

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC-SP

RICARDO BERND GLASENAPP

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE POR OMISSÃO

**A responsabilidade do Presidente da República na efetividade dos instrumentos
internacionais de Direitos Humanos**

DOCTORADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

SÃO PAULO

2015

RICARDO BERND GLASENAPP

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE POR OMISSÃO

A responsabilidade do Presidente da República na efetividade dos instrumentos internacionais de Direitos Humanos

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para a obtenção do título de DOUTOR em Direito Constitucional (subárea de Direito Público), sob a orientação da Professora Doutora FLÁVIA CRISTINA PIOVESAN.

SÃO PAULO

2015

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Tomo a liberdade de realizar um extenso agradecimento, já que muitas foram as pessoas que me acompanharam ao longo de minha jornada acadêmica.

Inicio os agradecimentos a minha esposa, Simone Trafani de Oliveira, que, desde sempre, me apoiou, esteve ao meu lado e me deu uma linda família. Agradeço, de forma extensiva, à família dela por ter-me acolhido como membro da família de forma tão especial nesta vida, nas pessoas de Cecília Elizabeth Trafani Oliva, Giselda Moreno de Oliveira Fernandes e Silvia Cristina Trafani de Oliveira .

A todos meus familiares que me apoiaram e incentivaram, agradeço nas pessoas de meus queridos primos Maria Cristina Sanchez Gomes Ferreira, Paulo Eduardo Bernd Sanchez e Lúcia Bernd Azevedo Bastian. A todos os meus amigos que me apoiaram e incentivaram, agradeço nas pessoas de Ricardo Almada Gouveia, Diogo Rais e Marina Feferbaum. E aos meus “irmãos” que a vida me deu, Carolina de Oliveira Fernandes, Elder Takayama e Patrícia Nomura.

A todos os professores de Direito com quem estudei, convivi e aprendi nestes longos anos dentro do Direito, agradeço nas pessoas de Prof. Dr. Eurico Diniz Di Santi e Prof. Dr. Jerson Carneiro Gonçalves Junior. Aos professores da PUC-SP com quem tive a honra de estudar, conviver e aprender ao longo do Mestrado e do Doutorado na PUC-SP, agradeço nominalmente a Prof. Dr. André Ramos Tavares, Profa. Dra. Flavia Cristina Piovesan, Prof. Dr. Luiz Alberto David Araujo, Prof. Dr. Marcio Pugliesi, Profa. Dra. Maria Garcia, Prof. Dr. Tércio Sampaio Ferraz Junior e Prof. Dr. Willis Santiago Guerra Filho. Aqui, faço agradecimentos em destaque a Profa. Dra. Flavia Cristina Piovesan por aceitar me orientar com a tese já iniciada e pela dedicação e interesse com que me orientou; e ao Prof. Dr. Luiz Alberto David Araujo pela orientação inicial dada no Doutorado e ao longo de todo o Mestrado.

E a todos os funcionários da PUC-SP, agradeço na pessoa do Rui Oliveira.

Por fim, agradeço ao CAPES – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior pela bolsa de estudos que proporcionou o desenvolvimento de minha tese.

À Simone, ao Guilherme e à Letícia, meus amores, por tudo.

RESUMO

Esta tese tem por objetivo demonstrar a possibilidade de realização do controle de convencionalidade por omissão em nosso ordenamento jurídico diante da ausência de regulamentação e, especialmente, da ausência de adaptação das normas jurídicas já existentes relativas Direitos Humanos diante das inovações jurídicas advindas por meio de tratados internacionais de direitos humanos. Diante de tal cenário, a presente tese desenvolve-se tendo como justificativa a necessidade de efetivação dos direitos humanos dentro de nosso ordenamento jurídico diante da certeza de que a simples celebração de tratados internacionais de direitos humanos já não é mais só suficiente.

Uma vez demonstrada a existência do controle de convencionalidade por omissão como forma de efetivação dos Direitos Humanos por força do Poder Judiciário, a presente tese passa a trabalhar com a hipótese de superação do problema jurídico decorrente da omissão legislativa relativa aos Direitos Humanos por meio da criação de uma nova atribuição ao Presidente da República para iniciativa legislativa de adequação do ordenamento jurídico interno aos tratados internacionais de direitos humanos.

Com tal inovação jurídica que aqui se apresenta, e defende, será possível tornar mais efetivos os Direitos Humanos em nosso País, sem que o problema da omissão legislativa se perdue no tempo de forma inconvencional.

Palavras-chave:

Controle de Convencionalidade por Omissão – Responsabilidade – Presidente da República – Iniciativa legislativa – Efetivação – Direitos Humanos

ABSTRACT

This thesis aims to demonstrate the possibility of realization of conventionality control by default in our legal system in the absence of regulations and especially the lack of adaptation of the legal rules existing on Human Rights on the legal innovations arising through treaties international human rights. Faced with such a scenario, this thesis develops having to justify the need for effective human rights within our legal system on the certainty that the simple conclusion of international treaties on human rights is no longer just enough.

Once demonstrated the existence of conventionality control by default as a way of realization of human rights by virtue of court decisions, the present thesis switches to the possibility of overcoming the legal problems arising from the legislative omission on human rights through the creation reallocated to the President for legislative initiative to adapt the domestic legal system to international human rights treaties.

With such legal innovation presented here, and defends, you can become more effective human rights in our country, without the problem of legislative omission to endure in time unconventional way.

Keywords:

Conventionality control default– Responsibility – President - Legislative Initiative
- Effectuation – Human Rights

RÉSUMÉ

Cette thèse vise à démontrer la possibilité de réalisation du contrôle de conventionnalité par défaut dans notre système juridique en l'absence de réglementation et surtout le manque d'adaptation des règles juridiques existantes sur les droits de l'homme sur les innovations juridiques découlant par des traités droits de l'homme internationaux . Face à un tel scénario , cette thèse développe avoir à justifier la nécessité pour les droits humains efficaces au sein de notre système juridique sur la certitude que le simple conclusion de traités internationaux sur les droits humains est plus juste assez .

Une fois démontré l' existence d'un contrôle de conventionnalité par défaut comme un moyen de réalisation des droits de l'homme en vertu de décisions de justice , la présente thèse passe à la possibilité de surmonter les problèmes juridiques découlant de l' omission législative sur les droits humains à travers la création réaffectés au Président pour l'initiative législative visant à adapter le système juridique interne des traités internationaux des droits humains.

Avec une telle innovation juridique présentée ici , et défend , vous pouvez devenir droits de l'homme plus efficaces dans notre pays , sans le problème de l'omission législative à supporter dans le temps de façon non conventionnelle .

Mots-clés:

Contrôle de conventionnalité par défaut – Responsabilité – Président – Effectuation – Droits de l'homme

SUMÁRIO

Introdução	01
1. O controle de convencionalidade e a emergência de um novo paradigma jurídico	12
1.1 Do controle de convencionalidade	19
1.2 O que se entende por controle de convencionalidade por omissão	52
1.3 Efeitos da declaração de inconveniência por omissão	62
1.4 Da emergência de um novo paradigma	64
2. O controle de convencionalidade a responsabilidade do Estado	70
2.1 O Princípio da Boa Fé do Estado nas suas relações internacionais	72
2.2 A responsabilidade do Poder Legislativo	75
2.3 A responsabilidade do Poder Judiciário	79
2.4 A responsabilidade do Poder Executivo	81
3. O controle de convencionalidade e a responsabilidade do Chefe do Poder Executivo	85
3.1 Do Chefe do Poder Executivo	88
3.2 Atribuições constitucionais do Presidente da República	88
3.3 A responsabilidade do Presidente da República na efetividade dos instrumentos internacionais de direitos humanos	97
3.4 Sobre a atribuição de dar início ao processo legislativo de adequação da legislação infraconstitucional diante da inovação do tratado internacional de direitos humanos já celebrado	98
3.5 Da nova atribuição do Presidente da República: promover a iniciativa legislativa da convencionalidade das normas jurídicas já existentes diante dos novos parâmetros constitucionais advindos por tratados internacionais de direitos humanos	104
3.6 Da competência para processar e julgar o Presidente da República quanto ao crime de responsabilidade	
Conclusões	119
Referências bibliográficas	124

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC-SP

RICARDO BERND GLASENAPP

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE POR OMISSÃO

**A responsabilidade do Presidente da República na efetividade dos instrumentos
internacionais de Direitos Humanos**

DOUTORADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

SÃO PAULO

2015

RICARDO BERND GLASENAPP

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE POR OMISSÃO
A responsabilidade do Presidente da República na efetividade dos instrumentos
internacionais de Direitos Humanos

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para a obtenção do título de DOUTOR em Direito Constitucional (subárea de Direito Público), sob a orientação da Professora Doutora FLÁVIA CRISTINA PIOVESAN.

SÃO PAULO

2015

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Tomo a liberdade de realizar um extenso agradecimento, já que muitas foram as pessoas que me acompanharam ao longo de minha jornada acadêmica.

Inicio os agradecimentos a minha esposa, Simone Trafani de Oliveira, que, desde sempre, me apoiou, esteve ao meu lado e me deu uma linda família. Agradeço, de forma extensiva, à família dela por ter-me acolhido como membro da família de forma tão especial nesta vida, nas pessoas de Cecília Elizabeth Trafani Oliva, Giselda Moreno de Oliveira Fernandes e Sílvia Cristina Trafani de Oliveira .

A todos meus familiares que me apoiaram e incentivaram, agradeço nas pessoas de meus queridos primos Maria Cristina Sanchez Gomes Ferreira, Paulo Eduardo Bernd Sanchez e Lúcia Bernd Azevedo Bastian. A todos os meus amigos que me apoiaram e incentivaram, agradeço nas pessoas de Ricardo Almada Gouveia, Diogo Rais e Marina Feferbaum. E aos meus “irmãos” que a vida me deu, Carolina de Oliveira Fernandes, Elder Takayama e Patrícia Nomura.

A todos os professores de Direito com quem estudei, convivi e aprendi nestes longos anos dentro do Direito, agradeço nas pessoas de Prof. Dr. Eurico Diniz Di Santi e Prof. Dr. Jerson Carneiro Gonçalves Junior. Aos professores da PUC-SP com quem tive a honra de estudar, conviver e aprender ao longo do Mestrado e do Doutorado na PUC-SP, agradeço nominalmente a Prof. Dr. André Ramos Tavares, Profa. Dra. Flavia Cristina Piovesan, Prof. Dr. Luiz Alberto David Araujo, Prof. Dr. Marcio Pugliesi, Profa. Dra. Maria Garcia, Prof. Dr. Tércio Sampaio Ferraz Junior e Prof. Dr. Willis Santiago Guerra Filho. Aqui, faço agradecimentos em destaque a Profa. Dra. Flavia Cristina Piovesan por aceitar me orientar com a tese já iniciada e pela dedicação e interesse com que me orientou; e ao Prof. Dr. Luiz Alberto David Araujo pela orientação inicial dada no Doutorado e ao longo de todo o Mestrado.

E a todos os funcionários da PUC-SP, agradeço na pessoa do Rui Oliveira. Por fim, agradeço ao CAPES – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior pela bolsa de estudos que proporcionou o desenvolvimento de minha tese.

À Simone, ao Guilherme e à Leticia, meus amores, por tudo.

RESUMO

Esta tese tem por objetivo demonstrar a possibilidade de realização do controle de convencionalidade por omissão em nosso ordenamento jurídico diante da ausência de regulamentação e, especialmente, da ausência de adaptação das normas jurídicas já existentes relativas Direitos Humanos diante das inovações jurídicas advindas por meio de tratados internacionais de direitos humanos. Diante de tal cenário, a presente tese desenvolve-se tendo como justificativa a necessidade de efetivação dos direitos humanos dentro de nosso ordenamento jurídico diante da certeza de que a simples celebração de tratados internacionais de direitos humanos já não é mais só suficiente.

Uma vez demonstrada a existência do controle de convencionalidade por omissão como forma de efetivação dos Direitos Humanos por força do Poder Judiciário, a presente tese passa a trabalhar com a hipótese de superação do problema jurídico decorrente da omissão legislativa relativa aos Direitos Humanos por meio da criação de uma nova atribuição ao Presidente da República para iniciativa legislativa de adequação do ordenamento jurídico interno aos tratados internacionais de direitos humanos.

Com tal inovação jurídica que aqui se apresenta, e defende, será possível tornar mais efetivos os Direitos Humanos em nosso País, sem que o problema da omissão legislativa se perdue no tempo de forma inconveniente.

Palavras-chave:

Controle de Convencionalidade por Omissão – Responsabilidade – Presidente da República – Iniciativa legislativa – Efetivação – Direitos Humanos

ABSTRACT

This thesis aims to demonstrate the possibility of realization of conventionality control by default in our legal system in the absence of regulations and especially the lack of adaptation of the legal rules existing on Human Rights on the legal innovations arising through treaties international human rights. Faced with such a scenario, this thesis develops having to justify the need for effective human rights within our legal system on the certainty that the simple conclusion of international treaties on human rights is no longer just enough.

Once demonstrated the existence of conventionality control by default as a way of realization of human rights by virtue of court decisions, the present thesis switches to the possibility of overcoming the legal problems arising from the legislative omission on human rights through the creation reallocated to the President for legislative initiative to adapt the domestic legal system to international human rights treaties.

With such legal innovation presented here, and defends, you can become more effective human rights in our country, without the problem of legislative omission to endure in time unconventional way.

Keywords:

Conventionality control default– Responsibility – President - Legislative Initiative

- Effectuation – Human Rights

RÉSUMÉ

Cette thèse vise à démontrer la possibilité de réalisation du contrôle de conventionnalité par défaut dans notre système juridique en l'absence de réglementation et surtout le manque d'adaptation des règles juridiques existantes sur les droits de l'homme sur les innovations juridiques découlant par des traités droits de l'homme internationaux . Face à un tel scénario , cette thèse développe avoir à justifier la nécessité pour les droits humains efficaces au sein de notre système juridique sur la certitude que le simple conclusion de traités internationaux sur les droits humains est plus juste assez .

Une fois démontré l' existence d'un contrôle de conventionnalité par défaut comme un moyen de réalisation des droits de l'homme en vertu de décisions de justice , la présente thèse passe à la possibilité de surmonter les problèmes juridiques découlant de l' omission législative sur les droits humains à travers la création réaffectés au Président pour l'initiative législative visant à adapter le système juridique interne des traités internationaux des droits humains.

Avec une telle innovation juridique présentée ici , et défend , vous pouvez devenir droits de l'homme plus efficaces dans notre pays , sans le problème de l'omission législative à supporter dans le temps de façon non conventionnelle .

Mots-clés:

Contrôle de conventionnalité par défaut – Responsabilité – Président – Effectuation –Droits de l'homme

SUMÁRIO

Introdução	01
1. O controle de convencionalidade e a emergência de um novo paradigma jurídico	12
1.1 Do controle de convencionalidade	19
1.2 O que se entende por controle de convencionalidade por omissão.....	52
1.3 Efeitos da declaração de inconvenção por omissão	62
1.4 Da emergência de um novo paradigma	64
2. O controle de convencionalidade e a responsabilidade do Estado	70
2.1 O Princípio da Boa Fé do Estado nas suas relações internacionais	72
2.2 A responsabilidade do Poder Legislativo	75
2.3 A responsabilidade do Poder Judiciário	79
2.4 A responsabilidade do Poder Executivo	81
3. O controle de convencionalidade e a responsabilidade do Chefe do Poder Executivo	85
3.1 Do Chefe do Poder Executivo	88
3.2 Atribuições constitucionais do Presidente da República	88
3.3 A responsabilidade do Presidente da República na efetividade dos instrumentos internacionais de direitos humanos	97
3.4 Sobre a atribuição de dar início ao processo legislativo de adequação da legislação infraconstitucional diante da inovação do tratado internacional de direitos humanos já celebrado.....	98
3.5 Da nova atribuição do Presidente da República: promover a iniciativa legislativa da convencionalidade das normas jurídicas já existentes diante dos novos parâmetros constitucionais advindos por tratados internacionais de direitos humanos.....	104
3.6 Da competência para processar e julgar o Presidente da República quanto ao crime de responsabilidade	107
Conclusões	119
Referências bibliográficas	124

INTRODUÇÃO

O tema central da presente tese de doutoramento surgiu diante de questionamentos que me angustiam não de agora, mas desde a época de graduação. Tais angústias referem-se à responsabilização do Estado, especialmente de seus principais agentes, quando da omissão estatal na efetivação de direitos. Mais recentemente tais angústias acabaram por crescer ainda mais diante da possibilidade de omissão na prática de atos constitucionalmente exigíveis quanto às novas normas constitucionais sobre direitos humanos advindas por meio de tratados internacionais; atos estes que, se não efetivamente observados, ferem normas constitucionais de Direitos Humanos previstas em convenções internacionais.

Assim, a presente tese de doutoramento tem por base o desenvolvimento de uma necessária adequação do ordenamento jurídico nacional à nova realidade constitucional. Uma vez admitida a norma constitucional que impôs que tratados internacionais de direitos humanos têm status de norma constitucional, como estabelecido no § 3º do art. 5º da Constituição Federal – norma esta advinda por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004 –, bem como a consequente adoção da tese pelo Supremo Tribunal Federal de que os tratados internacionais de direitos humanos assinados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 estão num patamar de supralegalidade e infraconstitucionalidade, necessária se faz uma correta adequação do ordenamento jurídico infraconstitucional para permitir a efetividade dos Direitos Humanos.

Nas palavras de Marcio Pugliesi, determinado o objeto de estudo surgem novos conflitos a serem resolvidos pelo pesquisador, especialmente relativos aos ângulos de abordagem do problema apresentado. E é exatamente neste momento que observamos uma delimitação de certa forma automática quanto “as suas possibilidades de agir e introduzi novas facetas de conflito”¹. E assim não foi diferente no desenvolvimento da presente tese; em que a cada livro lido, a cada linha escrita, a cada trecho pronto novas angústias e novas possibilidades surgiam.

¹ PUGLIESI, Marcio. *Por uma teoria do Direito: aspectos micro-sistêmicos*. São Paulo: RCS Editor, 2005. p. 103.

Ao definir como objeto de estudo a efetividade dos instrumentos internacionais de Direitos Humanos, quer advindos anteriormente ao surgimento do § 3º do art. 5º da Constituição Federal quer posteriormente, com a possibilidade de controle de convencionalidade por omissão, optamos por adentrar a um tema recente e muito importante para o Direito Constitucional atual; todavia ainda pouco explorado.

Recente porque desde a promulgação da emenda constitucional que trouxe esta inovação no ordenamento jurídico, em 2004, e a nova interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre os tratados internacionais de direitos humanos, pouco se disse e se discutiu a partir de então acerca do controle de convencionalidade por omissão tendo tais normas como parâmetro desta nova espécie de controle. Importante porque diante de uma nova realidade jurídica, em que uma nova possibilidade de norma constitucional surge juntamente com normas supralegais e infraconstitucionais, há que se realizar o debate acerca das consequências decorrentes desta inovação. E o pouco que se disse a respeito do tema foi a tese de doutoramento de Valério de Oliveira Mazzuoli² em que este apresenta o controle de convencionalidade; sendo certo que o autor foi o primeiro a escrever sobre o tema no Brasil. E destaque ao fato de que em tal tese de doutoramento não se falou em controle da convencionalidade por omissão, por não ser este o objeto.

Como desdobramento da tese de doutoramento defendida por Mazzuoli, observo a possibilidade de reconhecimento de omissão de inconvenção pelo Poder Judiciário, mais especificamente pelo Supremo Tribunal Federal quando do controle concentrado e pelos juízes singulares e tribunais colegiados quando do controle difuso. E exatamente diante desta observação é que se desenvolve a presente tese até chegar à sugestão de uma possível solução jurídica para evitar a não efetivação dos Direitos Humanos.

A presente tese baseia-se na possibilidade de superação jurídica no problema da caracterização de omissão legislativa por parte do Estado, especialmente no que tange à adequação da legislação infraconstitucional diante da inovação jurídica trazida por tratados internacionais de Direitos Humanos. Em sendo caracterizada a omissão por inconvenção pelo Poder Judiciário, estamos claramente constatando uma inefetividade dos Direitos Humanos dentro do País, e entendo não ser este o objetivo a ser

² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 1. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p.87.

alcançado quando se ratifica um tratado internacional de direitos humanos junto a organismos internacionais.

Para demonstrar a necessidade de superação do estágio atual do Direito pátrio quanto ao controle de convencionalidade por omissão, a tese será desenvolvida em três partes distintas, até chegar-se à conclusão. A tese inicia-se com a primeira parte tratando sobre o controle de convencionalidade e a emergência de um novo paradigma jurídico no ordenamento jurídico nacional diante do novo cenário jurídico surgido com a valorização dos Direitos Humanos ocorrida ao longo das últimas décadas.

Na segunda parte, a questão do controle de convencionalidade e a responsabilidade do Estado serão abordados de forma a se observar a importância do princípio da boa fé do Estado nas suas relações internacionais, especialmente quanto às responsabilidades do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e do Poder Executivo neste controle de convencionalidade.

Ao adentrar a terceira e última parte, a tese avançará de forma mais profunda quanto à necessidade de alteração do ordenamento jurídico nacional de forma a possibilitar uma superação da omissão inconveniente por meio da responsabilidade do Chefe do Poder Executivo na necessária adequação legislativa, vez que sua atuação ao longo do procedimento de celebração dos tratados internacionais é maior e mais relevante que as dos outros chefes de poderes. Logo, nesta parte demonstrarei a responsabilidade do Presidente da República na efetividade dos instrumentos internacionais de Direitos Humanos advindos pelo § 3º do art. 5º da Constituição Federal.

Assim, inicio a presente tese tratando do controle de convencionalidade e a emergência de um novo paradigma jurídico.

1. O controle de convencionalidade e a emergência de um novo paradigma jurídico

Nesta primeira parte da tese irei trazer palavras acerca do que vem a ser o controle de convencionalidade, suas principais características e a emergência existente para que um novo paradigma jurídico seja estabelecido quanto a esta nova espécie de controle de normas jurídicas.

Mas, primeiramente, faz-se importante destacar o desenvolvimento do Direito brasileiro nas últimas décadas quanto aos tratados internacionais de Direitos Humanos. Podemos observar que tal desenvolvimento deu-se com a promulgação da Constituição Federal de 1988, em que inovações como a prevalência dos Direitos Humanos nas relações internacionais surgiram³. Tal previsão constitucional restou clara a opção brasileira pela democracia, “com o aceite do Brasil com ideia contemporânea de globalização dos direitos humanos”⁴.

Diante de tal importância dos Direitos Humanos no ordenamento jurídico nacional, vislumbro além do controle de constitucionalidade o controle de convencionalidade, em que normas internacionais de Direitos Humanos, advindas por meio de tratados internacionais, servirão como parâmetro de validade para normas jurídicas internas.

³ Conforme Flavia Piovesan ressalta, o Brasil, partir da Constituição Federal de 1988, ratificou inúmeros tratados internacionais de direitos humanos, como os que seguem: a) Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; b) Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989; c) Convenção sobre os Direitos das Crianças, em 24 de setembro de 1990; d) Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 24 de janeiro de 1992; e) Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; f) Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; g) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 27 de novembro de 1995; h) Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13 de agosto de 1996; i) Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), de 21 de agosto de 1996; j) Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência, de 15 de agosto de 2001; k) Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, em 20 de junho de 2002; l) Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, em 28 de junho de 2002; m) Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados, em 27 de janeiro de 2004; n) Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Crianças sobre Venda, Prostituição e Pornografia Infantil, em 27 de janeiro de 2004; e o) Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura, em 11 de janeiro de 2007. In PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.12-13.

⁴ Idem, p. 13.

Acerca do controle de convencionalidade, já antecipo que se trata de uma compatibilização vertical das leis nacionais diante de tratados internacionais de Direitos Humanos já ratificados. Desde que a Emenda Constitucional nº 45/2004 foi promulgada o debate acerca do conflito entre tratados internacionais e lei interna voltou à temática do universo jurídico nacional. Este debate foi gerado pela inovação no Direito que esta emenda constitucional trouxe. Dentre tantas inovações constitucionais que esta emenda constitucional trouxe, destacamos o acréscimo ao art. 5º o § 3º, que determina que

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

Há algum tempo discute-se no Direito sobre os reais efeitos práticos trazidos por esta emenda constitucional quanto à possibilidade de tratados e convenções internacionais adentrarem ao ordenamento jurídico interno brasileiro com *status* de emenda constitucional. Até 30 de dezembro de 2004, data da promulgação desta emenda constitucional, os tratados e convenções internacionais, mesmo que tratando de direitos humanos, entravam no direito interno, com uma posição hierárquica de leis ordinárias. Desta forma, o procedimento constitucional adotado para que tratados e convenções internacionais passassem a vigorar no País era o mesmo da lei ordinária; qual seja, deveria ser, após a assinatura do agente plenipotenciário, aprovado pelo Congresso Nacional através de quórum de maioria absoluta, conforme art. 47 da Constituição Federal, e, posteriormente, ratificado por meio da promulgação de decreto presidencial.

Acerca da ratificação, interessantes são as palavras de Hildebrando Accioly. Para ele, a ratificação

é o ato administrativo mediante o qual um chefe de Estado *confirma* o tratado firmado em seu nome ou em nome do Estado, declarando aceito o que foi convencionalmente pelo agente signatário. De ordinário, essa declaração é precedida da aprovação do tratado pelo órgão competente para esse fim (geralmente, o Congresso Nacional ou o Parlamento)⁵.

⁵ ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. Revista pelo Embaixador Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p.126.

Muito embora não haja qualquer previsão constitucional exigindo o decreto presidencial, a doutrina entende que somente com tal decreto presidencial é que os efeitos de tratado ou convenção internacional começam a ser produzidos no direito interno. Curiosa é esta tradição, que data no Direito nacional desde 1826; vez que expressa e taxativamente não há, e nem nunca houve, nenhum dispositivo constitucional determinando este procedimento.

É exatamente esta a opinião de João Grandino Rodas⁶, que identifica o decreto presidencial de promulgação do ato de direito internacional público como assinalador do momento a partir do qual o tratado ou a convenção passa a integrar-se à ordem normativa interna do Estado; complementando ainda que “a promulgação atesta a adoção da lei pelo legislativo, certifica a sua existência e o seu texto e afirma, finalmente, o seu valor imperativo e executório”. Para ele, são pressupostos indispensáveis para a aplicabilidade das normas constantes em tratados ou convenções internacionais no direito interno a aprovação congressional e a promulgação executiva.

Sobre este tema já se manifestou o Min. Celso de Mello, conforme trecho abaixo.

o iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais – superadas as fases prévias de celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado – conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno⁷.

Todavia, analisando o disposto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal, como já mencionado anteriormente, observo que os tratados internacionais que versarem sobre direitos humanos e que forem aprovados pelo Congresso Nacional pelo quórum especial das emendas constitucionais se equivalerão às emendas constitucionais; enquanto que os demais tratados internacionais, que versarem sobre os demais assuntos permanecerão a adentrar no

⁶ RODAS, João Grandino. *A publicidade dos tratados internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 200.

⁷ ADI-MC 1480-DF.

ordenamento jurídico interno brasileiro através da regra tradicional já existente anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004.

Aqui cabe trazer à reflexão as definições de lei (ordinária) e de emenda constitucional para ilustrar melhor este trecho da tese que se desenvolve. Primeiramente, temos por lei o ato normativo elaborado pelo Poder Legislativo, com a devida sanção do Executivo. Assim, compete ao Congresso Nacional, que exerce o Poder Legislativo federal, elaborar leis sobre as matérias constantes nos incisos do art. 48 da Constituição Federal. Posteriormente à elaboração e aprovação do projeto de lei, este deverá ser enviado ao Presidente da República para sanção ou veto, conforme disposto no *caput* do próprio art. 48, como também do art. 84, IV da Constituição Federal. Já quanto à emenda constitucional, este é ato normativo elaborado pelo Poder Legislativo, sem necessidade de sanção do Executivo, conforme disposto no art. 60 § 3º da Constituição Federal⁸. Ou seja, cabe unicamente ao Poder Legislativo a competência de alterar o texto da Constituição Federal. O Congresso Nacional irá, obedecendo os limites constitucionais expressos e implícitos, alterar o disposto na Constituição Federal sem necessidade de que tal alteração seja aprovada pelo Poder Executivo.

Assim, fazendo uma releitura mais apurada do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, apenas para deixar mais claro o raciocínio, veremos, novamente, que os tratados internacionais de Direitos Humanos que forem aprovados pelo Congresso Nacional pelo quórum privilegiado da emenda constitucional *serão equivalentes* às emendas constitucionais. (grifo nosso). Se tais tratados internacionais de Direitos Humanos *serão equivalentes* às emendas constitucionais, podemos entender, também, que desnecessário seria o decreto presidencial para que as normas destes tratados internacionais passem a entrar em vigor no Território Nacional, vez que as emendas constitucionais são, conforme disposto no Texto Constitucional, promulgadas pelas Mesas da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal. Para este caso, bastaria o decreto-legislativo para que o tratado internacional iniciasse a produção de seus efeitos no direito interno.

Desta forma, desenvolvendo o raciocínio, a decisão na ADI-MC 1480-DF, em que foi relator o Min. Celso de Mello, não se aplicaria a este caso (tratados internacionais que

⁸ Art. 60 § 3º CF: “A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem”.

tratam de direitos humanos e que foram aprovados pelo Congresso Nacional pela regra do § 3º do art. 5º da Constituição Federal); vez que o tratado internacional adentraria ao ordenamento jurídico brasileiro como emenda constitucional, e não como lei ordinária.

Todavia, o voto do Min. Celso de Mello, na ADIN-MC 1480-DF, em que era discutida a efetividade dos tratados internacionais no direito interno brasileiro, que já expus anteriormente, afirma que um tratado internacional somente vincula e a obriga no plano do direito positivo interno após o decreto presidencial. Desta forma, seguindo tal entendimento, a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência somente poderia ser executável perante o ordenamento jurídico nacional após a promulgação do decreto presidencial. Ainda que tal voto tenha sido proferido em 1997, portanto antes da Emenda Constitucional nº 45, promulgada em 2004, o entendimento prevalecente é o da necessidade, sim, do decreto presidencial. Assim, o entendimento de que os tratados internacionais somente adentram ao ordenamento jurídico interno após o decreto presidencial está, e permanece correto, quando aplicado aos tratados internacionais que versem ou não sobre direitos humanos.

No mesmo sentido do Min. Celso de Mello, Francisco Rezek entende que é imprescindível “a promulgação e a publicação, por ordem presidencial, dos tratados celebrados pelo Brasil, desde que já definitivamente aprovados pelo Congresso Nacional, sob pena de absoluta ineficácia jurídica desses atos internacionais no plano doméstico”⁹. Portanto, afirmo aqui que, mesmo que não haja exigência constitucional, da mesma forma com que não há exigência legal para os demais temas dos tratados internacionais, quando estes forem sobre Direitos Humanos também haverá necessidade do decreto presidencial como ato final.

Diante do fato de que as normas dos tratados internacionais de Direitos Humanos são tidas como normas constitucionais, ou equivalentes às normas constitucionais segundo alguns autores, observo alguns aspectos importantes quanto ao tema. Um destes aspectos é como ficariam as normas anteriormente criadas e que se chocam com estes tratados internacionais. Levando-se em consideração que tais tratados internacionais entrou no ordenamento jurídico nacional como emenda constitucional, as normas contidas dentro desta Convenção passaram a ser tratadas como normas constitucionais. Desta forma, as normas baixadas anteriormente e que se chocam com as normas desta Convenção sairiam do

⁹ REZEK, Francisco. *Direito dos Tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.452.

ordenamento jurídico nacional, vez que estariam, a partir de então, em desconformidade com a Constituição Federal.

Assim, as normas anteriores, agora contrárias aos tratados internacionais de direitos humanos equivalentes às normas constitucionais, perdem sua aplicabilidade e eficácia. Este é um aspecto relevante quanto a este tópico sobre os efeitos que os tratados internacionais de Direitos Humanos têm sobre o direito interno anteriormente já existente. Tendo em vista que as normas destes tratados internacionais de Direitos Humanos passaram a ser observadas como normas constitucionais, seus efeitos seriam declarações de desconformidade no caso de as normas do direito interno anterior serem contrárias ao seu teor.

