DO ESTADO DE DIREITO INTERNACIONAL E O VALOR DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

THE STATE OF INTERNATIONAL LAW AND THE VALUE OF HUMAN RIGHTS TREATIES

LUIZ FLÁVIO GOMES[1]

Sumário: 1.- Introdução; 2.- Estrutura normativa do Estado de Direito internacional (ou transnacional), pluralidade de fontes normativas e nova pirâmide jurídica; 3.- O valor da dignidade humana e o avanço no Brasil do Direito internacional dos direitos humanos; 4.- Formas de incorporação e valor do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Direito interno brasileiro; 5.- Valor do Direito internacional distinto dos direitos humanos; 6.- Dupla compatibilidade vertical das leis; 7.- No Estado de Direito internacional cabe a prisão civil do depositário infiel?; 8.- Conflito entre a Constituição brasileira e os tratados de direitos humanos;

[1] Doutor em Direito penal pela Universidade Complutense de Madri, Mestre em Direito Penal pela USP, Professor de Direito penal na Universidade Anhangüera e Diretor-Presidente da Rede de Ensino LFG (www.lfg.com.br). Foi Promotor de Justiça (1980 a 1983), Juiz de Direito (1983 a 1998) e Advogado (1999 a 2001).

9.- Dimensão e operacionalidade do princípio "pro homine" no Estado de Direito internacional; 10.- Controle de convencionalidade e o Estado de Direito internacional. Fecha de recepcion: 03/01/2009, Fecha de aceptacion: 10/02/2009.

RESUMO: O Estado de Direito internacional (ou transnacional) nada mais é que o Estado de Direito constitucional acompanhado (complementado) de uma perspectiva internacional (atrelada à tutela dos direitos humanos).

ABSTRACT. The rule of international law (or transnational) is nothing but the rule of constitutional law accompanied (supplemented) from an international perspective (linked to human rights protection).

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos, direito penal**.**

KEYWORDS: human rights, criminal law.

1. Introdução

Uma coisa é o Estado de Direito constitucional regido pela Constituição de cada país, modelo de Estado de Direito esse que é criado e aplicado pelos legisladores e juízes respectivos. Outra bem distinta consiste em enfocar esse mesmo Estado de Direito sob a ótica internacional (regional ou comunitária ou global).

Não são dois modelos excludentes, ao contrário, são complementares. No caso brasileiro, aliás, complementares e sucessivos (porque somente agora, no princípio do século XXI, é que a nossa jurisprudência começou a prestar atenção seriamente no aspecto internacional do Estado de Direito constitucional – sumamente relevante, nesse sentido, a posição do STF, adotada no dia 03.12.08, no RE 466.343-Sp e HC 87.585-TO.

Estudar hoje o Estado de Direito constitucional sem o complemento da internacionalidade (ou transnacionalidade) significa conhecer apenas a metade do que se deve saber. E se o estudante ou operador jurídico sabe manejar tão somente os códigos (ou seja: a legalidade), conhece apenas uma pequena parcela do que se deve

saber. Para além da legalidade (Estado de Direito legal) está a constitucionalização e a internacionalidade (transnacionalidade) do Direito.

Eis as três palavras-chave que podem exprimir as evoluções do Estado, do Direito e da Justiça: legalismo, constitucionalização (ou neoconstitucionalização) e internacionalização (ou transnacionalização).

2. Estrutura normativa do Estado de Direito internacional (ou transnacional), pluralidade de fontes normativas e nova pirâmide jurídica.

Impõe-se desde logo bem compreender a (exageradamente) complexa *estrutura normativa* do Estado de Direito internacional (transnacional): nele possuem relevância ímpar não apenas as leis e a Constituição, senão também o Direito internacional dos Direitos Humanos (DIDH – ou seja: tratados de convenções de direitos humanos). Destarte, o Estado de Direito internacional é constituído de normas constitucionais, infraconstitucionais e internacionais. Como se vê, o Estado de Direito internacional (transnacional) nada mais significa que o resultado (o novo produto evolutivo) dos modelos de Estado anteriores (legal e constitucional) mais o complemento da internacionalidade ou transnacionalidade, que tem como eixo central a tutela dos direitos humanos (para isso foram desenvolvidos vários conjuntos normativos internacionais assim como uma enorme estrutura judiciária supranacional).

A internacionalidade (transnacionalidade) dos direitos humanos (nisso reside a terceira onda), que constitui a essência da nova e evoluída configuração do Estado de Direito constitucional, merece (neste momento) expressivo e retumbante destaque no nosso país em virtude do seguinte:

(a) somente agora (depois de décadas de atraso jurássico) a Corte Suprema brasileira reconheceu (em 03.12.08) o valor supralegal (Gilmar Mendes) dos tratados internacionais de direitos humanos (RE 466.343-SP e HC 87.585-TO); foi vencedora essa tese do Min. Gilmar Mendes (por cinco votos a quatro), não a tese do valor constitucional (do Min. Celso de Mello);

(b) em matéria de direitos humanos já se pode falar no Brasil (finalmente) numa quinta instância (de Justiça), que é a Corte Interamericana de Direitos Humanos (sediada em San Jose da Costa Rica), que integra (ao lado da Comissão Interamericana de Direitos Humanos) nosso sistema (regional) interamericano de proteção dos direitos humanos.[2] De muitas maneiras pode-se explicar a presença dessa quinta instância na vida do brasileiro. Mas talvez a mais contundente esteja no fato de a Corte estar começando a condenar o Brasil nas suas violações aos direitos humanos (os casos Ximenes Lopes e Maria da Penha são emblemáticos: A Corte e a Comissão determinaram o pagamento de indenização em virtude da violação de direitos humanos).

O Direito dos Direitos Humanos (DDH), seja em sua dimensão interna como internacional, que ocupa posição de inquestionável destaque no Estado de Direito Internacional, é um conjunto normativo bastante complexo (mas, ao mesmo tempo, é o único que parece reunir todas as disposições otimizantes que podem possibilitar a convivência humana harmoniosa na era pós-moderna).

1.1. Pluralidade de fontes normativas

A primeira e principal característica desse modelo de Estado reside na pluralidade de fontes normativas hierarquicamente distintas. Aliás, hoje, somente a complexa (e correta) articulação de todas as suas distintas fontes normativas (normas constitucionais, internacionais e ordinárias) é que possibilita (a) aproximar a uma justa solução para os conflitos, sobretudo os que envolvem os direitos humanos e (b) redimensionar o verdadeiro conteúdo do devido processo legal.

