mas inconvenção, quanto o contrário, lei convencional e inconstitucional (quando a lei prevaleceria a despeito da inconstitucionalidade, exatamente por causa da supraconstitucionalidade do tratado de direitos humanos – e o texto constitucional, em tal situação, muito provavelmente estaria em desacordo com a convenção).<sup>25</sup>

Concebidos os tratados internacionais de direitos humanos como tratados com valor constitucional, deve-se cuidar, enfim, do tema do controle de convencionalidade em si.

Uma norma é juridicamente válida (aqui se está cuidando da validade jurídica em sentido estrito, ou seja, da “que se [refere] exclusivamente a propriedades específicas da validade jurídica”<sup>26</sup>, e não à validade jurídica analisada também sob os planos da validade moral ou da validade social) “se foi promulgada por um órgão competente para tanto, segundo a forma prevista, e **se não infringe um direito superior**; resumindo: se foi estabelecida conforme o ordenamento”<sup>27</sup> (grifou-se).

---

<sup>25</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 1.266-1.268.

<sup>26</sup> ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Organização: Ernesto Garzón Valdés *et al.* Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 104.

<sup>27</sup> ALEXY, *loc. cit.*

Proceder à análise da conformidade da lei à luz das normas que estão postas acima dela significa que se está fazendo um controle vertical de validade jurídica (em sentido estrito).

O controle vertical de validade jurídica pressupõe a organização do sistema jurídico segundo uma ordem escalonada de normas, de modo que umas se sobreponham sobre as outras. Quanto mais acima (no posicionamento hierárquico-normativo) estiver uma norma, mais força e influência esta norma terá sobre as demais, que lhe devem “obediência” e conformidade para que sejam consideradas juridicamente válidas, e, pois, estejam aptas a produzir efeitos jurídicos no mundo.

A importância e as características de uma norma é que determinarão o seu posicionamento. E, uma vez posicionada acima das demais, a norma superior é o fundamento para a existência e para a legitimidade das de baixo.

Esse escalonamento das normas é visto, tradicionalmente, por uma figura geométrica: uma pirâmide (normativa).

O controle jurisdicional (ou judicial) de convencionalidade das leis trata-se, em apertada síntese, da atribuição outorgada, em primeiro plano, aos juízes e tribunais do sistema judiciário doméstico e, subsidiariamente, aos juízes e tribunais internacionais para, difusa e/ou concentradamente (ver-se-á, depois, quando ele poderá ser difuso ou concentrado, e quem o deverá fazer), proceder à análise da conformidade (e, pois, da validade vertical) das leis domésticas à luz dos tratados internacionais de direitos humanos a que esteja vinculado o país de origem, tanto interna quanto internacionalmente.

Destaque-se que *todo* e *qualquer* tratado de direitos humanos é paradigma para o controle de convencionalidade, e não somente a Convenção Americana (o que a própria Corte [Interamericana] também tem entendido, ao referir-se sempre a “um tratado internacional *como* a Convenção Americana”). Os direitos previstos em tais tratados, assim, formam aquilo que se pode chamar de “bloco de convencionalidade”, à semelhança do conhecido “bloco de constitucionalidade”; ou seja, formam um corpus juris de direitos humanos de observância obrigatória aos Estados-partes.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis**. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 99-100.

Ainda que aqui se cuide de controle apenas jurisdicional, parece relevante deixar claro que os Poderes Legislativo e Executivo também detêm o dever de realizar o controle de convencionalidade, sobretudo o preventivo, que deve pautar as suas atividades típicas tendo em vista a coerência e a coesão do sistema jurídico como um todo, bem como a obediência aos compromissos livremente pactuados e às normas de direito internacional em geral. Isso significa que “tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Executivo devem também respeito para com os tratados de direitos humanos em vigor no Estado, a menos que se opere a sua denúncia [quanto aos tratados de direitos humanos equivalentes a emendas constitucionais (artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal), definitivamente, não se admite denúncia, conforme anteriormente explicitado]”<sup>29</sup>.

Para Mazzuoli, a denominação “controle de convencionalidade” deve designar aquele controle que se faz da conformidade das leis em face dos tratados de direitos humanos, conquanto o próprio autor refira que nada impede de se considerar que a terminologia também caiba para designar, numa visão mais genérica, o controle de validade das leis em face dos tratados internacionais que versem sobre matérias comuns (ao qual ele prefere dar o nome de “controle de supralegalidade”). Para o autor, tais tratados de matéria comum são também dotados de um caráter superior à lei (são, pois, supralegais), mas, ao contrário dos que versam sobre direitos humanos, não têm força constitucional.<sup>30</sup>

Quanto ao tema, Flavia Piovesan refere que é a própria Constituição Federal – quando, em seu artigo 102, inciso III, alínea “b”, estatui a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar recursos extraordinários que tenham por fim ver declarada a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal – que confere caráter infraconstitucional aos tratados internacionais ordinários.<sup>31</sup> E, sobre a supralegalidade desses tratados, a referida autora afirma:

Sustenta-se, assim, que os tratados tradicionais têm hierarquia infraconstitucional, mas supralegal. Esse posicionamento se coaduna com o princípio da boa-fé, vigente no direito internacional (o *pacta sunt servanda*), e que tem como reflexo o art. 27 da Convenção de Viena, segundo o qual

<sup>29</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis**. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 187.

<sup>30</sup> *Ibidem*, pp. 80-81.

<sup>31</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 122.

não cabe ao Estado invocar disposições de seu Direito Interno como justificativa para o não cumprimento de tratado.<sup>32</sup>

Cabe referir, por último, que o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal, que confere valor supralegal aos tratados de direitos humanos que não se tenham aprovado por quórum qualificado, conferiu, na mesma assentada, que os tratados que versam sobre matérias comuns são dotados apenas de força legal, integrando o direito ordinário.

Os tratados internacionais são “acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes (*pacta sunt servanda*)[,] [e] constituem hoje a principal fonte de obrigação do Direito Internacional”<sup>33</sup>.

Juntamente com o costume, o tratado é fonte primária do Direito Internacional Público. Quem o celebra são os sujeitos detentores de aptidão para contrair direitos e obrigações no plano jurídico internacional. São celebrados por quem tenha a qualidade para atuar no plano político-jurídico internacional, que são os entes estatais e as organizações internacionais (que não se confundem com as organizações não governamentais). Independentemente da nomenclatura que se lhe confira, se “convenção”, “pacto”, “convênio”, “carta”, “protocolo” ou “acordo”, tratar-se-á sempre de tratado internacional.

As principais fontes do Direito Internacional Público encontram previsão no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ), de 1945: (a) os tratados e (b) os costumes internacionais (práticas reiteradas aceitas como sendo de direito), que são fontes primárias, e as fontes secundárias, que são (c) a doutrina dos internacionalistas renomados, (d) a jurisprudência dos tribunais internacionais e (e) a equidade, quando as próprias partes aceitem que a Corte dela se valha para o julgamento do caso concreto.<sup>34</sup> A quantidade de fontes, entretanto, é maior, não se

---

<sup>32</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 122.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>34</sup> **Artigo 38.** A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: **a.** as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; **b.** o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; **c.** os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; **d.** sob ressalva da disposição do Artigo 59 [“a decisão da Corte só será obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão”], as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para

exaurindo naquelas previstas no precitado artigo convencional. São exemplos de outras fontes (a) as normas imperativas (*jus cogens*), que geralmente têm cunho principiológico ou consuetudinário, podendo ser objeto de positivação em tratados internacionais (e vêm disciplinadas no artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados<sup>35</sup>, de 1969), (b) os atos unilaterais dos Estados, (c) os atos das organizações internacionais, (d) a *soft law*, dentre outras.

Cabe ao Presidente da República, no Brasil, enquanto chefe do Poder Executivo, de modo privativo, manter relações internacionais e acreditar os seus representantes diplomáticos (artigo 84, inciso VII, da Constituição Federal), bem como negociar e assinar tratados internacionais (artigo 84, inciso VIII), os quais têm de entrar em vigor no plano internacional e ser internalizados, obedecendo a um conjunto concatenado de atos para que, em regra, se considerem integrados à ordem jurídica interna e, de modo efetivo, passem a vincular o país tanto no plano doméstico quanto no internacional.

Cabe salientar que o processo de celebração dos tratados internacionais incumbe ao presidente, e pode consistir tanto na negociação e assinatura, que pressupõem um papel ativo desde o nascedouro do tratado, quanto na adesão posterior a um tratado já existente.

O processo de celebração distingue-se do processo de incorporação do tratado internacional à ordem jurídica interna, mas é a partir da tomada em conjunto de ambos os processos que se terá o procedimento que exigido no país para que o tratado internacional seja efetivamente internalizado e, por consequência, passe a vinculá-lo tanto nacional como internacionalmente.

