

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Bárbara DANO SIEPLIN¹

RESUMO: A evolução do ser humano levou o direito a acompanhar o desenvolvimento social, político e econômico do mundo, com tal desenrolar surgiu exploração de determinados grupos sociais, que com o passar dos anos conquistou direitos e garantias que outrora fora positivados não só em cartas e códigos, bem como em tratados e convenções internacionais, que asseguravam direitos e proteções mínimas inerentes à pessoa humana. Nesse contexto, construiu-se historicamente uma hierarquia normativa no arcabouço jurídico de cada Estado. Pautado no estado de direito e na democracia instituiu-se o princípio da supremacia constitucional, que presumia a constitucionalidade das leis, vez que essas eram provenientes de representantes eleitos pelo próprio povo. Tal princípio combinado com a pirâmide normativa de Hans Kelsen, que colocava a Constituição Federal no ápice do desenho geométrico, previa um controle das leis que estivessem abaixo dessa, chamado de controle de constitucionalidade. Esse controle poderia ser realizado em dois momentos, previamente a aprovação legislativa ou posteriormente, pelo método difuso, que tem aplicação *inter partis* ou concentrado, que tem efeito *erga omnis*. Não obstante a essa normatização doméstica, lembremos que houve ainda a ratificação de vários tratados e convenções internacionais e que o direito público internacional por conta disso tomou imensa notoriedade. O desenvolvimento dos direitos humanos nesse âmbito externo foi tamanho que surgiu então órgãos internacionais gerais de responsabilidade internacional de países e pessoas. Como exemplo disso tem a CIJ, o TPI e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, dentre vários outros, que zelam pelo cumprimento dos tratados internacionais ratificados e pela proteção e zelo dos direitos humanos. A questão então é qual status esses tratados internacionais possuem no direito interno? A doutrina e jurisprudência brasileira são relativamente divergentes e atrasadas em relação aos demais países, primeiramente, para os tratados de direitos humanos a Corte Suprema adotou o status de simples lei ordinária, mais tarde deu a eles o status supralegal e se aprovados em quórum qualificado aí sim teriam equivalência constitucional. Há, porém a propositura de um doutrinador, Valério de Oliveira Mazzuoli, que prega o status constitucional dos direitos humanos, independente do quórum pelo qual adentrem o ordenamento jurídico brasileiro, perfazendo assim um novo tipo de controle, o chamado controle de convencionalidade da leis, que propõe uma dupla análise vertical das leis infraconstitucionais.

Palavras-chave: Supremacia. Constituição. Tratados. Convenções. Convencionalidade. Constitucionalidade. Controle. Dupla Compatibilidade.

1 INTRODUÇÃO

¹ Discente (danosieplin@hotmail.com) do 9º termo do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

Durante a exposição do presente trabalho, buscou-se analisar um tema inovador, considerando não só o arcabouço jurídico interno, como o âmbito internacional. O tema causa polêmica e divergência perante os juristas brasileiros, dividindo-os entre si, sobre o viés a ser seguido por cada um. O intuito desta obra foi aprimorar a erudição do leitor, velando o direito internacional e sua atual e eficaz intervenção nos Estados.

O escopo temático apesar de estar abarcado no âmbito internacional, o que a priori parece ser distante, é extremamente relevante e de interesse individual, pois abrangem os direitos inerentes à pessoa humana e a aplicação destes no ordenamento jurídico interno.

A importância do zelo pelos direitos humanos é algo primordial e extremamente essencial não só para o direito, mas também para todas as outras ciências que tem o homem como frente nos estudos, pois os direitos humanos são à base da integridade física, moral, psicológica e por que não religiosa do ser humano, vez que o intuito destes é salvaguardar as várias formas de livre desenvolvimento do indivíduo, que deve ter autonomia para escolher se deseja evoluir e como quer que isso aconteça nas diversas áreas da sua vida.

Essa coletânea de direitos é assegurada não somente pelos dispositivos normativos internos, mas também por preceitos internacionais. E é precisamente a hierarquia desses dois grupos de leis dentro da pirâmide estatal que alicerçou a presente obra.