O estudante e o operador jurídico em geral assim como o juiz de direito em especial, neste novo modelo de Estado (EDI), não podem desconhecer os três conjuntos normativos mencionados: constitucional, internacional (transnacional) e infraconstitucional. Já não se pode estudar (nem ensinar) somente os Códigos (e as leis). Jurista completo é o que estuda as leis (codificadas ou esparsas), a Constituição e o Direito internacional.

[2] Cf. GOMES, L. F. e MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, São Paulo: RT, 2008.

Existe hierarquia entre tais normas (legais, constitucionais e internacionais)? Até recentemente nosso Direito produzido pelo constituinte, pelo legislador ordinário e pelos juízes só reconhecia hierarquia superior para as normas constitucionais. Velha jurisprudência do STF (com origem nos anos 70 do século XX – RE 80.004) dizia que os tratados internacionais, inclusive de direitos humanos, valiam tanto quanto a lei. Leis e tratados ocupavam o mesmo patamar (inferior). Normas superiores eram apenas as constitucionais.

Essa tradicional e provecta estrutura ou pirâmide jurídica (ou seja: essa forma de compreender o Direito sob a ótica legalista positivista ou kelseniana) está esgotada. A antiga pirâmide de Kelsen foi definitivamente sepultada pelo STF, no seu julgamento histórico do dia 03.12.08 (RE 466.343-SP e HC 87.585-TO). Neste julgamento o STF admitiu o valor supralegal dos tratados de direitos humanos.

Dois foram os votos marcantes nesse julgamento (de Gilmar Mendes e Celso de Mello): são divergentes na intensidade mas convergentes na adoção de um novo modelo de Estado. Estão demarcando um novo caminho, um novo horizonte (ou seja: uma nova forma de constituição da pirâmide normativa brasileira).

Já não há como evitar a conclusão de que a soberania do Estado brasileiro deve conviver com a validade do Direito internacional (transnacional). O Estado brasileiro já não é só (a partir da perspectiva aberta pelos votos referidos, que foram acompanhados por outros sete Ministros) um Estado de Direito constitucional: agora passou a ser também um Estado de Direito internacional (transnacional).

1.2. Nova pirâmide formal do Direito

A nova pirâmide normativa concebida a partir de algumas decisões do STF (HC 87.585-TO, RE 466.343-SP, HC 90.172-SP, HC 88.420-PR) é bem distinta daquela que, normalmente, sob os auspícios de Kelsen, ainda continua sendo ensinada em algumas faculdades brasileiras. Espera-se que essa verdadeira revolução seja bem compreendida por todos os estudantes e operadores jurídicos. Desde o dia 03.12.08 já não há como negar o valor supralegal dos tratados de direitos humanos (STF, RE 466.343-SP e HC 87.585-TO).

2. Proteção universalizante das vítimas assim como dos acusados que se transformam em vítimas

O escopo de proteção do Direito dos direitos humanos, de outro lado, como vêm reconhecendo tanto a Comissão como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, não está voltado exclusivamente para o acusado (pessoa que está sujeita à imposição de uma sanção penal estatal), senão também para a vítima (sobretudo quando ela é ofendida por agentes do Estado ou quando o Estado não a ampara nas suas postulações decorrentes de violações de direitos humanos).

De acordo com CAFFERATA NORES:[3] "As garantias procuram assegurar que nenhuma pessoa possa ser privada de defender seu direito vulnerado (pelo delito) e reclamar sua reparação (inclusive penal) diante dos órgãos jurisdicionais, assim como que nenhuma pessoa possa ser submetida a uma pena arbitrária (imposta pelo Estado ou pelos agentes do Poder Judiciário) (...) a vítima conta com o direito de tutela judicial (arts. 1.1., 8.1 e 25 da CADH)". Os acusados que se submetem a algum abuso ou arbitrariedade do Estado transformam-se em vítimas da persecução penal, ou seja, são tão vítimas quanto suas próprias vítimas.

3. O valor da dignidade humana e o avanço no Brasil do Direito internacional dos direitos humanos

O DDH, ademais, parte da premissa óbvia de que o ser humano, só pelo fato de ser "humano", já conta com dignidade, logo, com uma série de direitos e garantias positivados nas leis, constituições e tratados e convenções internacionais, mesmo antes do seu nascimento. Cada um ostenta sua singularidade, que não se confunde com o todo (com a comunidade, com o social). De qualquer modo, ele sempre é dotado de uma série de direitos, que vêm sendo positivados (*ad exemplum*) desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

Sabe-se, entretanto, que somente depois dos horrores do holocausto gerado pelo

[3] Citado por BOVINO, Alberto, *Princípios políticos del procedimiento penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, p. 9.

nazismo (1933-1945) é que a ONU (de forma inequívoca) passou a se ocupar da dimensão internacional dos direitos humanos, cuja preocupação central reside na inclusão de todos na sociedade globalizada. Uma das mais atuantes funções da doutrina dos direitos humanos consiste em se ocupar dos mais débeis, tanto do ponto de vista político, como jurídico e sócio-econômico.

Parece não haver dúvida que é bastante significativo o avanço do Estado brasileiro no que se refere à adesão ao movimento (e ao direito) internacional dos direitos humanos, que ganhou singular impulso depois da Segunda Guerra Mundial (1939-1945). A *internacionalização* dos direitos humanos (ao lado da "morte" do positivismo legalista) constitui, provavelmente, a transformação jurídica mais saliente da metade do século XX. A Declaração Universal de 1948 foi, nesse campo, um marco político e jurídico de importância indiscutível.

Do ponto de vista normativo (plano em que se desenvolve a democracia formal) o cenário brasileiro, especialmente depois da Constituição de 1988, é claramente distinto do precedente (quando nosso país era governado pelo regime militar).

Recorde-se que o Brasil é signatário de praticamente todos os documentos internacionais sobre direitos humanos. Na sua quase totalidade (Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio -1948-, a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados -1951-, o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados -1966-, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos -1966-, o Protocolo Facultativo Relativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos -1966-, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais -1966-, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial -1965-, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher -1979-, o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher -1999-, a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes -1984-, a Convenção sobre os Direitos da Criança -1989- e ainda o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional -1998-, Convenção Americana sobre Direitos Humanos -1969-, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais -1988-, o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte -1990-, a Convenção

Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura -1985-, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher -1994-, a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores -1994- e a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência -1999-) os tratados e convenções de direitos humanos foram ratificados e acham-se em vigor no nosso país.