É exatamente o que diz Luís Ivani de Amorim Araújo, que afirma que “o tratado, após ratificação, tem aplicação imediata em todo o território nacional, revogando a legislação que lhe seja contrária, e por este não será revogado”¹⁰. E por se tratar de norma originada de tratado internacional com *status* de norma constitucional, vez que adentrou ao ordenamento jurídico de forma equivalente às emendas constitucionais, fica claro que as normas de direito interno anteriores a estas novas normas constitucionais terão agora que se adequar à estas, vez que as normas infraconstitucionais devem, sempre, estar adequadas ao disposto nas normas constitucionais, sob pena de serem consideradas inconstitucionais.

É o que doutrinariamente se denomina de inconstitucionalidade superveniente; ou, tratando-se de tratados internacionais de Direitos Humanos, de inconveniência superveniente.

Outro aspecto relevante sobre o tópico é o que diz respeito aos efeitos destes tratados internacionais de Direitos Humanos sobre o direito interno que surgir posteriormente. Entendo que todas as normas internas, a serem elaboradas após a entrada em vigor das normas dos tratados internacionais de Direitos Humanos não poderão contradizer, ou melhor explicando, não poderão dispor de forma contrária às normas previstas nos tratados em questão. Isto porque os tratados internacionais de Direitos Humanos entram no ordenamento

¹⁰ ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. *O direito dos tratados na Constituição*. in: *A nova Constituição e o direito internacional*. Jacob Dolinger (coord), p. 22 *apud* YAMAMOTO, Toru. *Direito Internacional e Direito Interno*. Porto Alegre: Fabris Editor, p. 219.

jurídico brasileiro com *status* de emenda constitucional, assim, tais normas devem ser entendidas e interpretadas por todos¹¹ como norma constitucional; e, conseqüentemente, deverá ser respeitado o princípio da supremacia da Constituição. E mais. Por se versar o tratado internacional sobre o tema Direitos Humanos, entendo que suas normas, agora constitucionais, também estariam protegidas de qualquer futura deliberação pelo Congresso Nacional que objetive sua retirada do ordenamento jurídico, vez que tais normas, agora, seriam cláusulas pétreas.

Já sobre a emergência de um novo paradigma jurídico, usaremos como nota introdutória uma parte de voto do Min. Celso de Mello, manifestado em 2008 por ocasião do importante HC 87.585-8/TO, em que asseverou que as fontes internas e internacionais devem “dialogar” objetivando solucionar a questão da antinomia existente entre tratado internacional de direitos humanos e a lei interna brasileira. Em suas palavras, o Ministro afirmou que “posta a questão nesses termos, a controvérsia jurídica remeter-se-à ao exame do conflito entre as fontes internas e internacionais (ou, mais adequadamente, ao diálogo entre essas mesmas fontes), de modo a se permitir que, tratando-se de convenções internacionais de direitos humanos, estas guardem primazia hierárquica em face da legislação comum do Estado brasileiro, sempre que se registre situação de antinomia entre o direito interno nacional e as cláusulas decorrentes de referidos tratados internacionais”¹².

Waldir Alves, citando Hartmut Maurer¹³, muito bem lembra que “segundo os escritos mais recentes, a formação jurídico procedimental do controle normativo pode ser regulada diferentemente, devendo-se distinguir: (i) quanto ao objeto de litígio, entre controle normativo principal e incidental; (ii) quanto ao motivo do controle, entre controle normativo abstrato e concreto; (iii) quanto aos tribunais competentes para a decisão, entre controle

¹¹ Peter Häberle afirma que “a interpretação constitucional é uma atividade que, potencialmente, diz respeito a todos”. Ele continua, dizendo que “a própria abertura da Constituição demonstra que não apenas o constitucionalista participa desse processo de interpretação! A unidade da Constituição surge da conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes”. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

¹² HC 87.585-8/TO,

¹³ ALVES, Waldir. *Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais*. In: MARINONI, Luiz Guilherme. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 327.

normativo concentrado ou difuso; e (iv) quanto à jurisdição constitucional, entre controle normativo especial e integrado. Na prática, esses conceitos podem se cruzar e se relacionar, não tendo somente natureza processual, mas, também, repercussão jurídico material”.

Assim, passo a abordar, agora, a questão do controle de convencionalidade com a atenção e profundidade que a tese exige.

1.1 Do controle de convencionalidade

Para tratar do controle de convencionalidade, tema central desta tese que se desenvolve, importante se faz tratar primeiramente das normas constitucionais e do controle de constitucionalidade, vez que a relação existente entre ambos controles é de primordial importância para a compreensão desta nova espécie de controle.

É de relevo destacar a importância deste trecho da tese em que se discorrerá sobre as normas constitucionais, uma vez que esta mesma tese se desenvolve exatamente sobre uma inovação surgida quanto a estas normas constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, primeiramente há que se reiterar que as normas constitucionais estão em posição hierarquicamente superior às demais normas do ordenamento jurídico diante da primazia com que são revestidas. Há que se destacar, também, que o Supremo Tribunal Federal, no ano de 1996, deixou claro na ADI 815, de relatoria do Min. Moreira Alves, que “a tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias, dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras, é impossível com o sistema da Constituição rígida”, e mesmo as normas chamadas de cláusulas pétreas também não são hierarquicamente superiores às normas que não as são.

Cumpra lembre que a superioridade das normas constitucionais além de invalidar os atos que a contrariam, também condiciona o conteúdo de normas inferiores a serem elaboradas pelo legislador. Assim, as normas constitucionais estão situadas no topo da pirâmide jurídica dimensionada por Hans Kelsen, e constituem-se como o fundamento de validade de todas as outras normas inferiores e, até certo ponto, determinam ou orientam o

conteúdo material destas últimas¹⁴. Logo, as normas constitucionais não têm sua validade confirmada pela sua compatibilidade com outra norma jurídica, exatamente pelo fato daquelas estarem situadas no topo da pirâmide jurídica, conforme já observado.

Por normas constitucionais se entende, portanto, como sendo o conjunto de normas previstas dentro de um texto constitucional; são as normas que são tanto material como formalmente constitucional. Assim, encontramos dentro das normas constitucionais tanto normas que normatizarão os aspectos estruturantes do Estado – as quais chamamos de normas orgânicas; como também encontramos normas que normatizarão os direitos fundamentais, em que direitos e garantias são instituídos ao lado dos direitos econômicos, sociais e culturais – as quais chamamos de normas dogmáticas.

Importante lembrar, ainda, que não há norma constitucional situada abaixo dos princípios constitucionais; isto porque todas as normas constitucionais estão sob o mesmo patamar. O princípio da unidade da Constituição Federal afirma exatamente isto. Para Celso Bastos, este princípio “significa que todo o Direito Constitucional deve ser interpretado evitando-se contradições entre suas normas”¹⁵. Assim, resta caracterizada “a interdependência de todas as normas constitucionais”, como afirma o mesmo autor¹⁶.

Nas palavras de Gilmar Mendes, “as normas constitucionais são vistas como a pertencer a um sistema normativo, que lhes imprime uma certa ordem de propósitos e que configura um todo tendencialmente coeso e que se pretende harmônico”¹⁷. Diante de tais palavras, podemos observar que estando o sistema normativo constitucional organizado de forma coesa e harmônica, todas as normas ali existentes devem ser compreendidos e analisados de forma conjunta, para que a interpretação seja realizada de forma correta.

Historicamente tivemos no Brasil as normas constitucionais previstas única e exclusivamente dentro do chamado Texto Constitucional; tal fenômeno ocorreu nas

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 74.

¹⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 102.

¹⁶ *Idem*. p. 102.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit. p. 80.

constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988. Muito embora haja certa divergência doutrinária, especialmente dos autores de Direito Internacional, a respeito da ocorrência deste fenômeno na Constituição Federal de 1988, diante do disposto no parágrafo segundo do artigo quinto.

Acerca desta discussão, Flávia Piovesan afirma que “o valor da dignidade humana - ineditamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos do art. 1.º, III, da CF/1988 (LGL 1988\3) - impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988”¹⁸. Para ela “a dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988 esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional. E neste contexto que há de se interpretar o disposto no art. 5.º, § 2.º, da CF/1988 (LGL 1988\3) , que, de forma inédita, tece a interação entre o Direito Brasileiro e os tratados internacionais de direitos humanos. Ao fim da extensa Declaração de Direitos enunciada pelo art. 5.º, da CF/1988 (LGL 1988\3) estabelece que os direitos e garantias expressos na 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". A Constituição Federal de 1988 inova, assim, ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional”¹⁹.

Com o advento do parágrafo 3º do art. 5º da Constituição Federal, o entendimento de que as normas jurídicas constitucionais encontravam-se tão somente dentro do Texto Constitucional teve que ser revisto e atualizado. Assim, hoje, temos que afirmar que normas constitucionais são todas as normas que se encontram previstas dentro de um texto

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. *A Constituição de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos*. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos | vol. 6 | p. 211 | Ago / 2011.

¹⁹ *Idem*.

constitucional, como também as normas que possuem *status* de norma constitucional; ou seja, as normas que estão fora do texto constitucional todavia possuem mesmo peso constitucional.

É o caso das normas previstas, por exemplo, nos tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional pelo rito de emenda constitucional.
Para Gilmar Mendes

a liberdade do legislador na escolha do conteúdo concretizador das normas constitucionais será tanto maior quanto menor for a densidade dos preceitos constitucionais envolvidos. Isso nos conduz a outro ponto importante para a compreensão das características das normas constitucionais: a questão da abertura das normas à complementação e concretização legislativa²⁰.

Consequentemente, esta liberdade do legislador de escolher o conteúdo concretizador das normas constitucionais passará, a partir de então, a também ter que levar em consideração as normas constitucionais localizadas nos tratados internacionais de direitos humanos, aprovados pelo rito da emenda constitucional.

Para Celso Bastos a norma constitucional apresenta-se como “uma petição de princípios” ou como norma programática sem conteúdo preciso ou delimitado. Para ele: “a atividade interpretativa exerce uma tarefa que vai além do mero pressuposto de aplicação de uma norma jurídica. A interpretação assume, aqui, a relevante função de tornar-se um fator de constante atualização e até mesmo renovação de toda a ordem jurídica. Através da interpretação torna-se possível a adaptação das normas jurídicas às mudanças ocorridas no seio da sociedade, à sua natural evolução, ou até mesmo o surgimento de novos valores e ideologias”²¹.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit. p. 76.

²¹ BASTOS, Celso e MEYER-PFLUG, Samantha. *A Interpretação Como Fator de Desenvolvimento e Atualização das Normas Constitucionais* in SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 157.

Assim, a partir de agora, adentramos à aplicabilidade das normas constitucionais bem como a efetivação por meio de lei infraconstitucional dos direitos previstos em norma constitucional.

A aplicabilidade exprime uma possibilidade de aplicação da norma constitucional; consistindo na atuação concreta da norma no “enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada”. A aplicação de uma norma, adverte Kelsen, é ainda um juízo através do qual exprimimos que um indivíduo se conduz, ou se não conduz, tal como uma norma lhe prescreve ou positivamente consente; ou que ele age, ou não age, de acordo com o poder ou competência que uma norma lhe atribui”²².

José Afonso da Silva afirma que, juridicamente, “a aplicabilidade das normas constitucionais (também de outras) depende especialmente de saber se estão vigentes, se são legítimas, se têm eficácia. A ocorrência desses dados constitui condição geral para a aplicabilidade das normas constitucionais”²³.

Quanto à aplicabilidade das normas constitucionais, José Afonso da Silva as classificam da seguinte forma:

- a) **normas constitucionais de eficácia plena:** são aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.
- b) **normas constitucionais de eficácia contida:** são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.
- c) **normas constitucionais de eficácia limitada:** são aquelas normas que não produzem, a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais. Podemos dizer que estas normas constitucionais sejam de aplicabilidade

²² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. José Cretella Junior e Agnes Cretella. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 29.

²³ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 51.

indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhe desenvolva a eficácia. Estas normas se subdividem em normas constitucionais de princípio institutivo, que são aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei; e em normas constitucionais programáticas, que são aquelas através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, judiciais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.²⁴

Além desta classificação, há outras elaboradas por Maria Helena Diniz²⁵ e por Celso Antonio Bandeira de Mello²⁶; classificações estas feitas do ponto de vista da posição jurídica em que os administrados se veem imediatamente investidos em decorrência das regras constitucionais. Tal classificação de Celso Antonio Bandeira de Mello distingue as normas constitucionais em três categorias: i) normas concessivas de poderes jurídicos; ii) normas concessivas de direitos; iii) normas meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida.

Nas palavras de Flávia Piovesan, “a eficácia jurídica corresponde às condições técnicas de atuação da norma, ou seja, apresenta eficácia jurídica a norma que tiver condições

²⁴ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. Op. cit. p. 145.

²⁵ Maria Helena Diniz classifica a aplicabilidade das normas constitucionais da seguinte forma: **a) normas supereficazes ou com eficácia absoluta:** são as dotadas de efeito paralisante de todas as legislações com elas incompatíveis, constituídas pelas chamadas normas pétreas; **b) normas com eficácia plena:** são aquelas que, por reunirem todos os predicados necessários à produção imediata dos efeitos previstos, não demandam legislação integradora para surtirem eficácia; **c) normas com eficácia restringível:** correspondem às normas de eficácia contida, na classificação proposta por José Afonso da Silva; **d) normas de eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa:** são aquelas cuja capacidade de produção de efeitos reclama a intermediação de ato infraordenado; para revestir a forma de normas de princípios institutivo e programático.

²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*. Tese n. 8 apresentada à IX Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Florianópolis, 2-6.5.82, “Separata”, pp. 14 e ss.

de aplicabilidade. Eficácia jurídica significa, assim, a possibilidade de aplicação da norma. Já a eficácia social significa a efetiva aplicação da norma a casos concretos.”²⁷

Para o constitucionalismo atual, como diz Gilmar Mendes, todas as normas constitucionais são executáveis por si mesmas, até onde possam sê-lo²⁸. José Afonso da Silva também afirma isto ao dizer que “cada norma constitucional é sempre executável por si mesma até onde possa, até onde seja suscetível de execução”²⁹; sendo que o problema será encontrado exatamente na determinação deste limite, na verificação de quais os efeitos parciais

Como a presente tese versa sobre a efetivação dos direitos humanos advindos por meio de tratados internacionais de direitos humanos, faz necessária aqui um passo à frente para analisar não só as normas constitucionais previstas expressamente na Constituição Federal, mas também as normas jurídicas advindas por meio de tratado internacional de direitos humanos que se encontram alçados ao nível constitucional. Assim, diante disto, importante trazer a conceituação de tratado internacional para, em seguida, vermos os tratados internacionais sobre direitos humanos. Segundo a doutrina de McNair, tratado internacional “é um acordo escrito por meio do qual dois ou mais estados ou organizações internacionais que criam ou pretendem criar uma relação entre eles para produzir efeitos (“operating”) na esfera do direito internacional”³⁰.

Já para a legislação internacional, segundo o art. 2º, 1º, a) da Convenção Internacional sobre Direito de Tratados, “tratado significa um acordo internacional celebrado entre Estados em forma escrita e regido pelo direito internacional, que conste, ou de um

²⁷ PIOVESAN, Flávia. Proteção Judicial contra Omissões Legislativas. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 57.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit. p. 78.

²⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Op. cit. p. 75.

³⁰ Lord McNair, *The Law of Treaties*, 1961, p. 4, At the Clarendon Press, Oxford, *apud* BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Direito Constitucional Internacional – Uma introdução*. 2 ed. rev. São Paulo: Renovar, 2000, p.271.

instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”³¹.

Visto brevemente sobre a definição de tratado internacional adotada pela doutrina e pela legislação internacional, passo agora a analisar o tema da solução de conflito entre tratados internacionais e lei interna, temos, no Direito Internacional Público, duas teorias, a monista e a dualista. A teoria monista, liderada por Kelsen³², entende que a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica interna fazem parte de um único sistema, havendo equiparação entre os sujeitos, as fontes, o objeto e a estrutura das duas ordens, que se comunicam e se interpenetram³³. Dentro desta teoria monista há ainda uma subdivisão, no sentido de se dar primazia à um dos direitos, ou interno ou internacional. Os autores que defendem a primazia do direito interno argumentam que a ausência de uma autoridade supra-estatal justificaria por si só tal primazia; no sentido de que a cada Estado compete determinar, livremente, suas obrigações internacionais, sendo, em princípio, este Estado juiz único da forma de executá-las; também argumentam tais autores que o fundamento puramente constitucional dos órgãos competentes para concluir tratados em nome do Estado é que os obrigaria no plano internacional. Já para os autores que defendem a primazia do direito internacional, o direito interno estaria subordinado ao direito internacional. Para estes autores, não há duas ordens jurídicas coordenadas, mas duas ordens jurídicas, uma das quais o Direito Internacional e outra o direito interno; sendo o Direito Internacional superior ao direito interno³⁴. Segundo esta teoria, a ordem jurídica interna deriva da ordem jurídica internacional, que tem supremacia.

Vale ressaltar que há críticas quanto à primazia da superioridade do Direito Internacional ao direito interno. Mirtô Fraga expõe que, dentre tais críticas, encontramos a de que a teoria não corresponde à História, que ensina ser o Estado anterior ao Direito Internacional; a de que a teoria não se coaduna com a soberania estatal; e a de que uma norma

³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Direito Constitucional Internacional – Uma introdução*. 2 ed. rev. São Paulo: Renovar, 2000, p.272.

³² Esta teoria, que foi liderada por Kelsen, foi seguida por Verdross, Mirkine-Guerzévitch, Lauterpacht, Jimenez de Arechaga, Miaja de la Muela dentre outros autores.

³³ FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 19.

³⁴ *Idem*. p. 8.

de direito interno só pode ser revogada por um procedimento de direito interno, pelo que há independência entre as duas ordens³⁵.

Já a teoria dualista, sistematizada por Heinrich Triepel³⁶, entende que há uma separação entre a ordem jurídica interna e internacional, sem que haja a possibilidade de existir algum conflito entre as ordens jurídicas.

Sobre a teoria dualista, Marotta Rangel descreveu-a com as seguintes palavras

Cisão rigorosa entre a ordem jurídica interna e a internacional, a tal ponto que se nega a possibilidade de conflito entre ambas. Vontade de um só ou de vários Estados como fundamento respectivo dessas ordens: relação de subordinação na primeira e de coordenação na segunda. Distinguem-nas outrossim relações, sujeitos, fontes e estrutura diversas. Constituem-se como ‘duas esferas, quando muito tangentes, mas jamais secantes’. Como consequência da separação das duas ordens: validade de normas internas contrárias ao Direito das Gentes; impossibilidade de que ordem jurídica possa determinar a validade das normas de outra ordem; inadmissibilidade da norma internacional no direito interno; necessidade de transformação da norma internacional para integrar-se no direito interno, incoerência de primazia de uma ordem sobre outra, por constituírem ‘dois círculos que estão em contacto íntimo mas que não se sobrepõem jamais’. Separam-se nitidamente, pois, o Estado e a ordem jurídica internacional. É o Estado – assinalam ainda os adeptos do paralelismo – o ‘prius’ lógico do Direito Internacional, de modo que aquele não está para este, senão ao contrário, o ‘direito internacional está para o Estado’³⁷.

O direito pátrio adotou a teoria dualista³⁸, vez que temos o princípio da supremacia das normas constitucionais em nosso ordenamento jurídico. A respeito da

³⁵ FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno*. Op. cit. p. 9.

³⁶ Esta teoria, sistematizada por Heinrich Triepel, teve como seguidores Anzilotti, Strup, Walz, Oppenheim, Diena, Perassi, Balladore Palieri e Liszt, dentre outros.

³⁷ RANGEL, Vicente Marotta, *Os conflitos entre Direito Interno e os Tratados Internacionais*. In BSBDI n° 44-45, *apud* Mirtô Fraga, p. 5-6.

³⁸ Em sentido contrário ao texto constitucional e à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, temos a opinião de Flávia Piovesan, para quem “em síntese, relativamente aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a Constituição brasileira de 1988, nos termos do art. 5º § 1º, acolhe sistemática da incorporação automática dos tratados, o que reflete a adoção da concepção monista. Ademais a Carta de 1988 confere aos tratados de direitos humanos o *status* de norma constitucional, por força do art. 5º § 2º. O regime jurídico

supremacia da Constituição, o Min. Celso de Mello afirmou que este “é o ponto delicado sobre o qual se estrutura o complexo edifício institucional do Estado democrático e no qual se apóia todo o sistema organizado de proteção das liberdades públicas”³⁹.

Ainda tratando sobre o princípio da supremacia da constituição, temos o entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem

é pacífico no direito brasileiro que as normas internacionais convencionais – cumprindo o processo de integração à nossa ordem jurídica – têm força e hierarquia de lei ordinária. Em consequência, *se o Brasil incorporar tratado que institua direitos fundamentais, esses não terão senão força de lei ordinária*. Ora, se os direitos fundamentais outros têm a posição de normas constitucionais. Ou seja, haveria direitos fundamentais de dois níveis diferentes: um constitucional, outro meramente legal⁴⁰.

Assim, as normas constantes em tratados e convenções internacionais, desde que regularmente aprovadas pelo Poder Legislativo e promulgadas pelo Presidente da República, ingressarão no ordenamento jurídico brasileiro como atos normativos infraconstitucionais, de mesma hierarquia às leis ordinárias; sendo, portanto, subordinadas ao Texto Constitucional.

Sobre esta subordinação dos tratados internacionais à Constituição, José Joaquim Gomes Canotilho comenta que

as normas de direito internacional público vigoram na ordem interna com a mesma relevância das normas de direito interno, desde logo quanto à subordinação à

diferenciado conferido aos tratados de direitos humanos não é, todavia, aplicável aos demais tratados, isto é, aos tratados tradicionais. No que tange a estes, adota-se a sistemática da incorporação legislativa, de modo a exigir que, após a ratificação, um ato com força de lei (no caso brasileiro este ato é um Decreto expedido pelo Executivo) confira execução e cumprimento aos tratados no plano interno. Deste modo, no que se refere aos tratados em geral, acolhe-se a sistemática de incorporação não automática, o que reflete a adoção da concepção dualista” (*Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 111).

³⁹ *Diário da Justiça*, Seção I, 13 ago. 1997, p. 36.563.

⁴⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 99.

Constituição – sendo, pois, inconstitucionais se infringirem as normas da Constituição ou os seus princípios⁴¹.

Alexandre de Moraes afirma que, para um tratado internacional ser incorporado ao ordenamento jurídico nacional, o mesmo deve ser submetido a um procedimento composto de três fases. Na primeira fase, encontramos o Presidente da República celebrando o tratado internacional através da sua competência privativa prevista no art. 84, VIII da Constituição Federal. Já na segunda fase, temos o Congresso Nacional ratificando o tratado internacional através de um decreto legislativo, conforme disposto no art. 49, I da Constituição Federal. E na terceira e última fase, temos a edição de um decreto do Presidente da República, que promulga o tratado internacional já ratificado pelo Congresso Nacional. É somente após a edição do decreto presidencial que o tratado internacional adquire executoriedade interna⁴². No mesmo sentido é o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes, para quem o decreto legislativo não contém uma ordem de execução do tratado internacional no Território Nacional, uma vez que somente ao Presidente da República cabe decidir sobre sua ratificação⁴³.

Acerca do procedimento adotado para entrada no direito interno dos tratados internacionais, Mirtô Fraga⁴⁴ assevera que

o decreto de promulgação é o atestado de existência de uma regra jurídica, regularmente concluída, em obediência ao processo específico, instituído na Lei Maior. Se a promulgação não integra o processo legislativo, se, ao contrário, ela lhe é posterior – o que se promulga já é lei -, não se pode, logicamente, afirmar-se que o tratado promulgado por decreto do Executivo deixa, no âmbito interno do Estado, de ser Direito Internacional, para ser disposição legislativa interna. O que acontece é o seguinte: assinado o tratado, aprovado pelo Legislativo, ratificado pelo Executivo, ele passa, conforme o que se estabeleceu em seu próprio texto, a vigorar na órbita

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 85.

⁴² MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 315-316.

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 168.

⁴⁴ FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno*. Op. cit. p. 69.

internacional. Os indivíduos, porém, para acatá-lo e os Tribunais para aplicá-lo precisam ter conhecimento de que ele existe. Pela promulgação, o Chefe do Poder Executivo apenas declara, atesta, solenemente, que foram cumpridas as formalidades exigidas para que o ato normativo se completasse. Mas como afirma José Afonso da Silva, *fazer saber* que há uma norma jurídica pouco adiantaria se não se divulgasse tal comunicação. Isso se faz com a publicação. E como é ela que dá conhecimento a todos da existência da norma recém-formulada, e como só se é obrigado à norma que se conhece (a publicação se faz presumir conhecimento), o tratado é obrigatório a partir da data de inserção no Diário Oficial da União do decreto de promulgação, contendo em apenso o tratado.

Importante destacar que o disposto no art. 5º § 2º da Constituição Federal determina que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Quanto a este parágrafo, Celso Antônio Albuquerque de Mello entende que há uma redundância desnecessária, já que os tratados de que o Brasil faça parte são obrigatórios com ou sem tal referência. Assim, ele afirma que

o primeiro comentário que pode ser formulado é que a Constituição incorporou ao direito interno os tratados internacionais sobre direitos humanos. Esta incorporação é uma redundância e, na verdade, supérflua, tendo em vista que os tratados de que o Brasil faz ‘parte’ já são obrigatórios com ou sem o dispositivo acima. Ele é um verdadeiro pleonasma. Entretanto, algo realizado com um intuito que reconhecermos humanitário, pode se transformar em algo perigoso. É que em países onde há uma incorporação pura e simples o tratado é equiparado à lei e, erroneamente, se afirma que a lei posterior pode revogar o tratado que seria uma lei anterior. Na verdade, os direitos humanos têm a nosso ver, um ‘status’ especial na ordem jurídica internacional e deve predominar sempre⁴⁵.

O estudo sobre os tratados internacionais se divide entre “antes da Emenda Constitucional nº 45” e “depois desta Emenda”. Importante destacar que antes da Emenda Constitucional nº 45 todos os tratados internacionais eram ratificados pelo Brasil com o *status*

⁴⁵ ALBUQUERQUE DE MELLO, Celso Antonio. *Direito Constitucional Internacional – Uma introdução*. 2. ed. rev. São Paulo: Renovar, 2000. p. 24.

de lei ordinária, e podiam ser objeto de controle de constitucionalidade no sentido de questionar se o disposto nos tratados está de acordo, ou não, com o disposto no Texto Constitucional. Não tínhamos, ainda, qualquer previsão legal distinguindo os tratados internacionais quanto aos seus temas; desta forma, todo e qualquer tratado internacional tinha *status* de lei ordinária.

Todavia, com o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, a Constituição Federal passou a ter diversas inovações em seu texto, sendo uma delas a possibilidade de tratados internacionais sobre direitos humanos terem, ao invés de *status* de lei ordinária, *status* de norma constitucional.

O parágrafo terceiro do artigo quinto da Constituição Federal cuidou de oferecer abertura ao sistema para novos instrumentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos, desde que obedecidas as regras lá existentes. Diante da hierarquia especial dos tratados, seria possível falar-se em discussão de sua efetividade, diante da omissão dos poderes em seu cumprimento.

Para tal demonstração, primeiramente será verificado o que se entende nos dias atuais por Constituição e por normas constitucionais. Em seguida os tratados internacionais sobre direitos humanos serão analisados tanto como eram antes da Emenda Constitucional nº 45 como também depois de tal emenda constitucional; e, ainda, o que vem a ser este *status* de norma constitucional que o parágrafo 3º do art. 5º da Constituição Federal se refere. Uma vez superada esta fase de análise das normas constitucionais, verificaremos como se dá o controle de convencionalidade por omissão e seus efeitos atuais a partir do controle de constitucionalidade.

Sendo o controle de constitucionalidade o método pelo qual se verifica se determinada norma ou ausência de norma - neste último caso falamos em omissão - é compatível com as normas constitucionais vigentes; e tal procedimento de análise pode ocorrer tanto antes como depois de findado o processo legislativo. Desta forma, toda e qualquer nova norma que pretenda adentrar ao ordenamento jurídico deverá ser analisada quanto à sua constitucionalidade, assim como a ausência de norma também deverá ser analisada.

Nas palavras de André de Carvalho Ramos, o controle de convencionalidade “consiste na análise da compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais”⁴⁶. Para o autor, há duas espécies de controle de convencionalidade: o internacional e o nacional. Enquanto que o controle de convencionalidade internacional é realizado por tribunais internacionais de direitos humanos, como a Corte Europeia, a Corte Interamericana e a Corte Africana, o controle de convencionalidade nacional é realizado pelos tribunais nacionais⁴⁷.

Ao fazer tal distinção entre as duas espécies de controle de convencionalidade, André de Carvalho Ramos afirma que há três principais diferenças entre tais espécies. A primeira delas refere-se ao parâmetro de confronto e objeto do controle; para ele “os juízes e tribunais internos não ousam submeter uma norma do Poder Constituinte Originário à análise da compatibilidade com um determinado tratado de direitos humanos”. A segunda, quanto à hierarquia do tratado-parâmetro, que depende de como o Direito interno do país organiza seu sistema jurídico com os tratados internacionais de direitos humanos; e a terceira, sobre a interpretação que os tribunais fazem acerca dos tratados internacionais de direitos humanos, sendo que para o autor é considerada a hipótese de o controle de convencionalidade poder levar à violação de normas contidas em tratados de direitos humanos. Cumpre destacar que a ideia do controle de convencionalidade surgiu na França em 1975, quando da decisão sobre a lei de interrupção voluntária de gravidez pôs em xeque o artigo 55 da Constituição Francesa diante do estatuto supralegal dos tratados; à ocasião o Conselho Constitucional entendeu que não cabia a análise da compatibilidade de lei com tratado internacional⁴⁸.

Nestor Pedro Sagués estabelece os principais três fundamentos para um controle de convencionalidade. O primeiro deles decorre do princípio da boa-fé no cumprimento, pelos Estados, das obrigações surgidas em tratados internacionais por meio da cláusula de *pacta sunt servanda*. Já o segundo fundamento deriva do princípio do efeito útil dos convênios, cuja eficácia não pode ser afastada por normas práticas dos Estados. E o

⁴⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 321.

⁴⁷ *Idem*. p. 322.

⁴⁸ *Ibidem*. p. 322.

terceiro fundamento relaciona-se com o princípio do Direito Internacional, estabelecido no art. 27 da Convenção de Viena (1969) que veda a alegação de direito interno para eximir-se dos deveres sobre direitos dos tratados⁴⁹.

Deve existir, segundo Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior, uma compatibilidade vertical entre a Constituição Federal e as demais normas do ordenamento jurídico, com a devida observância a parâmetros formal e material; sendo que o parâmetro formal refere-se às regras procedimentais do processo legislativo, enquanto que o parâmetro material diz respeito ao conteúdo das normas jurídicas; e cujo desrespeito a estes parâmetros da razão à inconstitucionalidade⁵⁰.

O controle de constitucionalidade não é nenhuma novidade para o Direito brasileiro, ele já existe desde a primeira Constituição republicana como sendo de responsabilidade do Poder Judiciário. O controle de constitucionalidade adotado no Brasil abrange tanto o modelo austríaco como o modelo norte-americano, respectivamente denominados de controle concentrado e controle difuso. No controle concentrado, no caso brasileiro – que é o que nos importa neste estudo, podemos observar a competência centrada unicamente no Supremo Tribunal Federal. Já o controle difuso, com origem nos Estados Unidos, qualquer juiz ou tribunal tem competência para realizar controle judicial de constitucionalidade de leis e atos normativos diante de um caso concreto. O controle difuso caracteriza-se exatamente pela necessidade de um caso concreto; em que uma das partes apresenta ao juízo argumento de que determinada lei ou parte dela é inconstitucional e, por isto, não deve ser aplicada àquele caso concreto.