No caso do Brasil, a regra é a de que é imprescindível a conjugação das vontades do Presidente da República, que, pessoalmente (o presidente detém competência originária e constitucional para fazê-lo) ou através de representante diplomático, irá negociar e assinar o tratado internacional que interesse ao país, conforme o precitado artigo 84, incisos VII e VIII, da Constituição de 1988, e do

---

a determinação das regras de direito. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem.

<sup>35</sup> **Artigo 53.** É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral [*jus cogens*]. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

Congresso Nacional, que, mediante decreto legislativo, assinado pelo Presidente do Senado Federal, referenda o tratado objeto de negociação e assinatura pelo Poder Executivo, de acordo com o que dispõe o artigo 49, inciso I (“é da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”), do diploma constitucional em referência. Conjugadas as vontades dos Poderes Legislativo e Executivo, o tratado internacional volta ao Presidente da República, que o promulga mediante decreto presidencial, fazendo com que seja publicado no Diário Oficial da União, momento a partir do qual ocorre a vinculação, havendo, depois, o depósito, tornando público o consentimento estatal perante a comunidade internacional.

Apesar do procedimento sobre o qual acima se discorreu, quanto aos tratados internacionais de direitos humanos, a interpretação que se afigura mais adequada é a de que a vinculação é imediata, não estando condicionados ao procedimento supracitado, especialmente do referendo do Congresso Nacional, para a sua entrada em vigor no plano interno (a norma jurídica de proteção a direitos humanos inscrita em tratado internacional entra em vigor no plano interno imediatamente depois da entrada em vigor do tratado no plano internacional, de acordo com o artigo 24 da Convenção de Viena de 1969<sup>36</sup>). Isso se justifica, sobretudo, em razão da importância da matéria sobre a qual versam. E a Constituição Federal, nos parágrafos 1º e 2º, parte final, do artigo 5º<sup>37</sup>, parece prever que os tratados referentes a direitos humanos têm aplicação imediata, não dependendo de obediência ao procedimento de internalização para que vinculem o país. Os direitos e garantias fundamentais previstos no texto constitucional, que têm aplicação

---

<sup>36</sup> **Artigo 24.** Entrada em vigor: **1.** Um tratado entra em vigor na forma e na data previstas no tratado ou acordadas pelos Estados negociadores. **2.** Na ausência de tal disposição ou acordo, um tratado entra em vigor tão logo o consentimento em obrigar-se pelo tratado seja manifestado por todos os Estados negociadores. **3.** Quando o consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado for manifestado após sua entrada em vigor, o tratado entrará em vigor em relação a esse Estado nessa data, a não ser que o tratado disponha de outra forma. **4.** Aplicam-se desde o momento da adoção do texto de um tratado as disposições relativas à autenticação de seu texto, à manifestação do consentimento dos Estados em obrigarem-se pelo tratado, à maneira ou à data de sua entrada em vigor, às reservas, às funções de depositário e aos outros assuntos que surjam necessariamente antes da entrada em vigor do tratado.

<sup>37</sup> **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: [...] **§ 1º** - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. **§ 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. [...].

imediatamente, não se esgotam em si mesmos, podendo ser somados a eles outros direitos de igual natureza, sejam eles implícitos ou decorram de tratado internacional.

Sobre o tema:

A incorporação automática do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo direito brasileiro – sem que se faça necessário um ato jurídico complementar para sua exigibilidade e implementação – traduz relevantes consequências no plano jurídico. De um lado, permite ao particular a invocação direta dos direitos e liberdades internacionalmente assegurados, e, por outro, proíbe condutas e atos violadores a esses mesmos direitos, sob pena de invalidação. Consequentemente, a partir da entrada em vigor do tratado internacional, toda norma preexistente que seja com ele incompatível perde automaticamente a vigência.<sup>38</sup>

Nesse mesmo sentido, é importante citar o que Mazzuoli leciona:

Por fim, registre-se ainda que além de o novo § 3.º do art. 5.º não prejudicar o *status* constitucional que os tratados de direitos humanos (em vigor no Brasil) já têm de acordo com o § 2.º desse mesmo artigo, ele também não prejudica a aplicação imediata dos tratados de direitos humanos já ratificados ou que vierem a ser ratificados pelo país no futuro. Isso porque a regra constitucional que garante aplicação imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, insculpida no § 1.º do art. 5.º da Carta [...], sequer remotamente induz a pensar que os tratados de direitos humanos só terão tal aplicabilidade imediata (pois eles também são normas *definidoras dos direitos e garantias fundamentais*) depois de aprovados pelo Congresso Nacional pelo *quorum* estabelecido no § 3.º do art. 5.º. Pelo contrário: a Constituição é expressa em dizer que as “*normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”, não dizendo quais são ou quais devem ser essas normas. A Constituição não especifica se elas devem provir do direito interno ou do direito internacional (*v.g.*, dos tratados internacionais de direitos humanos), dizendo apenas que todas elas têm aplicação imediata, independentemente de serem ou não aprovadas por maioria qualificada.<sup>39</sup>

A proteção jurisdicional dos direitos humanos é obrigação primeira do ente estatal. Aos juízes e tribunais internos incumbe, inclusive *ex officio* (e em sede de controle difuso), exercer o controle de convencionalidade das leis de seu país em

<sup>38</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 152.

<sup>39</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis**. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp.80-81.



face dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no plano interno, sendo apenas coadjuvante e complementar a tutela desses direitos por parte da jurisdição internacional<sup>40</sup> incumbida de tal mister. Esse propósito vem expressamente previsto no Preâmbulo da Convenção Americana, no qual se previu que, “reconhecendo que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam [da nacionalidade], mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana”, se justifica “uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno”.<sup>41</sup>

A Corte Interamericana, no parágrafo n.º 32 da sentença do Caso Araguaia, por exemplo, ressaltou que “a proteção exercida pelos órgãos internacionais tem caráter subsidiário e o propósito de uma instância internacional não é revisar ou reformar a sentença interna, mas constatar se a referida sentença está em conformidade com as normas internacionais”<sup>42</sup> (grifou-se).

Quando abordam a relação de interdependência entre o Direito Internacional e o direito interno, Mazzuoli e Gomes sustentam-na como uma relação *dialógica*, na qual “um ordenamento ‘dialoga’ com o outro a fim de escolherem (juntos) qual norma (internacional ou interna) será aplicada no caso concreto quando presente uma violação de direitos humanos”<sup>43</sup>. Trata-se, em última instância, da observância do princípio *pro homine*, que, repita-se, determina a adoção da norma jurídica mais

<sup>40</sup> A propósito, confira-se o parágrafo n.º 31 da sentença da Corte Interamericana: **31.** Por outro lado, quanto à alegada falta de interesse processual da Comissão e dos representantes, em virtude das diversas iniciativas adotadas pelo Brasil no âmbito interno, seguindo sua jurisprudência<sup>35</sup>, este Tribunal recorda que a responsabilidade internacional do Estado se origina imediatamente após ter sido cometido um ato ilícito segundo o Direito Internacional, e que a disposição de reparar esse ato no plano interno não impede a Comissão ou Corte de conhecer um caso. Isto é, em conformidade com o preâmbulo da Convenção Americana, a proteção internacional de natureza convencional é “coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos”. Consequentemente, quando se alega que o Estado não cumpriu totalmente a obrigação de reparar alguma violação dos direitos reconhecidos na Convenção Americana, cabe a este Tribunal exercer sua competência sobre o suposto ato ilícito, desde que se cumpram determinados requisitos processuais convencionais, bem como, eventualmente, declarar as violações que sejam pertinentes e ordenar as reparações cabíveis, em conformidade com o artigo 63.1 da Convenção. O Tribunal considera, portanto, que as ações que o Estado afirma que adotou para reparar as supostas violações cometidas no presente caso, ou evitar sua repetição, podem ser relevantes para a análise da Corte sobre o mérito do caso e, eventualmente, para as possíveis reparações que se ordenem, mas não têm efeito sobre o exercício da competência da Corte para dele conhecer. Com base no exposto acima, o Tribunal desestima a exceção preliminar do Estado.

<sup>41</sup> GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Crimes da Ditadura Militar e o “Caso Araguaia”: Aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelos Juízes e Tribunais Brasileiros. Em: \_\_\_\_\_ (Org.). **Crimes da Ditadura Militar: uma Análise à Luz da Jurisprudência Atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 55.

<sup>42</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e Outros vs. Brasil (n.º 11.552)**. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf). P. 14.

<sup>43</sup> GOMES; MAZZUOLI, *op. cit.*, p. 56.

protetiva à pessoa, independentemente de se ela pertence à ordem doméstica ou externa.

A constante preocupação internacional quanto ao tema da proteção dos direitos humanos – que alçou o indivíduo, antes completamente desconsiderado pelo direito internacional, quando o lema era o da não ingerência, sendo dos juízes internos o papel de tutelar tais direitos (*domestic affair*), ao protagonismo e ao centro das atenções da comunidade internacional – provocou o surgimento de jurisdições internacionais e regionais voltadas à tutela de tais direitos da pessoa (quando a jurisdição interna falha em fazê-lo, ou seja, de modo subsidiário, apenas), de modo que esse mister também passou a ser incumbência dos juízes internacionais (*international concern*).<sup>44</sup> Veja-se, por exemplo, o que disse a Corte Interamericana (sentença do Caso Araguaia, parágrafo n.º 176):

**176.** Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um “controle de convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.

O Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, organizado e regido no âmbito da Organização das Nações Unidas, e os Sistemas Regionais Interamericano, Europeu e Africano possuem estrutura jurídica própria, que integram, em conjunto, como se vem sustentando, o Direito Constitucional Internacional. O Direito Constitucional Internacional consiste no sistema jurídico

---

<sup>44</sup> GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Crimes da Ditadura Militar e o “Caso Araguaia”: Aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelos Juízes e Tribunais Brasileiros. Em: \_\_\_\_\_ (Org.). **Crimes da Ditadura Militar: uma Análise à Luz da Jurisprudência Atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 56-57.

composto pelas leis e constituições estatais e pelos direitos humanos, e decorre, sobretudo, do surgimento e da profusão da terceira e da quarta ondas evolutivas do Estado, do Direito e da Justiça (o *internacionalismo* e o *universalismo*, respectivamente), referentes ao processo de internacionalização dos direitos humanos, antecedidas do *legalismo* e do *constitucionalismo*, que são, respectivamente, a primeira e a segunda ondas.<sup>45</sup>

A derradeira questão que se deve abordar a título de controle de convencionalidade envolve a diferenciação das situações em que tal controle será difuso ou concentrado.

Quando se fala em controle de convencionalidade, pode-se fazer analogia, naquilo que couber, e com as devidas adaptações, ao controle de constitucionalidade.

Cuidando-se de tratado internacional de direitos humanos em cujo processo de internalização tenha sido adotado quórum não qualificado de aprovação (quando se faz referência a quórum qualificado de aprovação, fala-se, especificamente, naquele previsto no artigo 5º, parágrafo 3º, da Carta da República), o tratado será materialmente constitucional, por força do que dispõe o parágrafo 2º do precitado artigo 5º, mas não equivalerá a uma emenda constitucional. O controle, neste caso, será apenas o *incidental*, *concreto* ou *difuso*, que pode ser feito por qualquer juiz ou tribunal (inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, via recurso extraordinário), mediante provocação das partes ou de ofício, para a resolução de questão incidental para a adequada resolução da demanda em concreto. A lei incompatível com determinado tratado internacional de direitos humanos, a lei inconveniente, terá a sua aplicação afastada, com efeitos interpartes e apenas para o caso concreto.

Quando se estiver a cuidar de controle de convencionalidade sobre tratado de direitos humanos aprovado segundo o rito do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal, o tratado, por ser equivalente às emendas constitucionais e, pois, material e formalmente constitucional, poderá ser parâmetro tanto para o controle difuso quanto para o controle *direto*, *abstrato* ou *concentrado*, cabendo ação declaratória de convencionalidade ou ação direta de inconveniência, mediante provocação

---

<sup>45</sup> GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Crimes da Ditadura Militar e o “Caso Araguaia”: Aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelos Juízes e Tribunais Brasileiros. Em: \_\_\_\_\_ (Org.). **Crimes da Ditadura Militar: uma Análise à Luz da Jurisprudência Atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 56.

de um dos legitimados do artigo 103 da Constituição<sup>46</sup>, junto ao Supremo Tribunal Federal, que resolverá definitivamente sobre a questão e cuja decisão terá eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes no plano interno, ressalvado a definição da interpretação pela Corte Interamericana, que, conforme se abordará, possui a função de ditar, em última instância, o caminho a ser seguido com relação à interpretação do direito integrante do bloco normativo de convencionalidade que serve de material para o exercício de sua jurisdição.

---

<sup>46</sup> **Art. 103.** Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: **I** - o Presidente da República; **II** - a Mesa do Senado Federal; **III** - a Mesa da Câmara dos Deputados; **IV** - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; **V** - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; **VI** - o Procurador-Geral da República; **VII** - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; **VIII** - partido político com representação no Congresso Nacional; **IX** - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. **§ 1º** - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal. **§ 2º** - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. **§ 3º** - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

### 3 OS PRECEDENTES JUDICIAIS E A FORÇA VINCULANTE DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS

No atual panorama do Estado Constitucional (Cooperativo), permeado pelo processo de internacionalização dos direitos, em especial dos direitos humanos, em que a proteção da pessoa alcança notável primazia, exsurge a necessidade de repensar o papel que o Estado, mais genericamente, e o Processo Civil – meio por intermédio do qual aquele exerce uma de suas principais funções, a jurisdicional –, em particular, desempenham na ordem jurídica. Em um Estado (democrático, constitucional e social) no qual a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a segurança jurídica estão erigidas à condição de princípios fundamentais, como é o caso do Estado Brasileiro (a Constituição da República Federativa do Brasil consagra-os nos arts. 1.º, *caput* e inc. III, e 5.º, *caput* e incs. I e XXXVI, exemplificativamente<sup>47</sup>), mostra-se inarredável concluir que este tem como um de seus principais objetivos – senão o seu mote elementar – a promoção da tutela adequada, tempestiva e efetiva dos direitos.<sup>48</sup> Tudo isso conglobado com o direito fundamental ao processo justo (Constituição Federal, art. 5º, inc. LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”).<sup>49</sup> Esse

<sup>47</sup> **Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] **III** - a dignidade da pessoa humana; [...]. **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: **I** - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...] **XXXVI** - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; [...].

<sup>48</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação**, da Jurisprudência ao Precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 13-29.

<sup>49</sup> “O direito a um processo justo é um princípio jurídico e traduz-se em uma cláusula geral, técnica legislativa de todo afeição ao constitucionalismo contemporâneo, cujos contornos exatos não podem ser vislumbrados *a priori*, desligados de casos concretos. Como princípio, impõe um estado de coisas que deve ser promovido, nada obstante não indique pormenorizadamente quais as condutas que devem ser observadas para sua organização. [...] Como cláusula geral, impõe a *precisão* da indeterminabilidade inerente à expressão ‘processo justo’ e a concretização do seu perfil pelo legislador infraconstitucional e pelo órgão jurisdicional no processo. [...] O direito ao processo justo configura-se a partir da concordância prática do direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva (art. 5.º, XXXV, da CF), do direito ao juiz natural (art. 5.º, XXXVII e LIII, da CF), do direito à igualdade e à paridade de armas (art. 5.º, I, da CF), do direito ao contraditório (art. 5.º, LV, da CF), do direito à ampla defesa (art. 5.º, LV, da CF), do direito à prova (art. 5.º, LVI, da CF), do direito à

pensamento conduz à rediscussão a fundo acerca da atribuição do Direito em si, dos tribunais, dos juízes e de todos aqueles que atuam para a concretização dos direitos; implica em repensar a função de que o Processo Civil é dotado para a promoção do fim tutela dos direitos (tanto na perspectiva concreta quanto na abstrata), assim como de que modo a organização judiciária poderia ser racionalizada para que a prestação jurisdicional pudesse ser capaz de alcançar os referidos anseios.<sup>50</sup>

No processo que marcou a passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional, mudanças importantes e profundas ocorreram, redefinindo a maneira com que o Direito hoje é encarado. Dentre todas essas mudanças, é possível destacar (a) a outorga do *status* de norma jurídica aos princípios e postulados jurídicos (ao lado das regras); (b) a crescente adoção de técnicas legislativas abertas (em conjunto com a já bastante difundida técnica casuística), com a edição em larga escala de conceitos jurídicos indeterminados (em que se lança mão de termos vagos e indeterminados e em que se prevê uma consequência jurídica) e cláusulas gerais (*idem*, mas sem a previsão da consequência); e (c) a nova forma de conceber a interpretação jurídica, que tem como fundamento teórico a cisão entre texto e norma e “revigora” a atividade do intérprete (no mais amplo sentido), conferindo-lhe o papel de contribuir na tarefa de reconstruir o Direito.<sup>51</sup> Diferentemente do que ocorria antes, quando a teoria das normas jurídicas preconizava a univocidade do texto legislativo e a identidade entre texto e norma, concedendo ao intérprete uma atividade meramente cognitivista (lógico-dedutiva), com vistas a apenas declarar o sentido àquele imanente, hoje se compreende a atividade do intérprete (aqui incluídos todos os destinatários dos enunciados legislativos), em geral, e do juiz e dos tribunais (enquanto aplicadores oficiais), em particular, como apta a colaborar na tarefa de reconstrução do Direito (necessária e indispensável perante a constatação da natural e presumível equivocidade do

---

publicidade do processo (art. 5.º, LX, e art. 93, IX, da CF), do direito à motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF), do direito à segurança jurídica no processo, do direito à assistência jurídica integral e do direito ao processo com duração razoável (art. 5.º, LXXVIII, da CF). O direito ao processo justo tem [...] de ter presente as normas de organização judiciária, dentre as quais se destacam aquelas que visam a delinear a função que se acomete aos tribunais em nosso país e a maneira como essa vai desempenhada.” [MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. 3ª Edição – Revista e Atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 13-15.]