De qualquer forma, estar integrado internacional e normativamente ao movimento global de tutela dos direitos humanos fundamentais não significa automaticamente que esses direitos estejam sendo satisfatoriamente respeitados no nosso território ou que o Brasil já tenha alcançado níveis mínimos de tutela desses direitos. O acesso ao judiciário brasileiro, v.g., ainda é muito precário; a impunidade, sobretudo quando tem origem em "operações ou cruzadas militares", ainda é enorme; os direitos sociais são precariamente atendidos etc.

Em outras palavras, o Brasil é sem sombra de dúvida sujeito ativo de muitas violações de direitos humanos, ou seja, é autor de muitos *ilícitos internacionais humanitários (ou iushumanitários)*[4]. Seja em razão da violência dos seus próprios agentes, seja por força da sua omissão, certo é que o Estado brasileiro já começou a responder por esses ilícitos.

As primeiras "denúncias" junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (em Washington) (casos do presídio Urso Branco em Rondônia, assassinatos de crianças e adolescentes no Rio de Janeiro etc.) bem revelam o quanto a tutela interna dos direitos humanos ainda está defasada. De outro lado, embora o Brasil tenha reconhecido a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998, só recentemente foi condenado por ela por violação aos direitos humanos (caso Damião Ximenes Lopes).[5] Mais freqüentes têm sido as condenações (recomendações) da Comissão Interamericana de Direitos Humanos: caso Febem em São Paulo, caso Maria da Pena etc.

[4] Sobre a configuração desses ilícitos cf. ZAFFARONI, Eugenio R., *En torno de la cuestión penal*, Montevideo: Editorial B de f, 2005, p. 124 e ss.

[5] Por força do Decreto n. 6.185, de 13.08.07, o Presidente da República autorizou a Secretaria Especial dos Direitos Humanos a dar cumprimento à sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que determinou o pagamento de indenização aos familiares da vítima.

O avanço normativo brasileiro na área do DIDH foi notável, de qualquer modo, ainda há muito que se fazer, especialmente no que se refere à sua consolidação normativa no direito interno brasileiro. O "dever ser" (em síntese) ainda está (muito) distante do "ser" (a normatividade ainda necessita se converter em efetividade).

4. Formas de incorporação e valor do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Direito interno brasileiro

Havia muita polêmica sobre o *status* normativo (nível hierárquico) do Direito Internacional dos Direitos Humanos no direito interno brasileiro. Uma primeira corrente (que deve ser lembrada) sustentava a *supraconstitucionalidade* do DIDH.[6]

Um forte setor da doutrina (Flávia Piovesan, Antonio Cançado Trindade, Valério Mazzuoli etc.) sustenta a tese de que os tratados de direitos humanos (Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos civis e políticos etc.) contariam com *status* constitucional, por força do art. 5º, § 2º, da CF (*"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"*). Essa tese, aliás, foi acolhida (dentro da nossa Corte Constitucional) pelo Min. Celso de Mello (HC 87.585-TO).

A tradicional jurisprudência da nossa Corte Máxima, desde os anos 70 do século XX, emprestava aos tratados, incluindo-se os de direitos humanos, o valor de direito ordinário (RE 80.004-SE, rel. Min. Cunha Peixoto, j. 01.06.77). Nele prosperava a corrente paritária: tratado internacional vale tanto quanto a lei ordinária. Esse entendimento foi reiterado pelo STF mesmo após o advento da Constituição de 1988 (STF, HC 72.131-RJ, ADIn 1.480-3-DF etc.).

A EC 45/2004 (Reforma do Judiciário) autoriza que eles tenham *status* de Emenda Constitucional, desde que seguido o procedimento contemplado no § 3º do art. 5º da CF (votação de três quintos, em dois turnos em cada casa legislativa).

[6] Nesse sentido Celso D. de Albuquerque Mello, citado por MENDES, Gilmar Ferreira *et alii*, *Curso de Direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 654.

De acordo com voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes no RE 466.343-SP, tais tratados contam com *status* de Direito supralegal (estão acima das leis ordinárias mas abaixo da Constituição). Nesse sentido: CF da Alemanha (art. 25), Constituição francesa (art. 55) e Constituição da Grécia (art. 28). Além do Min. Gilmar Mendes, votaram nesse mesmo sentido outros quatro Ministros (totalizando cinco votos). Essa foi a tese vencedora (no histórico julgamento do dia 03.12.08 – RE 466.343-SP).

5. Valor do Direito internacional distinto dos direitos humanos

O Direito internacional, como se sabe, é composto de normas sobre direitos humanos (DIDH) bem como de outras que não possuem esse caráter (tratados comerciais, v.g.). No que diz respeito às normas de direitos humanos (DIDH), como acabamos de ver, elas ingressariam no ordenamento jurídico brasileiro ou como norma constitucional (posição da doutrina avalizada pelo Min. Celso de Mello – HC 87.585-TO; essa tese vale para os tratados vigentes no Brasil antes da EC 45/2004) ou como Emenda Constitucional (EC 45/2004, que vale para os novos tratados) ou como Direito supralegal (voto do Min. Gilmar Mendes no RE 466.343-SP).

Qual seria o nível normativo do Direito internacional que não cuida dos direitos humanos? Essa é uma questão aberta. A velha doutrina do STF diz que ele teria o mesmo valor da lei ordinária. Mas esse é um tema sobre o qual tanto a doutrina como o próprio STF terá que refletir. Cuida-se de uma zona do Direito (ainda) indefinida. A tendência da Corte Suprema brasileira (ao que tudo indica) consiste em reconhecê-lo como direito ordinário. Exceção a essa regra constitui o Direito Tributário (art. 98 do CTN).

Uma (apertada) síntese de tudo quanto foi exposto seria a seguinte: (a) tratados de direitos humanos não aprovados com quorum qualificado: valor supralegal; (b) tratados de direitos humanos aprovados com quorum qualificado pelo Congresso Nacional: valor de Emenda Constitucional (valor constitucional); (c) tratados que não versam sobre direitos humanos: valor legal (tese da equiparação ou paridade); (d) exceção a essa regra constitui eventual tratado sobre direito tributário (visto que ele goza de valor supralegal – CTN, art. 98).