Cumprido lembrar que a origem do controle de constitucionalidade difusa nos Estados Unidos está ligada ao caso *Marbury v. Madison*, em que se estabeleceu ao Poder Judiciário a possibilidade de rever atos praticados pelo Poder Legislativo ofensivos à Constituição Federal; a que passou-se a se denominar “judicial review”.

⁴⁹ SAGUÉS, Nestor Pedro. *El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales: concordancias e diferencias con el sistema europeo*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx>>. Acesso em: 28 abr. 2012.

⁵⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 25.

Já o controle concentrado é, em verdade, um controle em tese, vez que não se discute no processo qualquer caso concreto, mas sim tão somente se a norma objeto da ação é ou não compatível com a Constituição Federal.

Cumpra lembre, também, que o controle de constitucionalidade concentrado surgiu na Europa na década de 1920 por meio da Constituição da Áustria; tendo sido aperfeiçoada com a reforma constitucional austríaca de 1929. Hans Kelsen pensou no controle concentrado de constitucionalidade sendo realizado em um tribunal constitucional, e não pelo Poder Judiciário; para ele, a lei inconstitucional deveria ser assim declarada por este tribunal constitucional e, até que isto não ocorresse, a lei ou ato normativo seria válido. Somente após o tribunal constitucional declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo é que estes seriam retirados do ordenamento jurídico⁵¹.

Importante lembrar, como argumento necessário ao desenvolvimento da tese, de que os controles de constitucionalidade têm regras específicas quanto aos seus efeitos. Enquanto que no controle difuso os efeitos restringem-se a *inter partes*, ou seja, somente as partes do processo judicial se beneficiam da decisão que reconhecer a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo; no controle concentrado os efeitos são *erga omnes*, ou seja, todas as pessoas sujeitas às normas jurídicas declaradas inconstitucionais, mesmo que não sejam partes do processo, se aproveitam da decisão.

Agora, recentemente, nos deparamos com mais um avanço no Direito: a necessidade de observação se as leis e demais normas infraconstitucionais têm seus teores compatíveis com as normas previstas nas convenções internacionais de direitos humanos. A tal espécie de controle denominaram controle de convencionalidade.

Mas tal controle de convencionalidade não é uma criação do Direito brasileiro; vez que podemos encontrar a origem do controle de convencionalidade na França, mais especificamente na década de 1970, como já mencionado. Quando o Conselho Constitucional francês, em 15 de janeiro de 1975, proferiu a Decisão n. 74-54 DC em um processo que abordava a compatibilidade com os tratados ratificados pela França com a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, de forma a se declarar incompetente para analisar a

⁵¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. José Cretella Junior e Agnes Cretella. Op. cit. p. 89.

convencionalidade preventiva das leis pelo fato de não se tratar de um controle de constitucionalidade propriamente dito, o único em relação ao qual teria competência dito Conselho para se manifestar a respeito⁵².

O controle de convencionalidade surgiu, e se mantém assim até os dias atuais, como meio judicial de declaração de invalidade de leis incompatíveis com tais tratados, tanto por via de exceção (controle difuso ou concreto) como por meio de ação direta (controle concentrado ou abstrato). Não é, portanto, uma técnica legislativa de compatibilização dos trabalhos legislativos com os tratados internacionais de direitos humanos já ratificados; também não se trata de um mecanismo internacional de apuração dos atos do Estado em relação ao cumprimento de suas obrigações internacionais⁵³.

Muito embora surgido na França, o controle de convencionalidade desenvolveu-se com maior destaque na América, especialmente por meio da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O desenvolvimento da teoria geral do controle de convencionalidade na América deu-se por meio de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos ao longo do tempo.

Em um primeiro momento, em 2006, no caso *Almonaci Arellano*, a Corte Interamericana manifestou-se no sentido de afirmar que, “quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a zelar para que os efeitos dos dispositivos da Convenção não se vejam mitigados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. (...) o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade das leis’ entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção”⁵⁴.

⁵² TEIXEIRA, Carlos Geraldo. *O controle da convencionalidade das leis pelo Poder Judiciário*. São Paulo. <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/882/1148>. Acesso em: 06/07/15.

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ Corte IDH, caso *Almonacid Arellano and others vs. Chile*.

Num segundo momento, a Corte Interamericana, no caso "*Trabajadores Cesados*", afirma que o controle de convencionalidade deve ser exercido pelo Poder Judiciário de forma *ex officio*. Avançando na teoria geral do controle de convencionalidade, a Corte Interamericana afirma que os juízes devem realizar este controle dentro de suas competências e respectivas regras processuais correspondentes. Assevera que "esta função deve limitar-se exclusivamente pelas manifestações ou atos das partes em cada caso concreto, embora tampouco implique que este controle deva exercer-se sempre, sem considerar outros pressupostos formais e materiais de admissibilidade e procedência deste tipo de ações"⁵⁵.

Já no caso "*Cabrera y Montiel*", a Corte Interamericana estendeu a obrigação de exercer o controle de convencionalidade do Poder Judiciário a todos os juízes e órgãos vinculados à administração da Justiça em todos os seus níveis⁵⁶. Desta forma, o controle de convencionalidade passou a ser, segundo a Corte Interamericana, uma obrigatoriedade dos poderes judiciários dos Estados-partes; sendo este um avanço importante na concretização dos direitos humanos no âmbito interno destes Estados-partes, vez que a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos passam a ter significado maior.

E o último passo nesta evolução do controle de convencionalidade no âmbito internacional, mais especificamente junto à Corte Interamericana, deu-se com o caso "*Atala*", em que a Corte Interamericana incluiu o controle de convencionalidade não mais apenas na parte substantiva de sua análise, mas sim na seção correspondente às reparações, exigindo aos juízes o exercício do controle de convencionalidade como uma forma de reparação por violações a direitos humanos⁵⁷.

Esta Corte Interamericana de Direitos Humanos entende que o controle de convencionalidade não se restringe às normas jurídicas situadas abaixo da Constituição, vez que recai sobre todas as normas jurídicas do ordenamento jurídico interno; inclusive as normas constitucionais seriam objeto de controle de convencionalidade por parte da Corte

⁵⁵ Corte IDH, caso "*Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Peru, Excepciones Preliminares*", Fondo, Reparaciones y Costas", sent. del 24/11/2006, serie C nro. 158, parr. 128.

⁵⁶ Corte IDH, caso "*Cabrera Garcia y Montiel Flores v. Mexico, Excepciones Preliminares*", Fondo, Reparaciones y Costas", sent. del 26/11/2010, serie C nro. 220, parr. 225.

⁵⁷ Corte IDH, caso "*Atala Riffo y r\Jinas v. Chile*", Fonda, Reparaciones y Costas", sent. del 24/2/2012, serie C nro. 239, parrs. 281-284.

Interamericana⁵⁸. Importante destacar que para a Corte Interamericana, sua decisão tem força normativa para determinar a necessária modificação da ordem jurídica do Estado-parte condenado, de modo a compatibilizar o direito interno deste Estado-parte condenado à Convenção Americana.

Para Humberto Nogueira Alcalá, “os órgãos que exercem jurisdição constitucional e interpretam o texto constitucional, Tribunal Constitucional, Corte Suprema de Justiça e Cortes de Apelações, devem realizar seus melhores esforços para harmonizar o direito interno com o direito internacional dos direitos humanos. Assim mesmo, eles têm o dever de aplicar preferencialmente o direito internacional sobre as normas de direito interno, ele exige desenvolver um controle de convencionalidade sobre os preceitos legais e administrativos nos casos respectivos, como já sustentado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Almonacid*”⁵⁹.

Vem a ser, o controle de convencionalidade, portanto, uma evolução do controle de constitucionalidade, vez que decorre também da necessidade de visualização da compatibilidade das normas legais com as normas previstas em tratados internacionais de direitos humanos entendidas como supralegais e infraconstitucionais, como bem decidiu em 2008 o Supremo Tribunal Federal em decisão proferida no Recurso Extraordinário 466.343, da relatoria do Min. Gilmar Mendes, no qual ficou definida a atual interpretação do Supremo Tribunal Federal acerca da hierarquia das normas jurídicas no direito nacional.

Decidiu o Supremo Tribunal Federal que os tratados internacionais que versem sobre matéria relacionada a Direitos Humanos têm natureza infraconstitucional e supralegal – à exceção dos tratados aprovados em dois turnos de votação por três quintos dos membros de cada uma das casas do Congresso Nacional, os quais, a teor do art. 5º, §3º, da Constituição Federal, os quais possuem *status* constitucional.

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Controle de Convencionalidade (na perspectiva do Direito brasileiro)*. In Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 78.

⁵⁹ ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Reforma constitucional de 2005 y control de convencionalidade de tratados internacionales*. In Estudios constitucionales n. 1. año 5. Universidad de Talca, 2007, p. 87.

A respeito disto, podemos afirmar que qualquer norma jurídica que desrespeitar Tratado ou Convenção Internacional de Direitos Humanos, aprovado pela maioria qualificada do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, pode ser questionada judicialmente perante o Supremo Tribunal Federal pelos mesmos legitimados previstos no art. 103 da Constituição Federal, por meio de ação de controle concentrado de constitucionalidade⁶⁰.

Sobre a hierarquia das normas e a estrutura do ordenamento jurídico, cito as palavras de Tercio Sampaio Ferraz Junior⁶¹ a respeito.

Um ordenamento, como sistema, contém um repertório, contém também uma estrutura. Elementos normativos e não normativos (repertório) guardam relações entre si. Por exemplo, quando dizemos que as normas estão dispostas hierarquicamente, umas são superiores, outras inferiores, estamos pensando em uma estrutura. Hierarquia é um conjunto de relações, estabelecidas conforme regras de subordinação e de coordenação. Essas regras não são normas jurídicas nem são elementos não normativos, isto é, não fazem parte do repertório, mas da estrutura do ordenamento.

Para Ingo Wolfgang Sarlet⁶²

é possível afirmar que, tanto os tratados incorporados pelo rito previsto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal, quanto os demais tratados ratificados por maioria simples e aprovados até o advento da Emenda Constitucional 45/2004 (que, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, possuem hierarquia supralegal), ensejam a possibilidade de aferição da compatibilidade entre tais atos normativos e os tratados.

⁶⁰ ALVES, Waldir. *Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais*. In: In: MARINONI, Luiz Guilherme. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 328.

⁶¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 177.

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. *Controle de convencionalidade dos tratados internacionais*. In: Consultor Jurídico, 10 de abril de 2015.

Para o autor⁶³,

há que distinguir entre os tratados aprovados pelo rito do art. 5º, § 3º, CF, dotados de valor jurídico equivalente ao das emendas constitucionais, dos demais tratados, aprovados pelo Congresso Nacional por maioria simples e antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional 45, de 2004. Todavia, a despeito das diferenças entre as duas espécies de tratados, o elo comum entre os mesmos é o de que, o simples fato de prevalecerem, por força da sua superior hierarquia e do caminho trilhado pelo próprio STF, sobre a normativa legal interna, lhes garante a condição de parâmetro do controle de convencionalidade. Tal controle, assim como ocorre no caso do controle de constitucionalidade, se dá, portanto — em sintonia com a orientação privilegiada pelo STF! — em virtude da hierarquia das normas.

A incorporação dos tratados internacionais de Direitos Humanos pelos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal é defendida por Flávia Piovesan⁶⁴. Outra tese possível é a da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, em que tais tratados jamais poderiam contrariar a supremacia da Constituição Federal; todavia, estes teriam local reservado dentro do ordenamento jurídico acima das leis e abaixo das normas constitucionais. Esta tese da supralegalidade e infraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos surgiu no julgamento do RHC nº 79.785-RJ, ocorrido em 29 de março de 2000, pelo voto do Relator Ministro Sepúlveda Pertence, que aventou pela primeira vez a possibilidade dos tratados internacionais de direitos humanos serem documentos supralegais. As palavras do Ministro Sepúlveda Pertence foram no seguinte sentido:

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Controle de convencionalidade dos tratados internacionais*. Op. cit.

⁶⁴ Para a autora, “quanto à incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, observa-se que, em geral, as Constituições latino-americanas conferem a estes instrumentos uma hierarquia especial e privilegiada, distinguindo-os dos tratados tradicionais. Neste sentido, merecem destaque o art. 75,22 da Constituição Argentina, que expressamente atribui hierarquia constitucional aos mais relevantes tratados de proteção de direitos humanos e o art. 5º, §§ 2º e 3º da CF brasileira que incorpora estes tratados no universo de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos. As Constituições latino-americanas estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade. Ao processo de constitucionalização do Direito Internacional conjuga-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional”. (Flávia Piovesan, Força integradora e catalizadora do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: desafios para a pavimentação de um constitucionalismo regional. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 25, p. 327)

Certo, com o alinhar-me ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não assumo compromisso de logo – como creio ter deixado expresso no voto proferido na ADInMc 1.480 – com o entendimento, então majoritário – que, também em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais – preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis.

Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição (...)

Se assim é, à primeira vista, parificar as leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos” (RHC nº 79.785-RJ, Pleno, por maioria, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.11.2002, vencidos os ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso (o então Min. Presidente).

No caso do Brasil, podemos afirmar que o controle de convencionalidade deve ser realizado por nossos tribunais face à recomendação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujas decisões o Brasil se comprometeu a cumprir desde 1998, quando do Decreto-Legislativo 89⁶⁵. A própria Corte Interamericana de Direitos Humanos já manifestou-se de forma clara, no caso *Almonacid Arellano and others vs. Chile*, que “a Corte é consciente de que os juízes e os tribunais internos estão sujeitos ao império da lei, para ele, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado já ratificou um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar porque os efeitos das disposições da Convenção Americana não se veem temerosas pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e fim, e desde o início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de controle de convencionalidade entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana de Direitos

⁶⁵ TEIXEIRA, Carlos Geraldo. *O controle da convencionalidade das leis pelo Poder Judiciário*. <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/882/1148>. Acesso em: 06/07/15.

Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, como também a interpretação que dela mesma tem da Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana"⁶⁶.

Acerca desta necessidade de realização do controle de convencionalidade, de acordo com o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Mazzuoli afirma que, pela redação imperativa da Corte, seria um dever do Poder Judiciário interno o de controlar a convencionalidade de suas leis em face dos tratados de direitos humanos em vigor no país⁶⁷. Sendo certo, ainda, que para a Corte o Poder Judiciário "deve ter em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana".

No caso específico do Brasil, podemos afirmar que a necessidade de um controle de convencionalidade tornou-se mais claro com o advento do § terceiro do art. quinto da Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004. Com esta nova norma constitucional notou-se o desenvolvimento no controle de constitucionalidade nacional, de forma com que a doutrina passasse a defender o controle de convencionalidade. Como bem afirma Valério de Oliveira Mazzuoli, "se os tratados de direitos humanos têm 'status de norma constitucional', (...) se são 'equivalentes às emendas constitucionais', posto que aprovados pela maioria qualificada prevista no art. 5º, § 3º da mesma Carta, significa que podem eles ser paradigma de controle das normas infraconstitucionais no Brasil". E isto é indubitável.

Estamos, assim, diante de uma nova ordem constitucional, em que não apenas as normas constitucionais expressamente previstas em seu texto, mas também as normas constitucionais advindas de tratados internacionais de direitos humanos deverão servir de parâmetro de controle das normas infraconstitucionais.

⁶⁶ Corte IDH, caso "*Almonacid Arellano v. Chile, Excepciones Preliminares*, Fondo, Reparaciones y Costas", sent. del 26/9/2006, serie C nro. 154, parr. 124. *Con anterioridad existen referencias al "control de convencionalidad" en algunos votos concurrentes del juez Sergio Garcia Ramirez. Cfr. sus votos en los casos "Myrna Mack Chang v. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas", sent. del 25/11/2003, serie C nro. 101, parr. 27; caso "Tibi v. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", sent. del 7/9/2004", serie C nro. 114, parr. 3; y caso "Vargas Areco v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas", del 26/9/2006, serie C nro. 155, párrs. 6 y 12.*

⁶⁷ TEIXEIRA, Carlos Geraldo. *O controle da convencionalidade das leis pelo Poder Judiciário*. <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/882/1148>. Acesso em: 06/07/15.

Para Gilmar Ferreira Mendes⁶⁸ o disposto no § 2º do art. 5º da Constituição Federal

deu ensejo a uma instigante discussão doutrinária e jurisprudencial – também observada no direito comparado – sobre o *status* normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, a qual pode ser sistematizada em quatro correntes principais, a saber: a) a vertente que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos⁶⁹; b) o posicionamento que atribui caráter constitucional a esses diplomas internacionais⁷⁰; c) a tendência que reconhece o *status* de lei ordinária a esse tipo de documento internacional⁷¹; d) por fim, a interpretação que atribui caráter supralegal aos tratados e convenções sobre direitos humanos⁷².

Quando da inclusão do § 3º no art. 5º da Constituição Federal, podemos notar a disponibilização ao Poder Judiciário brasileiro a possibilidade de realização do controle de convencionalidade das leis. Sendo certo que este (novo) controle pode ocorrer tanto de forma concentrada como difusa, da mesma forma com que se realiza o controle de constitucionalidade, como veremos.

Nas palavras de Valério de Oliveira Mazzuoli, o controle de convencionalidade “trata-se de adaptar ou conformar os atos ou leis internas aos compromissos internacionais

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *A supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a prisão civil do depositário infiel no Brasil*. In: MARINONI, Luiz Guilherme. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 113.

⁶⁹ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *O § 2º do art. 5º da Constituição Federal*. In: Torres, Ricardo Logo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 25-26.

⁷⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto á proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional*. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Brasília, nº 113-118, 1998; e PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 83

⁷¹ RE nº 80.004/SE, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJ 29.12.1977.

⁷² Art. 25 da Constituição da Alemanha; art. 55 da Constituição da França; e art. 28 da Constituição da Grécia.

com reflexos práticos no plano do seu direito interno”⁷³. Ou seja, em outras palavras, por meio do controle de convencionalidade é que se adapta, se coaduna, o ordenamento jurídico pré-existente aos (novos) ditames constitucionais advindos por meio de tratados internacionais de direitos humanos.

Mazzuoli propôs resolver a questão por outro interessante prisma: partindo do pressuposto que o Supremo já aceita de maneira pacífica a supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e que dessa forma irradiam efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, *a fortiori* pode-se sustentar que eles formam uma dupla barreira de compatibilidade, abaixo da Constituição, mas acima de todo o restante da pirâmide jurídica. Para o autor, “toda produção legislativa fica condicionada não apenas ao chamado controle de constitucionalidade, cujo paradigma de controle é a Constituição; mas também a um segundo tipo de fiscalização, “complementar e coadjuvante (jamais subsidiário)”, denominado por este como controle de convencionalidade vez que deriva das convenções internacionais, tendo como paradigma de controle os tratados internacionais.

Nas palavras de Mazzuoli⁷⁴,

os tratados internacionais de direitos humanos foram sendo incorporados ao direito pátrio os tribunais locais – estando tais tratados em vigor no plano internacional - podem, desde já e independentemente de qualquer condição ulterior, compatibilizar as leis domésticas com o conteúdo dos tratados (de direitos humanos ou comuns) vigentes no país. Em outras palavras, os tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro passam a ter eficácia paralisante (para além de derogatória) das demais espécies normativas domésticas, cabendo ao juiz coordenar essas fontes (internacionais e internas) e escutar o que elas dizem.

No entendimento do autor⁷⁵, o Supremo Tribunal Federal na decisão histórica de 2008 afirmou competir aos juízes e Tribunais o dever constitucional “de atuar na defesa

⁷³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 1. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p.128.

⁷⁴ *Idem*. p. 209.

incondicional e na garantia real das liberdades fundamentais da pessoa humana”, trazendo uma efetividade aos direitos previstos em tratados internacionais; havendo aqui uma missão social e politicamente mais importante e sensível que se impõe a eles.

Acerca da possibilidade de realizar-se o controle de convencionalidade das leis e atos normativos tendo como parâmetro as normas previstas em tratados internacionais de direitos humanos, o Min. Celso de Melo manifestou-se no seguinte sentido em voto

“ (...) **Nesse sentido** – e no contexto histórico-social em que se formaram -, as **Declarações de Direitos** representaram, **sempre**, um poderoso instrumento de tutela e de salvaguarda dos direitos e liberdades civis, das franquias constitucionais e dos direitos fundamentais **assegurados** pelos tratados e convenções internacionais **subscritos** pelo Brasil. **Essa alta missão**, que foi confiada aos juízes e Tribunais, **qualifica-se** como uma das mais expressivas funções políticas do Poder Judiciário.

O Juiz, no plano de nossa organização institucional, **representa** o órgão estatal **incumbido** de concretizar as liberdades públicas **proclamadas** pela declaração constitucional de direitos e **reconhecidas** pelos atos e convenções internacionais **fundados** nos direitos das gentes. **Assiste**, desse modo, ao Magistrado, **o dever de atuar** como instrumento da Constituição – e **garante** de sua supremacia – **na defesa incondicional e na garantia real** das liberdades fundamentais da pessoa humana, **conferindo**, ainda, **efetividade** aos direitos **fundados** em tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Essa é a missão **socialmente** mais importante e **politicamente** mais sensível **que se impõe** aos magistrados, em geral, e a esta Suprema Corte, em particular.

É dever dos órgãos do poder Público – e **notadamente** dos juízes e Tribunais – **respeitar e promover** a efetivação dos direitos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais e assegurados pelas declarações internacionais, **em ordem a permitir** a prática de perspectiva, **como peça complementar** no processo de tutela das liberdades públicas fundamentais.⁷⁶”

⁷⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. Op. cit. p. 209.

⁷⁶ Voto do Min. Celso de Melo no julgamento pelo pleno do STF no RE 466.343/SP, 03.12.2008. Disponível </http://www.stf.jus.br/>. Acesso em 25.01.2010.

O Min. Ayres Brito também já se manifestou no mesmo sentido em julgamento.

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). [...] (RE 349703. Relator: Min. Carlos Ayres Britto)

Acerca da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, Flávia Piovesan afirma que

“ao revés, que conferir hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, com a observância do princípio da prevalência da norma mais favorável, é interpretação que se situa em absoluta consonância com a ordem constitucional de 1988, bem como com sua racionalidade e principiologia. Trata-se de interpretação que está em harmonia com os valores prestigiados pelo sistema jurídico de 1988, em especial do valor *da dignidade humana* – que é o valor fundante do sistema constitucional. Insiste que a teoria da paridade entre o tratado internacional e a legislação não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que a

Constituição de 1988 assegura a estes garantia de privilégio hierárquico, reconhecendo-lhes natureza de norma constitucional. Esse tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo art. 5º § 2º da Carta de 1988, justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre os Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes. Os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano, e não das prerrogativas do Estado”⁷⁷

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, “conferir aos tratados internacionais de direitos humanos o *status* de direito ordinário não só legitima o Estado signatário a descumprir unilateralmente acordo internacional, como ainda (...) inviabiliza a tutela dos direitos humanos em nível supranacional”⁷⁸.

Para além da questão hierárquica das normas jurídicas, é relevante trazer aqui a questão da interpretação dos tratados internacionais de direitos humanos, vez que as regras gerais de interpretação estão previstas no artigo 31(1) da Convenção de Viena, independentemente da posição hierárquica que os tratados terão no ordenamento jurídico dos países. No artigo citado da Convenção de Viena está estabelecido que um tratado deve ser interpretado de acordo com o texto, o momento da interpretação, o objeto, a finalidade e a boa-fé⁷⁹ dos contratantes.

Todavia, além destas regras gerais previstas em normas positivas, podemos afirmar que a interpretação dos tratados internacionais de direitos humanos está lastreada atualmente também em princípios vetores de interpretação advindos da jurisprudência internacional. Estes princípios são o da efetividade, pelo qual assegura-se às disposições

⁷⁷ PIOVESAN, Flávia. *A Constituição de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos*. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos | vol. 6 | p. 211 | Ago / 2011.

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Controle de Convencionalidade (na perspectiva do Direito brasileiro)*. In *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 59.

⁷⁹ A questão da boa-fé dos contratantes será abordada em momento mais oportuno, quando tratarmos da responsabilidade do Chefe do Poder Executivo.

convencionais os efeitos pretendidos; o da primazia da norma mais favorável ao indivíduo, que permite uma harmonia entre as normas internacionais e internas; e o *pro homine*, em que os tratados de direitos humanos deixam de ser interpretados de forma restritiva para serem interpretados de forma a sempre procurar a máxima proteção do indivíduo.

Para o desenvolvimento da presente tese optamos por adotar como norte tão somente o princípio da interpretação *pro homine*, com suas características específicas na interpretação dos direitos humanos a serem analisados no controle de convencionalidade. Neste sentido, observamos que a doutrina vem entendendo o princípio da interpretação *pro homine* como “um critério hermenêutico que informa todos os direitos humanos, em virtude do qual se deve acudir a norma mais ampla ou a interpretação mais extensiva quando se tratar de reconhecer direitos protegidos e, inversamente, a norma ou a interpretação mais restritiva quando se tratar de estabelecer restrições permanentes ao exercício de direitos ou sua suspensão extraordinária”⁸⁰. Em outras palavras, podemos afirmar que este princípio *pro homine* traduz-se na característica principal dos direitos humanos que é o de estar sempre a favor dos homens.

Importante destacar aqui que o princípio *pro homine* não se encontra tão somente na teoria, na doutrina; tal princípio encontra-se positivado em tratados internacionais de direitos humanos que estabelecem que nenhuma de suas disposições autoriza limitação dos direitos protegidos em maior medida prevista, nem a limitar o gozo e o exercício de quaisquer outros direitos ou liberdade que possam estar reconhecidos em outra norma internacional ou interna em vigor, nem a excluir ou limitar o efeito que possam produzir as normas consuetudinárias em matéria de direitos humanos⁸¹.

Em verdade, o que obriga esta compatibilização a respeito do alcance dos direitos protegidos e das obrigações assumidas pelo Estado é o grande rol de fontes, tanto

⁸⁰ PINTO, Monica. *El principio pro homine. Criterios de hermenêutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*. In: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, 1997, ISBN 987-9120-14-0, págs. 163.

⁸¹ Por exemplo o art. 5 Pacto Intenacional de Derechos Civiles y Politicos (PIDCP); o art. 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); art. 5 Pacto Intemacional de Derechos Economicos Sociales y Culturales (PIDESC); o art. 1.1 Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; o art. 41 Convención sobre los Derechos del Niño.

internas como internacionais, dos direitos humanos⁸². Diante de tal argumento, podemos observar que a adoção como critério de interpretação o princípio *pro homine* nada mais é do que ajustar todo o ordenamento jurídico para que o homem, destinatário central do Direito como um todo – e dos direitos humanos em especial, seja protegido pela norma que melhor lhe proteger diante da análise de um caso concreto.

André de Carvalho Ramos afirma que “toda obrigação internacional de respeito aos direitos humanos não pode ser interpretada restritivamente em prol dos Estados, mas sim em prol dos destinatários da proteção internacional de direitos humanos, ou seja, o indivíduo”⁸³. Para o autor, tal princípio de interpretação está consolidado na jurisprudência internacional de forma a fazer surgir três diretrizes hermenêuticas importantes. A primeira diretriz hermenêutica determina a necessidade de uma interpretação sistemática do conjunto de normas jurídicas protetoras dos direitos humanos. A segunda diretriz hermenêutica é no sentido de prever uma interpretação restritiva das limitações previstas nas normas jurídicas protetoras dos direitos humanos. E a terceira diretriz hermenêutica vem abordar a questão da interpretação *pro homine* quando da observância de lacunas nas normas jurídicas protetoras dos direitos humanos⁸⁴.

Para o autor argentino Luis M. García, o princípio *pro homine* constitui-se de um lado como um critério de interpretação e de outro como uma norma de reenvio. Como um critério de interpretação, o autor destaca que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já identificou expressamente tal princípio como um “princípio de interpretação extensiva dos direitos humanos e restritiva de suas limitações”⁸⁵. Para este autor, no que se refere à norma de reenvio, o princípio *pro homine* indica ao intérprete, diante de normas de origem distintas, qual de todas as normas possíveis deve ser escolhida para ser aplicada na decisão do caso concreto; para ele “a decisão concreta dependerá, em todos os casos, de um exercício de aplicação hipotética, que permita, à vista do caso a ser decidido, determina qual seria a

⁸² PINTO, Monica. *El principio pro homine. Criterios de hermenêutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*. In: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, 1997, ISBN 987-9120-14-0, pág. 164.

⁸³ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 136.

⁸⁴ *Idem*. p. 136.

⁸⁵ Corte IDH, O.C. 5/85

solução do caso conforme se aplicasse uma ou outra norma concorrente, e, uma vez definido o resultado hipotético de sua aplicação, se deverá escolher a norma que seja mais favorável à pessoa”⁸⁶.

Os direitos humanos estão protegidos pela ordem jurídica e, conseqüentemente, são considerados como relativos (e não absolutos) vez que são suscetíveis de regulamentação restritiva que podem, inclusive, atingir de forma a suspender o exercício de determinados direitos. Desta forma, estas restrições aos Direitos Humanos que afirmamos ser possíveis podem caracterizar-se das seguintes formas: a) regulação razoável: é a regulamentação legal do exercício de um direito que, sem alterar a sua natureza, tenha em vista o seu pleno gozo e exercício na sociedade; b) restrições legítimas: são limites do tipo permanentes impostas ao exercício de certos direitos em resposta à necessidade de preservar ou alcançar certos fins que dizem respeito a toda a sociedade; e c) suspensão de direitos: que aponta para a situação extraordinária que está em perigo a vida da nação, tornando-se necessário decidir suspender o exercício de determinados direitos por parte do tempo e do estritamente necessário pelas exigências da medida situação⁸⁷.

Podemos afirmar que o critério do princípio *pro homine* deriva da norma prevista no artigo 29.2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que dispõe que “no exercício dos seus direitos e desfrutar de suas liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar geral em uma sociedade democrática”.

Outro autor que aborda o princípio *pro homine* é Martín Abregú, que afirma que “não se trata de um critério para a opção entre duas normas, vez que é uma guia para a proteção de um direito em cada caso particular”; para ele, “a diferença entre um e outro

⁸⁶ GARCÍA, Luis M. *El derecho internacional de los derechos humanos ¿cuestión de derecho internacional o cuestión de derecho doméstico?*. Artigo publicado junto às Secretarias de Actuación ante la S.C.B.A., C.S.J.N. y Organismos Internacionales da Defensoría de Casación do Ministerio Público da Provincia de Buenos Aires.

⁸⁷ *Idem* . p. 166.

critério significa que não haverá uma norma que seja, em todos os casos, a mais garantidora, mas isto dependerá de sua aplicação em cada caso particular”⁸⁸.

Já a Comissão Interamericana de Direitos Humanos conceitua o princípio *pro homine*, ora em análise, afirmando que “em matéria de reconhecimento de direitos, deve estar a norma mais ampla e a interpretação mais extensiva e, inversamente, a norma e a interpretação mais restritiva em matéria de limitação de direitos”⁸⁹.

Ainda tratando do princípio *pro homine*, podemos observar a aplicação deste princípio pelo Poder Judiciário argentino, mais especificamente pela Corte Suprema de Justiça, como veremos a seguir em algumas decisões importantes para os direitos humanos.

No caso denominado “Cardozo”, datado de 20 de junho de 2006, a Corte Suprema afirmou que em relação ao direito ao recurso em matéria penal, diante de uma situação sem previsão legal no direito processual penal local, os juízes devem optar pela interpretação mais respeitosa do princípio *pro homine*; e diante deste entendimento a sentença foi revogada nos seguintes termos:

“a Suprema Corte de Justiça da Província de Buenos Aires omitiu – amparado em um excessivo rigor formal – o controle sobre a questão federal comprometida na decisão do Tribunal de Cassação Penal local ao evitar um pronunciamento acerca de si, face a uma situação não regulamentada expressamente pelo código processual penal local, - o cômputo do prazo para recorrer em cassação em supostos como o dos autos – o julgador havia optado “por aquela interpretação que fora mais respeitosa do principio *pro homine* no marco do dever de garantir o direito ao recurso que assiste a toda pessoa culpada de delito. (art. 8.2.h. do Pacto de San José de Costa Rica e art. 14.5 do Pacto de Direitos Civis e Políticos).