<sup>50</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação**, da Jurisprudência ao Precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 13-29.

<sup>51</sup> *Ibidem*, pp. 11-16.

produto da atividade legiferante), outorgando sentido a textos e elementos não textuais diante da análise de determinadas situações de fato (fato e norma como algo imbricado). Diante desse quadro, as normas jurídicas são compreendidas como o resultado da atividade interpretativa (a qual possui caráter não cognitivista e lógico-argumentativo), exercida no seio do processo e apta a enriquecer o Direito como um todo, sem descuidar que esta atividade é complementar (sem qualquer pretensão de emprestar à palavra “complementar” qualquer sentido que a torne secundária ou subsidiária) à atividade legislativa, havendo uma espécie de colaboração entre o órgão judicante e o legislador na tarefa de construir e reconstruir o Direito a ser seguido por si próprios e pela comunidade na qual se encontra apto a produzir efeitos.<sup>52</sup>

O problema que daí defluiu corresponde ao que atualmente se tem visto na prática forense: sem uma clara e verdadeira delimitação da atividade interpretativa e sem uma efetiva organização racional do sistema judiciário, a função jurisdicional estatal tem sucumbido perante a excessiva demanda que de si exige justa e isonômica solução. A situação é a tal ponto caótica que há quem diga que o Poder Judiciário está à beira de um colapso. Quem perde são os juízes, tribunais, advogados, professores, operadores do direito em geral e, principalmente, os jurisdicionados, na medida em que a crescente demanda tem pressionado os dois primeiros à produtividade em larga escala – quase mecanizada –, circunstância que reflete, com profunda gravidade, na perda de qualidade das decisões judiciais e na acumulação de casos idênticos decididos de forma desigual e não coerente. O atual estado das coisas revela a urgência com que o Processo Civil e a organização judiciária devem ser repensados. Um Estado que se diz constitucional, preocupado com a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a segurança jurídica, não pode permitir que casos idênticos recebam tratamentos distintos. Nesse contexto, é de fundamental importância o estudo tendente a conferir ao Processo Civil uma dupla função, a partir de um duplo discurso, ao mesmo tempo voltado para a prolação de uma decisão justa, na perspectiva particular (destinada às partes), e para a formação de precedentes, os quais são de seguimento obrigatório pelas autoridades

---

<sup>52</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 11-16.

judiciais e pela sociedade civil em geral (dimensão genérica).<sup>53</sup> Trata-se de um discurso que prestigia tanto a justiça da decisão judicial quanto a premente necessidade de unidade e coerência do Direito, implicando diretamente na exigência de reorganização do sistema judiciário e na criação (ou remodelação para) de cortes de vértice (espécie: cortes supremas) exclusivamente designadas à formação de precedentes:

A tutela dos direitos que o processo civil se propõe a promover, no entanto, está longe de ter uma *dimensão puramente particular* – como se a ordem jurídica não fosse impactada pelas *razões* elaboradas pelos juízes em suas decisões. Por isso, a tutela dos direitos no processo, além de viabilizar a proteção de direitos individuais ou transindividuais afirmados pelas partes, mediante decisão justa e, em sendo o caso, sua adequada efetivação (*dimensão particular da tutela dos direitos*), também visa a propiciar a unidade do direito mediante a afirmação e respeito aos precedentes judiciais (*dimensão geral da tutela dos direitos*). Tratar os casos com justiça (“to deal with cases justly” – como emblematicamente observa o legislador inglês ao enunciar o “overriding objective” das *Civil Procedure Rules, rule 1.1*) e servir à unidade do direito são duas formas de dar tutela aos direitos a que se encontra teleologicamente vinculado o processo civil no Estado Constitucional. [...] *Sem esse duplo discurso, a Justiça Civil será incapaz de realizar os direitos proclamados pela ordem jurídica e de orientar de forma segura a conduta social.*<sup>54</sup>

Convém frisar que “precedentes judiciais não se confundem com direito jurisprudencial entendido como repetição de decisões reiteradas, por mais que este direito possa ser considerado influente ou persuasivo de fato”<sup>55</sup>. Os precedentes judiciais são concebidos como o “resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas”<sup>56</sup>, em cuja tarefa de aplicação a determinado caso subsequente extrai-se a *ratio decidendi* ou *holding* do caso precedente, isto é, a “solução jurídica explicitada

<sup>53</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 11-32.

<sup>54</sup> *Ibidem*, pp. 25-26.

<sup>55</sup> ZANETI JR., Hermes. **Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o Novo Código de Processo Civil; Universalização e Vinculação Horizontal como Critérios de Racionalidade e a Negação da “Jurisprudência Persuasiva” como Base para uma Teoria e Dogmática dos Precedentes no Brasil.** Em: Revista de Processo, Volume n.º 235/2014, pp. 293-335. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 297.

<sup>56</sup> ZANETI JR., *loc. cit.*



argumentativamente pelo intérprete a partir da unidade fático-jurídica do caso-precendente [...] com o caso atual”<sup>57</sup>.

Nesse sentido, constitui tarefa do precedente, cujo discurso é o que aqui mais importa, a redução do âmbito de equivocidade próprio do Direito, “viabilizando a sua maior cognoscibilidade” (tornando viável o conhecimento e a certeza sobre o Direito)<sup>58</sup>. Mais do que tudo, cuida-se de prestígio à segurança jurídica, possibilitando não somente a precitada cognoscibilidade do Direito, mas também a sua confiabilidade (o Direito tem de ser estável, embora não imutável), a sua calculabilidade (permitindo a antevisão ou previsão acerca das consequências jurídicas) e a sua efetividade (torná-lo realizável).<sup>59</sup> Desse modo, para além de da tutela (efetiva, adequada e tempestiva) dos direitos resultar um discurso particular, direcionado à consecução de uma decisão judicial justa (incluindo aí a ideia de respeito ao devido processo legal, com um contraditório forte e a prolação de decisão racionalmente estruturada e coerente, de busca da verdade por correspondência à realidade, etc.), com enfoque para a concretização da dignidade da pessoa humana, também está umbilicalmente ligada à noção de tutela estatal dos direitos a primazia à igualdade e à segurança jurídica, princípios coligados e igualmente informados pela dignidade da pessoa humana – veja-se que também constitui pressuposto para a justiça o tratamento uniforme para casos em que há identidade objetiva ou subjetiva.<sup>60</sup>

Na dimensão geral da tutela dos direitos, releva, pois, repensar a função que determinadas cortes (as de cúpula) detêm no sistema judiciário. No plano internacional, convém a discussão sobre o papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em especial, em matéria de controle de convencionalidade. No caso brasileiro, convém discutir o que queremos do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional, se, de fato, pretendemos conformar a teoria dos precedentes

---

<sup>57</sup> ZANETI JR., Hermes. **Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o Novo Código de Processo Civil; Universalização e Vinculação Horizontal como Critérios de Racionalidade e a Negação da “Jurisprudência Persuasiva” como Base para uma Teoria e Dogmática dos Precedentes no Brasil**. Em: Revista de Processo, Volume n.º 235/2014, pp. 293-335. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 297-298.

<sup>58</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 20-21 e 28.

<sup>59</sup> *Ibidem*, pp. 20-21.

<sup>60</sup> *Ibidem*, pp. 26-27.

judiciais (importada da tradição do *common law*) à realidade aqui vivenciada, para o fim de promover a necessária unidade do direito:

Aos tribunais podem ser reconhecidas basicamente duas funções: (i) resolver controvérsias (“*resolution of disputes*”) e (ii) enriquecer o estoque de normas jurídicas (“*enrichment of the supply of legal rules*”). Em um sistema ideal de organização judiciária, pode-se dizer que os órgãos jurisdicionais ordinários devem cuidar da solução das controvérsias, sendo responsabilidade das Cortes Superiores o resguardo da uniformidade e a promoção do desenvolvimento do direito [ou Cortes Supremas, amoldando-se à nomenclatura de Daniel Mitidiero para os tribunais de vértice destinados a tal desiderato – ver, a propósito: “Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente”]. Dentro dessa linha, é fácil perceber que o primeiro escopo responde à necessidade das partes de ver o seu caso bem apreciado em juízo. Do mesmo modo, é igualmente fácil notar que o segundo escopo não tem esse mesmo endereço, respondendo antes à necessidade de aderência das soluções jurídicas à cultura social – interessando, portanto, mais à sociedade como um todo do que propriamente às partes do processo.<sup>61</sup>