A Corte Suprema mexicana (cf. Priscyla Costa no Consultor Jurídico, 15.02.07), mais ou menos na linha do nosso art. 98 do CTN, já proclamou o valor supralegal dos tratados relacionados com o Direito Tributário.

"Tratados internacionais são mais importantes no México de que as leis federais. O entendimento é da Suprema Corte de Justiça do país, que acolheu o pedido de 14 empresas que se recusavam a pagar taxas fixadas por legislações nacionais (...) As empresas alegaram que com base em algumas dessas leis federais é que se cobram os direitos alfandegários, contrários ao que determina o Tratado de Livre Comércio da América do Norte, o Nafta, segundo a sigla em inglês. O entendimento da Suprema Corte, por seis votos a cinco, foi de que as normas internacionais só estão abaixo da Constituição.

O ministro Salvador Aguirre afirmou que no mundo globalizado atual há "mais proximidade" das normas e que devido a isso a colaboração e a solidariedade internacionais são cada vez mais necessárias para permitir a convivência, "em particular o tráfico mercantil.

Há ainda outros 14 pedidos de Habeas Corpus apresentados por diversas empresas, que alegam aplicação de leis contrárias ao estabelecido em tratados internacionais, especialmente no caso do Nafta.

A tese adotada pela Justiça do México é a mesma que pode valer no Brasil depois que o Supremo Tribunal Federal decidir sobre a prisão de depositário infiel. Durante a análise do tema, em novembro de 2006, o ministro Gilmar Mendes levantou a questão da hierarquia dos acordos internacionais.

O Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o chamado Pacto de San José da Costa Rica, de 1969. O artigo 7º desse acordo estabelece: "Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar".

O tratado conflita com a Constituição brasileira que permite a prisão civil também em uma segunda hipótese, a do depositário infiel. Há, portanto, um choque entre as duas normas. Resta ao Supremo decidir qual deve prevalecer.

6. Dupla compatibilidade vertical das leis

A primeira e natural conseqüência de tudo que acaba de ser exposto é a seguinte: a produção da legislação ordinária (no ECD) está sujeita também ao Direito (Ferrajoli), isto é, doravante tem que observar não mais uma (só) senão duas compatibilidades verticais (*teoria de dupla compatibilidade vertical*): toda produção legislativa ordinária

deve ser compatível com a Constituição bem como com o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Em outras palavras, não deve observar exclusivamente limites *formais*, senão também *materiais*, que são constituídos, sobretudo, pelos conteúdos essenciais de cada direito positivado.

A lei que conflita com a Constituição é inconstitucional e inválida; se se trata de lei antinômica anterior à Constituição de 1988 fala-se em não-recepção (ou invalidade); a lei que conflita com o DIDH, pouco importando se anterior ou posterior, também é inválida, porque inconvencional. Como se vê, qualquer que seja a antinomia entre a lei e as ordens jurídicas superiores (Constituição ou DIDH), tudo se conduz para a invalidade (decorrente da inconstitucionalidade ou da inconvencionalidade).

Na era do Estado de Direito legalista a produção da legislação ordinária (da lei) achava-se cercada tão-somente de limites formais (legitimidade para legislar, quorum mínimo de aprovação de uma lei, procedimento para sua edição, forma de publicação etc.). De acordo com o novo paradigma do Estado de Direito constitucional e internacional (transnacional) a produção legislativa (agora) encontra limites formais e materiais, ou seja, não pode violar o núcleo essencial de cada direito, não pode fazer restrições desarrazoadas aos direitos fundamentais etc.

Em síntese: tanto a lei (produto da atividade legislativa do Estado) como a própria produção do Direito (produto da atividade do legislador e dos juízes) deve ter consonância com a Constituição assim como com o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Que o direito ordinário violador da CF é inválido (já) ninguém discute. O aspecto novo dessa questão (a partir dos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, acima citados) reside também na invalidade do direito ordinário quando conflitante com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, que possui valor *supralegal* (Gilmar Mendes) ou constitucional (Celso de Mello).

Sobretudo quando se estudam as garantias mínimas do devido processo criminal, é

fundamental atentar para a invalidade do Direito ordinário quando conflitante com normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos ou da Constituição.

7. No Estado de Direito internacional cabe a prisão civil do depositário infiel?

Não. No Estado de Direito da legalidade caberia. No Estado de Direito (puramente) constitucional também (porque a CF brasileira possibilita a prisão civil do depositário infiel). Já no Estado de Direito internacional (transnacional) a impossibilidade é manifesta. A Constituição brasileira prevê duas hipóteses de prisão civil: do alimentante inadimplente e do depositário infiel (CF, art. 5º, inc. LXVII).[7] A legislação ordinária brasileira regulamentou (com base na CF) várias situações de prisão civil, ampliando bastante a locução "prisão do depositário infiel". Essa ampliação excessiva sempre foi objeto de muitas críticas.[8]

Incontáveis acórdãos do STJ reiteradamente negaram validade para a prisão do depositário no caso da alienação fiduciária (REsp 7.943-RS; REsp 2.320-RS etc.). No STF alguns votos vencidos (de Marco Aurélio, Rezek, Velloso, Pertence) não discrepavam do entendimento preponderante no STJ.

Mas o pensamento majoritário tradicional (legalista e positivista) no STF sempre foi no sentido da sua admissibilidade (baseando-se na sua jurisprudência clássica da paridade entre a lei ordinária e o tratado de direitos humanos – HC 80.004).

Um novo horizonte foi descortinado no dia 03.12.08 com o RE 466.343-SP: os nove votos proferidos reconheceram o fim dessa prisão civil (do depositário), pouco importando a natureza do depósito.

Seu relator (Min. Cezar Peluso) negou validade para a prisão do depositário infiel no caso da alienação fiduciária (porque a legislação respectiva conflita com a CF). O Min. Gilmar Mendes agregou outros dois fundamentos: considerando-se que a CADH só

[7] Cf. MENDES, Gilmar Ferreira *et alii*, *Curso de Direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 642 e ss.

[8] Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia,* Rio de Janeiro: Forense, 2002; MENDES, Gilmar Ferreira *et alii*, *Curso de Direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 645 e ss.

prevê a prisão civil por alimentos (art. 7º, n. 7), é certo que nossa legislação ordinária relacionada com o depositário infiel conflita com o teor normativo desse texto humanitário internacional. O conflito de uma norma ordinária (que está em posição inferior) com a CADH resolve-se pela invalidade da primeira. É o que ficou espelhado no voto do Min. Gilmar Mendes, que ainda mencionou o princípio da proporcionalidade como ulterior fundamento para não admitir a prisão de depositário infiel. No HC 90.172 (com votação unânime da Segunda Turma), o Min. Gilmar Mendes reiterou sua posição anterior.