Em caso análogo, denominado “Acosta” e datado de 23 de abril de 2008, a Corte Suprema argentina ao aplicar o princípio *pro homine* resolveu anular o julgamento de

⁸⁸ ABREGÚ, Martín. COURTIS, Christian. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, pág. 19.

⁸⁹ CIDH, Informe 35/07 –caso 12.553- “Jorge, José y Dante Peirano Basso”. República Oriental del Uruguay del 1 de mayo de 2007.

uma decisão plenária da Câmara Nacional de Apelação Criminal que limitava o alcance dos benefícios da suspensão da prova em julgamento, previstos no artigo 76 do Código Penal argentino, às infrações que tenham prestado uma pena de prisão ou de uma pena de prisão máxima inferior a três anos. Para resolver este caso, o Tribunal constatou que tal critério é baseado em uma exegese razoável da lei, prevista no art. 76, uma vez que estabelece uma interpretação ampla da criminalidade que se recusa um direito reconhecido pela própria lei, dando relevo indevido aos dois primeiros itens no quarto que deixaram completamente inoperantes. Nesta importante decisão, que virou um precedente, o Tribunal estabeleceu claramente as regras para a interpretação das disposições penais afirmando textualmente:

"6) A fim de determinar a validade de uma interpretação, deve-se notar que a primeira fonte de exegese da lei é sua letra (Decisões 304: 1820; 314: 1849; 327: 769). Este objectivo não pode ser ignorada pelos juízes devido a possíveis falhas técnicas na elaboração do texto legal, que devem ser superados em busca de uma aplicação racional (Decisões 306: 940; 312: 802), certificando-se que a inteligência atribuído não pode levar à perda de um direito (Bugs: 310: 937; 312: 1484). Mas o respeito por estas regras gerais não esgota a tarefa de interpretação do direito penal, uma vez que o princípio da legalidade (art. 18 da NC) requer "priorizar uma exegese restritiva dentro do limite semântico do texto legal, de acordo com o princípio político criminoso que caracteriza o direito penal como um último recurso a lei, eo princípio favorecendo interpretação jurídica pro homine imposto do Estado que os direitos humanos acordadas antes da alimentação.

Analisando o precedente acima, podemos concluir que diante da uma incerteza, mas respeitando o princípio *pro homine*, a melhor interpretação a ser adotada para alguns conceitos indefinidos de restrições legítimas deve ser a mais restritiva possível; vez que observa-se ser coerente com o princípio *pro homine* a afirmação de que mesmo as restrições legítimas devem ser interpretadas no sentido de restringir ou restritiva.

Vista a importância dos tratados internacionais para o atual Direito, podemos observar a relevância que o controle de convencionalidade passa a ter dentro de nosso

ordenamento jurídico, passaremos agora a dar um passo importante a frente no sentido de observar a possibilidade de realização do controle de convencionalidade por omissão.

1.2 O que se entende por controle de convencionalidade por omissão

O conceito de controle de convencionalidade, novo em nossa doutrina como já mencionado, permite com que também a vislumbre, assim como no controle de constitucionalidade, em casos de omissões legislativas; diante disto, posso afirmar que o controle de convencionalidade também pode, deve na verdade, ser realizado para a observação de omissões estatais na concretização dos direitos humanos quando da não regulamentação dos direitos humanos em legislação infraconstitucional. Assim, nesta parte da tese apresentarei argumentos que demonstrarão a possibilidade de realização de controle de convencionalidade também por omissão.

O controle de convencionalidade, antes mesmo de haver sido consolidado nas decisões emanadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, já vinha sendo praticado no exercício da jurisdição consultiva da mesma Corte. Como vimos, o controle que deve ser exercido *a priori* pela jurisdição estatal, quer por juízos singulares quer por tribunais, deverá ser realizado, então, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em caso de omissão da jurisdição interna⁹⁰.

Segundo Valério de Oliveira Mazzuoli, controle de convencionalidade está ligado à “compatibilidade vertical das normas do direito interno com as convenções internacionais de direitos humanos em vigor em um determinado país”, sendo a possibilidade de um juízo ou tribunal controlar a convencionalidade, que poderá ser realizada através da via difusa, na qual todo o juiz ou tribunal poderá controla-la, ou pela via concentrada, na qual o controle se concentra em um tribunal apenas (o guardião da constituição, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal)⁹¹.

⁹⁰ MARTINS, Leonardo. MOREIRA, Thiago Oliveira. *Constitucionalidade e Convencionalidade de Atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira*. In. Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano. Año XVII, Montevideo, 2011, pp. 463-483, ISSN 1510-4974.

De forma breve, afirmo que o controle de convencionalidade é a verificação das leis e atos normativos com os tratados internacionais de direitos humanos, para que aqueles possam adentrar ao ordenamento jurídico cumprindo com as observações da hierarquia das normas. Já quando falo em controle de convencionalidade por omissão estou falando, aqui, de algo novo, como requisito de uma tese⁹².

Teori Zavascki muito bem afirma que “os instrumentos para controle das omissões inconstitucionais não tem tradição em nosso direito, criados que foram pela Constituição de 1988”⁹³; basta vermos a estatística do Supremo Tribunal Federal para restar clara a afirmação acima⁹⁴. Sendo assim, o controle de convencionalidade por omissão, espécie de controle recente em nosso ordenamento jurídico, tende também a não ser muito realizada pelo Poder Judiciário. Daí a necessidade, emergencial, de um novo paradigma, que será posteriormente defendido.

Anteriormente já havia citado trecho importante em que André de Carvalho Ramos menciona, ainda que de forma sutil, a possibilidade do controle de convencionalidade ser uma análise da compatibilidade dos atos internos omissivos em face das normas internacionais, além dos atos comissivos⁹⁵. Assim como, também anteriormente, já havia mencionado trecho do mesmo autor em que é citada a diretriz hermenêutica relativa à aplicação da interpretação *pro homine* quando da constatação de lacuna nas normas jurídicas protetoras de direitos humanos⁹⁶. Desta forma, com estes trechos específicos da obra de André de Carvalho Ramos, o autor abre um novo caminho a ser traçado, vez que é rara a análise dos atos omissivos na doutrina nacional no que se refere a efetivação dos direitos humanos.

⁹¹ RUSSOWSKY, Iris Saraiva. *O controle de convencionalidade das leis: uma análise na esfera internacional e interna*. In RIDB - Revista Internacional de Direito Brasileiro, Ano 1 (2012), nº 3.

⁹² Pouco há na doutrina nacional qualquer referência ao controle de convencionalidade por omissão; mesmo sobre o controle de convencionalidade o material é parco, muito embora de qualidade, vez que estamos aqui tratando de um tema novo, recente ao Direito pátrio.

⁹³ ZAVACSKI, Teori. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2. ed. atual. ampl. São Paulo: RT, 2012. p.17.

⁹⁴ *Idem*. p. 17.

⁹⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 321.

⁹⁶ *Idem*. p. 137.

Assim, o que se pretende demonstrar com a possibilidade de existência do controle de convencionalidade por omissão é exatamente a necessidade, existente a meu ver, de uma adequação do ordenamento jurídico nacional, especialmente no que se refere às normas legais, face às normas jurídicas previstas nos tratados internacionais de direitos humanos.

Esta adequação do ordenamento jurídico interno aos tratados internacionais de direitos humanos faz-se necessária diante do propósito inequívoco em nossa Constituição Federal de efetivação e prevalência dos direitos humanos, como disposto no art. 4º inciso II. De nada servem os tratados internacionais de direitos humanos, assim como qualquer outra norma jurídica, se estes não forem cumpridos e efetivados pelo Estado-parte, pois a simples previsão legal não nos atende mais; é preciso que haja uma concretização dos direitos humanos. Observo a possibilidade de omissão de inconveniência quando da não observância dos tratados internacionais de direitos humanos na elaboração de leis novas como também na não-adequação das leis já existentes diante dos novos tratados internacionais de direitos humanos.

Portanto, diante de uma nova situação jurídica, em que o Estado-parte, signatário de tratados internacionais de direitos humanos, ao ratificar a entrada de tal tratado em seu ordenamento jurídico, não se atenta à observância das normas protetoras de direitos humanos advindas de tratados internacionais de direitos humanos na legislação infraconstitucional. Esta é uma situação em que o Poder Legislativo não se atenta ao disposto em tratados internacionais de direitos humanos ao elaborar projetos de lei a serem apresentados na Câmara dos Deputados ou Senado Federal, e nem toma o cuidado de adequar a legislação infraconstitucional já existente aos tratados internacionais de direitos humanos.

Portanto este é mais um caso de omissão legislativa, em que o Estado tem a obrigação legislar adequando seu ordenamento jurídico, mas que, por diversos motivos, não o faz.

Para Flávia Piovesan “a inconstitucionalidade advém sempre uma relação de contrariedade com a Constituição: de um lado a Constituição e de outro um comportamento

ameaçador e violador à ordem constitucional.”⁹⁷ Em regras tal comportamento ameaçador e violador à ordem constitucional advém das leis já publicadas, mas evitadas de inconstitucionalidades; mas muitas vezes este comportamento ameaçador e violador à ordem constitucional caracteriza-se especialmente pela não observância desta ordem constitucional pelo Poder Público; mais precisamente quando este deixa de legislar quando obrigado a fazê-lo pela Constituição Federal. Para Flávia Piovesan, “tecendo um paralelo com a inconstitucionalidade por ação, pode-se afirmar que, se esta opera no campo da validade normativa, a inconstitucionalidade por omissão opera no campo da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais.”⁹⁸

Clèmerson Clève, utilizando dos ensinamentos de Canotilho, afirma que o “conceito de omissão legislativa não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples não fazer, a um simples conceito de negação. Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que, de forma concreta, se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autônomo e relevante, deve conxionar-se com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional”.⁹⁹ Ainda para Clèmerson Clève a caracterização da omissão legislativa é decorrente de uma lacuna inconstitucional; todavia, destaca o autor que nem toda lacuna pode ser declarada como inconstitucional, mas tão somente aquelas relativas às chamadas normas de eficácia limitada ou reduzida, segundo a classificação das normas constitucionais elaborada por José Afonso da Silva, como visto anteriormente, e que exigem uma atuação do legislador ordinário para que possam ser efetivadas plenamente.

Além desta lacuna inconstitucional relativa às normas de eficácia limitada ou reduzida, encontramos outras duas espécies de lacunas. Uma delas é a lacuna das normas que não exigem integração; e a outra é a lacuna das normas que exigem integração por parte do juiz, do Poder Judiciário, quando da aplicabilidade da norma, e não por parte do legislador, do Poder Legislativo. Quando aqui falo da integração por parte do juiz, estou falando, necessariamente, do art. 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, que trata da

⁹⁷ PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 101.

⁹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*. Op. cit. p. 101.

⁹⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 52.

supressão das lacunas por meio da aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito.

Em síntese, para Clèmerson Clève as

“lacunas não ofensivas ao plano de ordenação constitucional, desejadas pelo Constituinte (normas de eficácia limitada basicamente) e que, sendo, em princípio, colmatáveis exclusivamente pelo Legislador, implicam um dever de legislar; (ii) lacunas não ofensivas ao plano de ordenação constitucional que, embora desejadas pelo Constituinte, não podem sofrer processo de integração nem por obra do Legislador (trata-se do que a doutrina convencionou chamar de ‘silêncio eloqüente’); e, por fim, (iii) lacunas ofensivas ao plano de ordenação constitucional que, não desejadas, podem sofrer processo de integração por meio dos mecanismos convencionais de colmatação conhecidos pela doutrina (no Brasil: art. 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.”¹⁰⁰

Portanto, podemos depreender que tão somente as normas de eficácia limitada ou reduzida é que são capazes de gerar a inconstitucionalidade por omissão por parte do Poder Público. No mesmo sentido é possível afirmar quanto à inconveniência por omissão, em tão somente as normas constitucionais classificadas como de eficácia limitada ou reduzida, como as normas protetoras dos direitos humanos que necessitam de uma regulamentação infraconstitucional.

Acerca da omissão legislativa, importantes são as palavras de Gilmar Mendes; para ele

Não parece subsistir dúvida de que a concretização da Constituição há de ser efetivada, fundamentalmente, mediante a promulgação de lei. Os princípios da democracia e do Estado de Direito (art. 1º) têm na lei instrumento essencial. Não se trata aqui apenas de editar normas reguladoras das mais

¹⁰⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. Op. Cit. p. 53.

diversas relações, mas de assegurar a sua legitimidade mediante a aprovação por órgãos democraticamente eleitos.¹⁰¹

O mesmo pode-se dizer, hoje, acerca da omissão de inconvenção, em que a ausência de norma regulamentadora ou a incompatibilidade da legislação infraconstitucional com as normas jurídicas previstas em tratados internacionais de direitos humanos restará caracterizada. Como exemplo desta omissão de inconvenção seria o caso de o legislador infraconstitucional se omitir quanto à elaboração de legislação que possibilite a colocação em prática das normas jurídicas da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência¹⁰²; neste caso podemos afirmar que as pessoas competentes para propor ação direta de inconstitucionalidade, e que estão elencadas no art. 103 da Constituição Federal¹⁰³, poderão exigir que o Supremo Tribunal Federal declare a inexistência de ato por inconvenção.

A outra possibilidade de caracterização da omissão de inconvenção do Estado-parte é a não adequação de sua legislação infraconstitucional já existente aos novos preceitos existentes em tratados internacionais de direitos humanos, poderá ser responsabilizado por tal omissão. Estamos aqui diante de uma situação interessante, pois o Estado-parte celebra, aprova e ratifica tratado internacional de direitos humanos junto a organismo internacional sem que se atente à compatibilidade das normas jurídicas internas já existentes em face dos novos preceitos de direitos humanos ratificados. Ou seja, o Estado-parte realiza todo o procedimento formal para incorporação do tratado internacional de direitos humanos sem se preocupar em atualizar a legislação ordinária já existente que versa sobre o assunto.

¹⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

¹⁰² Cumpre destacar que contra a omissão do Poder Público exatamente neste caso específico houve a ADPF nº 182/2000, que será mais adiante comentada nesta tese.

¹⁰³ Art. 103 CF: São competentes para 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 do 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; e IX- confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Segundo os ensinamentos de Clémerson Clève,

o dever constitucional de legislar tanto pode não ser satisfeito como pode sê-lo de modo integral ou de modo parcial. O cumprimento parcial e o não-cumprimento do dever constitucional de legislar caracterizam, respectivamente, a inconstitucionalidade ou omissão parcial e total¹⁰⁴.

A inobservância dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados, e em vigência, quer ao apresentar projetos de lei quer ao não adequar a legislação ordinária já existente, caracterizará a omissão de inconveniência.

A omissão está exatamente no fato de o Estado-parte não respeitar em seu ordenamento jurídico as normas previstas em tratados internacionais de direitos humanos, como dito acima, fazendo com que não haja uma efetivação das normas protetoras dos direitos humanos no direito interno.

A simples ratificação de tratado internacional de direitos humanos não mais é suficiente, não atende mais aos anseios da sociedade; hoje, já há algum tempo é verdade, a sociedade clama por mais justiça social, e isto passa necessariamente pela efetivação dos direitos humanos. E esta efetivação dos direitos humanos na ordem jurídica interna somente torna-se possível com a previsão legal de regras protetoras e punitivas que observem o disposto nos tratados internacionais de direitos humanos.

Tendo em vista que a omissão por inconveniência caracteriza-se pela não observância dos tratados internacionais de direitos humanos pelo legislador infraconstitucional, aproximo tal nova espécie de controle ao controle de constitucionalidade por omissão, em que a omissão caracteriza-se exatamente pela ausência de ato predeterminado pela Constituição Federal. Neste caso, de controle de constitucionalidade por omissão, o ordenamento jurídico prevê duas possibilidades de procedência da ação direta de inconstitucionalidade, que são: a) sendo a conduta omissiva praticada por órgão do Poder, dá-se ciência para que adote as providências necessárias; e b) sendo a conduta omissiva praticada

¹⁰⁴ CLÈVE, Clémerson. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. Op. cit. p. 42.

por autoridade administrativa, será determinado prazo de trinta dias para que as providências cabíveis sejam tomadas¹⁰⁵.

Quanto à atuação do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade por omissão, uma vez declarada a omissão inconstitucional, a Corte Suprema deverá, por obrigação ao disposto no art. 103 § 2º da Constituição Federal¹⁰⁶, dar ciência ao Poder competente para que este adote as providências necessárias; ou, se o órgão omissor for alguma autoridade administrativa, esta deverá tomar as providências cabíveis no prazo de trinta dias.

Já o controle da constitucionalidade por omissão realizado por meio de mandado de injunção, remédio constitucional com previsão no art. 5º LXXI da Constituição Federal¹⁰⁷, permite que qualquer pessoa busque o Poder Judiciário sempre que se deparar com ausência de norma regulamentadora que inviabilize o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Este remédio constitucional tem como pressupostos, na lição de Luís Roberto Barroso, indicação de um direito ou liberdade constitucional, ou de uma prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania ou à cidadania cujo exercício esteja inviabilizado; e a ausência de norma regulamentadora do direito, liberdade ou prerrogativa demandada¹⁰⁸.

Sobre a distinção entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão o Ministro Carlos Velloso afirma que

a diferença entre mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão está justamente nisto: na ação de inconstitucionalidade por omissão, que se inscreve no contencioso jurisdicional abstrato, de competência

¹⁰⁵ FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. *Controle de Constitucionalidade na Omissão Legislativa: instrumentos de proteção judicial e seus efeitos*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 115.

¹⁰⁶ Art. 103 § 2º CF: 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.

¹⁰⁷ Art. 5º, LXXI CF: conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

¹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 3. ed. ampl e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.181.

exclusiva do STF, a matéria é versada apenas em abstrato e, declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo no prazo de 30 dias (CF, art. 103 § 2º). No mandado de injunção, reconhecendo o juiz ou tribunal que o direito que a Constituição concede é ineficaz ou inviável em razão da ausência de norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou tribunal, por força do próprio mandado de injunção, a integração do direito à ordem jurídica, assim tornando-o eficaz e exercitável¹⁰⁹.

Acerca da opinião acima mencionada, o agora também ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, afirma que “a melhor inteligência do dispositivo constitucional e de seu real alcance está em ver no mandado de injunção um instrumento de tutela efetiva de direitos que, por não terem sido suficientes ou adequadamente regulamentados, careçam de um tratamento excepcional, qual seja: que o Judiciário supra a falta de regulamentação, criando a norma para o caso concreto, com efeitos limitados às partes do processo”. Portanto, sem qualquer receio afirmo que, se o Estado não efetivar por meio de leis regulamentadoras as normas jurídicas com status de constitucionalidade originadas de tratados internacionais de direitos humanos, estará sujeito ao controle de convencionalidade por omissão; cujas ações judiciais poderão ser propostas pelos mesmos agentes competentes do controle de constitucionalidade, como também ações civis públicas propostas pelo Ministério Público e ainda a mandados de injunção por qualquer da sociedade. Uma situação real, já ocorrida, aliás, no Direito brasileiro, é observação de alteração da ordem jurídica interna, especialmente quando tratamos de normas constitucionais, de forma a impactar em todo o ordenamento jurídico. Neste caso especial, “a *relação de compatibilidade* entre a nova ordem e o ordenamento anterior acarreta a *recepção* deste por aquela”¹¹⁰. Para Norberto Bobbio, o fenômeno da recepção nada mais é do que um “ato jurídico com o qual um ordenamento acolhe e torna suas as normas de outro ordenamento, onde tais normas permanecem materialmente iguais, mas não são as mesmas com respeito à forma”.¹¹¹

¹⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. p.183.

¹¹⁰ *Idem*. p. 183.

Quando da recepção constitucional, devemos atentar tão somente ao conteúdo do direito pré-constitucional, olvidando-se quanto à forma com que tal norma foi concebida, pois isto não é relevante para a recepção. Estando materialmente conforme à nova ordem constitucional, a norma legal pré-constitucional será recepcionada e permanecerá produzindo efeitos jurídicos.

Justifica-se tal comentário tendo em vista que o controle de convencionalidade também terá como parâmetro os tratados internacionais de direitos humanos alçados ao nível constitucional pelo § 3º do art. 5º da Constituição Federal, portanto celebrados após 08 de dezembro de 2004, data da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, e os tratados internacionais de direitos humanos celebrados antes desta data e, portanto, interpretados como estando em nível supralegal e infraconstitucional; o que poderá tornar determinadas normas jurídicas legais em inconventionais. Tal análise permite, até, haver como objeto de controle de convencionalidade normas pré-constitucionais que foram recepcionadas pela Constituição Federal mas que tornaram-se inconventionais diante de novo tratado internacional de direitos humanos advindo posterior à Constituição Federal.¹¹²

Esta inconventionabilidade detectada por posterior incompatibilidade de norma jurídica interna com a internacional é que vai caracterizar, muitas das vezes, a omissão estatal em não adequar a norma interna à nova ordem internacional. Todas estas omissões de inconventionabilidade caracterizam-se especialmente pelo desrespeito de um importante princípio do Direito Internacional: o princípio da boa-fé. Princípio este que veremos de forma aprofundada mais adiante nesta tese.

Uma vez demonstrada a possibilidade de realização do controle de convencionalidade por omissão, resta importante esclarecer quais seriam os efeitos da declaração de inconventionabilidade por omissão, e como tais efeitos seriam efetivados.

¹¹¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7. Ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Brasília. UnB, 1996. p. 177.

¹¹² ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p. 131-132.

1.3 Efeitos da declaração de inconvencionalidade por omissão

Quando trato da declaração de inconstitucionalidade e até mesmo de inconvencionalidade, é preciso abordar a questão dos efeitos que tais declarações irão acarretar, pois tão somente enfrentar a questão da norma legal não nos trará uma solução por completa dos problemas jurídicos existentes. É preciso que o enfrentamento ao tema se estenda à análise dos efeitos da decisão que declarar a inconvencionalidade determinada norma jurídica.

Para iniciar o enfrentamento ao tema, observo que atualmente o § 2º do art. 103 da Constituição Federal afirma que “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”. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no que se refere a esta norma constitucional, vem no sentido de adotar quatro posições quanto à observância da omissão constitucional.

A primeira posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal é no sentido de reconhecer a mora legislativa e determinar, conseqüentemente, uma solução normativa a vigorar enquanto a omissão permanecer existindo. A segunda posição adotada pela Corte é a de tão somente dar ciência ao Congresso Nacional acerca da mora legislativa que caracteriza a omissão declarada. Já na terceira posição adotada, o Supremo concede prazo ao Congresso Nacional para que este supra a omissão e, caso tal supressão não ocorra, o direito pleiteado será colhido pelos interessados. Já na quarta e última posição adotada, o Supremo Tribunal Federal fixa determinado prazo que, se desatendido, autorizará pedido de indenização contra a União, salvo posição mais benéfica de legislação posterior¹¹³.

Desta forma, observa-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal permite a adoção de quatro possibilidades distintas, a serem escolhidas conforme a omissão a ser analisada no processo judicial.

¹¹³ ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit. p. 92-95.

Uma vez superada a omissão por inconveniência utilizando-se da jurisprudência existente no controle de constitucionalidade¹¹⁴, passaremos a abordar a questão dos efeitos que estas decisões que declaram a inconveniência por omissão produzem. Assim, acerca dos efeitos decisórios possíveis no controle de convencionalidade por omissão, é possível afirmar que, com base na doutrina e na jurisprudência referente ao controle de constitucionalidade, teremos duas possibilidades.

A primeira delas sendo o denominado efeito repressivo, no qual a norma jurídica interna, contrária às normas convencionais (previstas em tratados internacionais de direitos humanos) ou até mesmo contrária à jurisprudência Corte Interamericana, é considerada inconveniente, sendo impossível sua aplicação ao caso vez que estaremos diante de uma norma inválida. É o que denomina-se de controle difuso concreto de convencionalidade. Já o segundo efeito possível é o denominado efeito positivo ou construtivo, consagrado após o caso *Radilla Pacheco*, ratificado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Xakmok Kased e Cabrera Garcia-Montiel Flores*, em que foi determinado que os juízes devem aplicar e fazer funcionar o direito local de acordo com as regras da Convenção Americana de Direitos Humanos; portanto analisando as disposições jurídicas domésticas como convencionais ou inconvenientes¹¹⁵.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, o controle de convencionalidade é realizado não tendo um caso concreto a ser analisado, mas sim em tese, nos moldes já conhecidos do controle de constitucionalidade concentrado. Todavia, ousa discordar do autor por acreditar que o controle de convencionalidade também pode, deveria em verdade, ser realizado pelos juízes singulares, nos moldes já conhecidos do controle de constitucionalidade difuso; aliás, o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos é exatamente neste sentido, vez que tal corte afirma que qualquer juiz tem de realizar, ao julgar um caso concreto, o controle da legislação nacional diante dos tratados internacionais de direitos humanos.

¹¹⁴ A Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB, anteriormente denominada Lei de Introdução ao Código Civil – LICC, deixa claro em seu art. 4º que quando da ausência de normas jurídicas, conhecido como lacunas do Direito, o juiz deverá utilizar, primeiramente, da analogia; ou seja, utilizar de normas jurídicas existentes para casos similares; como é o caso do controle de convencionalidade e o controle de constitucionalidade.

¹¹⁵ RUSSOWSKY, Iris Saraiva. *O controle de convencionalidade das leis: uma análise na esfera internacional e interna*. In RIDB - Revista Internacional de Direito Brasileiro, Ano 1 (2012), nº 3.

Desta forma, o controle de convencionalidade concentrado, por não ter um caso concreto sendo analisado, terá sua decisão tornada vinculante, pois nos dizeres de Gilmar Ferreira Mendes, “uma norma não pode ser nula para uma ou algumas pessoas, permanecendo, de resto, eficaz (diversamente no caso de declaração de nulidade parcial, que – condicionada materialmente – pode ter repercussões pessoais diferentes)”¹¹⁶. Já o controle de convencionalidade difuso, realizado tendo um caso concreto em análise, terá sua decisão com efeitos *inter partes*, vinculando tão somente as partes processuais, da mesma forma com que os efeitos da decisão no controle de constitucionalidade difuso são produzidos.

Em síntese, podemos, por analogia como já mencionado antes, aplicar os mesmos procedimentos, regras e raciocínios do controle de constitucionalidade para o recentemente criado, e tema desta tese, controle de convencionalidade por omissão.

No próximo tópico enfrentaremos a questão da necessidade de um novo paradigma no ordenamento jurídico.

1.4 Da emergência de um novo paradigma

Historicamente o ordenamento jurídico latino-americano esteve assentado num tripé formado por características importantes e comuns a (quase) todos países desta região do globo. Tais características são 1) a estrutura piramidal dos ordenamentos jurídicos, seguindo a teoria de Hans Kelsen de um sistema jurídico endógeno e auto-referencial; 2) o hermetismo de um Direito purificado; e 3) a soberania estatal no âmbito internacional que se traduz num conceito de segurança nacional de âmbito interno¹¹⁷.

Todavia, com a redemocratização nos países latino-americanos, um novo fenômeno jurídico passou a ser observado, fazendo com que se identificasse uma crise do

¹¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *A supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a prisão civil do depositário infiel no Brasil*. In: MARINONI, Luiz Guilherme. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 215-216.

¹¹⁷ PIOVESAN, Flávia. *Controle de convencionalidade, direitos humanos e diálogo entre jurisdições*. In: MARINONI, Luiz Guilherme. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 118.

modelo jurídico adotado até então. Foi nesta época de redemocratização latino-americana que pudemos observar a adoção de três características que foram responsáveis pela mudança de paradigma no ordenamento jurídico.

Estas novas características seriam 1) a adoção de estrutura organizacional do ordenamento jurídico que não a piramidal, mas sim em forma de trapézio, onde encontraríamos no topo não só a Constituição Federal como também os tratados internacionais de direitos humanos; 2) a abertura do Direito de forma a permitir a permeabilidade com o chamado diálogo entre jurisdições, empréstimos constitucionais e a interdisciplinariedade na aplicação do Direito; e 3) a aproximação dos Direitos Humanos ao direito interno, em que direitos dos cidadãos estão protegidos ao lado da cidadania¹¹⁸.

Sobre o relevante papel dos direitos humanos para o Direito Constitucional moderno, José Joaquim Gomes Canotilho asseverou¹¹⁹:

“Os direitos humanos articulados com o relevante papel das organizações internacionais fornecem um enquadramento razoável para o constitucionalismo global (...) O constitucionalismo global compreende a emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e a tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. (...) É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional)”.

Nas palavras acima citadas de José Joaquim Gomes Canotilho podemos observar a relevância dos Direitos Humanos, nos dias atuais, para o constitucionalismo moderno, especialmente quando tratamos não apenas da efetivação de direitos das pessoas mas também da valoração que o ordenamento jurídico passou a dar a tais normas. Como se

¹¹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Controle de convencionalidade, direitos humanos e diálogo entre jurisdições*. In: MARINONI, Luiz Guilherme. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai*. Op. cit. p. 121.

¹¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 49.

depreende da análise feita até aqui, os Direitos Humanos foram alçados ao nível constitucional como forma de se garantir uma maior proteção estatal à sociedade.

Este novo paradigma jurídico emergencial que enfrentamos nos coloca de frente à inovação jurídica que se vislumbra: o controle de convencionalidade; que por ser inovador e recente no Direito brasileiro, consubstancia-se em um novo, e importante, instrumento do paradigma jurídico, que se justifica diante dos fatos até agora apresentados.

A necessidade de adequação do ordenamento jurídico interno diante de uma inovação jurídica no âmbito convencional não pode deixar de ser observada e regulamentada pelo Estado brasileiro. A valorização dos Direitos Humanos ocorrida nas duas últimas décadas no Direito brasileiro faz com que outras inovações sejam importantes para a efetivação dos Direitos Humanos. Como a teoria realista já nos ensina, tão somente a previsão legal dos Direitos Humanos não nos atende mais; hoje faz-se necessário que tais normas jurídicas protetoras sejam efetivadas por meio de políticas públicas que observem claramente as normas jurídicas convencionais¹²⁰.

É clara a necessidade do Direito, hoje, de positivação do controle de convencionalidade, em paralelo ao controle de constitucionalidade já existente e consolidado em nosso ordenamento jurídico. E tal positivação do controle de convencionalidade passa, necessariamente, pela abertura da soberania nacional quanto a composição de nosso ordenamento jurídico. Não que o País deixará de ser soberano, pelo contrário, mas sim que o País passará a admitir de forma mais efetiva que as normas jurídicas advindas por tratados internacionais de direitos humanos façam parte de nosso ordenamento jurídico de forma tão importante que servirão de parâmetro para todas as normas jurídicas tidas como legais.

Em outras palavras, posso afirmar que com a previsão legal do controle de convencionalidade, com sua positivação como já dito, a abertura da soberania seria no sentido de permitir o chamado diálogo das cortes; em que a jurisprudência internacional, mais especialmente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, também sirva de fonte jurídica para o Poder Judiciário pátrio de uma forma mais efetiva.

¹²⁰ A teoria realista dos Direitos Humanos é aquela que considera a positivação dos Direitos Humanos como um ponto de partida, e não de chegada; ou seja, a positivação dos Direitos Humanos serviu como um *start* para a sua efetivação junto à sociedade por meio de políticas públicas.

Para Flavia Piovesan, sempre que tratamos do controle de convencionalidade e o diálogo entre jurisdição, podemos observar alguns desafios para o *ius commune* latino-americano em matéria de direitos humanos; entre tais desafios a autora menciona: a) promover a ampla ratificação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos da ONU – Organização das Nações Unidas e da OEA – Organização dos Estados Americanos; b) fortalecer a incorporação dos tratados de direitos humanos com um status privilegiado na ordem jurídica doméstica; c) fomentar uma cultura jurídica orientada pelo controle da convencionalidade; d) fomentar programa de capacitação para que os Poderes Legislativos, Executivo e Judiciário apliquem os parâmetros protetivos internacionais em matéria de direitos humanos; e) dinamizar o diálogo entre os sistemas regionais objetivando seu fortalecimento; f) aprimorar os mecanismos de implementação das decisões internacionais no âmbito interno; g) dinamizar o diálogo horizontal entre as jurisdições constitucionais¹²¹.