Como refere Daniel Mitidiero, as mencionadas cortes de cúpula nacionais (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), na maneira como hoje entendidas, caracterizam-se como genuínas cortes de justiça (às quais dá o nome de cortes superiores, outra espécie de cortes de vértice), concebidas a partir de pressupostos teóricos próprios do modelo anterior a propósito da interpretação do Direito (perspectiva cognitivista ou formalista). Seriam, hoje, tribunais incumbidos de controlar a legalidade das decisões judiciais recorridas, com uma atividade reativa, voltada para o passado, valendo-se de sua jurisprudência (uniformizável para aperfeiçoar o instrumento para a tomada de decisões) para aferir os erros e acertos em que aquelas incorreram. Nesse viés, o recurso interposto pela parte tem como base o *jus litigatoris* (o recurso compreendido como direito subjetivo da parte recorrente), tendo a corte pouca autonomia em seu manejo, considerando que tal ato processual tem grau acentuado de privatividade. Continuando, o autor desenvolve a tese acerca da necessidade de transformar o *status* de que gozam referidos tribunais, a fim de que doravante eles sejam tratados como efetivas cortes supremas (a segunda espécie de corte de vértice), isto é, como tribunais cuja função seja unicamente (ou preponderante e precipuamente) a interpretação e a formação

---

<sup>61</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. 3ª Edição – Revista e Atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 15-16.

de precedentes a respeito de matéria constitucional e infraconstitucional (encarregados de dar a última palavra acerca da interpretação a enunciados legislativos de cunho constitucional e infraconstitucional). A ideia de cortes supremas ganha força e contexto a partir da perspectiva cética (moderada) ou antiformalista da interpretação jurídica (versão lógico-argumentativa), pressupondo a constante reconstrução do Direito como fim e resultado dessa atividade. Uma corte assim compreendida congrega atividade tipicamente proativa, voltada para o futuro, enriquecendo o Direito e valendo-se dos precedentes que cria como meio para a orientação da sociedade civil e da comunidade jurídica a propósito do significado a ser atribuído aos enunciados legislativos em determinadas circunstâncias de fato. Isso implica em dizer que o recurso interposto pela parte assume elevado grau de publicidade, posto que fundado no *jus constitutionis*, dotando o tribunal de ampla autonomia para gerir a própria agenda e mitigando, por exemplo, os efeitos de uma eventual desistência. É que, a rigor, o processo, nessa perspectiva, é meio para o fim da corte suprema – a interpretação e a formação do precedente –, o que não pode ser objeto de disposição entre as partes, dada a alta relevância que o recurso (e a matéria sobre a qual ele versa) apto a ser alçado como instrumento para esse desiderato é capaz de alcançar. Veja-se, ademais, que, diferentemente do que ocorre com a jurisprudência (uniformizada ou não), instrumento típico das cortes superiores, em que é até natural ou desejável o desrespeito pelos juízes e tribunais ordinários, o precedente é obrigatório em sua essência, de modo que é correto dizer que a sua violação pelos juízes e tribunais ordinários, ou (o que é pior) até mesmo por membros da própria corte suprema, constitui falta grave no exercício das funções constitucionalmente outorgadas, pois, como anteriormente desenvolvido, acarreta a quebra da isonomia e da segurança jurídica.<sup>62</sup>

Para tanto, é imprescindível que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça adotem: (i) uma prática *justificativa* de seus julgados que seja capaz de viabilizar às partes, à sociedade civil e aos demais órgãos do Poder Judiciário tanto uma *fundamentação adequada* para consecução de um processo justo como um *precedente idôneo* para promoção da unidade do Direito; (ii) uma prática de *confrontação analógica* entre casos – na sua unidade fático-jurídica – que permita aferir o *respeito ao precedente*, a necessidade de *distinção* entre casos ou mesmo a oportunidade para *superação* de determinado entendimento consolidado; (iii) uma prática que

---

<sup>62</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 11-12, 33-52, 53-78, 79-127 e 129-130.

conduza apenas ao exame de casos dotados de *repercussão geral*, incluídos aí necessariamente os casos em que os seus *precedentes foram violados* ou *ignorados* pelas Cortes de Justiça; (iv) uma prática primariamente *interpretativa* e apenas secundariamente de *controle, proativa* e voltada para o *futuro* e, portanto, para *orientação* da comunidade jurídica e da sociedade civil, que permita um *autogoverno* mais acentuado para gestão da própria *agenda* e para formação de seus precedentes; (v) uma prática que importe na efetiva *formação de precedentes vinculantes horizontal e verticalmente* erigidos para promoção da *igualdade* e da *segurança jurídica*, com respeito à *coisa julgada* e ao *adequado desenvolvimento do sentido normativo* dos enunciados constitucionais e legislativos. Mais do que uma *reforma legislativa*, no entanto, semelhante projeto exige para sua realização uma profunda *reforma cultural*, sem a qual a nossa ordem jurídica jamais será pautada pela *igualdade*, pela *segurança* e capaz de prestar uma *tutela adequada, efetiva e tempestiva* aos direitos – *promessas que simplesmente marcam e particularizam o Estado Constitucional* – e, portanto, jamais será capaz de *inspirar mútua confiança entre as pessoas e as instituições*, sem a qual inexistem condições para o livre exercício dos direitos. Sem essa reforma, pré-ordenada para preservação da liberdade e para a realização da igualdade mediante a promoção da segurança jurídica, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça permanecerão *reféns de um sistema desgastado* e o processo civil continuará sendo um *jogo perversamente escravizado pela aleatoriedade* de seus resultados.<sup>63</sup>

Não se afigura correto afirmar que a utilização e a difusão do precedente judicial como instrumento para a promoção da unidade do Direito venham a acarretar, necessariamente, um engessamento da ordem jurídica em si ou a completa supressão da independência judicial, na medida em que aos juízes e tribunais ordinários é precipuamente dada a tarefa de distinção (como técnica) entre o caso concreto de que estejam a cuidar com o possível precedente aplicável (*distinguishing*), quando não houver identidade entre um e outro, nem tampouco lhes seria tolhida a possibilidade de tecer alguma crítica (seria pernicioso o seguimento do precedente, vinculativo por natureza, com a antevisão da possibilidade da sua alteração posteriormente, com a aceitação acrítica pelo juiz ou tribunal ordinário, uma vez que se lhes estaria negando o papel de contribuintes para a reconstrução do direito, para a qual é sempre e mais necessário obter justificativas melhores, mais desenvolvidas e adequadas a um determinado contexto fático-jurídico no espaço-tempo), cuja justificativa pudesse vir a suscitar a posterior superação do entendimento até então consolidado (*overruling*), com a revogação do precedente

<sup>63</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 129-130.

pela corte suprema competente, para cuja consecução o ônus argumentativo é proporcionalmente maior.<sup>64</sup>

É tamanha a importância da teoria dos precedentes nos dias atuais que ela ganhou particular atenção na doutrina processual brasileira, como o foi, sobremaneira relevante, pelas obras citadas no presente trabalho, constituindo uma das bases fundamentais em que assentado o novo Código de Processo Civil recentemente promulgado.<sup>65</sup> Cuida-se, decerto, de tema polêmico e ainda carente de maior difusão nos ambientes acadêmico e forense, a demandar constante debate e profunda mudança cultural para que aqui seja implementado adequadamente.

Uma vez compreendidas as cortes supremas como cortes de interpretação e de formação de precedentes, a função de nomofilaquia do recurso a elas dirigido “consiste na definição da adequada interpretação do direito”<sup>66</sup>, de modo que tal ato processual (o recurso) “não tem nenhuma razão para ser encarado como um direito subjetivo da parte”<sup>67</sup>. Logo, para ser admitido o recurso, é preciso que a parte demonstre (e que efetivamente esteja configurada) a existência de um interesse público no respectivo julgamento, na medida em que, nesse contexto, “o recurso passa a ser viabilizado no interesse do *jus constitutionis*, isto é, no interesse da unidade do direito”<sup>68</sup> (a propósito, rememora-se o conteúdo da nota n.º 15, acima). Daí ressaí a importância e a aceitabilidade da estipulação de filtros à admissibilidade recursal, possibilitando à corte suprema a prévia aferição acerca da aptidão que o julgamento de determinado recurso possui para a formação de um caso-precedente. Exemplo disso, já existente na atual realidade do direito brasileiro, é a repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário dirigido ao Supremo Tribunal Federal, consagrada no art. 102, par. 3.º, da Constituição Federal (incluído por intermédio da Emenda Constitucional n.º 45, de 2004)<sup>69</sup>, instituto

<sup>64</sup> Sobre o tema, ver, sobretudo: MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 74; e MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3ª Edição – Revista, Atualizada e Ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 325-388 e 338-456.

<sup>65</sup> O projeto do novo Código de Processo Civil, mais especificamente o Projeto de Lei n.º 8.046, de 2010, da Câmara dos Deputados, disciplina a matéria em seus arts. 520 a 522, o que ainda depende de análise pelo Senado Federal (Projeto de Lei n.º 166, de 2010).

<sup>66</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 69.