No dia 12.03.08, em antológico voto, o Min. Celso de Mello (no Pleno do STF – HC 87.585-TO e RE 466.343-SP) reconhecia não a supralegalidade, sim, o valor *constitucional* dos tratados internacionais de direitos humanos. Mas mo final, no dia 03.12.08, finalmente o STF pôs fim à prisão civil do depositário infiel no Brasil (admitindo a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos).

Em síntese: a nova postura jurisprudencial do STF finca suas raízes em novos tempos, em novos horizontes: a era da internacionalização dos direitos humanos já não pode ser (jurassicamente) ignorada. No Estado de Direito constitucional e internacional (transnacional) não cabe prisão civil contra o depositário infiel, qualquer que seja esse depositário (judicial ou não). A única prisão civil admitida pelo direito internacional é a relacionado com alimentos. Conclusão: é a única que vale hoje no direito interno brasileiro.

8. Conflito entre a Constituição brasileira e os tratados de direitos humanos

A prisão civil do depositário infiel pode ser citada como exemplo de conflito entre um tratado de direitos humanos e a Constituição brasileira. O art. 7º, 7, da CADH (assim como o art. 11 do PIDCP) só permite a prisão civil do alimentante. A CF, art. 5º, inc. LXVII prevê a prisão civil do alimentante e do depositário infiel. Como se vê, o conflito entre os tratados internacionais e a CF é patente.

O Min. Gilmar Mendes (no RE 466.343-SP) firmou o entendimento de que tais tratados internacionais possuem (no Brasil) valor supralegal. Ou seja: valem mais do que a lei ordinária e menos que a Constituição Federal. Essa hoje é a posição majoritária no STF.

A conseqüência primeira (e prática) dessa orientação consiste no seguinte: o DIDH vale (formalmente) mais que a legislação ordinária (e menos que a Constituição). Quando há conflito entre a lei e o tratado internacional de direitos humanos, vale o tratado (que conta com primazia, com posição hierárquica superior). Pouco importa se o direito ordinário é precedente ou posterior ao tratado. Em ambas as hipóteses, desde que conflitante com o DIDH, afasta-se a sua aplicabilidade (sua validade). O tratado possui "eficácia paralisante" da norma ordinária em sentido contrário.

A incompatibilidade vertical ascendente (entre o direito interno e o DIDH) resolve-se em favor da norma hierarquicamente superior (norma internacional), que produz "efeito paralisante" da eficácia da norma inferior (Gilmar Mendes). Não a revoga, apenas paralisa o seu efeito prático (ou seja: sua validade). No caso da prisão civil do depositário infiel, todas as normas internas (anteriores ou posteriores à CADH) perderam sua eficácia prática (isto é, sua validade).

Indaga-se: e quando os tratados internacionais conflitam com a Constituição brasileira, isto é, quando a incompatibilidade vertical ocorrer entre o DIDH e a CF, qual norma prepondera? Como podemos dirimir esse conflito?

No seu voto (HC 87.585-TO) o Min. Celso de Mello dividiu o Direito Internacional em dois blocos: (a) tratados de direitos humanos e (b) outros tratados internacionais (mercantil, v.g.). Os primeiros contariam (de acordo com sua visão) com *status* constitucional. Os segundos não (valem como lei ordinária).

No que diz respeito aos primeiros (tratados de direitos humanos) uma outra fundamental distinção foi feita: (a) o tratado não restringe nem elimina qualquer direito ou garantia previsto na CF brasileira (explicita-o ou amplia o seu exercício); (b) o tratado conflita com a CF (o tratado restringe ou suprime ou impõe modificação gravosa ou elimina um direito ou garantia constitucional).

Na primeira hipótese a validade da norma internacional é indiscutível (porque ela está complementando a CF, especificando um direito ou garantia ou ampliando o seu exercício). Nesse sentido: RHC 79.785, rel. Min. Sepúlveda Pertence. Todas as normas

internacionais que especificam ou ampliam o exercício de um direito ou garantia constitucional passam a compor o chamado "bloco de constitucionalidade" (que é a somatória daquilo que se adiciona à Constituição, em razão dos seus valores e princípios).

Na segunda hipótese (o tratado restringe ou suprime ou impõe modificação gravosa ou elimina um direito ou garantia constitucional) ficou proclamada (no voto do Min. Celso de Mello) a primazia da CF. Aplica-se, como se vê, sempre a norma mais favorável ao exercício do direito ou da garantia.

Nossa posição: o conflito (entre o tratado internacional de direitos humanos e a CF) deve ser resolvido pela lógica e orientação dada pelo princípio *pro homine*. O Min. Celso de Mello a ele (expressamente) não faz nenhuma referência. Mas é exatamente ele que está brilhando (como nunca) nas lições do Ministro.

No plano *material*, quando se analisa o *Direito dos Direitos Humanos*, os três ordenamentos jurídicos que o contempla (CF, DIDH e legislação ordinária) caracterizam-se por possuir, entre eles, vasos comunicantes (ou seja: eles se retroalimentam e se complementam – eles "dialogam").

Em outras palavras, no plano material não há que se falar (ou melhor: é irrelevante falar) em hierarquia entre as normas de Direitos Humanos. Por quê? Porque por força do princípio ou regra *pro homine* sempre será aplicável (no caso concreto) a que mais amplia o gozo de um direito ou de uma liberdade ou de uma garantia. *Materialmente* falando, portanto, não é o *status* ou posição hierárquica da norma que vale, sim, o seu conteúdo (porque sempre irá preponderar a que mais amplia o exercício do direito ou da garantia).

Conclusão: quando os tratados ampliam o exercício de um direito ou garantia, são eles que terão incidência (paralisando-se a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário). Não se trata de "revogação", sim, de invalidade. Todas as regras no Brasil sobre prisão civil do depositário infiel são inválidas, porque conflitantes com a CADH (art. 7º, 7) e o PIDCP (art. 11). O Direito internacional dos direitos humanos, favorável ao ser humano, possui eficácia paralisante (invalidante) das normas internas em sentido

contrário. De outro lado, quando o DIDH conflita com a CF brasileira, restringindo o alcance de algum direito ou garantia, vale a CF. Vale, como se vê, sempre, o direito mais favorável (a norma mais favorável). Essa é a lógica do princípio "pro homine".