Tal discussão é tão arrevesada e contemporânea que chegou ao Supremo Tribunal Federal, órgão supremo de guarda da Constituição Federal, e nele não houve unanimidade na decisão, cindindo o Colendo Tribunal e a respeitável doutrina pátria em duas correntes de posicionamento sobre o tema.

No segundo capítulo desta apreciação acadêmica buscou-se, por intermédio do método dedutivo, enaltecer e evidenciar a importância do instrumento normativo constitucional, que perpetuou-se no tempo de acordo com a cultura das nações.

No terceiro capítulo foram apreciados os precedentes históricos e as formas de controle de constitucionalidade feitos no país de forma difusa e

concentrada, que são os meios tradicionais e habituais de exame das normas infraconstitucionais.

O quarto capítulo abordou o status que os tratados internacionais, gerais e de direitos humanos, tem no ordenamento jurídico pátrio. Apreciou a Emenda Constitucional 45/2004, responsável pela entrada do controle de convencionalidade no país e também levantou decisões do STF, que sedimentaram o entendimento nas salas e câmaras de justiça.

O quarto capítulo aborda o tema inovador da obra, que é o controle de convencionalidade, feito frente os tratados ratificados e vigentes no Brasil, apreciará a emenda constitucional 45/2004, responsável pela entrada desse tipo de controle no país e também que abordará a decisão do HC 87.585 – TO que pacificou o entendimento nas salas e câmaras de justiça. Far-se-á ainda uma explanação dos casos que geraram essa discussão no país e de outros casos que abarcam tal controle

Porém, em virtude da falta de unanimidade na decisão surgiu outro viés de pensamento, que será tratado no capítulo quinto, de maneira a apreciar as considerações feitas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo doutrinador Valério de Oliveira Mazzuoli, que foi prógono do assunto no Estado.

Finalmente, após instituir os paradigmas e as novas modulações do controle das leis será feita a conclusão da obra, levando em consideração o indivíduo como ser social, detentor e fonte do direito, pois se este não existisse não haveria o porquê em criar as leis, muito menos em controla-las.

2 A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

Prima facie, devemos saber que o direito cumpre seu dever e seu propósito de criação quando serve a humanidade em suas diversas formas. Depois de estudos profundos na área jurídica e correntes doutrinárias que foram atravessados pelos forais, cartas de franquia, pactos de vassalagem e documentos como os “bills” da Inglaterra, a partir do século XVIII, surgiu um movimento capaz de frear o absolutismo, qual seja, o constitucionalismo. Este buscou por meio de uma

declaração de direitos e da separação dos poderes, limitar o poder absolutista e assegurar direitos mínimos. Mas, para tanto, era necessário que uma Constituição fosse, como preconizava Hans Kelsen, uma norma superior às demais.

O direito a partir disso passa a agir de forma invasiva e em troca proporciona ao indivíduo guarida de seus direitos, composição de conflitos, prevenção de incidentes, entre outras peculiaridades que possam vir a surgir no convívio social. Observe a colocação do Ministro Celso de Mello a respeito de tal ensejo:

“Não se pode desconhecer...que se delineia, hoje, uma nova perspectiva no plano do direito internacional. É que, ao contrário dos padrões ortodoxos consagrados pelo direito internacional clássico, os tratados e convenções, presentemente, não mais consideram a pessoa humana como um sujeito estranho ao domínio de atuação dos Estados no plano externo.

O eixo de atuação do direito internacional público contemporâneo passou a concentrar-se, também, na dimensão subjetiva da pessoa humana, *cujá essencial dignidade veio a ser reconhecida, em sucessivas declarações e pactos internacionais, como valor fundante do ordenamento jurídico sobre o qual repousa o edifício institucional dos Estados nacionais.*²”

Bem sabemos que o Direito, como ciência de estudos, não é estático, mas evolui em consonância com a humanidade, dessa forma, aperfeiçoa-se com o desencadear da sociedade.

Assim, existem dois grandes sistemas jurídicos que em geral regem o direito no mundo. O *common law* e o *civil law*. A estrutura do direito brasileiro surgiu baseada no chamado Civil Law, ou Sistema Romano-Germânico, que basicamente representa o apego a Lei escrita, positivada.