<sup>67</sup> MITIDIERO, *loc. cit.*

<sup>68</sup> MITIDIERO, *loc. cit.*

<sup>69</sup> **Art. 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a

certamente mais afeito à ideia de corte de interpretação e precedente – como técnica para a seleção de casos relevantes (envolvendo interesse público) para o fim de promover a unidade do Direito – do que à mera necessidade de restringir o número de processos que lá chegam, a fim de otimizar a prestação jurisdicional pelo órgão judiciário. A propósito do tema, e seguindo a tendência colimada pela doutrina processual civil, costura-se, contemporaneamente à tramitação do projeto de novo Código de Processo Civil, o desenvolvimento de similar filtro recursal no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que condiciona a admissão do recurso especial à “relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso”, ou seja, para reunir condições de ver julgado o seu recurso especial, a parte terá de demonstrar “a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa” (a referência diz respeito ao texto proposto para o par. 1.º a ser inserido no art. 105 da Constituição Federal, nos termos da Proposta de Emenda à Constituição n.º 209, de 2012, de iniciativa dos deputados federais Rose de Freitas e Luiz Pitiman, bem como à justificativa nela contida).

Efetivamente, o desenvolvimento e a profusão da teoria dos precedentes, bem como da ideia de cortes supremas, são necessários para o fim de racionalizar a tutela jurisdicional, sem o que certamente continuaremos “*reféns de um sistema desgastado e o processo civil continuará sendo um jogo perversamente escravizado pela aleatoriedade de seus resultados*”<sup>70</sup>.

Em atenção a essa realidade, e tendo em vista o notório recrudescimento do Direito Internacional no último século, com implicações diretas sobre a noção de soberania e com a aceitação da jurisdição de inúmeros tribunais internacionais criados para o fim de promover a tutela e garantir o cumprimento de direitos resultantes do processo de internacionalização (ou mesmo a submissão a órgãos internacionais quase ou não judiciais), surge a necessidade de promover o equacionamento dos conflitos potencialmente exurgidos a partir da coexistência das ordens jurídicas interna e internacional. É por isso que também se afigura conveniente pensar no papel que a Corte Interamericana de Direitos Humanos

---

admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

<sup>70</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 130.

possui diante do tema do controle de convencionalidade conformado à teoria dos precedentes judiciais.

Exemplo de conflito com repercussão direta ao Estado Brasileiro foi o Caso Araguaia, julgado pela Corte Interamericana em novembro de 2010, cujo resultado é relativamente contrário ao acórdão do Supremo Tribunal Federal para a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153, julgada em abril de 2010. A ADPF do STF possui circunstâncias objetivamente semelhantes ao Caso Araguaia, porque em ambos os casos se fazia uma análise da validade jurídica da Lei de Anistia brasileira. Explico. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou, em 21 de outubro de 2008, perante o Supremo Tribunal Federal, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153, tendo por objetivo a declaração de não recepção do parágrafo 1º do artigo 1º da Lei Federal n.º 6.683, de 19 de dezembro de 1979 (a Lei de Anistia brasileira), essencialmente sob o fundamento de que a conexão ali referida também estaria sendo estendida aos agentes públicos (anistiados dos crimes cometidos contra os opositores do regime militar), o que violaria uma série de preceitos fundamentais da Constituição da República de 1988.

O referido artigo 1º, em seu *caput* e em seu parágrafo 1º, tem o seguinte teor:

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

**§ 1º** - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

A controvérsia que havia quanto ao texto normativo citado, especificamente no seu parágrafo 1º, que é o dispositivo legal de que se cuidava na ação em comento, dizia respeito à extensão da anistia, a se ela, de acordo com a referência à conexão dos crimes comuns aos crimes políticos ou praticados com motivação política, também beneficiaria os agentes estatais da ditadura militar, relativamente aos crimes que estes cometeram àquela época e de que foram vítimas os opositores

do regime, e isso estaria provocando interpretações antagônicas entre órgãos oficiais estatais internos, motivo do ajuizamento da ação, com vistas a obter uma resposta judicial para a questão controvertida.

Em 29 de abril de 2010, após o trâmite processual regular, o Supremo Tribunal Federal julgou, por maioria de votos, improcedente a ação em referência, proclamando que a anistia fora concedida de modo amplo, geral e bilateral (só não o fora de modo irrestrito porque não abarcava as condenações que já haviam transitado em julgado), em acórdão que restou assim ementado:

LEI N. 6.683/79, A CHAMADA "LEI DE ANISTIA". ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO REPUBLICANO: NÃO VIOLAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TIRANIA DOS VALORES. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E DISTINÇÃO ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA. CRIMES CONEXOS DEFINIDOS PELA LEI N. 6.683/79. CARÁTER BILATERAL DA ANISTIA, AMPLA E GERAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUCESSÃO DAS FREQUENTES ANISTIAS CONCEDIDAS, NO BRASIL, DESDE A REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E LEIS-MEDIDA. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES E LEI N. 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997, QUE DEFINE O CRIME DE TORTURA. ARTIGO 5º, XLIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO E REVISÃO DA LEI DA ANISTIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985, PODER CONSTITUINTE E "AUTO-ANISTIA". INTEGRAÇÃO DA ANISTIA DA LEI DE 1979 NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. ACESSO A DOCUMENTOS HISTÓRICOS COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VERDADE. 1. Texto normativo e norma jurídica, dimensão textual e dimensão normativa do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. A interpretação do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. A interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção no mundo da vida. 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. Conceito e definição de "crime político" pela Lei n. 6.683/79. São crimes conexos aos crimes políticos "os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política"; podem ser de "qualquer natureza", mas [i] não de terem estado relacionados com os crimes políticos ou [ii] não de terem sido praticados por motivação política; são crimes outros que não políticos; são crimes comuns, porém [i] relacionados com os crimes políticos ou [ii] praticados por motivação política. 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. 4. A lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção; daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral, que somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados --- e com sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou --- pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal. 5. O significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas, designadas leis-medida (*Massnahmegesetze*), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei n. 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma inicial, "se procurou" [sic] estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. 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. 7. No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever [sic] leis de anistia. 8. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá --- ou não --- de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário. 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 [dicção 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 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. 10. Impõe-se o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu no Brasil durante as décadas sombrias da ditadura.

(ADPF 153, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-01 PP-00001 RTJ VOL-00216- PP-00011).

O Ministro Eros Grau, relator da ação, foi quem proferira o voto que conduziu o resultado do julgamento à improcedência da demanda. Em linhas gerais, o ilustre julgador entendeu que a Lei de Anistia brasileira se trata de lei-medida, destinada a um caso em específico – não sendo uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade –, com efeitos concretos e já exauridos (seria lei apenas em sentido formal, e não também material), de modo que a sua interpretação teria de se dar tendo em vista o contexto em que se dera a concessão da anistia, quando se pretendia restabelecer a paz e promover a abertura democrática conciliada. Punha-se um ponto final nos acontecimentos do passado, fechava-se a “ferida” e olhava-se para o futuro. Referiu que a Lei de Anistia era anterior à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, vigorando no país desde 26 de junho de 1987, à Lei Federal n.º 9.455, de 07 de abril 1997, que definira o crime de tortura, e ao artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal de 1988, que veda a concessão de anistia a autores de crime de tortura, de modo que, por se tratar de lei-medida, de interpretação limitada ao contexto histórico em que concedida a anistia, não operariam efeitos sobre ela. Não caberia ao Poder Judiciário, mediante a outorga de nova interpretação, superar a anistia concedida, que somente poderia ocorrer por parte do Poder Legislativo, se mudanças na realidade assim impusessem. Para dar fim à discussão da recepção da Lei de Anistia, o ministro relator referiu que ela foi objeto de reafirmação, no texto da Emenda Constitucional n.º 26, de 1985, pelo poder constituinte derivado, até mesmo como elemento de origem para o estabelecimento da atual ordem jurídico-

constitucional, a partir da abertura democrática que tornara possível. Ressalvara-se, por fim, a imposição de desembaraço à revelação da verdade dos acontecimentos da ditadura, salvo a impossibilidade de processar e penalizar os agentes estatais pelos crimes cometidos naquele período, eis que também anistiados, conforme assentado naquela mesma oportunidade pelos ministros, em sua maioria.

Cabe ressaltar, em medida de contraposição ao voto condutor, e aos votos conduzidos, também, os principais pontos dos votos dos ministros Carlos Ayres Britto e Ricardo Lewandowski, que divergiram quanto ao mérito em si, (a) este, para dar interpretação conforme a Constituição ao parágrafo 1º do artigo 1º da Lei de Anistia, no sentido de considerar que os agentes públicos não estão automaticamente anistiados, “devendo o juiz ou tribunal, antes de admitir o desencadeamento da persecução penal contra estes, realizar uma abordagem caso a caso (*case by case approach*), mediante a adoção dos critérios da preponderância e da atrocidade dos meios”, com o fim de “caracterizar o eventual cometimento de crimes comuns com a consequente exclusão da prática de delitos políticos ou ilícitos considerados conexos”; (b) aquele, para, também utilizando da técnica da interpretação conforme, “excluir do texto interpretado qualquer interpretação que signifique estender a anistia aos crimes previstos no inciso XLIII do artigo 5º da Constituição [crimes hediondos e os que lhe sejam equiparados: homicídio, tortura e estupro, especialmente]”.