9. Dimensão e operacionalidade do princípio "pro homine" no Estado de Direito internacional

Como vimos nos itens anteriores, os tratados de direitos humanos são *formalmente* incorporados ao Direito interno brasileiro: (a) como Emenda Constitucional (CF, art. 5º, § 3º: novos tratados) ou (b) como Direito supralegal (voto do Min. Gilmar Mendes no RE 466.343-SP; HC 88.420-PR, Primeira Turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17.04.07; HC 90.172-SP, Segunda Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, votação unânime, j. 05.06.07). Não foi vencedora a tese do valor constitucional (essa é a posição doutrinária fundada no art. 5º, § 2º, da CF, que, embora em algumas vezes tenha até contado com alguma simpatia no STF - HC 72.131 e 82.424, rel. Min. Carlos Velloso -, nunca antes havia sido defendida com tanta clareza como foi agora pelo Min. Celso de Mello – HC 87.585-TO).

A *nova pirâmide normativa* (o novo edifício formal do Direito), destarte, passou a ser configurada da seguinte maneira: no patamar de baixo está a legalidade, no topo está a Constituição (que compreende os tratados de direitos humanos aprovados nos termos do art. 5º, § 3º, da CF) e no andar do meio encontra-se o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), não aprovado de acordo com o art. 5º, § 3º, da CF. No plano formal (repita-se) essa é a *nova pirâmide normativa* (tridimensional), admitida pelo Min. Gilmar Mendes.

É digno de encômios o avanço cristalizado nas decisões do STF (que acabam de ser citadas). Essa evolução, entretanto, e isso não pode ser perdido de vista, tem relevância, desde logo, no plano *formal*. Isso não é pouco, diante, sobretudo, da clássica posição conservadora do STF (que concebia os tratados de direitos humanos como legislação ordinária – RE 80.004), mas ainda não é tudo. Era uma evolução absolutamente necessária, mas ainda é insuficiente para se compreender o verdadeiro valor das normas de direitos humanos. Por quê?

Porque no plano *material*, quando se analisa o *Direito dos Direitos Humanos*, os três conjuntos jurídicos citados (constitucional, internacional e ordinário ou infraconstitucional) caracterizam-se por possuir, entre eles, vasos comunicantes (ou seja: eles se retroalimentam e se complementam). Em outras palavras, no plano material não há que se falar (ou melhor: é irrelevante falar) em hierarquia entre as normas de Direitos Humanos. Por quê?

Porque por força do princípio ou regra *pro homine* sempre será aplicável (no caso concreto) a que mais amplia o gozo de um direito ou de uma liberdade ou de uma garantia. *Materialmente* falando, portanto, não é o *status* ou posição hierárquica da norma que vale, sim, o seu conteúdo (porque sempre irá preponderar a que mais assegura o direito).

A fundamentação para o que acaba de ser exposto é a seguinte: por força do art. 27 da Convenção de Viena (que cuida do Direito dos Tratados internacionais), *"nenhum Estado que faz parte de algum tratado pode deixar de cumpri-lo invocando seu Direito interno"*. Pouco importa se se trata de uma norma (doméstica) constitucional ou infraconstitucional, impõe-se ao Estado cumprir suas obrigações internacionais, assumidas por meio dos tratados.

Exemplo: no caso da prisão civil relacionada com o depositário infiel, tanto a norma constitucional (art. 5º, inc. LXVII) como toda legislação ordinária nesse sentido não podem ser invocadas pelo Estado para deixar de cumprir o que está previsto no art. 7º, 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (e art. 11 do PIDCP). O que acaba de ser dito foi proclamado, em outras palavras, pelo STF tanto no RE 466.343-SP como no HC 90.172-SP ou ainda no HC 87.585-TO.

O princípio *pro homine* ainda encontra apoio em dois outros elementares princípios do Direito internacional: princípio da boa-fé e da interpretação teleológica. Por força do primeiro os tratados de direitos humanos são assumidos pelos Estados para que eles sejam cumpridos *(pacta sunt servanda*). E mais: de *boa fé* (art. 26 da Convenção de Viena). De outro lado, devem se tornar efetivos *dentro da jurisdição interna*, tudo cabendo ser feito para que sejam respeitados e para que cumpram seu objeto e suas finalidades (nisso reside o princípio da interpretação teleológica).

Todo Estado quando subscreve um tratado assume uma dupla obrigação[9]: *internacional* (para o caso de violação) e *interna* (tudo deve fazer para que os direitos sejam observados, não podendo invocar nenhuma norma doméstica para se escusar do cumprimento das suas responsabilidades internacionais).

A *comunicabilidade* e, por conseguinte, a *complementariedade* entre todas as normas de Direitos Humanos (seja constitucional ou internacional ou infraconstitucional, que *coexistem* por força dos vasos comunicantes) está assegurada pelas chamadas *normas de reenvio* (ou seja: a CF, no art. 5º, § 2º, não exclui outros direitos e garantias previstos nos tratados internacionais; de outro lado, a CADH, no art. 29, salienta que sempre deve preponderar a norma que mais amplia o exercício de um direito ou liberdade ou garantia, ainda que seja de nível ordinário). No mesmo sentido: PIDCP, art. 5º.

As normas de reenvio, como se vê, conduzem a um entrelaçamento simbiótico entre todas as normas de Direitos Humanos. Se *formalmente* pode-se descrever o Direito como uma "pirâmide", *materialmente* a lógica reinante é outra: todas as normas que dispõem sobre os direitos humanos acham-se lado a lado, uma tem contato direto com a outra ("se dialogam"), uma se comunica com a outra, cabendo ao intérprete e aplicador do Direito eleger a que mais amplitude confere ao direito concreto.

A rigor, portanto, não é o caso de se falar em revogação de umas por outras (no HC 88.420-PR a primeira Turma do STF utiliza a palavra revogação). Não seria propriamente o fenômeno da revogação que teria incidência. Todas as normas sobre direitos humanos são vigentes, mas no momento de se eleger a que vai reger o caso concreto, aí sim ganha singular relevância o princípio *pro homine*, ou seja, vale a norma que mais amplia o direito ou a liberdade ou a garantia (aliás, sem mencionar expressamente o princípio ora em destaque, foi isso que o STF reconheceu nos HCs 90.172-SP e 88.420-PR). Esse, destarte, parece ser um caminho sem retorno (porque dele também cuidou implicitamente o Min. Celso de Mello no HC 87.585-TO).