O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos tem uma natureza complementar aos sistemas de proteção nacional. Tal sistema, o interamericano, parte da ideia de responsabilização primeira dos Estados-partes; em que estes assumem o compromisso internacional de proteger os direitos dos indivíduos por meio do ordenamento jurídico interno. Somente depois de o ordenamento jurídico não funcionar como tutela dos direitos individuais é que o sistema interamericano deverá ser acionado como mecanismo de proteção a estes direitos.

E é exatamente isto o que diz o preâmbulo da Convenção Americana dos Direitos Humanos, o chamado princípio da subsidiariedade. Segundo tal princípio, a Convenção Americana, que tem um papel coadjuvante na proteção dos direitos humanos, tão somente será aplicada após esgotadas todas as possibilidades de solução do conflito existente dentro das normas jurídicas nacionais.¹²² Como dito acima, o sistema interamericano de direitos humanos tem caráter complementar, subsidiário; vez que a subsidiariedade processual existe quando as autoridades nacionais tem a oportunidade de analisar determinada situação concreta e solucioná-la aplicando de forma primária as normas internas para então socorrer-se

¹²¹ PIOVESAN, Flávia. *Controle de convencionalidade direitos humanos e diálogos entre jurisdições*. In: MARINONI, Luiz Guilherme. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai*. Op. cit. p. 140-145.

¹²² Vease especialmente CAROZZA, Paolo, "Subsidiarity as a structural principle of international human rights law", 97 *American Journal of International Law*, 2003.

das normas internacionais; é exatamente isto que fundamenta e explica o requisito de esgotamento primeiro dos processos internos.¹²³

Todavia, os ordenamentos jurídicos internos dos Estados-parte não podem ser contrários aos direitos já reconhecidos internacionalmente pela Convenção. Tal obrigatoriedade de reconhecimento dos direitos previstos na Convenção encontram-se no art. 1.1 da própria Convenção, que exige que os Estados respeitem e garantam os ditos direitos convencionais. E o art. 2º da Convenção é clara ao afirmar que “o exercício dos direitos e liberdades garantidos por disposições legislativas ou de outro caráter” e do compromisso dos Estados em adotar de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições da presente Convenção, pode ser necessárias as medidas legislativas ou outras que para dar efeito a esse direitos ou liberdades”.

Exatamente deste trecho extraio algumas obrigatoriedades decorrentes, como a obrigação dos Estados-partes a proporcionar à Comissão todas as informações solicitadas sobre como o direito interno assegura a efetivação de quaisquer dispositivos convencionais, que são entendidos pela Comissão como um piso mínimo a ser garantido pelos Estados-partes, vez que o art. 29 da própria Convenção veda qualquer interpretação restritiva de direitos ou liberdades que possam ter as leis nacionais de forma contrária às normas internacionais protetoras.

Cumprir destacar que a Convenção tem um papel apenas e tão somente de complementar a legislação interna; como um reforço jurídico à obrigatoriedade assumida de proteção aos direitos humanos.

A previsão convencional de que os juízes deverão, ao analisar e julgar cada caso concreto, verificar se é possível a aplicação da Convenção Interamericana para a solução do conflito de direito, torna a Convenção em parte integrante do sistema jurídico interno. Desta forma, a Convenção deixa de ser um aparte para tornar-se parte integrante do ordenamento jurídico nacional, exatamente como parâmetro do controle de convencionalidade. Mas este controle de convencionalidade não exige tão somente a sua incorporação no ordenamento jurídico nacional, exige, também, que os tratados internacionais

¹²³ Corte JOH, caso "Velasquez Rodriguez v. Honduras. Fonda", sent. del 29/7/1988, serie C nro. 4, parr. 61.

de direitos humanos estejam num nível hierárquico superior à legislação ordinária, superior até mesmo superior à todo o ordenamento jurídico.¹²⁴

Para evidenciar esta prevalência convencional dos tratados internacionais sobre o direito interno, a doutrina vem se socorrendo do art. 27 da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados, que determina que nenhum Estado-parte pode invocar seu direito interno para descumprir norma prevista em tratado internacional.¹²⁵

A necessidade deste novo paradigma, o controle de convencionalidade, também deve prever um avanço no que diz respeito à responsabilização pela omissão de inconvenção; ou seja, deve ter previsão legal, junto com o controle de convencionalidade, a responsabilização de alguém, a meu ver do Chefe do Poder Executivo, pela não adequação da norma jurídica interna às normas jurídicas internacionais de direitos humanos.

Faço tal afirmação de necessidade deste novo paradigma diante do fato de que o Direito é passível de evolução, e esta está diante de nossos olhos, e precisa de uma regulamentação urgente para que a efetivação dos Direitos Humanos deixe de ser uma promessa do Poder Público e transforme-se numa previsão legal de cumprimento obrigatório.

¹²⁴ DULITZKY, Ariel E. *El impacto del control de convencionalidad. ¿ Un cambio de paradigma em el sistema interamericano de derechos humanos?.* in Tratado de los Derechos Constitucionales, (Julio Cesar Rivera ed. 2014).

¹²⁵ Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la CDI en su 53° período de sesiones (N56/10) y anexoado por la AG en su Resolución 56/1983, de 12/12/2001

2. O controle de convencionalidade e a responsabilidade do Estado

Na primeira parte da presente tese foi observado o controle de convencionalidade e a necessidade de um novo paradigma diante desta nova realidade jurídica que vivemos neste século. Na presente parte da tese, a segunda, enfrentarei o tema da responsabilidade do Estado no controle de convencionalidade, de forma a abordar a responsabilidade dos poderes constituídos na realização da espécie de controle em análise neste estudo.

Destaco que à medida que o Estado passa a adotar, em seu direito interno, normas jurídicas advindas do direito internacional, este passa, também, a estar sujeito a obrigações junto à comunidade internacional, nada mais justo.

A responsabilização do Estado por descumprimento de tratado internacional de direitos humanos pode ocorrer tanto no âmbito internacional como no âmbito interno. Quando falo da responsabilização no âmbito internacional, esta ocorre diante das cortes internacionais de direitos humanos, pertencentes a organismos internacionais junto aos quais se celebrou tais tratados internacionais. Todavia, quando falo de responsabilização no âmbito interno, esta ocorre diante do Poder Judiciário, quer de forma difusa com juízes singulares quer de forma concentrada pelo Supremo Tribunal Federal.

Diante deste cenário, observa-se que há uma dupla possibilidade de responsabilização do Estado por descumprimento de tratados internacionais de direitos humanos. Sendo assim, importante se faz deixar claro quais são as responsabilidades do Estado, no controle de convencionalidade, para que todos os responsáveis assumam suas obrigações legais evitando-se, com isto, possíveis responsabilizações tanto num âmbito como noutro.

Flávia Piovesan, sobre a prevalência dos direitos humanos como princípio constitucional brasileiro, afirma que “como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas no engajamento do país no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas implica a busca da plena integração de

tais regras à ordem jurídica interna brasileira”¹²⁶. Desta forma, podemos crer que o papel do Brasil na ordem dos direitos humanos não se restringe ao âmbito internacional, mas sim, e principalmente até, na busca constante da efetivação dos direitos humanos no âmbito interno.

Importante destacar que os direitos humanos estão inseridos no Direito Internacional por meio dos tratados internacionais, enquanto que muitos destes direitos humanos já estão previstos no direito interno como direitos fundamentais, vez que assim já constam na Constituição Federal.

Na ordem internacional, a formalização de um Estado como signatário de um tratado internacional de direitos humanos dá-se por meio de um procedimento que se divide, em verdade, em dois: procedimento de celebração e procedimento de incorporação. Enquanto que o procedimento de celebração de um tratado internacional de direitos humanos inicia-se com as tratativas iniciais e vai até a ratificação; o procedimento de incorporação de um tratado internacional de direitos humanos inicia-se com a ratificação e termina com a incorporação propriamente dita.

Neste sentido são as palavras de Antônio Augusto Cançado Trindade, que afirma que

as obrigações convencionais de proteção vinculam os Estados Partes, e não só seus Governos. Ao Poder Executivo incumbe tomar todas as medidas – administrativas e outras – a seu alcance para dar fiel cumprimento àquelas obrigações. (...) Ao Poder Legislativo incumbe tomar todas as medidas dentro de seu âmbito de competência, seja para regulamentar os tratados de direitos de modo a dar-lhes eficácia no plano do direito interno, seja para harmonizar este último com o disposto naqueles tratados. E ao poder Judiciário incumbe aplicar efetivamente as normas de tais tratados no plano do direito interno, e assegurar que sejam respeitadas. Isto significa que o Judiciário nacional tem o dever de prover recursos internos eficazes contra violações tanto dos direitos consignados na Constituição como dos direitos consagrados nos tratados de direitos humanos que vinculam o país em questão, ainda mais quando a própria Constituição nacional assim

¹²⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, p. 187.

expressamente o determina. O descumprimento das normas convencionais engaja de imediato a responsabilidade internacional do Estado, por ato ou omissão, seja do Poder Executivo, seja do Legislativo, seja do Judiciário.¹²⁷

Para Lenio Luiz Streck, tendo em vista a repactuação democrática ocorrida no Brasil nas últimas décadas, os Poderes Executivo e Legislativo nacionais parecem não levar muito a sério a força normativa que a Constituição Federal tem. Para ele a força normativa varia conforme os interesses que se apresentam. Face a esta realidade constatada, o papel do Poder Judiciário também é questionado, vez que desde a promulgação da Constituição Federal este demonstra-se por vezes contraditório¹²⁸.

Com os papéis constitucionais de cada um dos três poderes muito bem determinados, observa-se que o avanço do Direito e social faz com que novas perspectivas de atribuições e responsabilidades faz-se necessárias, não só quanto ao âmbito interno mas também, e especialmente para esta tese, no âmbito internacional dos direitos humanos.

A partir de agora passo a analisar cada fase desta formalização do Estado brasileiro como signatário de um tratado internacional de direitos humanos, mas não sem antes ver a importância do princípio da boa-fé do Estado nas suas relações internacionais nesta formalização do Brasil como signatário de um tratado internacional de direitos humanos.

2.1 O Princípio da Boa Fé do Estado nas suas relações internacionais

O Direito Internacional Público tem entre seus primeiros princípios o da boa-fé do Estado nas suas relações internacionais. A boa doutrina já demonstra isto ao afirmar que tal princípio baseia-se na possibilidade que os Estados têm de manter relações internacionais com outros Estados e organismos internacionais de acordo com sua soberania, e

¹²⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Antônio Fabris Editor: 1997, p.442.

¹²⁸ ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 23.

voluntariamente. É exatamente nesta voluntariedade, nesta manifestação de livre vontade dos Estados, que reside a boa-fé, pois não havendo a obrigatoriedade nas relações internacionais estas são mantidas de boa-fé.

O sistema internacional de proteção da pessoa humana toma-se de força por meio do art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, datado de 1969; pois é exatamente neste trecho da Convenção de Viena que encontramos a norma internacional de que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Portanto, uma vez signatário de um tratado internacional de direitos humanos, o país não poderá deixar de cumpri-lo sob o argumento de que seu ordenamento jurídico interno é contrário aos compromissos internacionais assumidos.

Diante desta regra internacional, resta demonstrada a boa-fé dos países signatários dos tratados internacionais, não só de direitos humanos. Não havendo obrigatoriedade na celebração e nem na ratificação de tais tratados internacionais, e sabedores da subordinação em relação às normas convencionais que assumem com tal ratificação, não há como não presumir a boa-fé dos países signatários.

Flavia Piovesan afirma que

“Acredita-se que o entendimento firmado a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004, enseja, de fato, um aspecto crítico, que é a sua indiferença diante das consequências do descumprimento do tratado no plano internacional, na medida em que autoriza o Estado-parte a violar dispositivos da ordem internacional – os quais se comprometeu a cumprir de boa-fé. Essa posição afronta, ademais, o disposto pelo art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que determina não poder o Estado-parte invocar posteriormente disposições de direito interno como justificativa para o não cumprimento de tratado. Tal disciplina reitera a importância, na esfera internacional, do princípio da boa-fé, pelo qual cabe ao estado conferir cumprimento às disposições de tratado, com o qual livremente consentiu. **Ora, se o Estado, no livre e pleno exercício de sua soberania, ratifica um tratado, não pode posteriormente obstar seu cumprimento.** Além disso, o término de um tratado está submetido à disciplina, da denúncia, ato unilateral do Estado pelo qual manifesta seu

desejo de deixar de ser parte de um tratado. Vale dizer, em face do regime de Direito Internacional, apenas o ato da denúncia implica a retirada do Estado de determinado tratado internacional. Assim, na hipótese da inexistência do ato da denúncia, persiste a responsabilidade do Estado na ordem internacional”. (grifo nosso)¹²⁹.

Assim, observo que o princípio da boa-fé reside única e exclusivamente na voluntariedade das relações internacionais mantidas pelos Estados. Sendo certo que tais Estados têm regras constitucionais determinando responsabilidades aos poderes constituídos quanto às relações internacionais.

Acerca do princípio da boa-fé, cumpre destacar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu em Parecer Consultivo¹³⁰, datado de agosto de 2002, que assumem importância na interpretação da Convenção Americana dos Direitos Humanos o princípio da boa-fé e a concordância da interpretação com a evolução dos tempos e condições de vida atuais¹³¹.

Uma vez visto sobre a importância do princípio da boa-fé para o Direito Internacional, assim como para o Direito interno brasileiro, vez que trata-se este de um princípio constitucional expressamente previsto, como visto, passarei, a partir de agora a ver cada uma das responsabilidades estabelecidas na Constituição Federal quanto aos tratados internacionais de direitos humanos.

¹²⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. Op. cit. p. 62.

¹³⁰ Parecer Consultivo nº 17, de 28 de agosto de 2002, parágrafo 21: “La Corte ha fijado algunos lineamientos sobre la interpretación de normas internacionales que no figuran en la Convención Americana. Para ello ha recurrido a las disposiciones generales de interpretación consagradas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, particularmente el principio de buena fe para asegurar la concordancia de una norma con el objeto y fin de la Convención. Asimismo, este Tribunal ha establecido que la interpretación debe atender a ‘la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales’, y que la correspondiente a otras normas internacionales no puede ser utilizada para limitar el goce y ejercicio de un derecho; asimismo, debe contribuir a la aplicación más favorable de la disposición que se pretende interpretar”

¹³¹ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 135.

2.2 A responsabilidade do Poder Legislativo

A Constituição Federal do Brasil determina, em seu art. 49, I, que é “da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”. Desta forma, após a assinatura do tratado internacional de direitos humanos pelo Presidente da República, tal tratado deve ser encaminhado ao Congresso Nacional para apreciação, como exporei daqui por diante.

O Poder Legislativo além de ser o poder constituído responsável pelo processo legislativo, com destaque à elaboração das leis nacionais, tem papel importante, conseqüentemente, na aprovação dos tratados internacionais, não só de direitos humanos.

Diante do disposto no art. 64, *caput*, da Constituição Federal, a tramitação da aprovação do tratado internacional de direitos humanos se iniciará junto à Câmara dos Deputados, vez que a iniciativa partiu do Presidente da República, único competente para celebrar tratados internacionais de direitos humanos. Uma vez recebida a mensagem pela Câmara dos Deputados, esta será encaminhada à Comissão de Relações Exteriores que deverá elaborar o projeto de decreto legislativo que será submetido a apreciação da Comissão de Constituição e Justiça.

A Comissão de Relações Exteriores analisará se o projeto de decreto legislativo irá confirmar que o tratado internacional versa realmente sobre direitos humanos; estabelecendo assim o procedimento a ser seguido dali por diante. Sendo o projeto de decreto legislativo aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça, tal projeto será encaminhado para votação em plenário.

Tratando-se de um tratado internacional de direitos humanos, a votação em plenário deverá obedecer ao disposto no art. 5º § 3º da Constituição Federal, ou seja, que para o tratado internacional de direitos humanos adentre ao nosso ordenamento jurídico com *status* de norma constitucional será preciso que o referido tratado seja aprovado “em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros”. Destacamos que o procedimento de aprovação aqui descrito é exatamente o mesmo para aprovação de propostas de emendas constitucionais; não por acaso, já que foi dado *status* de

norma constitucional às normas jurídicas previstas no tratado internacional de direitos humanos assim aprovado.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, o Poder Legislativo deveria sempre atentar-se para a compatibilidade da legislação com a Constituição Federal quando da apreciação de algum projeto de lei, assim como também deveria colocar os tratados internacionais como parâmetro¹³².

José Afonso da Silva afirma que “se a Câmara rejeitar o acordo não caberá remessa ao Senado, porque isso significa rejeitá-lo definitivamente”, sendo certo que o mesmo raciocínio serve para o caso de o Senado rejeitar o tratado internacional de direitos humanos, vez que a aprovação deve ser bicameral; no caso de rejeição por parte do Senado, projeto de decreto legislativo não será enviado ao Presidente da República para sanção ou veto¹³³.

O Congresso Nacional resolve definitivamente sobre tratados internacionais de direitos humanos quando, e somente quando, da rejeição ao projeto de decreto legislativo relativo ao tratado. Todavia, sendo o projeto de decreto legislativo aprovado pelas duas casas do Congresso Nacional, o tratado internacional de direitos humanos deverá ser encaminhado ao Presidente da República para que tome as devidas providências. Assim fala Fernanda Dias Menezes de Almeida, para quem “será do Congresso a última palavra, caso este desaprove o tratado, sendo óbvio que sua aprovação dá ensejo à continuidade do processo de incorporação com as providências da alçada do Executivo”¹³⁴.

¹³² SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade*. In: MARINONI, Luiz Guilherme. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 112.

¹³³ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p.402.

¹³⁴ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *A incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro. Análise do tema à luz do direito constitucional*. São Paulo: Revista do Advogado, ano 23, n. 73, nov. 2003, p. 48-58.

Interessante é a opinião de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco¹³⁵, muito embora não concorde com ela, acerca da possibilidade de, após o advento do § 3º do art. 5º da Constituição Federal por intermédio da Emenda Constitucional nº 45/2004, os tratados internacionais de direitos humanos serem aprovados pelo Congresso Nacional pelo procedimento comum, e não pelo procedimento especial adotado de forma equivalente às emendas constitucionais. Segundo tais autores, o texto constitucional emendado não impediria que se optasse pela aprovação pelo rito comum, muito embora o tratado internacional verse sobre direitos humanos. No mesmo sentido dos autores são as palavras de Soraya Santos Lopes¹³⁶; para quem o texto constitucional não obriga a adoção do *status* constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, sendo portanto o procedimento de votação objeto de faculdade do Congresso Nacional.

Uma vez aprovado pelo Congresso Nacional o projeto de decreto legislativo relativo ao tratado internacional de direitos humanos, este será encaminhado ao Presidente da República para ratificação, como visto no item anterior da presente tese.

Ao tratar da responsabilidade do Poder Legislativo quanto ao controle de convencionalidade, pode-se muito bem lembrar as palavras de Ingo Wolfgang Sarlet sobre o tema, para quem, quando da apreciação de projeto de lei, da mesma forma como se deve se atentar para a constitucionalidade da legislação, o Poder Legislativo também deveria adotar os tratados internacionais de direitos humanos como parâmetro de controle. Observada alguma inconvenção pelo Poder Legislativo, este deveria adequar o projeto de lei ao chamado “bloco de convencionalidade”; de forma a tornar o projeto de lei adequado às suas normas superiores hierarquicamente.

Outro ponto importante a ser discutido é sobre a possibilidade do Poder Legislativo legislar de forma contrária às normas jurídicas previstas em tratados internacionais de direitos humanos já ratificados; em outras palavras, pode o Poder

¹³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. Op. cit. p. 216-217.

¹³⁶ LOPES, Soraya Santos. *A efetividade dos direitos humanos e a emenda constitucional n. 45*, in Reforma do Judiciário. Coord. Fredie Didier Jr., Edvaldo Brito e Saulo José Casali Bahia. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 261-288.

Legislativo realizar processo legislativo no sentido de criar norma jurídica que vá contra o disposto em tratados internacionais de direitos humanos.

Acerca desta possibilidade, ou seja, do Poder Legislativo inovar legislativamente em sentido contrário aos tratados internacionais de direitos humanos, a Jacob Dolinger afirma que “a melhor doutrina é a de que o tratado não é anulado nem revogado pela lei contraditória posterior, nem tampouco chega a seu termo final”¹³⁷. Entendimento este que se faz prevalecer diante do disposto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal e também diante da atual interpretação do Supremo Tribunal Federal de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 tem hierarquia supralegal e infraconstitucional. Logo, não há que se falar em revogação do tratado internacional de direitos humanos diante da inovação jurídica infraconstitucional por parte do Poder Legislativo. Neste caso, em havendo tal situação, prevalecerá o tratado internacional de direitos humanos em detrimento da lei inovadora e contrária ao tratado.

Georges Abboud afirma que, quanto à possibilidade de se responsabilizar o legislador por reeditar lei declarada inconstitucional, caso o Legislativo persista teimosamente na promulgação da lei anteriormente declarada inconstitucional, ignorando sem motivo justificativo o sentido da jurisprudência constitucional, será possível uma ação de responsabilidade civil pelo ilícito legislativo a fim de demonstrar a conduta ilícita do legislador. Todavia, o ilícito decorre não do desrespeito pela declaração de inconstitucionalidade, mas de reincidência na inconstitucionalidade.^{138 139}

Todavia, entendo que é possível ir além do já afirmado, com toda razão, por Georges Abboud; entendo que o legislador pode sim ser responsabilizado por aprovar projeto de lei ou proposta de emenda constitucional flagrantemente inconstitucional, e inconveniente

¹³⁷ DOLINGER, Jacob. *As soluções da Suprema Corte brasileira para os conflitos entre o direito interno e o direito internacional: um exercício de ecletismo*. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 334, abr/jun, 1996, p. 71-107.

¹³⁸ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade cit.*, §36, p. 840. Cf. MEDEIROS, Rui. *Ensaio sobre a responsabilidade civil do estado por actos legislativos*. Coimbra: Almedina, 1992, Parte I, Cap. III, n. 3, p. 188 et seq.

¹³⁹ ABOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Op. cit. p. 184.

também¹⁴⁰, assim como pode haver responsabilização pelas omissões inconstitucional e inconventionais, como se apresenta na presente tese.

Uma vez vista a responsabilidade do Poder Legislativo quanto aos tratados internacionais de direitos humanos, passo a partir de agora a observar a responsabilidade do Poder Judiciário quanto ao tema.

2.3 A responsabilidade do Poder Judiciário

Uma das formas de realização do controle de convencionalidade é por meio do Poder Judiciário, em que por meio de ações de controle poderá analisar, tanto de forma difusa como de forma concentrada, a convencionalidade de leis nacionais.

Como visto anteriormente, não basta mais a lei passar apenas por um controle de constitucionalidade; faz-se necessário, também, a realização da compatibilidade da lei com os tratados internacionais de direitos humanos que se encontram no nível constitucional e no nível supralegal e infraconstitucional.

Para Nestor Pedro Saguês, a partir dos fundamentos já apresentados anteriormente¹⁴¹ é que os juízes nacionais dos países que aderiram ao Pacto de San José da Costa Rica devem adotar a doutrina do controle de convencionalidade, pois a Corte Interamericana de Direitos Humanos constitui-se como órgão supranacional, cujas decisões devem ser aplicadas com prevalência sobre as decisões nacionais¹⁴².

A Corte Interamericana de Direitos Humanos já consignou que o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade”, e esse tema já foi objeto de manifestação pelo Ministro Celso de Mello em julgamento pelo STF. Essa Corte, após a Emenda Constitucional nº 45/2004, também avançou no entendimento quanto à

¹⁴⁰ Idem, p. 148.

¹⁴¹ Princípio da boa-fé, princípio do efeito útil dos convênios e o princípio internacionalista.

¹⁴² RUSSOWSKY, Iris Saraiva. *O controle de convencionalidade das leis: uma análise na esfera internacional e interna*. In RIDB - Revista Internacional de Direito Brasileiro, Ano 1 (2012), nº 3.

hierarquia das normas dos tratados de direitos humanos no Brasil (RE 466.343-SP, j. 3.12.2008), que passam a ter *status* supralegal e infraconstitucional ou constitucional quando atendido o disposto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal. Em que pesem as diferenças de posições quanto à hierarquia das normas dos tratados de direitos humanos em face da ordem normativa interna, que grassam na doutrina e jurisprudência, fato é que a Constituição Federal de 1988 foi um marco significativo para o início do processo de redemocratização do país e de institucionalização dos direitos humanos, e com a Emenda Constitucional nº 45/2004, verificaram-se avanços quanto ao nível hierárquico e à busca de efetividade dos tratados de direitos humanos, o que leva também o tema “controle de constitucionalidade” a ocupar um espaço na pauta das discussões jurídicas mais atuais¹⁴³.

Acerca do voto acima mencionado, Mazzuoli se manifestou no sentido de afirmar que “a negativa do Poder Judiciário em controlar a convencionalidade pela via difusa, sob o argumento de que não solicitado pelas partes ou de que não é possível exercê-lo *ex officio*, é motivo suficiente para acarretar a responsabilidade internacional do estado por violação de direitos humanos”.¹⁴⁴ E diz mais; afirma que deveria ser criado, expressamente, o controle de convencionalidade, tanto difuso “onde qualquer juiz ou tribunal pode se manifestar a respeito” como concentrado, exercido pelo Supremo Tribunal Federal nos casos dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo quórum especial previsto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal.

O juiz Alexandre Morais da Rosa, em decisão proferida junto aos autos n. 0067370-64.2012.8.24.0023, opinou no sentido de que

Cumprindo ao julgador afastar a aplicação de normas jurídicas de caráter legal que contrariem tratados internacionais versando sobre Direitos Humanos, destacando-se, em especial, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (PIDESC), bem como as orientações expedidas pelos denominados “*treaty bodies*” – Comissão

¹⁴³ TEIXEIRA, Carlos Geraldo. *O controle da convencionalidade das leis pelo Poder Judiciário*. In: <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/882/1148>. Acesso em: 06/07/15.

¹⁴⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. Op. cit. p. 73

Interamericana de Direitos Humanos e Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, dentre outros – e a jurisprudência das instâncias judiciais internacionais de âmbito americano e global – Corte Interamericana de Direitos Humanos e Tribunal Internacional de Justiça da Organização das Nações Unidas, respectivamente¹⁴⁵.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou a respeito do reconhecimento do efeito paralisante que a decisão do controle de convencionalidade tem em face de nova lei contrária a tratados internacionais de direitos humanos e, também, em face de lei já existente que se torna incompatível com novo tratado internacional de direitos humanos. Diante deste efeito paralisante, as leis, novas ou já existentes, não produzirão efeitos no ordenamento jurídico graças ao controle de convencionalidade realizado¹⁴⁶.

Analisada a responsabilidade do Poder Judiciário quanto à sua participação no controle de convencionalidade de normas jurídicas internas diante de tratado internacional de direitos humanos, passo, a partir de agora, a tratar da responsabilidade do Poder Executivo quanto ao tema.

2.4 A responsabilidade do Poder Executivo

De forma primeira, antes de ater às responsabilidades do Poder Executivo quanto ao controle de convencionalidade, abordarei as responsabilidades do Poder Executivo quanto à formalização do Brasil como signatário dos tratados internacionais de direitos humanos.

¹⁴⁵ Decisão proferida nos Autos n. 0067370-64.2012.8.24.0023 da Ação: Ação Penal – Procedimento Sumário/PROC, TJ/SC.

¹⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade*. In: MARINONI, Luiz Guilherme. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 113.

A Constituição Federal afirma que é de responsabilidade do Presidente da República celebrar tratados internacionais com outros países e organismos internacionais. Tal responsabilidade está prevista logo no inciso VIII do art. 84, juntamente com tantas outras atribuições como iniciar o processo legislativo na forma e nos casos previstos na Constituição Federal e vetar projetos de lei, total ou parcialmente. Muito embora o parágrafo único do referido artigo constitucional afirme de forma taxativa que apenas as atribuições dos incisos VI, XII e XXV, primeira parte¹⁴⁷, podem ser delegadas aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República e ao Advogado Geral da União, que exercerão tais atribuições nos limites traçados nas delegações realizadas pelo Presidente da República, a doutrina e a prática jurídica já estabeleceram que a competência do inciso VIII (de celebrar tratados internacionais), assim como o do inciso VII (manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos), prevê por força própria a possibilidade do Presidente da República ser representado por diplomatas nestas atribuições, independentemente de previsão constitucional expressa.

O procedimento de celebração de tratado internacional de direitos humanos pelo Brasil inicia-se com a competência do Presidente da República realizar a assinatura do tratado. Cumpre destacar que não basta a assinatura para tornar o tratado internacional de direitos humanos, ou qualquer outro, como válido. A assinatura é um mero ato político, em que o Estado compromete-se a encaminhar o tratado internacional de direitos humanos ao órgão interno competente, no caso do Brasil o Congresso Nacional, para aprovação. Sendo a assinatura um ato político, não se permite que as outras partes signatárias do tratado internacional de direitos humanos compilam o Estado a apreciá-lo e ratificá-lo conseqüentemente. Em síntese, a assinatura do tratado internacional de direitos humanos tem como função primordial por fim às negociações iniciais quanto ao texto do tratado, tornando-o imutável, como também simbolizar o compromisso do Estado em submetê-lo à aprovação de acordo com o direito interno¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Os incisos VI, XII e XXV do art. 84 da Constituição Federal dizem, respectivamente, que são atribuições do Presidente da República dispor mediante decreto sobre a organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos e a extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei; e prover os cargos públicos federais, nos termos da lei.

¹⁴⁸ MONTEIRO, Marco Antonio Corrêa. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2011. p.113.

Uma vez assinado o tratado internacional de direitos humanos, o Presidente da República tem o dever de encaminhar mensagem ao Congresso Nacional devidamente acompanhada de exposição de motivos do Ministério das Relações Exteriores juntamente com o texto integral do tratado internacional de direitos humanos a ser apreciada pelo Poder Legislativo. É exatamente nesta mensagem ao Congresso Nacional que o Presidente da República indica que o tratado internacional versa sobre direitos humanos.

Após a aprovação pelo Poder Legislativo, como veremos a seguir, o decreto legislativo de aprovação do tratado internacional de direitos humanos será enviado ao Presidente da República para ratificação. Esta é, na verdade, a última etapa do procedimento de celebração do tratado internacional de direitos humanos. O Poder Legislativo, ao redigir o decreto legislativo de aprovação do tratado internacional, quer de direitos humanos ou não, faz isto de forma muito concisa, fazendo com que o decreto legislativo tenha tão somente dois artigos e um parágrafo apenas. No primeiro parágrafo do decreto legislativo o Poder Legislativo manifesta a aprovação do tratado internacional com as respectivas ressalvas, se houverem. A redação do parágrafo único deste artigo primeiro é uma transcrição do art. 49 *caput* e do seu respectivo inciso I da Constituição Federal, reiterando a norma jurídica que determina que ficam sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que impliquem revisão do tratado e que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Já o segundo artigo do decreto legislativo disporá que o mesmo entrará em vigor na data de sua publicação¹⁴⁹.

Publicado o decreto legislativo, com a observância das regras acima descritas, ficará o Presidente da República autorizado a celebrar o tratado internacional por meio da chamada ratificação. Para José Francisco Rezek, a ratificação é “o ato unilateral com que o sujeito de direito internacional, signatário de um tratado, exprime definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se” ao tratado internacional¹⁵⁰. Cumpre destacar a discricionariedade do ato de ratificação pelo Presidente da República; isto significa dizer que não há prazo para que a ratificação seja realizada, nem mesmo há consequências quanto à não realização da ratificação. E tal discricionariedade é tanto no âmbito internacional, onde esta discricionariedade decorre diretamente da soberania estatal, em que há vinculação ao tratado

¹⁴⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*. Op. cit. p.299.