Vale lembrar, por último, que o acórdão da ação em referência ainda não se encontra transitado em julgado, uma vez que pende de julgamento o recurso de embargos de declaração oposto pela parte demandante.

Depois de o colegiado da Suprema Corte brasileira ter julgado a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, após relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, julgou o Caso *Gomes Lund e Outros vs. Brasil* (n.º 11.552) – Caso Araguaia –, decidindo “que os crimes contra a humanidade (mortes, torturas, desaparecimentos etc.) cometidos pelos agentes do Estado durante a ditadura militar brasileira (1964-1985) devem ser devidamente investigados, processados e [se for o caso] punidos”<sup>71</sup>, reafirmando o entendimento que vinha adotando em situações semelhantes, principalmente envolvendo os regimes ditatoriais latino-americanos

---

<sup>71</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis**. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 181-182.

havidos ao longo do século XX – são exemplos os casos do Peru (*Barrios Altos e La Cantuta*) e do Chile (*Almonacid Arellano e Outros*) –, pronunciando a imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade e declarando que as leis de anistia editadas pelos governos dos próprios países, anistiando os seus próprios agentes (autoanistia), são inválidas, nulas, porque em desconformidade com os Direitos Humanos, que recebem especial proteção do Direito Internacional Público, inclusive em normas de natureza imperativa (*jus cogens*), como também em tratados internacionais ratificados pela Presidência da República de cada um desses países, em cujos territórios já se encontravam produzindo efeitos jurídicos.

Ou seja, entre a ADFP n.º 153 e o Caso Araguaia existe um conflito aparente sobre a validade jurídica da Lei de Anistia brasileira, que necessita de equacionamento por parte o Estado nacional, sob pena de se sujeitar a nova condenação no âmbito internacional.

Ocorre que existe, em tese, embora o conflito aparente, a possibilidade de distinguir as situações jurídicas de cada um dos casos, e a teoria do duplo controle vertical de validade das leis (constitucionalidade e convencionalidade) é propícia para isso. Tal se dá porque a teoria propugna a convivência entre ambos os sistemas de controle, de modo a considerar possível a sua coexistência mesmo diante de situações de aparente dissonância.

É nesse sentido que se sustenta que a diferença entre a ADFP n.º 153 e o Caso Araguaia reside, justamente, na circunstância de o STF ter considerado a recepção (ou constitucionalidade) da Lei de Anistia pela Constituição Federal de 1988, enquanto que a Corte Interamericana a declarou inconvenção em face, sobretudo, do Pacto de San Jose da Costa Rica. Diante desse quadro, havendo pronunciamento judicial pela invalidade da Lei de Anistia brasileira em sede de controle de convencionalidade, o Estado Brasileiro possui o dever de desembaraçar o caminho para a apuração dos fatos e dos crimes, em tese, cometidos por seus agentes durante a ditadura militar. Isto é, havendo invalidade em um dos parâmetros de controle, a lei não deverá prevalecer.

Disso não resulta a exclusão da necessidade de se promover o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal, em especial, e a Corte Interamericana, com vista a promover o aperfeiçoamento da interpretação sobre o âmbito de proteção da pessoa

e a dirimir questões que tenham o condão, em potencial, de causar novos conflitos (aparentes ou não) entre ambas as jurisdições.

Em tempos anteriores, a própria Corte Interamericana somente reconhecia à sua atividade aptidão para o controle concreto de convencionalidade, apenas podendo “realizar controle sobre norma já submetida a determinado caso”<sup>72</sup>: não teria, pois, “competência para realizar o controle em abstrato, relacionando este com uma função consultiva”<sup>73</sup>. Referido entendimento restou alterado quando do julgamento do *Caso Suárez Rosero vs. Equador*, no qual a Corte Interamericana “reconheceu sua competência para declarar a inconvencionalidade de norma que violara o artigo 2º da Convenção, independentemente de a norma ter sido aplicada em caso concreto ou ter causado algum prejuízo”<sup>74</sup>.

Esse ponto de vista contrasta com a visão tradicional que se detinha sobre o Direito Internacional, para a qual “a sociedade internacional era uma sociedade paritária e descentralizada, na qual o Estado era o produtor, destinatário e intérprete das normas”<sup>75</sup>, podendo “violiar as normas internacionais, ao mesmo tempo em que alegava estar cumprindo-as, em um verdadeiro truque de ilusionista”<sup>76</sup>. Em outras palavras, “o Estado poderia comprometer-se perante o Direito Internacional, violar repetidamente suas normas, mas protestar – em sua defesa – que estaria cumprindo tais normas *sob a sua peculiar ótica [juxta in causa sua]*”<sup>77</sup>. A partir da amplificação do conjunto normativo do Direito Internacional, os Estados restaram convencidos a abandonar o “truque de ilusionista” e a aceitar a concretização de “sistemas de solução de controvérsias, nos quais se obtém uma *interpretação internacionalista* das normas”<sup>78</sup>.

Nesse norte, a Corte Interamericana, quando demandada, também exerce o controle concentrado de convencionalidade das leis internas dos países que lhe

---

<sup>72</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Convencionalidade (na Perspectiva do Direito Brasileiro). Em: MARINONI, Luiz Guilherme; e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coordenadores). **Controle de Convencionalidade: um Panorama Latino-Americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. 1ª Edição. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 72.

<sup>73</sup> MARINONI, *loc. cit.*

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 73.

<sup>75</sup> CARVALHO RAMOS, André de. Pluralidade das Ordens Jurídicas: uma Nova Perspectiva na Relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. Em: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, volume n.º 106/107, janeiro-dezembro de 2011/2012, p. 501.

<sup>76</sup> CARVALHO RAMOS, *loc. cit.*

<sup>77</sup> CARVALHO RAMOS, *loc. cit.*

<sup>78</sup> CARVALHO RAMOS, *loc. cit.*

reconheceram a jurisdição contenciosa, tendo para tanto a Convenção Americana sobre Direitos Humanos como principal parâmetro normativo. É a Corte Interamericana a intérprete última da Convenção Americana, assim como o são, no plano interno, o Supremo Tribunal Federal quanto à Constituição Brasileira e o Superior Tribunal de Justiça quanto à legislação federal infraconstitucional.

O Pacto de San Jose da Costa Rica (Convenção Americana), vale referir, data de 22 de novembro de 1969, tendo entrado em vigor no plano internacional em 18 de julho de 1978, após, de conformidade com o seu artigo 74<sup>79</sup>, o depósito do 11º instrumento de ratificação ou adesão. O Brasil aderiu ao Pacto com o depósito de sua carta de adesão junto à Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos no dia 25 de setembro de 1992, promulgando-o por meio do Decreto Presidencial n.º 678, de 06 de novembro de 1992. O Brasil somente veio a reconhecer a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana (para fatos ocorridos a partir do reconhecimento), na forma do artigo 62 da Convenção Americana<sup>80</sup>, por meio do Decreto Legislativo n.º 89, de 03 de dezembro de 1998, que previa, em seu artigo 1º, o seguinte:

**Art. 1º** É aprovada a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional.

**Parágrafo único.** São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida solicitação.

<sup>79</sup> **Artigo 74 – 1.** Esta Convenção está aberta à assinatura e à ratificação de todos os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos. **2.** A ratificação desta Convenção ou a adesão a ela efetuar-se-á mediante depósito de um instrumento de ratificação ou adesão na Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos. Esta Convenção entrará em vigor logo que onze Estados houverem depositado os seus respectivos instrumentos de ratificação ou de adesão. Com referência a qualquer outro Estado que a ratificar ou que a ela aderir ulteriormente, a Convenção entrará em vigor na data do depósito do seu instrumento de ratificação ou adesão. **3.** O Secretário Geral comunicará todos os Estados-membros da Organização sobre a entrada em vigor da Convenção.

<sup>80</sup> **Artigo 62 - 1.** Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção. **2.** A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma a outros Estados-membros da Organização e ao Secretário da Corte. **3.** A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso, relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção, que lhe seja submetido, desde que os Estados-partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêm os incisos anteriores, seja por convenção especial.

Entretanto, o *material normativo de controle* de que dispõe a Corte Interamericana, “ou seja, o ‘**bloco de convencionalidade**’, é [mais amplo,] integrado [não apenas] pela Convenção, [mas também] pelos demais tratados ou convenções de direitos humanos sob a tutela da Corte, bem como pelos seus precedentes”<sup>81</sup> (grifou-se). Sob esse prisma, “a Corte vem afirmando a força obrigatória dos seus precedentes, isto é, a eficácia vinculante dos fundamentos determinantes das suas decisões”<sup>82</sup>.