Por força do princípio interpretativo *pro homine*, desse modo, cabe enfatizar o seguinte: quando se trata de normas que asseguram um direito, vale a que mais amplia esse

[9] Cf. BIDART CAMPOS, Germán J., *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Buenos Aires: Ediar, 1994, p. 79.

direito; quando, ao contrário, estamos diante de restrições ao gozo de um direito, vale a norma que faz menos restrições (em outras palavras: a que assegura de maneira mais eficaz e mais ampla o exercício de um direito).

Exemplo: entre a norma da CADH que garante o duplo grau de jurisdição no âmbito criminal (art. 8º, 2, "h") e a que restringia esse direito (CPP, art. 594, que foi revogado pela Lei 11.719/2008), vale a de maior amplitude (a CADH), consoante o que ficou proclamado no HC 88.420-PR – Primeira Turma do STF. Outro exemplo: entre a norma da CADH (art. 7º, 7), que só admite a prisão civil por dívida alimentar, e as que possibilitam também a prisão do depositário infiel, vale a que assegura de modo mais amplo a liberdade (a CADH), tal como reconheceu o Min. Celso de Mello no HC 87.585-TO. O fim da prisão civil para o depositário infiel foi proclamado pelo STF no dia 03.12.08, no RE 466.343-SP.

As normas de direitos humanos se retroalimentam,[10] se complementam (não são excludentes, sim, complementares). Ocorre entre elas um diálogo ("diálogo das fontes"), como afirma JAYME, Erik. "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", in *Recueil des Cours*, vol. 251 (1995), pp. 9-267 (nesse ponto apoiado por Valerio Mazzuoli).

Sobre o "diálogo das fontes" (*dialogue des sources*) assim leciona Erik Jayme: "Desde que evocamos a comunicação em direito internacional privado, o fenômeno mais importante é o fato que a solução dos conflitos de leis emerge como resultado de um diálogo entre as fontes mais heterogêneas. Os direitos do homem, as constituições, as convenções internacionais, os sistemas nacionais: todas essas fontes não se excluem mutuamente; elas 'falam' uma com a outra. Os juízes devem coordenar essas fontes escutando o que elas dizem" (Idem, p. 259). Ainda sobre esse diálogo das fontes veja Valerio Mazzuoli (*Curso de direito internacional público*, 2. ed., São Paulo: RT, 2007, p. 697).

Vale para as normas de direitos humanos, destarte, a hermenêutica da compatibilização ou da otimização dos direitos (ou seja: do diálogo das fontes). O DIDH (Direito

[10] Cf. BIDART CAMPOS, Germán J., *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Buenos Aires: Ediar, 1994, p. 80.

Internacional dos Direitos Humanos), a partir do momento em que é assumido por um Estado, infiltra-se no direito interno para contribuir para a mais completa otimização dos direitos. Nos termos do art. 29 da CADH, "nenhuma disposição sua pode ser interpretada no sentido de limitar o gozo ou o exercício de qualquer direito ou liberdade previsto no direito interno (...) suas normas não podem limitar outros direitos previstos em outros tratados ou convenções".

Conclusão: os tratados de direitos humanos, precisamente porque são celebrados não somente para estabelecer um equilíbrio de interesses entre os Estados, senão, sobretudo, para garantir o pleno gozo dos direitos e liberdades do ser humano, devem ser interpretados restritivamente quando limitam os direitos do ser humano e, ao contrário, ampliativamente quando possibilita o seu desfrute ou gozo. Nisso reside o conhecido princípio *pro homine*. Uma norma do direito interno, ainda que seja infraconstitucional, se contempla um determinado direito com maior amplitude que os TDH, é ela que vai reger o caso concreto. Sempre deve ser aplicada a norma mais ampliativa, a que mais otimiza o exercício do direito.

Em outras palavras: diante do concurso simultâneo de normas (concorrência de normas ou conflito aparente de normas), sejam elas internacionais, sejam elas internacionais ou internas (domésticas), observando-se que estas últimas podem ser constitucionais ou não, deve (sempre) ser eleita e aplicada a norma (internacional ou doméstica) (a) que garante mais amplamente o gozo do direito ou (b) que admita menos restrições ao seu exercício ou (c) que sujeite as restrições a um maior número de condições.[11] Muitas vezes é a norma doméstica que prepondera sobre a internacional. Outras, ao contrário.

Tudo o que acaba de ser exposto tem por fundamento, como dissemos, as normas de reenvio citadas (art. 5º, § 2º, da CF; art. 29 da CADH; art. 5º do PIDCP), que estabelecem "vasos comunicantes" entre todas as normas sobre direitos humanos, devendo sempre preponderar a que mais amplia o exercício do direito, por força do princípio *pro homine*.

[11] Cf. GARCÍA, Luis M., El derecho internacional de los derechos humanos, em *Los derechos humanos em el proceso penal*, Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 78.

Diante de tudo quanto ficou exposto, não se pode deixar de esclarecer que o princípio *pro homine* possui um duplo significado: (a) diante de uma norma singular, ele orienta a uma interpretação extensiva dos direitos humanos e limitativa das suas restrições (cf. CIDH, Opinião Consultiva 05/1985; (b) diante de um concurso de normas (conflito aparente de normas), incide a que mais amplia o exercício do direito.[12] Mesmo que se trate de duas normas internacionais, aplica-se a mais ampla (Opinião Consultiva da CIDH 05/1985). Se um direito está contemplado na CADH e se essa situação jurídica também está prevista em outro tratado, deve sempre preponderar a norma mais favorável à pessoa humana.

Em um Estado de Direito constitucional e transnacional, não pode deixar de ser observada a regra interpretativa *pro homine*, pouco importando se a norma internacional tem valor supralegal ou constitucional É que é a própria Constituição (e, portanto, a vontade do legislador constituinte) que manda observar "outros" direitos contemplados nos tratados internacionais aprovados e vigentes no Brasil (CF, art. 5º, § 2º). O que vale, então, não é a posição formal dos tratados, sim, o sentido material das normas sobre direitos humanos.

A Constituição, destarte, não pode ser vista como um conjunto estático de normas. Tampouco esse raciocínio apresenta-se como correto para os tratados de direitos humanos. Ao contrário: todas as normas sobre direitos humanos se complementam (e se retroalimentam). E vale para o caso concreto a que assegura o exercício mais amplo do direito, ainda que seja uma norma do direito ordinário.