¹⁵⁰ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. Op. cit. p.267.

internacional somente se houve vontade do Estado; e é também no âmbito interno, em que o Poder Executivo tem não está vinculado à prévia aprovação pelo Poder Legislativo¹⁵¹.

Como mencionado anteriormente, entre as atribuições do Presidente da República está o poder de vetar projetos de lei, total ou parcialmente, já aprovados pelo Poder Legislativo; além da inconveniência e inoportunidade, o veto pode ser baseado na inconstitucionalidade do projeto de lei. Todavia, agora, entendo que tal poder de veto pode, também, estar lastreado na inconvenção do projeto de lei, ou seja, no fato do projeto de lei aprovado pelo Poder Legislativo estar em desacordo com o chamado “bloco de convencionalidade”, ou seja, o conjunto das normas constitucionais e das normas supralegais e infraconstitucionais previstas em tratados internacionais de direitos humanos.

É possível afirmar que a legislação interna que for sancionada em desacordo com tratados internacionais de direitos humanos caracteriza flagrantemente violação ao tratado internacional ratificado. Para evitar que tal situação ocorra, deve o Poder Executivo vetar integralmente ou tão somente o trecho necessário que violar o chamado “bloco de convencionalidade”. Ao menos esta é a opinião de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem o Poder Executivo deveria vetar projeto de leis aprovados pelo Poder Legislativo em desacordo com tratados internacionais de direitos humanos, quer com *status* constitucional quer com *status* supralegal¹⁵². Concordo com tal raciocínio de necessidade de veto, quando da inconvenção, por parte do Presidente da República. Como observado, o papel do Presidente da República é importante ao longo de todo o procedimento de celebração e ratificação do tratado internacional de direitos humanos; e também o é quando da sanção ou veto de projeto de lei já aprovado pelo Poder Legislativo que verse sobre direitos humanos.

Ao iniciar a terceira parte da presente tese adentrarei ao controle de convencionalidade por omissão e a responsabilidade do Chefe do Poder Executivo nesta nova espécie de controle no ordenamento jurídico.

¹⁵¹ MONTEIRO, Marco Antonio Corrêa. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2011. p.124.

¹⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade*. In: MARINONI, Luiz Guilherme. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai*. Op. cit. p. 113.

3. O controle de convencionalidade por omissão e a responsabilidade do Chefe do Poder Executivo

Superada a apresentação do controle de convencionalidade e sua emergência de um novo paradigma jurídico neste sentido, bem como a responsabilidade do Estado no que diz respeito ao princípio da boa-fé do Estado nas suas relações internacionais; e as respectivas responsabilidades do Poder Executivo, Poder Legislativo e do Poder Judiciário, feitas nas primeira e segunda partes, chegada é a hora de adentrar ao ponto central da presente tese, qual seja, a responsabilidade do Chefe do Poder Executivo pela omissão legislativa caracterizada no controle de convencionalidade.

Tal tese da responsabilização do Chefe do Poder Executivo no que diz respeito ao controle de convencionalidade decorre da obrigatoriedade de cumprimento, pelo Estado, das normas jurídicas advindas do Direito Internacional; bem como decorre da necessidade de responsabilização do Estado por possíveis descumprimentos de tais normas internacionais.

Hildebrando Accioly é taxativo ao afirmar que a lei constitucional não pode isentar o Estado de responsabilidade por violação de seus deveres internacionais¹⁵³. Assim, podemos afirmar que nem norma constitucional poderia, segundo o autor, prever a irresponsabilização do Estado por descumprimento de normas internacionais assumidas de serem cumpridas por boa-fé, como já visto anteriormente.

Lembrando que o controle de convencionalidade, nas palavras de Valério de Oliveira Mazzuoli, “trata-se de adaptar ou conformar os atos ou leis internas aos compromissos internacionais com reflexos práticos no plano do seu direito interno”¹⁵⁴, é possível afirmar que a não realização de tal adaptação ou conformação pelo Estado caracteriza claramente um caso de descumprimento de norma internacional, passível de responsabilização, como demonstrarei a partir daqui.

¹⁵³ ACIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. Revista pelo Embaixador Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 158.

¹⁵⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. Op. cit. p. 62.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é possível encontrar um *leading case* em que o controle de convencionalidade por omissão, muito embora não assim reconhecido e denominado, ficou muito claro diante dos fatos apresentados. E o que esta tese propõe é exatamente que situações como estas não ocorram, conforme apresentarei adiante.

O que aqui se comenta particularmente é a omissão por inconveniência ocorrida recentemente em face da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, da Organização das Nações Unidas, como será demonstrado.

O *leading case* é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 182, que foi proposta no ano de 2000 pelo Procurador-Geral da República objetivando que se reconhecesse que: 1) o art. 20, § 2º da Lei nº 8.742/93 não foi recepcionado pela Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, que foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 186/2008, de acordo com o procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, integrando, portanto, o bloco de constitucionalidade brasileiro; e 2) o conceito de pessoa com deficiência, estabelecido no art. 1 da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, é de uso imperativo no direito interno brasileiro, sendo imediatamente aplicável no que tange aos critérios para concessão dos benefícios de prestação continuada disciplinados pela Lei nº 8.742/93.

Esta ação constitucional tornou-se necessária diante da necessidade de adequação do ordenamento jurídico quando de inovação jurídica no âmbito dos Direitos Humanos por meio de tratados internacionais. A ADPF nº 182/2000 deixa clara a tese aqui defendida de que, uma vez que o País comprometeu-se na ordem internacional a cumprir e a internalizar regras jurídicas por meio de tratados internacionais de direitos humanos, sempre com o claro respeito ao princípio da boa-fé, há, ou deveria haver, a obrigação estatal de adequar o ordenamento jurídico interno às novas regras incorporadas, exatamente para estas possam ser tornadas eficazes.

O ponto principal da ADPF em questão é que “até a incorporação da referida Convenção, não havia, em nosso bloco de constitucionalidade, um conceito de pessoa com deficiência expressamente consagrado”. Com o advento da Convenção, o conceito

estabelecido em ato normativo, impugnado pela ADPF 182, percebe-se a incompatibilidade deste com aquele.

A boa-fé do Presidente da República na efetividade dos direitos fundamentais está manifesta, vez que o mesmo já pronunciou-se favoravelmente à sua internalização quando da assinatura da Convenção em 30 de março de 2007 e quando de sua ratificação em 1º de agosto de 2008.

Como a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência é posterior à Lei nº 8.742/93, a sua invalidade decorre, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, da aplicação do critério cronológico para resolução de antinomias¹⁵⁵: *lex posterior derogat priori*, e não de um exame de constitucionalidade. Daí por que, incabível a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão na espécie, resta satisfeita a exigência imposta pelo princípio da subsidiariedade da ADPF. Discordando respeitosamente do entendimento do Supremo Tribunal Federal em questão, apresento argumento no sentido de que o que foi realizado é, em verdade, o controle de convencionalidade da lei, e não mera aplicação do critério cronológico na solução de antinomia, vez que se trata o presente caso de uma norma jurídica legal em desacordo com norma jurídica de *status* constitucional. É o caso, portanto, de uma inconventionalidade superveniente, vez que a norma jurídica da Convenção surgiu no ordenamento jurídico posteriormente à norma jurídica legal, que se tornou inconventional.

Diante deste *leading case*, pode-se observar a real necessidade de adequação do ordenamento jurídico interno, infraconstitucional mais precisamente, diante da inovação jurídica advinda por meio de tratados internacionais de direitos humanos. Não condiz com o princípio da prevalência dos direitos humanos, previsto no art. 4º da Constituição Federal, a não adequação obrigatória da legislação infraconstitucional, como é hoje.

¹⁵⁵ Acerca das antinomias das normas jurídicas, podemos afirmar que, além do critério cronológico, encontramos o critério hierárquico e o da especialidade; sendo que o primeiro é aquele em que nota-se a prevalência das normas jurídicas hierarquicamente superiores às demais inferiores.

3.1 Do Chefe do Poder Executivo

O Presidente da República, como previsto na Constituição Federal, é quem exerce o Poder Executivo com o auxílio dos Ministros de Estados. Consequência deste disposto constitucional é a possibilidade de escolha, por parte do Presidente da República de se cercar de pessoas de sua confiança para o exercício da Chefia do Poder Executivo.

Pelo fato de o País ser uma república presidencialista, observamos que o Presidente da República acaba, ao fim, por exercer uma dupla função, tanto a Chefia de Estado como a Chefia de Governo. Importante destacar a previsão constitucional do cargo de Presidente da República e suas atribuições e responsabilidades como Chefe do Poder Executivo Federal, previstas também na Lei nº 1.079/1950.

Ao enfrentar o disposto no art. 84 da Constituição Federal, onde encontram-se as atribuições do Presidente da República, pode-se observar que ali estão atribuições e responsabilidades de Chefe de Estado como também de Chefe de Governo; deixando bem caracterizada assim a dupla função exercida pelo Presidente da República.

Desta forma, a partir daqui serão abordadas as atribuições constitucionais do Presidente da República, deixando clara a importância do ocupante deste cargo político na procedimento de internalização dos tratados internacionais de direitos humanos.

3.2 Atribuições constitucionais do Presidente da República

Aqui, neste trecho, será traçada uma análise geral sobre as atuais atribuições constitucionais do Presidente da República, previstas na Constituição Federal, especialmente a de celebrar tratados internacionais.

O art. 84 da Constituição Federal afirma que compete privativamente ao Presidente da República nomear e exonerar os Ministros de Estado; exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal; iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição; sancionar, promulgar e fazer

publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; vetar projetos de lei, total ou parcialmente; dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos; celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; decretar o estado de defesa e o estado de sítio; decretar e executar a intervenção federal; remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias; conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei; exercer o comando supremo das Forças Armadas, nomear os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos; nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei; nomear, observado o disposto no art. 73, os Ministros do Tribunal de Contas da União; nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição, e o Advogado-Geral da União; nomear membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII; convocar e presidir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional; declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional; celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional; conferir condecorações e distinções honoríficas; permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente; enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição; prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior; prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei; editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62; exercer outras atribuições previstas nesta Constituição.

Já o parágrafo único do artigo em questão determina que o Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações¹⁵⁶.

De forma especial passarei, em tópico em destaque, a observar a atribuição constitucional de celebrar tratados internacionais não só na Constituição Federal atual como também nas constituições brasileiras anteriores. A importância da celebração dos tratados internacionais, tanto de direitos humanos como de outras áreas do Direito, sempre foi matéria de estudo do Direito Internacional Público; todavia, com o avanço dos Direitos Humanos em direção ao Direito Constitucional, ao que alguns doutrinadores denominam de “constitucionalização dos direitos humanos” e outros falam em “Direito Constitucional dos Direitos Humanos”.

No Direito brasileiro observa-se uma tradição do Chefe do Poder Executivo ser o responsável, constitucionalmente, por celebrar tratados internacionais. Ao longo das constituições nacionais podemos ver tal atribuição, assim como é na atual.

A primeira Constituição brasileira, datada de 1824, previa em seu art. 102 que o Imperador seria o Chefe do Poder Executivo tendo entre suas principais atribuições a de “dirigir as Negociações Políticas com as Nações estrangeiras” e de “fazer Tratados de Aliança offensiva, e defensiva, de Subsidio, e Commercio, levando-os depois de concluidos ao conhecimento da Assembléa Geral, quando o interesse, e segurança do Estado permittirem. Se os Tratados concluidos em tempo de paz envolverem cessão, ou troca de Territorio do Imperio, ou de Possessões, a que o Imperio tenha direito, não serão ratificados, sem terem sido approvados pela Assembléa Geral”. Como podemos observar, mesmo não havendo norma relativa a Direitos Humanos propriamente dito, como era de se esperar diante do momento histórico da Constituição em comento, outros temas de Direito Internacional estão nas atribuições do Imperador, então Chefe do Poder Executivo¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Art. 84

VI – dispor, mediante decreto, sobre:

- a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
- b) extinção de funções ou cargos públicos quando vagos.

Uma vez promulgada a República em 1889, a Constituição Federal de 1891, primeira republicana, manteve para o Chefe do Poder Executivo, agora o Presidente da República, a competência de “manter as relações com os Estados estrangeiros” e de “entabular negociações internacionais, celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre ad referendum do Congresso, e aprovar os que os Estados, celebrarem na conformidade do art. 65, submetendo-os, quando cumprir, à autoridade do Congresso”, conforme previsto no art. 48 juntamente com as demais atribuições constitucionais do Presidente da República¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Constituição Brasileira de 1824:

Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado.

São suas principaes attribuições

I. Convocar a nova Assembléa Geral ordinaria no dia tres de Junho do terceiro anno da Legislatura existente.

II. Nomear Bispos, e prover os Beneficios Ecclesiasticos.

III. Nomear Magistrados.

IV. Prover os mais Empregos Civis, e Politicos.

V. Nomear os Commandantes da Força de Terra, e Mar, e removel-os, quando assim o pedir o Serviço da Nação.

VI. Nomear Embaixadores, e mais Agentes Diplomaticos, e Commerciaes.

VII. Dirigir as Negociações Politicas com as Nações estrangeiras.

VIII. Fazer Tratados de Alliança offensiva, e defensiva, de Subsidio, e Commercio, levando-os depois de concluidos ao conhecimento da Assembléa Geral, quando o interesse, e segurança do Estado permittirem. Se os Tratados concluidos em tempo de paz envolverem cessão, ou troca de Torritorio do Imperio, ou de Possessões, a que o Imperio tenha direito, não serão ratificados, sem terem sido approvados pela Assembléa Geral.

IX. Declarar a guerra, e fazer a paz, participando á Assembléa as communicações, que forem compatíveis com os interesses, e segurança do Estado.

X. Conceder Cartas de Naturalisação na fórma da Lei.

XI. Conceder Titulos, Honras, Ordens Militares, e Distincções em recompensa de serviços feitos ao Estado; dependendo as Mercês pecuniarias da approvação da Assembléa, quando não estiverem já designadas, e taxadas por Lei.

XII. Expedir os Decretos, Instrucções, e Regulamentos adequados á boa execução das Leis.

XIII. Decretar a applicação dos rendimentos destinados pela Assembléa aos varios ramos da publica Administração.

XIV. Conceder, ou negar o Beneplacito aos Decretos dos Concilios, e Letras

Apostolicas, e quaesquer outras Constituições Ecclesiasticas que se não oppozerem á Constituição; e precedendo approvação da Assembléa, se contiverem disposição geral.

XV. Prover a tudo, que fôr concernente á segurança interna, e externa do Estado, na fórma da Constituição.

¹⁵⁸ Constituição Federal de 1891:

Art 48 - Compete privativamente ao Presidente da República:

1º) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e resoluções do Congresso; expedir decretos, instruções e regulamentos para sua fiel execução;

2º) nomear e demitir livremente os Ministros de Estado;

3º) exercer ou designar quem deva exercer o comando supremo das forças de terra e mar dos Estados Unidos do Brasil, quando forem chamadas às armas em defesa interna ou externa da União;

4º) administrar o exército e a armada e distribuir as respectivas forças, conforme as leis federais e as necessidades, do Governo nacional.

5º) prover os cargos civis e militares de caráter federal, salvas as restrições expressas na Constituição;

6º) indultar e comutar as penas nos crimes sujeitos à jurisdição federal, salvo nos casos a que se referem os arts. 34, nºs 28, e 52, § 2º;

7º) declarar a guerra e fazer a paz, nos termos do art. 34, nº 11;

8º) declarar imediatamente a guerra nos casos de invasão ou agressão estrangeira;

9º) dar conta anualmente da situação do País ao Congresso Nacional, indicando-lhe as providências e reformas urgentes, em mensagem que remeterá ao Secretário do Senado no dia da abertura da Sessão legislativa;

10º) convocar o Congresso extraordinariamente;

A Constituição Federal de 1934, em seu art. 56, manteve ao Chefe do Poder Executivo a atribuição constitucional de “manter relações com os Estados estrangeiros” e de “celebrar convenções e tratados internacionais, ad referendum do Poder Legislativo”¹⁵⁹.

Já a Constituição Federal de 1937, em texto original, previa em seu art. 74¹⁶⁰ que competia privativamente ao Presidente da República, dentre outras atribuições, a de

-
- 11º) nomear os magistrados federais mediante proposta do Supremo Tribunal;
 - 12º) nomear os membros do Supremo Tribunal Federal e os Ministros diplomáticos, sujeitando a nomeação à aprovação do Senado. Na ausência do Congresso, designá-los-á em comissão até que o Senado se pronuncie;
 - 13º) nomear os demais membros do Corpo Diplomático e os agentes consulares;
 - 14º) manter as relações com os Estados estrangeiros;
 - 15º) declarar por si, ou seus agentes responsáveis, o estado de sítio em qualquer ponto do território nacional nos casos, de agressão estrangeira, ou grave comoção intestina (art. 6º, nº 3; art. 34, nº 21 e art. 80);
 - 16º) entabular negociações internacionais, celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre ad referendum do Congresso, e aprovar os que os Estados, celebrarem na conformidade do art. 65, submetendo-os, quando cumprir, à autoridade do Congresso.

¹⁵⁹ Constituição Federal de 1934:

Art 56 - Compete privativamente ao Presidente da República:

- § 1º) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, e expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução;
- § 2º) nomear e demitir os Ministros de Estado e o Prefeito do Distrito Federal, observando, quanto a este o disposto no art. 15;
- § 3º) perdoar e comutar, mediante proposta dos órgãos competentes, penas criminais;
- § 4º) dar conta anualmente da situação do País à Câmara dos Deputados, indicando-lhe, por ocasião da abertura da sessão legislativa, as providências e reformas que julgue necessárias;
- § 5º) manter relações com os Estados estrangeiros;
- § 6º) celebrar convenções e tratados internacionais, ad referendum do Poder Legislativo;
- § 7º) exercer a chefia suprema das forças militares da União, administrando-as por intermédio dos órgãos do alto comando;
- § 8º) decretar a mobilização das forças armadas;
- § 9º) declarar a guerra, depois de autorizado pelo Poder Legislativo, e, em caso de invasão ou agressão estrangeira, na ausência da Câmara dos Deputados, mediante autorização da Seção Permanente do Senado Federal;
- § 10) fazer a paz, ad referendum do Poder Legislativo, quando por este autorizado;
- § 11) permitir, após a autorização do Poder Legislativo, a passagem de forças estrangeiras pelo território nacional;
- § 12) intervir nos Estados ou neles executar a intervenção, nos termos constitucionais;
- § 13) decretar o estado de sítio de acordo com o art. 175, § 7º;
- § 14) prover os cargos federais, salvo as exceções previstas na Constituição e nas leis;
- § 15) vetar, nos termos do art. 45, os projetos de lei aprovados pelo Poder Legislativo;
- § 16) autorizar brasileiros a aceitarem pensão, emprego, ou comissão remunerados de Governo estrangeiro.

¹⁶⁰ Constituição Federal de 1937 – Texto original:

Art 74 - Compete privativamente ao Presidente da República:

- a) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e expedir decretos e regulamentos para a sua execução;
- b) expedir decretos-leis, nos termos dos arts. 12 e 13;
- c) manter relações com os Estados estrangeiros;
- d) celebrar convenções e tratados internacionais ad referendum do Poder Legislativo;
- e) exercer a chefia suprema das forças armadas da União, administrando-as por intermédio dos órgãos do alto comando;
- f) decretar a mobilização das forças armadas;
- g) declarar a guerra, depois de autorizado pelo Poder Legislativo, e, independentemente de autorização, em caso de invasão ou agressão estrangeira;

“manter relações com os Estados estrangeiros” e de “celebrar convenções e tratados internacionais ad referendum do Poder Legislativo”.

A Lei Constitucional nº 9, de 1945, trouxe algumas alterações ao Texto Constitucional de 1937, dentre elas algumas relativas às competências privativas do Presidente da República. Muito embora a competência para “manter relações com os Estados estrangeiros” e “celebrar convenções e tratados internacionais, *ad referendum* do Poder Legislativo” tenha permanecido para o Chefe do Poder Executivo, elas mudaram de alínea, passando de c) e d) para, respectivamente, e) e f)¹⁶¹.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1946, as atribuições de “manter relações com Estados estrangeiros” e “celebrar tratados e convenções internacionais ad referendum do Congresso Nacional” estavam previstas, respectivamente, nos incisos VI e VII do art. 87, ao lado das demais atribuições constitucionais¹⁶².

-
- h) fazer a paz ad referendum do Poder Legislativo;
 - i) permitir, após autorização do Poder Legislativo, a passagem de forças estrangeiras pelo território nacional;
 - j) intervir nos Estados e neles executar a intervenção, nos termos constitucionais;
 - k) decretar o estado de emergência e o estado de guerra nos termos do art. 166;
 - l) prover os cargos federais, salvo as exceções previstas na Constituição e nas leis;
 - m) autorizar brasileiros a aceitar pensão, emprego ou comissão de governo estrangeiro;
 - n) determinar que entrem provisoriamente em execução, antes de aprovados pelo Parlamento, os tratados ou convenções internacionais, se a isto o aconselharem os interesses do País.

¹⁶¹ Constituição Federal de 1937 (Redação dada pela Lei Constitucional nº 9, de 1945):

Art. 74 - Compete privativamente ao Presidente da República:

- a) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e expedir decretos e regulamentos para sua execução;
- b) expedir decretos-leis, nos termos dos arts. 12, 13 e 14;
- c) dissolver a Câmara dos Deputados no caso do § único do art.167;
- d) adiar, prorrogar e convocar o Parlamento;
- e) manter relações com os Estados estrangeiros;
- f) celebrar convenções e tratados internacionais, *ad referendum* do Poder Legislativo;
- g) exercer a chefia suprema das forças armadas, administrando-as por intermédio dos órgãos do alto comando;
- h) decretar a mobilização;
- i) declarar a guerra depois de autorizado pelo Poder Legislativo, e, independentemente de autorização, em caso de invasão ou agressão estrangeira;
- j) fazer a paz *ad referendum* do Poder Legislativo;
- k) permitir, após autorização do Poder Legislativo, a passagem de forças estrangeiras pelo território nacional;
- l) intervir nos Estados e neles executar a intervenção, nos termos constitucionais;
- m) decretar o estado de emergência e o estado de guerra;
- n) exercer o direito de graça;
- o) nomear os Ministros de Estado
- p) prover os cargos federais, salvo as exceções previstas na Constituição e nas leis;
- q) autorizar brasileiros a aceitar pensão, emprego ou comissão de Governo estrangeiro;
- r) determinar que entrem provisoriamente em execução, antes de aprovados pelo Parlamento, os tratados ou convenções internacionais, se a isso o aconselharem os interesses do País.

¹⁶² Constituição Federal de 1946:

Art 87 - Compete privativamente ao Presidente da República:

Com a Constituição Federal de 1967 entre as atribuições constitucionais do Presidente da República estabelecidas pelo art. 83 encontramos, novamente, as de “manter relações com Estados estrangeiros” e de “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, ad referendum do Congresso Nacional”, nos respectivos incisos de VII e VIII¹⁶³.

-
- I - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução;
 - II - vetar, nos termos do art. 70, § 1º, os projetos de lei;
 - III - nomear e demitir os Ministros de Estado;
 - IV - nomear e demitir o Prefeito do Distrito Federal (art. 26, §§ 1º e 2º) e os membros do Conselho Nacional de Economia (art. 205, § 1º);
 - V - prover, na forma da lei e com as ressalvas estatuídas por esta Constituição, os cargos públicos federais;
 - VI - manter relações com Estados estrangeiros;
 - VII - celebrar tratados e convenções internacionais ad referendum do Congresso Nacional;
 - VIII - declarar guerra, depois de autorizado pelo Congresso Nacional, ou sem essa autorização no caso de agressão estrangeira, quando verificada no intervalo das sessões legislativas;
 - IX - fazer a paz, com autorização e ad referendum do Congresso Nacional;
 - X - permitir, depois de autorizado pelo Congresso Nacional, ou sem essa autorização no intervalo das sessões legislativas, que forças estrangeiras transitem pelo território do País ou, por motivo de guerra, nele permaneçam temporariamente;
 - XI - exercer o comando supremo das forças armadas, administrando-as por intermédio dos órgãos competentes;
 - XII - decretar a mobilização total ou parcial das forças armadas;
 - XIII - decretar o estado de sítio nos termos desta Constituição;
 - XIV - decretar e executar a intervenção federal nos termos dos arts. 7º a 14;
 - XV - Autorizar brasileiros a aceitarem pensão, emprego ou comissão de governo estrangeiro;
 - XVI - Enviar à Câmara dos Deputados, até 31 de julho de cada ano, a proposta do orçamento.
 - XVII - prestar anualmente ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas relativas ao exercício anterior;
 - XVIII - remeter mensagem ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, dando conta da situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias;
 - XIX - conceder indulto e comutar penas, com audiência dos órgãos instituídos em lei.

¹⁶³ Constituição Federal de 1967

Art 83 - Compete privativamente ao Presidente:

- I - a iniciativa do processo Legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;
- II - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução;
- III - vetar projetos de lei;
- IV - nomear e exonerar os Ministros de Estado, o Prefeito do Distrito Federal e os Governadores dos Territórios;
- V - aprovar a nomeação dos Prefeitos dos Municípios declarados de interesse da segurança nacional (art. 16, § 1º, letra b);
- VI - prover os cargos públicos federais, na forma desta Constituição e das leis;
- VII - manter relações com Estados estrangeiros;
- VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, ad referendum do Congresso Nacional;
- IX - declarar guerra, depois de autorizado pelo Congresso Nacional, ou sem esta autorização, no caso de agressão estrangeira verificada no intervalo das sessões legislativas;
- X - fazer a paz, com autorização ou ad referendum do Congresso Nacional;
- XI - permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente;
- XII - exercer o comando supremo das forças armadas;
- XIII - decretar a mobilização nacional total ou parcialmente;
- XIV - decretar o estado de sítio;
- XV - decretar e executar a intervenção federal;
- XVI - autorizar brasileiros a aceitar pensão, emprego ou comissão de governo estrangeiro;
- XVII - enviar proposta de orçamento à Câmara dos Deputados;

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, as atribuições constitucionais do Presidente da República, o Chefe do Poder Executivo, passaram a estar estabelecidas ao longo do art. 84; dentre elas encontramos as de “manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos” e de “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”, respectivamente nos incisos VII e VIII¹⁶⁴.

XVIII - prestar anualmente ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas relativas ao ano anterior;

XIX - remeter mensagem ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias;

XX - conceder indulto e comutar penas, com audiência dos órgãos instituídos em lei.

§ único - A lei poderá autorizar o Presidente a delegar aos Ministros de Estado, em certos casos, as atribuições mencionadas nos itens VI, XVI e XX.

¹⁶⁴ Constituição Federal de 1988

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

I - nomear e exonerar os Ministros de Estado;

II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;

III - iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

V - vetar projetos de lei, total ou parcialmente;

VI - dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

VII - manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;

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

IX - decretar o estado de defesa e o estado de sítio;

X - decretar e executar a intervenção federal;

XI - remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias;

XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;

XIII - exercer o comando supremo das Forças Armadas, nomear os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos;

XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei;

XV - nomear, observado o disposto no art. 73, os Ministros do Tribunal de Contas da União;

XVI - nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição, e o Advogado-Geral da União;

XVII - nomear membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII;

XVIII - convocar e presidir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional;

XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;

XX - celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional;

XXI - conferir condecorações e distinções honoríficas;

XXII - permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente;

XXIII - enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição;

XXIV - prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior;

XXV - prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei;

No que se refere à celebração de tratados internacionais, importantes são as palavras de André de Carvalho Ramos ao destacar a teoria da junção de vontades ou teoria dos atos complexos, em que observamos que para um tratado internacional ser formado é necessária a conjunção de vontades do Poder Executivo e do Poder Legislativo; ou seja, há a participação destes dois poderes instituídos na formação da vontade brasileira ao celebrar definitivamente um tratado internacional¹⁶⁵. E esta manifestação de vontade dá-se em etapas, como visto anteriormente nesta tese, em que se observa que o tratado internacional de direitos humanos, assim como os demais tratados internacionais, é assinado pelo Presidente da República, posteriormente é aprovado pelo Congresso Nacional por meio de decreto legislativo para, finalmente, ser celebrado pelo Presidente da República por meio da ratificação.

Outra importante atribuição constitucional do Presidente da República prevista nesta Constituição Federal de 1988 é a do inciso III do art. 84, que prevê a iniciativa do processo legislativo, na forma e nos casos previstos na Constituição. Esta atribuição, a de dar iniciativa ao processo legislativo, é muito importante para o desenvolvimento da presente tese e será abordada mais adiante nesta tese com a atenção devida.

Vistas as atribuições constitucionais do Presidente da República, é chegada a hora de adentrar a análise da responsabilidade do Presidente da República na efetividade dos instrumentos internacionais de direitos humanos.

XXVI - editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62;

XXVII - exercer outras atribuições previstas nesta Constituição.

§ único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.

¹⁶⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*. 5. ed. Saraiva: São Paulo, 2015. p.298.

3.3 A responsabilidade do Presidente da República na efetividade dos instrumentos internacionais de direitos humanos.

O tema da presente tese aborda a questão da responsabilidade do Presidente da República na efetividade dos instrumentos internacionais de direitos humanos, começa, aqui, a ficar mais claro diante do todo já apresentado.

O Presidente da República tem atribuições constitucionais que tornam obrigatória sua atuação de forma a efetivar os direitos humanos no País; dentre estas atribuições é possível identificar o princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, previsto no art. 4º inciso II da Constituição Federal, e ainda, a competência do Presidente da República de celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional, estabelecida pelo inciso VIII do art. 84 da Constituição Federal.

Ocorre que tais normas constitucionais esbarram na efetividade do Direito, grande problema jurídico atual que impossibilita, ou no mínimo dificulta a efetivação dos direitos humanos por meio das normas jurídicas infraconstitucionais que, na prática, não efetivam ou sequer existem. Contra tal atuação do Poder Público é possível a realização do controle de convencionalidade quando a norma jurídica infraconstitucional estiver em desacordo com o tratado internacional de direitos humanos, e controle de convencionalidade por omissão diante da falta de compatibilidade jurídica das normas jurídicas infraconstitucionais com as normas constitucionais advindas por meio de tratados internacionais de direitos humanos. Portanto, o Direito pátrio admite a possibilidade de reconhecimento da omissão de inconvenção por decisão judicial, quer pelo controle concentrado quer pelo difuso.

E o que a presente tese propõe como inovação jurídica é exatamente a superação deste problema jurídico de inadequação entre normas constitucionais advindas por tratados internacionais de direitos humanos e normas infraconstitucionais motivada pela omissão dos poderes instituídos. O que se apresenta aqui como possível solução deste problema hoje existente é a previsão constitucional de atribuição de iniciativa legislativa ao

Presidente da República para adequação da legislação infraconstitucional diante da inovação jurídica advinda por meio de tratados internacionais de direitos humanos. E, em não havendo o cumprimento de tal atribuição constitucional, ser possível a responsabilização do Presidente da República.

O ordenamento jurídico pátrio atual permite apenas a declaração de omissão no controle de convencionalidade quanto a adequação das normas infraconstitucionais diante das novas normas constitucionais advindas por meio de tratados internacionais de direitos humanos, como já mencionado anteriormente. Não há qualquer previsão constitucional de obrigatoriedade de iniciativa legislativa para adequação do ordenamento jurídico diante da inovação trazida por tratados internacionais de direitos humanos.

Assim, para que a responsabilidade do Presidente da República seja efetivamente caracterizada será necessária a superação do estágio atual do Direito pátrio com a inclusão na Constituição Federal da atribuição do Presidente da República em dar início ao processo legislativo de adequação da legislação infraconstitucional diante da inovação trazida por tratados internacionais de direitos humanos.

Apresentada a inovação jurídica da presente tese, característica necessária a uma tese de doutoramento, necessário será o desenvolvimento desta inovação de forma pormenorizada, a começar pela responsabilidade do Presidente da República, que se justifica diante de sua maior participação no processo de internalização no Direito pátrio de normas jurídicas surgidas no Direito Internacional, como será visto na presente tese a partir de agora.