A par dessa eficácia vinculante e dessa obrigatoriedade de se seguir a interpretação explicitada nos precedentes da Corte Interamericana, as sentenças que ela profere são de cumprimento obrigatório pelo ente estatal no processo do qual este foi parte, com base no artigo 68 da Convenção Americana<sup>83</sup>, configurando “uma espécie de coisa julgada a impedir a negação da decisão e a rediscussão do caso [...], [porque] a parte, como é óbvio, é sujeita ao dispositivo da decisão, não podendo dela fugir”<sup>84</sup>.

O Estado que, parte da Convenção Americana, reconhece a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, como o Estado brasileiro, assim como que, tendo contra si uma condenação pelo referido tribunal, não der cumprimento à sentença, obrigatória por força dos artigos 62.3<sup>85</sup> e 68.1 (vide nota n.º 109), certamente estará incorrendo em novo motivo para responsabilização internacional (artigos 1.1 e 2º da Convenção<sup>86</sup>), podendo ser novamente demandado e condenado.

---

<sup>81</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1.274.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 1.275.

<sup>83</sup> **Artigo 68 - 1.** Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes. **2.** A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

<sup>84</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1.276.

<sup>85</sup> **Artigo 62 - [...] 3.** A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso, relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção, que lhe seja submetido, desde que os Estados-partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêem os incisos anteriores, seja por convenção especial. [...].

<sup>86</sup> **Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos: 1.** Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de

A despeito da importância da referência à obrigatoriedade da parte dispositiva da sentença às partes do processo, é importante deixar claro que os fundamentos ou a *ratio decidendi* (razões de decidir) dos precedentes da Corte Interamericana são de observância obrigatória pelos entes estatais que se vincularam à Convenção Americana, porque revelam o entendimento que a Corte detém sobre este instrumento normativo – do qual, repita-se, ela é guardiã e intérprete última.

Sucedem que os fundamentos determinantes ou a *ratio decidendi* expressam uma tese jurídica ou o sentido atribuído a uma norma diante de determinada realidade fática. Esta tese ou sentido, por revelarem o entendimento da Corte acerca de como a Convenção deve ser compreendida em face de certa situação, certamente devem ser observados por todos aqueles que estão obrigados perante a Convenção.

Como é evidente, a vinculação aos fundamentos determinantes das decisões da Corte apenas reforça a sua autoridade, atribuindo força aos preceitos da Convenção. De modo que o problema não está nos precedentes vinculantes – necessários para a coerência do direito –, mas na necessária elaboração e utilização de dogmática capaz de evidenciar a adequada operação com os precedentes, evitando-se a sua perpetuação equivocada, assim como a aplicação a casos substancialmente distintos.<sup>87</sup>

Os precedentes da Corte Interamericana, cujos fundamentos possuem eficácia *erga omnes*, podem ser superados pela própria Corte, mas isso exige que ela exerça, conforme já visto, um raciocínio complexo de argumentação que seja capaz de superar os motivos da decisão anterior, o que pode ser considerado natural a partir de mudanças ocorridas na realidade, de modo a evitar, conforme a citação supra, a sua perpetuação equivocada ou a sua aplicação a casos substancialmente distintos. E nesse processo todo é e será sempre importante o diálogo entre os juízes e tribunais internos e internacionais, tudo tendo em vista a interpretação mais protetiva aos direitos da pessoa humana e à sua respectiva tutela.

---

raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. **2.** Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

**Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno:** Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

<sup>87</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 1.276-1.277.



## 4 REFLEXÕES FINAIS

A teoria do controle jurisdicional de convencionalidade das leis constitui segundo modelo de controle vertical de validade, que se soma ao já bastante difundido controle de constitucionalidade. O controle de convencionalidade consiste, em linhas gerais, na análise que se faz da conformidade material do direito ordinário interno (aí consideradas as leis em sentido estrito – leis ordinárias, complementares e delegadas –, os atos administrativos normativos e tudo o que lhes for inferior dentro da escala hierárquico-normativa) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no país de que se esteja a cuidar. O controle deve ser feito, em primeiro plano, pelos juízes e tribunais do sistema judiciário doméstico, sendo subsidiária ou complementar, apenas, a atuação dos juízes e tribunais internacionais.

A nova modalidade de controle vertical de validade das leis tem sua base teórica fundada na teoria monista, que preconiza a coexistência dos ordenamentos jurídicos doméstico e internacional (com a preferência por conferir primazia ao direito internacional, a não ser quando se trate de questão que envolva direitos humanos fundamentais, quando o que importa é a prevalência da norma da qual advenha maior proteção à pessoa humana, independentemente de se ela integra a ordem interna ou externa, em atenção ao princípio *pro homine*), e na outorga de valor hierárquico-normativo constitucional (ou, ao menos, supralegal, como vem entendendo o Supremo Tribunal Federal, em notável avanço de sua jurisprudência, e com a tendência de aceitar a tese de que os tratados em comento têm equivalência constitucional) aos tratados internacionais de direitos humanos.

A outorga de força normativa constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos encontra amparo na redação do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, que estabelece cláusula aberta quanto ao rol de direitos e garantias fundamentais nela previstos, que podem vir a ser complementados pela previsão de novos direitos e garantias nos referidos tratados, que, por integrarem o bloco constitucional e serem, pois, materialmente constitucionais, servem de

parâmetro para o controle das leis hierarquicamente inferiores. Do cotejo do precitado dispositivo constitucional com a redação do parágrafo 3º do mesmo artigo, acrescentado pela Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004, denominada de “Reforma do Judiciário”, ocorre a distinção entre os tratados internacionais de direitos humanos em cuja aprovação tenha havido a observância do quórum qualificado ali previsto daqueles que não o tenham sido: estes, os de aprovação por quórum simples, são apenas materialmente constitucionais, servindo apenas de paradigma para o controle difuso de convencionalidade, que se dá pela via incidental e que pode ser feito por qualquer juiz ou tribunal brasileiros; aqueles, uma vez aprovados pelo quórum qualificado do texto do dispositivo constitucional em referência, são, por força do próprio texto constitucional, equivalentes a uma emenda constitucional, sendo não apenas material, mas também formalmente constitucionais, de modo a tornar possível que em face de si se faça o controle concentrado de convencionalidade, a exemplo (e por analogia ao) do regramento jurídico aplicável ao controle de constitucionalidade, cabendo aos legitimados à propositura da ação declaratória de constitucionalidade ou ação direta de inconstitucionalidade a propositura, igualmente perante o Supremo Tribunal Federal, das ações direta de inconvencionalidade e declaratória de convencionalidade. Tal controle é tarefa primeira dos juízes e tribunais locais, que, tratando-se de questão de ordem pública, o podem (e devem) fazer de ofício – cuida-se, portanto, de poder-dever da autoridade judiciária –, inclusive, somente sendo subsidiária ou complementar a competência que os juízes e tribunais internacionais detêm para fazê-lo, na hipótese de aqueles não o terem feito ou o terem feito de modo insuficiente.

O atual panorama da proteção internacional dos direitos humanos, de cujo processo emergiram os Sistemas Internacional e Regionais de Proteção da Pessoa Humana, com destaque para o Sistema Interamericano, criado no seio da Organização dos Estados Americanos e constituído de dois principais órgãos, a Comissão e a Corte Interamericanas, cabendo a estas, principalmente a esta última, a guarda e a outorga da interpretação, em última instância, da Convenção Americana, o que não exclui que ela o faça em relação a outros instrumentos normativos internacionais, tratados ou não, integrantes e importantes para o Sistema Interamericano (cabe à Corte Interamericana o exercício, no plano internacional, do

controle concentrado de convencionalidade das leis dos países que lhe reconheceram a jurisdição contenciosa), influencia no argumento de que as decisões daí emanadas têm força vinculante e eficácia contra todos (e não apenas às partes do conflito de interesses), impondo a sua observância sob pena de gerar a responsabilização do ente estatal que não as observar.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Organização: Ernesto Garzón Valdés *et al.* Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

CARVALHO RAMOS, André de. Pluralidade das Ordens Jurídicas: uma Nova Perspectiva na Relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. Em: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, volume n.º 106/107, janeiro-dezembro de 2011/2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e Outros vs. Brasil (n.º 11.552)**. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf).

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Crimes da Ditadura Militar e o “Caso Araguaia”: Aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelos Juízes e Tribunais Brasileiros. Em: \_\_\_\_\_ (Org.). **Crimes da Ditadura Militar: uma Análise à Luz da Jurisprudência Atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Convencionalidade (na Perspectiva do Direito Brasileiro). Em: MARINONI, Luiz Guilherme; e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coordenadores). **Controle de Convencionalidade: um Panorama Latino-Americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. 1ª Edição. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3ª Edição – Revista, Atualizada e Ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. 3ª Edição – Revista e Atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis**. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Volumes I e II. 15ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 11ª Edição, Revista e Atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ZANETI JR., Hermes. Precedentes (*Treat Like Cases Alike*) e o Novo Código de Processo Civil; Universalização e Vinculação Horizontal como Critérios de Racionalidade e a Negação da “Jurisprudência Persuasiva” como Base para uma Teoria e Dogmática dos Precedentes no Brasil. Em: **Revista de Processo**, Volume n.º 235/2014, pp. 293-335. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.