É, em suma, o sistema mais difundido no mundo, abrangendo quase a totalidade dos países da América-Latina, a maioria da Europa Continental, da Ásia e cerca de metade dos países da África. Teve início no século XII, com o redescobrimto do *corpus juris civilis* e irrompeu de uma mescla da história e do caráter de um povo que acreditava mormente que o direito, como poder, era inerente ao indivíduo, à família, à tribo.

² Voto do Ministro Celso de Mello, no HC 87-585-8/TO, disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/322_HC%2087585%20-%20Voto%20Celso%20de%20Mello.pdf. Acesso em 18 de outubro de 2013, grifo nosso.

O valor dado ao *civil law* é proveniente da formalização das leis, tanto processual, como material. É um sistema que procura amoldar o indivíduo às leis positivadas³, independente das particularidades do caso e das partes em uma lide. Busca positivar e preponderantemente codificar as leis que regem o ordenamento jurídico de um Estado em questão. Sobre os dois sistemas jurídicos, Iñigo Cavero e Tomás Zamora dispõem:

“En el Reino Unido, el enfoque puramente empírico del *Constitucional Law* hace que éste cobre un carácter eminentemente práctico, careciendo de una sistematización teórica que se articule alrededor de un elemento propio o diferenciador. La doctrina se ha ocupado primordialmente de aspectos monográficos sobre instituciones concretas o procesos de relaciones institucionales muy específicas. Sin embargo, el rasgo que lo define primordialmente es el fuerte contenido jurisprudencial e histórico que acompaña el estudio de las instituciones con el fin de seguir e interpretar el orden secuencial de su progresiva evolución. En Italia, el Derecho constitucional se afirma en el último tercio del siglo XIX con una especificación puramente jurídica, ajena a cualquier referencia histórica, sociológica o política, haciendo de esta rama del Derecho un sistema de principios jurídicos sistemáticamente coordinados.⁴”

Esses sistemas distinguem-se entre si, pois um, common law, preza pela oralidade judicial, e o civil law pelo imperativo da escrita, característica do positivismo, mas a grande diferença com o sistema *common law* é que neste o direito eclode a partir de casos específicos, como precedentes jurisprudenciais e no *civil law* não, a norma é geral, criada com característica *erga omnis*, para a partir daí ser aplicada ao caso concreto e individual.

Tal viés é tão arraigado à cultura jurídica que os estudiosos e aplicadores do direito encontraram nas chamadas súmulas uma forma de “positivar” a jurisprudência dos Tribunais, para conferir a estas uma legalidade formal sob a óptica jus-positivista do sistema romano-germânico.

Esse apego exacerbado a lei positivada deu origem ao princípio da supremacia constitucional e sobre o tema, o professor José Afonso da Silva, reputado por Pinto Ferreira dispõe:

³ Positivismo: teve como base também a chamada “Era das Codificações”, despertada pela elaboração do Código Napoleônico, reforçada anos mais tarde pela principiologia liberal clássica. Não devemos nos esquecer, também, de que até as Sagradas Escrituras relatam que para os Hebreus, Deus enviou Leis escritas, os chamados 10 mandamentos, para compor e organizar a vivência social.

⁴ LATAILLADE, Iñigo Cavero; RODRÍGUEZ, Tomás Zamora. *Introducción al Derecho Constitucional*. Madrid: Editora Universitas SA. 1995.p.12.

“pedra angular, em que se assenta o edifício do moderno direito político”, significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.⁵”

A citação acima corrobora o enaltecimento desta tese, sendo que com os anos e as transformações sociais direitos inerentes a pessoa humana e ao Estado foi incorporado ao dispositivo constitucional. O doutrinador Zulmar Fachin ensina à respeito:

“As normas constitucionais, por serem fruto do poder constituinte, estão fora da área de incidência dos poderes constituídos. Em outras palavras, os agentes estatais de qualquer dos três poderes, bem como os particulares, não podem alterar ou descumprir o Texto Constitucional. Nesse sentido, o princípio da supremacia da Constituição suscita a possibilidade de realizar-se o controle de constitucionalidade dos atos normativos, tendo como parametricidade a própria Constituição.⁶”

Portanto, como visto nesta disposição, a supremacia constitucional é indispensável para abordarmos o controle de constitucionalidade, pois sem este não há como checar parâmetros, no caso, formal e material das leis. Esse enxerto de leis a serem tuteladas foram adentrando o âmbito constitucional aos poucos, gradativamente, através do constitucionalismo.