3.4 Sobre a atribuição de dar início ao processo legislativo de adequação da legislação infraconstitucional diante da inovação do tratado internacional de direitos humanos já celebrado.

A Constituição Federal de 1988 trata das Leis na Subseção III da Seção VIII – Processo Legislativo do Título IV – Da Organização dos Poderes. Desta forma, em seu art. 61 vem afirmar que “a iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro

ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos”, na forma e nos casos previstos na Constituição. Assim, logo em seu § 1º do referido artigo, a Constituição Federal começa a elencar as hipóteses das leis de iniciativa do Presidente da República. São elas:

- que fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas (art. 61, §1º, I, a da CF).
- disponham sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração (art. 61, §1º, II, “a” da Constituição Federal).
- disponham sobre a organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, servidores públicos e pessoal da administração dos territórios (art. 61, §1º, II, “b” da Constituição Federal).
- disponham sobre servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria. (Estatuto dos funcionários públicos civis da União art. 61, §1º, II, “c” da Constituição Federal).
- disponham sobre organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos territórios (art. 61, §1º, II, “d” da Constituição Federal)¹⁶⁶.
- disponham sobre criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI (art. 61, §1º, II “e” da Constituição Federal).
- disponham sobre militares das forças armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva (art. 61, §1º, II, “f” da Constituição Federal).
- plano plurianual (art. 165, I da Constituição Federal).
- diretrizes orçamentárias (art. 165, II da Constituição Federal).
- orçamentos anuais (art. 165, III da Constituição Federal).

¹⁶⁶ Na verdade, a apresentação de projeto de lei sobre a organização do Ministério Público da União é de competência concorrente do Presidente da República e do Procurador-Geral da República, em razão do disposto no artigo 128, §5º da Constituição Federal. “Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público”.

Em que pese a possível interpretação constitucional de já haver previsão de competência concorrente no que se refere a dar início ao processo legislativo à legislação infraconstitucional relativa a direitos advindos por meio de tratados internacionais de direitos humanos, a presente tese baseia-se na possibilidade de responsabilizar o Presidente da República por não dar início ao processo legislativo para adequar a legislação infraconstitucional diante da inovação jurídica advinda por tratado internacional de direitos humanos; para que isto seja possível, entendo ser necessária uma emenda constitucional no sentido de acrescentar entre as atribuições do cargo, para além das já citadas, a obrigatoriedade de iniciativa de processo legislativo de adequação da legislação infraconstitucional quando da celebração do tratado internacional de direitos humanos que tornar inconveniente a legislação a ser alterada.

Em minha opinião, entendo que esta iniciativa legislativa do Presidente da República deve ocorrer quando da ratificação do tratado internacional de direitos humanos, vez que pelo princípio da boa-fé o Presidente da República objetiva, ao assinar um novo tratado internacional de direitos humanos, alcançar um avanço jurídico na proteção dos Direitos Humanos por meio da efetivação destes direitos.

Diante desta nova atribuição constitucional do Presidente da República ora proposta, este necessitará apresentar ao Presidente da Câmara dos Deputados projeto de lei de adequação da legislação infraconstitucional diante da inovação do tratado internacional de direitos humanos juntamente com o envio, também ao Presidente da Câmara dos Deputados, do tratado internacional de direitos humanos já assinado junto a organismo internacional.

Tal momento do procedimento justifica-se diante da necessária aprovação pelo Congresso Nacional do tratado internacional de direitos humanos pelo procedimento constitucional previsto no § 3º do art. 5º. Assim, o Congresso Nacional poderá analisar o tratado internacional de direitos humanos juntamente com o projeto de lei de adequação da legislação infraconstitucional que sofrerá impacto com a entrada do tratado internacional de direitos humanos no ordenamento jurídico nacional.

Com a aprovação pelo Congresso Nacional do tratado internacional de direitos humanos, este deverá ser devolvido ao Presidente da República por meio de decreto

legislativo para que seja, enfim, procedido o decreto presidencial; enquanto que o projeto de lei de adequação, aprovado pelo Congresso Nacional por meio do rito ordinário, deverá ser enviado ao Presidente da República para sanção.

Entendo ser este o melhor procedimento a ser adotado pelo Direito pátrio diante da necessária adequação do ordenamento jurídico interno diante da inovação jurídica advinda por tratado internacional de direitos humanos. Não havendo um procedimento como este, o ordenamento jurídico pátrio ficará no estágio atual em que não há obrigatoriedade de adequação do ordenamento jurídico interno diante da evolução dos Direitos Humanos. Assim, permite-se que o Estado comprometa-se no âmbito internacional junto a organismos internacionais a efetivar os Direitos Humanos sem que haja qualquer comprometimento de efetivação dos Direitos Humanos no âmbito interno, junto ao povo brasileiro. Portanto, resta clara a absurda possibilidade atual de termos a legislação interna em completo descompasso com os tratados internacionais de direitos humanos, e isto depõe claramente contra a efetividade dos instrumentos internacionais celebrados.

Diante da omissão do Estado brasileiro em não realizar a adequação das normas infraconstitucionais perante novas normas constitucionais advindas por meio de tratados internacionais de direitos humanos, será preciso que tal responsabilidade pela omissão seja efetivamente caracterizada como sendo de responsabilidade do Presidente da República, como defendido nesta tese.

Desta forma, o descumprimento à nova atribuição constitucional do Presidente da República aqui proposta, qual seja, a de realizar a iniciativa legislativa de convencionalidade das normas infraconstitucionais relativas às novas normas constitucionais advindas de tratado internacional de direitos humanos, deverá ser caracterizada diante da observância da omissão do Presidente da República em proceder a iniciativa legislativa quando do surgimento de novo tratado internacional de direitos humanos com *status* de norma constitucional.

A Constituição Federal, em seu art. 85, afirma que são crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal, além de outros elencados nos incisos, que demonstrarei mais à frente. Além da

previsão constitucional, há também no ordenamento jurídico previsão legal para os crimes de responsabilidade do Presidente da República; trata-se da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, que, além de definir os crimes de responsabilidade, regula o respectivo processo de julgamento, trazendo em seu Título I, Capítulo I o tema “Dos crimes contra a existência da União” e, em seu art. 5º item 11 afirma que “são crimes de responsabilidade contra a existência política da União” a violação de tratados legitimamente feitos com nações estrangeiras.

Sendo certo que tal lei ainda encontra-se em vigência, pode-se afirmar que caracteriza crime de responsabilidade do Presidente da República todo e qualquer ato que viole tratado internacional celebrado com nações estrangeiras e, por analogia, os tratados internacionais celebrados com organismos internacionais, como a Organização das Nações Unidas e a Organização dos Estados Americanos.

Como sabemos, da mesma forma que ações violam normas jurídicas, omissões também as violam. Assim, a omissão presidencial diante de inovação jurídica aqui defendida também está apta a ser caracterizada por uma violação a tratado internacional e, conseqüentemente, também caracterizar crime de responsabilidade.

Diante das omissões na efetividade destes novos direitos constitucionais advindos dos tratados internacionais de direitos humanos, resta clara a obrigatoriedade estatal de adequação das normas jurídicas já existentes face aos novos direitos por meio de atos normativos.

Tendo como referência atual o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, analisando este texto juntamente com os atos administrativos e legislação infraconstitucional produzida em data posterior à promulgação da Convenção em questão, podemos observar diversas omissões na efetivação destes direitos.

Tendo em vista que as normas da Convenção agora são normas constitucionais, vez que adentraram o ordenamento jurídico de forma equivalente às emendas constitucionais, conforme disposto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal, podemos afirmar que o

legislador infraconstitucional está obrigado a cumpri-la como normas constitucionais. E, desta forma, sujeito ao controle de constitucionalidade quando de sua omissão.

Portanto, apenas para reafirmar a ideia, tal controle de convencionalidade seria, como é, possível porque as normas de tal tratado internacional *passaram* a ser normas constitucionais, e como tais podem ser objeto de controle de convencionalidade por omissão caso o Poder Público não implante tais normas de forma efetiva dentro do ordenamento jurídico.

Quanto à forma de realizar este controle de convencionalidade, podemos afirmar que, tendo em vista que tal Convenção trouxe novas normas jurídicas com *status* de normas constitucionais que, a despeito de não constarem expressamente no Texto Constitucional, devem ser observadas e postas em prática pelo Poder Público, a omissão deste possibilitará o ajuizamento tanto de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão quanto por mandado de injunção.

Assim, há que se falar em responsabilização do ocupante da Presidência da República pela sua omissão diante do descumprimento da nova atribuição constitucional de dar início ao processo legislativo de adequação das normas reguladoras para direitos constitucionais previstos em tratados internacionais de direitos humanos, como verificado no caso da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Em face desta inovação jurídica aqui defendida, qual seja, a de responsabilização do Presidente da República pela omissão na iniciativa legislativa de adequação da legislação infraconstitucional referente a tratado internacional de direitos humanos, importante se faz uma melhor explicação sobre o tema; o que será feito a partir de agora.

3.5 Da nova atribuição do Presidente da República: promover a iniciativa legislativa da convencionalidade das normas jurídicas já existentes diante dos novos parâmetros constitucionais advindos por tratados internacionais de direitos humanos.

O que se pretende neste trecho é exatamente apresentar de forma completa a tese de doutoramento, qual seja, a criação de uma nova atribuição constitucional de iniciativa legislativa ao Presidente da República, que vem a ser a obrigatoriedade de promover a convencionalidade das normas jurídicas infraconstitucionais já existentes diante dos novos parâmetros constitucionais advindos de tratados internacionais de direitos humanos. Desta forma, com inovação jurídica que aqui se apresenta e defende, o fato de o Presidente da República não iniciar o processo legislativo de forma a compatibilizar a legislação infraconstitucional já existente relativo aos direitos humanos advindos por meio de tratados internacionais caracterizará omissão por inconveniência, sendo passível de responsabilização nos termos da lei já existente.

O art. 61 em questão afirma que “a iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos”, na forma e nos casos previstos na Constituição Federal. Enquanto que o § 1º do referido artigo vem tratar das iniciativas privativas do Presidente da República, que hoje são os projetos de leis que fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas; e os projetos de leis que disponham sobre a criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; a organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; a criação e extinção dos Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI da Constituição Federal¹⁶⁷; e os

¹⁶⁷ O art. 84, VI da Constituição Federal afirma que compete privativamente ao Presidente da República dispor, mediante decreto, sobre: a organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; e extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

O que se pretende com esta tese é efetivamente aumentar as atribuições do Presidente da República por meio do acréscimo de um novo inciso ao parágrafo primeiro do art. 61 da Constituição Federal. Importante destacar que não haveria necessidade de incluir um novo inciso no art. 84 da Constituição Federal, que trata das atribuições do Presidente da República, vez que o inciso XXVII do referido artigo já abre o rol das atribuições ao afirmar que entre as competências privativas do Presidente da República está exercer outras atribuições previstas na Constituição Federal. Assim, basta incluir mais um inciso ao § 1º do art. 61 da Constituição Federal, no sentido de prever a obrigatoriedade de apresentação ao Presidente da Câmara dos Deputados projeto de lei de adequação da legislação infraconstitucional já existente relativo à efetivação dos direitos humanos diante da inovação jurídica advinda por meio de tratados internacionais de direitos humanos.

Para que tal responsabilidade seja efetiva, ou seja, para que as normas infraconstitucionais sejam adequadas à nova ordem, será necessário que se inclua, por meio de emenda constitucional, mais um inciso no § 1º do art. 61 da Constituição Federal. Partindo da ideia central da presente tese, em que se objetiva criar, por meio de emenda constitucional, a instituição de uma nova atribuição constitucional junto às demais atribuições constitucionais do Presidente da República já previstas no art. 61 da Constituição Federal. A atribuição constitucional que se apresenta é a de instituir a obrigatoriedade de iniciativa legislativa da convencionalidade das normas jurídicas já existentes diante dos novos parâmetros constitucionais advindos por tratados internacionais de direitos humanos.

Em poucas palavras, tornar obrigatória a apresentação de projeto de lei adequando a legislação infraconstitucional já existente quando do envio ao Congresso Nacional, para aprovação, do tratado internacional de direitos humanos já assinado pelo Presidente da República.

Uma possibilidade de redação do novo inciso a ser inserido no § primeiro do art. 61 da Constituição Federal seria no sentido de afirmar que são de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que “adequem a legislação infraconstitucional às normas

convencionais de direitos humanos; iniciativa privativa esta que deverá ser realizada em até trinta dias do envio ao Congresso Nacional do tratado internacional de direitos humanos celebrado pelo Poder Executivo”. A segunda parte do dispositivo legal acima proposto foi idealizado exatamente para que não haja uma demora injustificada pela Presidência da República na promoção da iniciativa legislativa, é preciso que se estabeleça um prazo para caracterizar a omissão; caso contrário ou estaríamos diante de uma nova norma constitucional inaplicável ou ainda deixar o ocupante da Presidência da República sujeito a ser responsabilizado por omissão por inconveniência a qualquer tempo, o que seria pouco factível.

Uma vez que o tratado internacional de direitos humanos seja ratificação pelo Governo brasileiro, entendo que há uma clara demonstração de boa-fé por parte do Brasil na efetivação dos direitos previstos no tratado internacional de direitos humanos ratificado. Mas, como bem sabemos, tão somente ratificar tratado internacional de direitos humanos não faz com que realmente tenhamos uma prática dos direitos humanos, uma efetivação dos direitos humanos dentro da sociedade por meio da legislação nacional vinculada ao tratado internacional de direitos humanos.

Diante desta necessidade de efetivação dos direitos humanos no Brasil é que a presente tese se demonstra como uma possível saída para elevarmos mais um degrau nas conquistas da efetivação dos direitos humanos. Pois, a partir do momento em que o Presidente da República, pessoa com maior participação na formalização do tratado internacional de direitos humanos (assinatura e ratificação), tem a obrigação de apresentar projeto de lei de adequação da legislação infraconstitucional pertinente à temática dos direitos humanos recém ratificados, creio que haverá uma mudança de paradigma na efetivação dos direitos humanos.

Com a obrigação de iniciativa legislativa que aqui se defende, fica o Presidente da República obrigado a dar início ao processo legislativo de adequação da legislação infraconstitucional diante da inovação jurídica advinda por meio de tratado internacional de direitos humanos, sob pena de ser responsabilizado por isto.

Hoje, da forma como o ordenamento jurídico nacional se apresenta, observamos a ratificação do tratado internacional de direitos humanos sem que haja qualquer

necessidade de adequação da legislação infraconstitucional pertinente ao assunto. Tal situação de omissão legislativa na adequação necessária faz com que a sociedade tenha que se submeter ao Poder Judiciário para que este analise a omissão legislativa e, talvez, responsabilizar alguém.

Todavia, outra alteração constitucional seria importante para tornar mais efetiva a nova atribuição de iniciativa legislativa do Presidente da República proposta pela presente tese, vez que tão somente instituir uma nova atribuição constitucional ao Presidente da República sem que haja qualquer espécie de possibilidade de punição pelo seu não cumprimento não torna eficaz tal obrigatoriedade que se deseja. Assim, a presente tese traz consigo, ainda que forma indireta, a possibilidade de punição do Presidente da República pela não apresentação de projeto de lei de adequação da legislação infraconstitucional diante dos novos parâmetros constitucionais advindos por tratados internacionais de direitos humanos. Portanto, há que se implementar a punição pela não observância da atribuição constitucional que aqui se defende.

Para que a não observância de obrigatoriedade de apresentação de projeto de lei adequando a legislação infraconstitucional aos novos parâmetros constitucionais advindos por meio de tratado internacional de direitos humanos seja efetivamente passível de punição, necessária se faz uma alteração, também, no disposto no art. 85 da Constituição Federal. Enquanto que a alteração constitucional anteriormente apresentada no sentido de inserir mais um inciso ao art. 61, de forma a criar a obrigatoriedade de iniciativa legislativa em questão, a alteração constitucional necessária no art. 85 é no sentido de tornar crime de responsabilidade a não apresentação ao Congresso Nacional do projeto de lei de adequação da legislação infraconstitucional, como aqui se defende.

3.6 Da competência para processar e julgar o Presidente da República quanto ao crime de responsabilidade

A Constituição Federal em seu art. 85 transcreve que os crimes de responsabilidade serão aqueles que atentarem contra a Constituição Federal e especialmente a existência da União, o livre exercício dos Poderes do Estado, a segurança interna do país, a

probidade da administração, a lei orçamentária, o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais e o cumprimento das leis e decisões judiciais¹⁶⁸.

José Cretella Junior comenta os referidos crimes previstos nos incisos da seguinte forma¹⁶⁹: para ele, os crimes de atentados contra a existência da União ou contra a existência política da União devem ser entendidos como “aqueles que interessam a unidade nacional, a integridade física da Nação, no que diz respeito a ordem interna, bem como externa, a própria segurança do regime instituído, abrangendo, assim, a violação das instituições básicas do regime, a república, a federação, o sistema representativo, configuram-se como primeiro crime de responsabilidade; já os crimes de atentados ao livre exercício do Poder legislativo, do Poder judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação, devem ser entendidos como sendo todo e qualquer ato ou fato que venha a quebrar o funcionamento do sistema, qualquer atentado ou consumação de violência que incidem, assim, no preceito citado, configuram o segundo tipo de crime de responsabilidade; já os crimes de atentado contra o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais “constituem o terceiro exemplo de crime”; e os crimes de atentados contra a segurança interna do país “configuram o quarto exemplo de crimes de responsabilidade pela gravidade de suas repercussões na vida política”; os crimes de atentado contra a probidade na administração caracterizam o quinto crime de responsabilidade imputado ao Presidente da República; os crimes de atentados que atinjam a lei orçamentária caracteriza-se pela “falta de apresentação, dentro do prazo, da proposta orçamentária, deixando de cumprir o mandamento constitucional e o chamado estorno ou transposição de verba, ilidindo por esta forma a discriminação feita no orçamento, são os dois tipos padrões de crimes contra a lei orçamentária”; e por fim os crimes de atentados que impeçam ou perturbem o cumprimento das leis e das decisões judiciais configuram o sétimo exemplo de crimes de responsabilidade,

¹⁶⁸ Constituição Federal:

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

I - a existência da União;

II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;

III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV - a segurança interna do País;

V - a probidade na administração;

VI - a lei orçamentária;

VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

¹⁶⁹ CRETELLA JUNIOR, José. *Do Impeachment*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1992. p 74.

vez que trata-se de uma “verdadeira obstrução à atividade normal de outro poder, só pode ser removida pelo afastamento do Presidente da República.”¹⁷⁰

Mas os incisos acima observados não são suficientes para, ainda que em interpretação extensiva, possa-se responsabilizar o Presidente da República pela nova atribuição constitucional que aqui se defende, qual seja, a de dar início ao processo legislativo de adequação da legislação infraconstitucional quando da inovação jurídica advinda por meio de tratado internacional de direitos humanos. Portanto, faz-se necessária, também, uma alteração no disposto do art. 85 da Constituição Federal para que a efetividade dos direitos humanos que se almeja com a presente tese seja plenamente possível diante da coerção da norma constitucional.

A inovação jurídica necessária para tornar obrigatória efetivamente a apresentação do projeto de lei é, objetivamente, a inclusão de um mais inciso no art. 85 de forma a reconhecer como crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a efetivação dos direitos humanos.

Desta forma, diante da inovação jurídica que a presente tese aqui apresenta, necessária se faz a análise do procedimento jurídico já existente para, por analogia, estabelecer o procedimento formal para a caracterização da responsabilização do Presidente da República pelo não cumprimento da nova atribuição constitucional que se apresenta como solução política para a hoje existente omissão por inconveniência. Como já apresentado anteriormente, o cerne da presente tese encontra-se no não-cumprimento da defendida obrigatoriedade de envio de projeto de lei de adequação das normas jurídicas legais afetadas pela ratificação de tratado internacional de direitos humanos, juntamente com o envio do tratado internacional de direitos humanos assinado para providências pelo Congresso Nacional. Assim, a não observância desta nova atribuição faria com que a possibilidade de punição tornasse possível.

A responsabilização do Presidente da República, neste caso inovador aqui apresentado, deverá ser apurada pelo Senado Federal, competente para processar e julgar o Presidente da República nos casos de crimes de responsabilidade, conforme já previsto no art.

¹⁷⁰ CRETELLA JUNIOR. José. *Do Impeachment*. Op. cit. p 46.

52 da Constituição Federal; desde que cumprida a necessidade de autorização prévia para instauração do processo por parte da Câmara dos Deputados.

Muito embora a Constituição Federal de 1988 já preveja normas jurídicas para processamento e julgamento do Presidente da República tanto nos casos de crimes comuns como no de crimes de responsabilidades, estas ainda não são suficientes para o que se pretende nesta tese. Tomando por base estas regras jurídicas já estabelecidas para responsabilização do Chefe do Poder Executivo, ou seja, responsabilização do Presidente da República, é possível observar que para os crimes comuns a competência constitucional de processar e julgá-lo pertence ao Supremo Tribunal Federal, enquanto que a competência constitucional para processar e julgá-lo nos casos de crime de responsabilidade pertence ao Senado Federal, em sessão presidida pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, após prévia aprovação de abertura do processo por parte da Câmara dos Deputados.

Como é possível observar, o procedimento constitucional a ser adotado no caso em tela inicia-se com uma prévia autorização para instauração de processo de responsabilidade pela Câmara dos Deputados; sendo certo que esta autorização deve ser aprovada por dois terços de seus membros, o que representa trezentos e quarenta e dois deputados federais¹⁷¹ votando a favor da instauração do processo.

A instauração de processo de responsabilidade se inicia na Câmara dos Deputados com a denúncia contra o Presidente da República; denúncia esta que pode ser realizada por qualquer cidadão e que, uma vez recebida pelo Presidente da Câmara dos Deputados, deverá ser remetida à votação na Câmara dos Deputados para aprovação por dois terço de seus membros; somente depois desta aprovação de abertura de processo de impedimento do Presidente da República é que o pedido será submetido ao Senado Federal para o respectivo julgamento.

É exatamente este o disposto no artigo 86 da Constituição Federal, como segue:

¹⁷¹ O número de duzentos e cinquenta e sete deputados federais representa a maioria absoluta do número total de deputados federais da Câmara dos Deputados, qual seja, quinhentos e treze membros, conforme Lei Complementar nº 13/95.

Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

Acerca do tema, José Cretella Junior afirma que “a aprovação da Câmara dos Deputados é mera autorização para que o Senado instaure o processo de impeachment”; sendo certo que se for votada improcedente a abertura do processo, a denúncia deverá ser arquivada; mas se for votada procedente, a denúncia será encaminhada ao Senado Federal para que se inicie o processamento seguindo os ditames da Lei de Crimes de Responsabilidade. Portanto, a Câmara dos Deputados tão somente autoriza, ou não, a instauração de processo de impedimento do Presidente da República ¹⁷².

O processo de impedimento do Presidente da República, para o autor, é dividido em dois procedimentos distintos, sendo um iniciado com a denúncia e que dura até a autorização da Câmara dos Deputados para instauração do processo de impedimento; e um segundo procedimento que se inicia exatamente quando da autorização da Câmara dos Deputados para instauração do processo de impedimento. No primeiro procedimento haveria, ainda, uma subdivisão de fases processuais em que primeiramente seria observada a denúncia formalizada, que é a simples apresentação dos fatos, sem a intenção de acusar, o que é facultado a qualquer cidadão; numa segunda fase, ocorreria o recebimento material da denúncia pelos representantes do povo; numa terceira fase haveria o exame da denúncia pela Câmara dos Deputados; para em seguida ocorrer o parecer da Câmara dos Deputados; para, finalmente, ocorrer a discussão do parecer e a consequente aprovação ou rejeição da autorização para abertura de processo de impedimento. ¹⁷³ Em havendo a rejeição, haverá o arquivamento da denúncia e extingue-se todos demais procedimentos possíveis; e em caso de autorização, inicia-se o segundo procedimento.

O segundo procedimento inicia-se, como já dito, após a aprovação por parte da Câmara dos Deputados da abertura de instauração de processo de impedimento contra o

¹⁷² CRETELLA JUNIOR. José. *Do Impeachment*. Op. cit. p 58.

¹⁷³ *Idem*. p. 63.

Presidente da República. Aqui, quando da aceitação da abertura do processo de impedimento, esta será encaminhada ao Senado Federal que dará andamento do processo por meio da aceitação do acusado pelos representantes do povo; se dará autorização para instauração do processo e haverá o deslocamento para o Senado Federal da peça para que este tome as providências que entender necessárias. É exatamente aqui, neste segundo procedimento, que haverá o julgamento e a sentença do acusado.

A competência constitucional do Senado Federal em processar e julgar o Presidente da República por descumprimento de suas atribuições constitucionais está prevista juridicamente no art. 85, parágrafo único e art. 86 da Constituição Federal. Riccitelli observa que a Constituição Federal delegou ao Senado Federal funções jurisdicionais em caráter excepcional, como para os casos de impedimento do Presidente da República; trata-se aqui, nas palavras do autor, “de uma atribuição toda especial e, por essa razão, vem expressa na Constituição Federal que reveste o Senado do caráter de Tribunal competente e Juiz natural do impeachment”¹⁷⁴.

José Cretella Junior afirma que “exercer função jurisdicional deixando de elaborar leis, para exercer a função material para proferir julgamentos, prolatando sentenças de força jurisdicional, processando e julgando casos em que se encontram na posição de réus sempre que trate de crime de responsabilidade, não de crime comum”¹⁷⁵. Portanto, observamos aqui o Senado Federal atuando em sua função atípica, a de processar e julgar.

Definido o Senado Federal como competente para o julgamento do processo de impedimento, o art. 85, parágrafo único da Constituição Federal determina que lei especial estabelecerá as normas de processo e julgamento para os crimes comuns e crimes de responsabilidade do Presidente da República. E a lei especial em questão é a Lei nº 1.079/1950, que fora recepcionada pela Constituição Federal de 1988, quando da promulgação desta.

¹⁷⁴ RICCITELLI, Antonio. *Impeachment à brasileira: instrumento de controle parlamentar*. 1. ed. Barueri: Manole. 2006. p. 69.

¹⁷⁵ *Idem*. p. 72.

O artigo 52, parágrafo único da Constituição Federal afirma que nos casos de processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles, e nos casos de processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade, o Senado Federal funcionará tendo como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

Adentrando à lei específica sobre o tema, o art. 2º da Lei 1.079/1950 vem afirmar que os crimes definidos nela são passíveis da pena de perda do cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, imposta pelo Senado Federal nos processos contra o Presidente da República ou Ministros de Estado, contra os Ministros do Supremo Tribunal Federal ou contra o Procurador Geral da República, ainda quando simplesmente tentados.

No que diz respeito às penas possíveis, a Constituição Federal, assim como a Lei 1.079/1950, as estabelecem como sendo a perda do cargo e a inabilitação do para exercer qualquer ou cargo, conforme dispõe os artigos 2º da Lei nº 1.079/50 e o artigo 52, § único da Constituição Federal. Todavia, nem sempre foi assim; até a publicação da Lei nº 1.079/1950 aplicavam-se as penas de forma separada tendo como pena principal a perda do cargo, e como pena acessória a inabilitação dos oito anos. Na prática, a pena acessória era prevista legalmente o intuito de agravar a pena de acordo com a gravidade do crime cometido. Tão somente depois da lei atualmente em vigor é que esta distinção entre as penas foi extinta, passando a prever-se a punição conjunta: perda do cargo e a inabilitação de exercer outro cargo. Com a promulgação da atual Constituição Federal tal previsão legal ganhou força jurídica, vez que o texto constitucional trouxe o mesmo disposto da lei. Sendo o Presidente da República condenado por crime de responsabilidade, fica o mesmo sujeito a perder o cargo, bem como tornar-se inelegível por oito anos¹⁷⁶.

¹⁷⁶ RICCITELLI. Antonio. *Impeachment à brasileira: instrumento de controle parlamentar*. Op. cit. p. 74.

Riccitelli afirma que da publicação da Lei nº1.079/1950 era possível a aplicação apenas da pena de perda do cargo, podendo ser agravada com a pena de inabilitação para exercer qualquer outro cargo, demonstrando, assim, diferentemente do sistema atual, um caráter de acessório¹⁷⁷.

A título de informação, dispõe o artigo 2º da Lei nº 1.079/50, em seu art. 2º, que os crimes definidos nesta lei, ainda quando simplesmente tentados, são passíveis da pena de perda do cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, imposta pelo Senado Federal nos processos contra o Presidente da República ou Ministros de Estado, contra os Ministros do Supremo Tribunal Federal ou contra o Procurador Geral da República.

Atualmente no Congresso Nacional encontramos alguns projetos de lei tratando exatamente do acréscimo de responsabilidades do Chefe do Poder Executivo; todavia nenhum dos projetos de lei encontrados é no sentido de responsabilização por não adequação do ordenamento jurídico diante de tratados internacionais de direitos humanos, como se defende aqui.

Entre os projetos de lei pesquisados separamos alguns para comentários. O Projeto de Lei do Senado nº 250, de 2015, pretende acrescentar ao art. 7º da Lei de responsabilidades do Presidente da República (Lei nº 1.079/1950) o item 11 com o seguinte disposto: *“11 – autorizar ou, de qualquer forma, permitir a transposição de águas de rios ou bacias hidrográficas sob sua gestão sem comprovar a prévia revitalização integral do rio ou da bacia doadora, quando necessário.”*

O Projeto de Lei do Senado nº 284, de 2005, pretende incluir o item 11 ao art. art. 7º de forma a prever como crime de responsabilidade *“perceber vantagem econômica para apoiar candidato a Deputado, Senador, Governador, Prefeito ou Vereador”*

Já o Projeto de Lei do Senado nº 299, de 2005, pretende acrescentar ao art. 9º o item 8 com o seguinte disposto: *“permitir ou autorizar que, da publicidade de atos, programas, obras, serviços e campanhas de órgãos ou entidades públicas, constem nomes, símbolos,*

¹⁷⁷ RICCITELLI. Antonio. *Impeachment à brasileira: instrumento de controle parlamentar*. Op. cit. p. 74.

imagens ou cores que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos ou façam alusão a campanhas eleitorais”.

Já Projeto de Lei do Senado nº 325, de 2005, pretende alterar o disposto no art. 6º da Lei 10.079, de 10 de abril de 1950, que passaria a vigorar com a seguinte redação:

Art. 6º São crimes de responsabilidade contra o livre exercício dos poderes e prerrogativas constitucionais:

I – do Legislativo:

1 - atentar contra a autonomia funcional, administrativa e financeira de quaisquer das Casas do Congresso Nacional;

2 - impedir a reunião, a livre manifestação dos Deputados ou Senadores, tentar dissolver o Congresso Nacional ou tentar impedir por qualquer meio o funcionamento regular do processo legislativo;

3 - usar de violência ou ameaça contra qualquer Deputado ou Senador, para afastá-lo do exercício do mandato ou coagi-lo no modo de exercer o seu mandato, bem como conseguir ou tentar conseguir o mesmo objetivo mediante suborno ou outras formas de corrupção;

4 – violar ou tentar violar as imunidades constitucionais asseguradas aos membros do Congresso Nacional;

5 – permitir que força estrangeira transite pelo território nacional ou nele permaneça quando a isso se oponha o Congresso Nacional.

II – do Judiciário:

1 - atentar contra a autonomia funcional, administrativa e financeira de qualquer tribunal ou foro judicial;

2 - opor-se ao livre exercício do Poder Judiciário ou impedir a reunião e a livre manifestação dos seus membros;

3 - usar de violência ou ameaça para constranger membros do Poder Judiciário ou de júri popular a proferir ou deixar de proferir despacho, sentença ou voto, ou fazer ou deixar de fazer ato do seu ofício, bem como conseguir ou tentar conseguir o mesmo objetivo mediante suborno ou outras formas de corrupção;

4 – violar ou tentar violar as garantias constitucionais e legais dos membros do Poder Judiciário.