10. Controle de convencionalidade e o Estado de Direito internacional

Como já enfatizado, no dia 03.12.08 foi proclamada, pelo Pleno do STF (HC 87.585-TO e RE 466.343-SP), uma das decisões mais históricas de toda sua jurisprudência. Finalmente nossa Corte Suprema reconheceu que os tratados de direitos humanos valem mais do que a lei ordinária. Duas correntes estavam em pauta (como já vimos): a do Min. Gilmar Mendes, que sustentava o valor supralegal desses tratados, e a do Min.

[12] Cf. GARCÍA, Luis M., "El derecho internacional de los derechos humanos", em *Los derechos humanos en el proceso penal*, Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 105 e ss.

Celso de Mello, que lhes conferia valor constitucional. Por cinco votos a quatro, foi vencedora (por ora) a primeira tese.

Caso algum tratado venha a ser devidamente aprovado pelas duas casas legislativas com quorum qualificado (de três quintos, em duas votações em cada casa) e ratificado pelo Presidente da República, terá ele valor de Emenda Constitucional (CF, art. 5º, § 3º, com redação dada pela EC 45/2004). Fora disso, todos os (demais) tratados de direitos humanos vigentes no Brasil contam com valor supralegal (ou seja: valem mais do que a lei e menos que a Constituição). Isso possui o significado de uma verdadeira revolução na pirâmide jurídica de Kelsen, que era composta (apenas) pelas leis ordinárias (na base) e a Constituição (no topo).

Conseqüência prática: doravante toda lei (que está no patamar inferior) que for contrária aos tratados, não possui validade. Como nos diz Ferrajoli, são vigentes, mas não possuem validade (isso corresponde, no plano formal, à derrogação da lei). O STF, no julgamento citado, sublinhou o não cabimento (no Brasil) de mais nenhuma hipótese de prisão civil do depositário infiel, porque foram "derrogadas" (pelo art. 7º, 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) todas as leis ordinárias em sentido contrário ao tratado internacional.

Dupla compatibilidade vertical: toda lei ordinária, doravante, para ser válida, deve (então) contar com dupla compatibilidade vertical, ou seja, deve ser compatível com a Constituição brasileira assim como com os tratados de direitos humanos. Se a lei (de baixo) entrar em conflito (isto é: se for antagônica) com qualquer norma de valor superior (Constituição ou tratados), não vale (não conta com eficácia prática). A norma superior irradia uma espécie de "eficácia paralisante" da norma inferior (como diria o Min. Gilmar Mendes).

Duplo controle de verticalidade: do ponto de vista jurídico a conseqüência natural do que acaba de ser exposto é que devemos distinguir (doravante) com toda clareza o controle de constitucionalidade do controle de convencionalidade. No primeiro é analisada a compatibilidade do texto legal com a Constituição. No segundo o que se valora é a compatibilidade do texto legal com os tratados. Todas as vezes que a lei ordinária atritar com os tratados ou com a Constituição, não vale.

Tese de doutoramento de Valerio Mazzuoli: no Brasil quem defendeu, pela primeira vez, a teoria do controle de convencionalidade foi Valério Mazzuoli, em sua tese de doutoramento (sustentada na Universidade Federal do Rio Grande do Sul-Faculdade de Direito, em Porto Alegre, em 2008).

Vale a pena destacar alguns trechos da sua obra: [pág. 227] "Para realizar o controle de convencionalidade das leis os tribunais locais não requerem qualquer autorização internacional. Tal controle passa, doravante, a [pág. 228] ter também caráter difuso, a exemplo do controle difuso de constitucionalidade, onde qualquer juiz ou tribunal pode se manifestar a respeito. À medida que os tratados forem 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 derrogatória) das demais espécies normativas domésticas, cabendo ao juiz coordenar essas fontes (internacionais e internas) e escutar o que elas dizem. Mas, também, pode ainda existir o controle de convencionalidade concentrado no Supremo Tribunal Federal, como abaixo se dirá, na hipótese dos tratados (neste caso, apenas os de direitos humanos) internalizados pelo rito do art. 5º, § 3º da Constituição."

[Pág. 235]: "Ora, se a Constituição possibilita sejam os tratados de direitos humanos alçados ao patamar constitucional, com equivalência de emenda, por questão de lógica deve também garantir-lhes os meios que garante a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional."

"Quanto aos tratados de direitos humanos não internalizados pelo quorum qualificado, passam eles a ser paradigma apenas do controle difuso de convencionalidade. Portanto, para nós – contrariamente ao que pensa José Afonso da Silva – não se pode dizer que as antinomias entre os tratados de direitos humanos não incorporados pelo referido rito qualificado e as normas infraconstitucionais somente poderão ser resolvidas 'pelo modo de apreciação da colidência entre lei especial e lei geral'".

Fazendo-se a devida adequação da inovadora doutrina de Valerio Mazzuoli com a histórica decisão do STF de 03.12.08 cabe concluir o seguinte:

a) os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil – independentemente de aprovação com quorum qualificado – possuem nível (apenas) supralegal (posição do Min. Gilmar Mendes, por ora vencedora);

b) admitindo-se a tese de que não contam com valor constitucional, eles servem de paradigma (apenas) para o controle (difuso) de convencionalidade (recorde-se que o controle concentrado no STF exige como fonte uma norma com status constitucional);

c) o controle difuso de convencionalidade desses tratados com status supralegal deve ser levantado em linha de preliminar, em cada caso concreto, cabendo ao juiz respectivo a análise dessa matéria antes do exame do mérito do pedido principal;

d) já os tratados aprovados pela maioria qualificada do § 3º do art. 5º da Constituição (precisamente porque contam com status constitucional) servirão de paradigma ao controle de constitucionalidade concentrado (perante o STF) ou difuso (perante qualquer juiz, incluindo-se os do STF);

e) em relação ao controle de constitucionalidade concentrado (só cabível, repita-se, quando observado o § 3º do art. 5º da CF) cabe admitir o uso de todos os instrumentos desse controle perante o STF, ou seja, é plenamente possível defender a possibilidade de ADIn (para eivar a norma infraconstitucional de inconstitucionacionalidade e inconvencionalidade), de ADECON (para garantir à norma infraconstitucional a compatibilidade vertical com a norma internacional com valor constitucional), ou até mesmo de ADPF (Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental) para exigir o cumprimento de um “preceito fundamental” encontrado em tratado de direitos humanos formalmente constitucional.