III – do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União:

1 - atentar contra a autonomia funcional, administrativa e financeira do Tribunal de Contas da União, do Ministério Público da União ou de qualquer uma de suas divisões previstas no art. 128, inciso I da Constituição Federal;

2 - atentar contra os princípios institucionais e orgânicos do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União;

3 - usar de violência ou ameaça para constranger membros do Ministério Público a proferir ou deixar de proferir parecer, impetrar ou deixar de impetrar ação judicial, ou fazer ou deixar de fazer ato do seu ofício, bem como conseguir ou tentar conseguir o mesmo objetivo mediante suborno ou outras formas de corrupção.

4 - usar de violência ou ameaça para constranger membros do Tribunal de Contas da União ou de seu corpo técnico a proferir ou deixar de proferir julgamento, ou fazer ou deixar de fazer ato do seu ofício, bem como conseguir ou tentar conseguir o mesmo objetivo mediante suborno ou outras formas de corrupção;

5 – Violar ou tentar violar as garantias constitucionais e legais dos membros do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União.

IV - da Advocacia Geral da União e da Defensoria Pública da União:

1 – atentar contra suas respectivas autonomias funcionais;

2 – atentar contra os princípios funcionais e orgânicos dos respectivos órgãos;

3 - usar de violência, ameaça ou ascendência hierárquica para constranger membros da Advocacia Geral da União ou da Defensoria Pública da União a impetrar ou deixar de impetrar ação judicial, ou fazer ou deixar de fazer ato do seu ofício, bem como conseguir ou tentar conseguir o mesmo objetivo mediante suborno ou outras formas de corrupção;

4 – violar ou tentar violar as garantias constitucionais e legais dos Advogados e Defensores Públicos da União.

V – dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

1 – praticar ato definido como crime neste art. contra qualquer Poder, órgão ou instituição estadual, do distrito federal ou municipal, congênere aos citados nos incisos anteriores;

2 – intervir nos negócios peculiares dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em desobediência às normas constitucionais. (NR)

O Projeto de Lei Senado nº 475/2008 pretende que o art. 10 da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, passa a vigorar com o acréscimo do item 13, que teria o seguinte disposto: “abrir crédito extraordinário que não seja destinado a despesas imprevisíveis e urgentes decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública”.

O Projeto de Lei Senado nº 512/2009 pretende que o art. 9º da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, passa a vigorar acrescido do item 8, no qual estaria disposto “usar, permitir ou autorizar que se usem edifícios e veículos públicos, bem como qualquer outro a serviço da administração pública, para a promoção pessoal, mediante colocação de nome, símbolo ou imagem que não seja a denominação do órgão e o respectivo brasão”.

O Projeto de Lei Senado 741/2011 pretende alterar a Lei nº. 1.079, de 10 de abril de 1950, de forma com que passe a vigorar com a seguinte alteração: ao art. 4º seria incluído o inciso VIII com o seguinte disposto: “o cumprimento das leis e das decisões judiciais.”. Sendo acrescentado, em decorrência desta inclusão, o Capítulo VII – Dos Crimes contra o Cumprimento das Leis e das Decisões Judiciais, cujo art. 12 item 5) passaria a prever que “são crimes contra o cumprimento das leis e das decisões judiciais” e “deixar, sem justa causa, de expedir os decretos e regulamentos necessários à fiel execução das leis”.

Além destes projetos de lei do Senado, encontramos um projeto de lei da Câmara dos Deputados no que tange a Lei nº 1.079/1950. Tal projeto, de nº 29/2012, pretende incluir entre os legitimados a oferecer denúncia por crime de responsabilidade, elencados no art. 14 da lei, “os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as entidades representativas de cunho social e âmbito nacional”.

Como vimos, há vários projetos de lei tramitando no Congresso Nacional objetivando alterar as atuais regras jurídicas de forma a, na maioria dos projetos de lei, aumentar o controle público da atuação do Presidente da República.

Uma vez analisada a ideia central da presente tese, que se consubstancia na criação de uma nova atribuição ao Presidente da República, a de promover a iniciativa legislativa da convencionalidade das normas jurídicas já existentes diante dos novos parâmetros constitucionais advindos por tratados internacionais de direitos humanos,

passaremos a observar, a partir daqui, a possibilidade de punição pelo descumprimento desta atribuição constitucional que se sugere.

CONCLUSÕES

A presente tese de doutoramento foi desenvolvida diante da observação da necessidade de efetivação dos direitos humanos no cenário nacional, vez que tão somente a previsão dos direitos humanos em tratados internacionais de direitos humanos não mais supre as necessidades sociais; é preciso que tais normas de direitos humanos estejam acessíveis à população por meio de políticas públicas e regulamentações atualizadas com o que houver de mais recente nos Direitos Humanos.

Todavia, o que observei ao longo dos estudos é uma situação clara de aproximação do sistema jurídico pátrio à evolução dos direitos humanos por meio de tratados internacionais de direitos humanos celebrados juntos aos mais diversos organismos internacionais, como a Organização dos Estados Americanos e Organização das Nações Unidas, mas tal evolução do Direito nacional encerra-se à celebração, e ratificação, do tratado internacional de direito humanos sem qualquer maior preocupação dos poderes constituídos em legislar infraconstitucionalmente sobre o tema trazido no tratado internacional de direitos humanos.

Diante de tal constatação, foi possível vislumbrar dentro do ordenamento jurídico pátrio a possibilidade de realização de controle de convencionalidade por omissão, onde a inadequação da norma jurídica infraconstitucional diante da inovação jurídica trazida por tratado internacional de direitos humanos traz incompatibilidade entre as normas jurídicas vigentes. Em poucas palavras, constatei que a legislação infraconstitucional destoa dos tratados internacionais de direitos humanos quando estas são posteriores àquelas.

Assim, o controle de convencionalidade por omissão pode (deve) ser realizado por meio de ações judiciais ajuizadas tanto diretamente no Supremo Tribunal Federal, quando do controle concentrado, como também por meio de ações judiciais ajuizadas junto aos tribunais comuns e federais, quando do controle difuso, havendo um caso concreto. Com a realização do controle de convencionalidade por omissão perante o Poder Judiciário restará demonstrada a omissão legislativa dos poderes constituídos em legislar ou atualizar a legislação infraconstitucional diante da inovação trazida pelo tratado internacional de direitos

humanos. Assim, a declaração de omissão legislativa no controle de convencionalidade por omissão caberá ao Supremo Tribunal Federal no chamado controle concentrado, como também em última instância no controle difuso.

Todavia, não há no ordenamento jurídico nacional qualquer normatização que obrigue o Poder Público a legislar ou a atualizar a legislação infraconstitucional diante desta inovação trazida pelo tratado internacional de direitos humanos, vez que a Constituição Federal não prevê qualquer norma jurídica neste sentido. Oportuna se faz uma obrigatoriedade como esta, vez que o País clama por uma efetivação dos direitos humanos de forma urgente em face da falta de adequação da legislação infraconstitucional diante dos tratados internacionais de direitos humanos, o que gera uma maior dificuldade em se implantar políticas públicas inclusivas; pois o que se vislumbra hoje no cenário nacional é uma inadequação hierárquica das normas jurídicas de direitos humanos, mais precisamente entre as normas jurídicas advindas de tratados internacionais de direitos humanos e a legislação infraconstitucional pertinente ao tema.

Esta inadequação jurídica tão somente pode ser solucionada, hoje, pelo Poder Judiciário por meio das chamadas ações judiciais de controle de convencionalidade, em que os tratados internacionais de direitos humanos servem de parâmetro de comparação às normas infraconstitucionais. Certo é que a realização do controle de convencionalidade constatará uma inconveniência da norma jurídica, vez que as divergências existentes são muitas. Como bem sabemos, as omissões legislativas são um grave problema jurídico nacional diante da ausência de força das condenações judiciais impostas aos responsáveis pela omissão legislativa. Em muitas das vezes observamos que, mesmo diante de uma condenação judicial, o condenado permanece se omitindo em legislar.

Com tal observação, para além do controle de convencionalidade, a presente tese vem trazer para discussão a questão da omissão legislativa no que se refere à efetivação dos tratados internacionais de direitos humanos dentro do direito interno; a esta questão da omissão legislativa referente aos tratados internacionais de direitos humanos denominei de controle de convencionalidade por omissão, nos mesmos moldes do controle de constitucionalidade por omissão em que a omissão legislativa é reconhecida pelo Poder Judiciário diante da não concretização do Direito.

O controle de convencionalidade por omissão é uma realidade que ainda não havia sido vislumbrada pelo Direito pátrio; trata-se aqui de uma possibilidade de parametrizar as normas jurídicas internas diante das normas jurídicas advindas por meio de tratados internacionais de direitos humanos. Enquanto que no controle de constitucionalidade o parâmetro são as normas constitucionais, no controle de convencionalidade o parâmetro são as convenções internacionais de direitos humanos. Este controle de convencionalidade por omissão que aqui se apresenta é, em verdade, uma evolução dos controles judiciais surgidos ao longo da História constitucional ocidental, em que sempre houve uma necessidade de adequação das normas jurídicas à hierarquia do ordenamento jurídico.

O que a presente tese apresenta de inovação jurídica ao ordenamento jurídico nacional é exatamente a superação do problema do controle de convencionalidade por omissão, em que a efetivação dos direitos humanos fica obstada diante da inadequação por parte do Poder Público da legislação infraconstitucional diante dos tratados internacionais; em outras palavras, o que a presente tese defende é a criação da obrigatoriedade constitucional de adequação da legislação infraconstitucional sempre quando da ratificação de tratado internacional de direito humanos. A tese de doutoramento que aqui se defende é no sentido de fazer com que tais omissões legislativas não mais ocorram. Diante da importância que os Direitos Humanos assumiram não só no âmbito internacional como também no âmbito nacional, haja vista as alterações constitucionais neste sentido, é que se pretende aqui apresentar uma proposta para a solução do enorme problema causado pelas omissões legislativas.

Assim, desenvolvi a presente tese em que defendo a instituição de uma nova atribuição constitucional ao Presidente da República, acrescentando um inciso aos já existentes no art. 61 da Constituição Federal, de forma a esta nova atribuição constitucional do Presidente da República consistir na obrigatoriedade em dar início ao processo legislativo de criação ou atualização da legislação infraconstitucional sempre que houver alguma inovação jurídica advinda por meio de tratado internacional de direitos humanos que impacte na legislação infraconstitucional. Esta nova atribuição constitucional ao Presidente da República deve ser criada por meio de uma proposta de emenda constitucional, acrescentando tal obrigatoriedade.

A proposta de emenda constitucional que aqui se apresenta e se defende é que o Presidente da República, ao ratificar por meio de decreto presidencial o tratado internacional de direitos humanos tenha a obrigação de encaminhar, na mesma data, ao Presidente do Congresso Nacional projeto de lei objetivando legislar originariamente ou de forma a realizar todas as alterações necessárias para adequação da legislação infraconstitucional à inovação jurídica decretada.

Certo é que não há mais espaço para irresponsabilidades do ocupante da Presidência da República em tão somente celebrar, e posteriormente ratificar, tratados internacionais de direitos humanos sem que haja qualquer preocupação com a efetividade de tais direitos humanos junto à população brasileira. Vivemos atualmente em uma era de efetivação dos direitos humanos, uma era em que cremos ser inadmissível o Estado deixar de atender as necessidades sociais de sua população. Temos direitos humanos apenas previstos no papel não nos atende mais; é preciso que estes direitos humanos se concretizem, se tornem realidade em nossa sociedade tão abandonada pelo Poder Público.

A não adequação das normas jurídicas internas diante da nova ordem constitucional surgida por meio de tratado internacional de direitos humanos com *status* de norma constitucional traz injustiça e sentimento de descrença nos direitos humanos por parte da sociedade. Assim, faz-se necessária a criação de novas normas jurídicas prevendo esta nova responsabilidade do Presidente da República, bem como prevendo a punição cabível.

Diante da valorização dos direitos humanos ocorrida ao longo das últimas décadas, inclusive com a inserção de novos artigos na Constituição Federal por meio de emendas constitucionais, não se pode mais admitir que tratados internacionais de direitos humanos sejam celebrados e ratificados sem que haja qualquer preocupação na efetivação de tais novos direitos humanos no âmbito interno, por meio da legislação infraconstitucional.

Descabida é a ideia de continuarmos esperando o Poder Judiciário decidir acerca das omissões legislativas para sabermos como exercermos nossos direitos humanos. Não podemos permitir que o atual estágio do Direito nacional permaneça sem que se tome coragem de mudanças importantes.

Caso tal adequação aqui defendida não seja obrigatória estaremos sempre à espera de o Poder Judiciário, depois de transcorrido todo o devido processo legal, condene o Estado a adequar o ordenamento jurídico interno à inovação jurídica vinda pelo tratado internacional de direitos humanos. Quanto tratamos de Direitos Humanos não podemos admitir que tal falta de adequação e necessidade de espera pelo Poder Judiciário sejam a prática nacional.

A efetivação dos Direitos Humanos deve passar, necessariamente, pela obrigatoriedade de adequação do ordenamento jurídico interno diante da inovação jurídica advinda pelo tratado internacional de direitos humanos, com a iniciativa de processo legislativo desta inovação necessária de responsabilidade do Presidente da República, sob pena de responsabilização por omissão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ABREGÚ, Martín. COURTIS, Christian. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. Revista pelo Embaixador Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

ALBUQUERQUE DE MELLO, Celso Antonio. *Direito Constitucional Internacional – Uma introdução*. 2. ed. rev. São Paulo: Renovar, 2000.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *A incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro. Análise do tema à luz do direito constitucional*. São Paulo: Revista do Advogado, ano 23, n. 73, nov. 2003.

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

ANDRADE, Manuel Domingues. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*. Coimbra: Armênio Amado Editor, 4º ed., 1987.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 9. ed. 2009.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 6 ed. rev. atual. e ampl. 2004.

_____. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 3. ed. ampl e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

BEDIN, Gilmar Antonio. ESTENSSORO, Jerônimo Tybhsch. *Direitos Humanos, política internacional e ecologia política (recurso eletrônico)*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*. São Paulo: Revista Estudos Avançados, 18 (51), 2004.

BROSSARD, Paulo. *O Impeachment*. 2 ed. Saraiva. São Paulo-SP. 1992.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. São Paulo: Revista Panóptica, ano 1, n. 6. 2012.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *O controle jurisdicional do processo político no Brasil*. Curitiba: Paraná Eleitoral, v. 1, n. 2, 2012.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A incorporação das normas internacionais de proteção dos Direitos Humanos no Direito brasileiro*. San Jose, Costa Rica: IIDH, ACNUR, CIVC, CUE, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.

CONVENÇÃO SOBRE DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA COMENTADA. Coordenação de Ana Paula Crosara de Resende e Flavia Maria de Paiva Vital . Brasília : Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.

CRETELLA JUNIOR. José. *Do Impeachment*. 1º. Ed. RT. São Paulo-SP. 1992.

DE ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli. *O Tratado Internacional em face da Constituição Federal*. Trabalho apresentado como dissertação obrigatória para o Mestrado em Direito Constitucional junto à PUC-SP, 1995.

DE TOMAZ, Carlos Alberto Simões. *O décimo segundo camelo de Luhmann e o § terceiro do art. quinto da Constituição brasileira acrescido pela Emenda Constitucional nº 45: inconstitucionalidade a partir de uma visão extradogmática do Direito tendo como paradigma a alopoiese jurídica*. In. Revista Brasileira de Direito Constitucional: Teoria da Constituição, julho / dezembro de 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: introdução à teoria geral do Direito, à filosofia do Direito, à sociologia jurídica e a lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do Direito*. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DOLINGER, Jacob. As soluções da Suprema Corte brasileira para os conflitos entre o direito interno e o direito internacional: um exercício de ecletismo. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 334, abr/jun, 1996.

DULITZKY, Ariel E. *El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos?*. In Tratado de los Derechos Constitucionales, (Julio Cesar Rivera ed. 2014).

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de Princípios Constitucionais*. São Paulo: RT Editora, 2ª edição.

ESTRADA, Roberto Duque. *Não há segurança jurídica sem decisões estáveis*. São Paulo: Revista Consultor Jurídico, 21 de novembro de 2012

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. *Controle de constitucionalidade na omissão legislativa: instrumentos de proteção judicial e seus efeitos*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

FEREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, Estado, Direitos Humanos e outros temas*. Barueri: Manole, 2007.

FERRARA, Francesco, *Interpretação e aplicação das leis*. Coimbra: Armênio Amado Editor, 4. ed., 1987.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. *O controle de convencionalidade na Lei da Ficha Limpa*. In Revista Brasileira de Direito Eleitoral.

FOLADOR, Patricia Micheli. *Evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil e a ação de inconstitucionalidade por omissão*. in Revista de Direito Constitucional e Internacional nº 71. São Paulo: RT Editora, 2010.

FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno. Estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. São Paulo: Ed. Forense, 1998.

FRANÇA, Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 8 ed. rev. atual. São Paulo: Editora RT, 2008.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.

GARCÍA, Luis M. *El derecho internacional de los derechos humanos ¿cuestión de derecho internacional o cuestión de derecho doméstico?*. Artigo publicado junto às Secretarias de Actuación ante la S.C.B.A., C.S.J.N. y Organismos Internacionales da Defensoria de Casación do Ministerio Público da Provincia de Buenos Aires.

GARCIA, Maria. *Implicações do princípio constitucional da igualdade*. in Revista de Direito Constitucional e Internacional nº 31. São Paulo: RT Editora, 2000.

_____. *Fundamentalidade e direitos fundamentais: o § 2º do art. 5º da CF/1988. Direitos humanos e direitos e garantias fundamentais*. in Revista de Direito Constitucional e Internacional nº 67. São Paulo: RT Editora, 2009.

GOMES, Luiz Flavio. *Controle de convencionalidade: Valerio Mazzuoli “versus” STF*. In <http://lfg.com.br>

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Teoria Processual da Constituição*. 3. ed. rev.ampl. São Paulo: RCS Editora, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2002.

HAMON, Francis. TROPER, Michel. BURDEAU, Georges. *Direito Constitucional*. 27 ed. Barueri: Manole, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. José Cretella Junior e Agnes Cretella. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LEITE, George Salomão. *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

LOPES, José Reinaldo Lima. *O Direito na História: lições introdutórias*. São Paulo: Atlas Editora, 2008.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *El control difuso de convencionalidade en el estado constitucional*. In Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

MAFFETONE, Sebastiano. VECA, Salvatore. *A idéia de justiça de Platão a Rawls*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MARMOR, Andrei. *Direito e Interpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARTINS, Leonardo. MOREIRA, Thiago Oliveira. *Constitucionalidade e Convencionalidade de Atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira*. In. Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano. Año XVII, Montevideo, 2011, pp. 463-483, ISSN 1510-4974.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro*. In Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas. Ano IX, nº12. Março, 2009.

_____. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. 5. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MÖLLER, Josué Emilio. *A justiça como equidade em John Rawls*. Porto Alegre: Fabris, 2006.

MONTEIRO, Marco Antonio Corrêa. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

OLIVEIRA, Diogo Pignataro de. *Os tratados de direitos humanos na contemporaneidade e sua aplicabilidade dentro da nova concepção constitucional brasileira: uma análise crítica a teor do § 3º do art. 5º da CF/88.* in Revista de Direito Constitucional e Internacional nº 64. São Paulo: RT Editora, 2008.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito Constitucional Democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PINTO, Monica. *El principio pro homine. Criterios de hermenêutica y pautas para la regulación de los derechos humanos.*In: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, 1997, ISBN 987-9120-14-0, págs. 163-172.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional.* 11. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2010.

_____. *Temas de Direitos Humanos.* 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas.* 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PUGLIESI, Marcio. *Por uma teoria do Direito: aspectos micro-sistêmicos.* São Paulo: RCS Editor, 2005.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

_____. *Curso de direitos humanos.* São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, ed. Saraiva, 22ª edição, 1995.

REDIN, Giuliana. *Crítica ao § 3º do art. 5º da CF/88 à luz da internacionalização dos direitos humanos*. in *Revista de Direito Constitucional e Internacional* nº 59. São Paulo: RT Editora, 2007.

RICCITELLI, Antonio. *Impeachment à brasileira: instrumento de controle parlamentar*. 1º. Ed. Manole. Barueri-SP. 2006.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2010.

RUSSOWSKY, Iris Saraiva. *O controle de convencionalidade das leis: uma análise na esfera internacional e interna*. In *RIDB - Revista Internacional de Direito Brasileiro*, Ano 1 (2012), nº 3.

SAGUÉS, Nestor Pedro. *El control de convencionalidad em el sistema interamericano, y sus anticipos em el ámbito de los derechos económico-sociales: concordâncias e diferencias com el sistema europeo*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx>>. Acesso em: 28 abr. 2012.

SALES, Gabrielle Bezerra. *Teoria da Norma Constitucional*. Barueri: Manole, 2004.

SANTINELLI, Fernanda. *Os direitos subjetivos no direito internacional dos direitos humanos*. Trabalho apresentado como dissertação obrigatória para o Doutorado em Filosofia do Direito junto à PUC-SP, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Controle de convencionalidade dos tratados internacionais*. In: Consultor Jurídico, 10 de abril de 2015. In: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-control-e-convencionalidade-tratados-internacionais>. Acesso em 18 de abril de 2015.

_____. *Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade*. In: *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai*.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E., *Hermenêutica: arte e técnica de interpretação*. Petrópolis: Vozes Editores, 1999.

SCHMIDT, Albano Francisco. LAPA, Fernanda Brandão. *O controle de convencionalidade no Brasil: da Convenção de Viena ao Bloco de Constitucionalidade*. In Revista Latinoamericana de Derechos Humanos. Vol. 22 (2): 255, julio-diciembre, 2011 (ISSN: 1659-4304).

SICHES, Recaséns. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, apud, Direito Administrativo e Constitucional, estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba, por Celso Antonio Bandeira de Mello, ed. Malheiros Editores, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1. ed., 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais sociais em terrae brasilis*. In Revista Brasileira de Direito Constitucional. São Paulo: ESDC, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. *Controle de constitucionalidade e judicialização: o STF frente à sociedade aos Poderes*. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010.

TANNUS, Rafael Calil. *Responsabilidade do Estado por leis inconstitucionais*. in Revista de Direito Constitucional e Internacional nº 65. São Paulo: RT Editora, 2008.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, Carlos Geraldo. *O controle da convencionalidade das leis pelo Poder Judiciário*. In:
<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/882/1148>. Acesso em: 06/07/15.

YAMAMOTO, Toru. *Direito Internacional e Direito Interno*. Porto Alegre: Fabris Editor, 2000.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Editorial Civitas, 1985.

ZANIOLO, Guido Timoteo da Costa. *Direitos materialmente fundamentais, tratados internacionais de Direitos Humanos e controle jurisdicional de convencionalidade das leis no Brasil*. Dissertação de Mestrado. PUC-SP, 2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº , DE 2015

Inclui o inciso III do § 1º do art. 61 e o inciso VIII do art. 85 da Constituição Federal, para tornar obrigatória a apresentação de projeto de lei de adequação da legislação infraconstitucional diante da inovação jurídica advinda por meio de tratado internacional de direitos humanos. As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O art. 61 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte alteração:

“Art. 61

§ 1º

III – devam realizar a adequação da legislação já existente para tornar efetivos os direitos humanos advindos de tratados internacionais de direitos humanos, cujo projeto de lei deverá ser apresentado ao Presidente da Câmara dos Deputados quando da ratificação do tratado internacional de direitos humanos. (NR)

Art. 2º O art. 85 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte alteração:

“Art. 85

VIII – a efetivação dos direitos humanos, nos termos do art. 61 inciso III. (NR)

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entrará em vigor na data de sua publicação, aplicando-se às eleições que se realizarem após decorrido um ano de sua vigência.

JUSTIFICAÇÃO

Diante do fato de que os tratados internacionais de direitos humanos encontram-se hoje no mesmo status das normas constitucionais, se aprovados cumprindo o rito do art. 5º § 3º da Constituição Federal, ou com status de supralegalidade e infraconstitucionalidade. Em ambas situações o tratado internacional de direitos humanos exigirá uma regulamentação legal para possibilitar a necessária efetivação de tais direitos.

Diante da necessária efetivação dos direitos humanos, tão somente ratificar tratados internacionais de direitos humanos não fará com que tais direitos se tornem efetivos junto à população brasileira. É preciso que tenhamos uma legislação infraconstitucional condizente, atualizada, com as normas jurídicas advindas por meio de tratado internacional de direitos humanos.

Para que tal atualização das normas jurídicas infraconstitucionais efetivadoras de direitos humanos seja realizada sem que haja omissão por parte do Poder Público, importante criar o dever constitucional de iniciativa legislativa de atualização das normas jurídicas infraconstitucionais referente aos tratados internacionais de direitos humanos.

Levando em consideração o destacado papel do Presidente da República em todo o procedimento de nacionalização dos tratados internacionais, de direitos humanos inclusive, é que entendo ser deste Chefe do Poder Executivo a competência de obrigatoriedade de iniciativa de processo legislativo para atualização das normas jurídicas infraconstitucionais relativos a tratados internacionais de direitos humanos. Como o Presidente da República é responsável pela celebração e pela ratificação, não haveria melhor pessoa para assumir esta nova competência constitucional que aqui se sugere.

O sistema internacional de proteção da pessoa humana toma-se de força por meio do art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, datado de 1969; pois é exatamente neste trecho da Convenção de Viena que encontramos a norma internacional de que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

Assim, o que se sugere aqui é exatamente a criação de uma nova atribuição constitucional ao Presidente da República, qual seja, a de ser obrigado, quando da ratificação do tratado internacional de direitos humanos, a dar início ao processo legislativo de atualização da legislação infraconstitucional federal relativa aos direitos humanos previstos no tratado internacional ratificado. Tal projeto de lei atualizador deverá ser apresentado ao Presidente do Congresso Nacional, para providências legislativas, quando da ratificação do tratado internacional de direitos humanos.

Neste sentido são as palavras de Antônio Augusto Cançado Trindade, que afirma que

“as obrigações convencionais de proteção vinculam os Estados Partes, e não só seus Governos. Ao Poder Executivo incumbe tomar todas as medidas – administrativas e outras – a seu alcance para dar fiel cumprimento àquelas obrigações. (...) Ao Poder Legislativo incumbe tomar todas as medidas dentro de seu âmbito de competência, seja para regulamentar os tratados de direitos de modo a dar-lhes eficácia no plano do direito interno, seja para harmonizar este último com o disposto naqueles tratados. E ao poder Judiciário incumbe aplicar efetivamente as normas de tais tratados no plano do direito interno, e assegurar que sejam respeitadas. Isto significa que o Judiciário nacional tem o dever de prover recursos internos eficazes contra violações tanto dos direitos consignados na Constituição como dos direitos consagrados nos tratados de direitos humanos que vinculam o país em questão, ainda mais quando a própria Constituição nacional assim expressamente o determina. O descumprimento das normas convencionais engaja de imediato a responsabilidade internacional do Estado, por ato ou omissão, seja do Poder Executivo, seja do Legislativo, seja do Judiciário¹⁷⁸”.

¹⁷⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Antônio Fabris Editor: 1997, p.442.

Portanto, é a presente proposta de emenda constitucional para tornar efetivos os Direitos Humanos dentro do ordenamento jurídico pátrio, de forma a tornar obrigatória a apresentação, por parte do Presidente da República, de projeto de lei de adequação da legislação infraconstitucional já existente sobre Direitos Humanos afetada pela inovação jurídica advinda por meio de tratado internacional de Direitos Humanos.

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº , DE 2015

Inclui o inciso III do § 1º do art. 61 e o inciso VIII do art. 85 da Constituição Federal, para tornar obrigatória a apresentação de projeto de lei de adequação da legislação infraconstitucional diante da inovação jurídica advinda por meio de tratado internacional de direitos humanos. As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O art. 61 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte alteração:

“Art. 61

§ 1º

III – devam realizar a adequação da legislação já existente para tornar efetivos os direitos humanos advindos de tratados internacionais de direitos humanos, cujo projeto de lei deverá ser apresentado ao Presidente da Câmara dos Deputados quando da ratificação do tratado internacional de direitos humanos. (NR)

Art. 2º O art. 85 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte alteração:

“Art. 85

VIII – a efetivação dos direitos humanos, nos termos do art. 61 inciso III. (NR)

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entrará em vigor na data de sua publicação, aplicando-se às eleições que se realizarem após decorrido um ano de sua vigência.

JUSTIFICAÇÃO

Diante do fato de que os tratados internacionais de direitos humanos encontram-se hoje no mesmo status das normas constitucionais, se aprovados cumprindo o rito do art. 5º § 3º da Constituição Federal, ou com status de supralegalidade e infraconstitucionalidade. Em ambas situações o tratado internacional de direitos humanos exigirá uma regulamentação legal para possibilitar a necessária efetivação de tais direitos.

Diante da necessária efetivação dos direitos humanos, tão somente ratificar tratados internacionais de direitos humanos não fará com que tais direitos se tornem efetivos junto à população brasileira. É preciso que tenhamos uma legislação infraconstitucional condizente, atualizada, com as normas jurídicas advindas por meio de tratado internacional de direitos humanos.

Para que tal atualização das normas jurídicas infraconstitucionais efetivadoras de direitos humanos seja realizada sem que haja omissão por parte do Poder Público, importante criar o dever constitucional de iniciativa legislativa de atualização das normas jurídicas infraconstitucionais referente aos tratados internacionais de direitos humanos.

Levando em consideração o destacado papel do Presidente da República em todo o procedimento de nacionalização dos tratados internacionais, de direitos humanos inclusive, é que entendo ser deste Chefe do Poder Executivo a competência de obrigatoriedade de iniciativa de processo legislativo para atualização das normas jurídicas infraconstitucionais relativos a tratados internacionais de direitos humanos. Como o Presidente da República é responsável pela celebração e pela ratificação, não haveria melhor pessoa para assumir esta nova competência constitucional que aqui se sugere.

O sistema internacional de proteção da pessoa humana toma-se de força por meio do art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, datado de 1969; pois é exatamente neste trecho da Convenção de Viena que encontramos a norma internacional

de que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

Assim, o que se sugere aqui é exatamente a criação de uma nova atribuição constitucional ao Presidente da República, qual seja, a de ser obrigado, quando da ratificação do tratado internacional de direitos humanos, a dar início ao processo legislativo de atualização da legislação infraconstitucional federal relativa aos direitos humanos previstos no tratado internacional ratificado. Tal projeto de lei atualizador deverá ser apresentado ao Presidente do Congresso Nacional, para providências legislativas, quando da ratificação do tratado internacional de direitos humanos.

Neste sentido são as palavras de Antônio Augusto Cançado Trindade, que afirma que

“as obrigações convencionais de proteção vinculam os Estados Partes, e não só seus Governos. Ao Poder Executivo incumbe tomar todas as medidas – administrativas e outras – a seu alcance para dar fiel cumprimento àquelas obrigações. (...) Ao Poder Legislativo incumbe tomar todas as medidas dentro de seu âmbito de competência, seja para regulamentar os tratados de direitos de modo a dar-lhes eficácia no plano do direito interno, seja para harmonizar este último com o disposto naqueles tratados. E ao poder Judiciário incumbe aplicar efetivamente as normas de tais tratados no plano do direito interno, e assegurar que sejam respeitadas. Isto significa que o Judiciário nacional tem o dever de prover recursos internos eficazes contra violações tanto dos direitos consignados na Constituição como dos direitos consagrados nos tratados de direitos humanos que vinculam o país em questão, ainda mais quando a própria Constituição nacional assim expressamente o determina. O descumprimento das normas convencionais engaja de imediato a responsabilidade internacional do Estado, por ato ou omissão, seja do Poder Executivo, seja do Legislativo, seja do Judiciário¹”.

¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Antônio Fabris Editor: 1997, p.442.

Portanto, é a presente proposta de emenda constitucional para tornar efetivos os Direitos Humanos dentro do ordenamento jurídico pátrio, de forma a tornar obrigatória a apresentação, por parte do Presidente da República, de projeto de lei de adequação da legislação infraconstitucional já existente sobre Direitos Humanos afetada pela inovação jurídica advinda por meio de tratado internacional de Direitos Humanos.