Podemos encontrar a atuação regente desse princípio nas constituições que tem como característica a rigidez. Veja, sobre a característica rígida de algumas modelos constitucionais:

“Terminología que utilizó lord Bryce refiriéndose a la mayor o menor dificultad a la hora de su reforma. (...) las rígidas son aquellas que para su

⁵SILVA, José Afonso da, apud, LENZA, Pedro. Direito Constitucional. 12 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2008, p.117.

⁶FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Método. 2008.p.142.

modificación se exige un procedimiento especial y, en algunos casos extraordinario, y realizarlo por un órgano especializado.⁷”

Portanto, a rigidez diz respeito à forma e possibilidade de modificação do texto constitucional, nada mais é que estabelecer critérios dificultosos para a alteração da Lei Maior.

“Nos países que possuem Constituições rígidas, ou seja, aquelas que preveem, para sua própria alteração, um procedimento legislativo mais gravoso do que o estipulado para as leis ordinárias, institui-se uma espécie de pirâmide normativa, em cujo ápice se localiza a Constituição.⁸”

Note, a Constituição rígida estabelece um escalonamento das normas dentro do ordenamento jurídico e isso traz certa elevação e enaltecimento de um conjunto de normas em especial, que no nosso caso é a Constituição Federal. Não o faz de maneira descuidada, porém de forma complexa, vez que nesse dispositivo normativo estão elencados e assegurados, acima de tudo, os direitos humanos.

2.1 O Movimento Constitucionalista

O direito brasileiro, como dito anteriormente, é proveniente do civil law, tendo por precioso os códigos e o firme pensamento positivista. Além dessa linha é atribuído ao Brasil um status constitucional, derivado do “movimento constitucionalista⁹”, que nasceu no Brasil no texto de 1988, mas foi precedido ideologicamente no texto de 1946 e na Carta de 1967. Trata-se da elevação ao patamar constitucional de direitos reconhecidos com a evolução tecnológica, social e política da humanidade.

⁷LATAILLADE, Iñigo Cavero; RODRÍGUEZ, Tomás Zamora. Introducción al Derecho Constitucional. Madrid: Editora Universitas SA. 1995.p.169.

⁸ARAUJO. Luiz Alberto David. Curso de Direito Constitucional, p. 24.

⁹ Nas palavras de Gomes Canotilho o termo “movimentos constitucionalistas”.CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição.6.ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

Os doutrinadores o estudam dividindo-o em momentos, geralmente primitivo, antigo, medieval moderno, contemporâneo e neoliberal. Zulmar Fachin faz uma classificação simples, somente Constitucionalismo Antigo e Moderno¹⁰.

Constitucionalismo é um termo que permite mais de um viés interpretativo. Num sentido amplo seria um país que, independentemente do momento histórico, fase política ou sistema jurídico adotado possui uma Constituição. Porém o sentido que nos interessa é o mais restrito, que traduz uma técnica jurídica de proteção das liberdades, surgida no final do século XVIII, e que deu aos cidadãos proteção contra o arbítrio dos governos absolutistas¹¹.

Com essa diferenciação, note que, o constitucionalismo inglês é um exemplo de movimento constitucional feito sem a adoção de uma Constituição Federal escrita, portanto um movimento que ao invés de positivar os direitos em uma só carta suprema editou vários documentos (*Magna Carta – 1215, Petição de Direitos – 1628, Lei do Habeas Corpus - 1679*) que culminaram finalmente na Declaração de Direitos de 1689 e esta sim possui normas de natureza constitucional.

“Na evolução constitucional britânica, não existe uma tradição histórica do poder constituinte em resultado da ausência de uma Constituição escrita, avultando antes as chamadas modificações tácitas da Constituição, tais convenções constitucionais, os costumes e as praxes constitucionais.¹²”

Esse modelo constitucionalista britânico é diferente dos modelos que seguiriam, o americano e o francês, é tão *sui generes* que não precisou acabar com o absolutismo para implantar ideias inovadoras.

“O sistema britânico é o mais antigo e o mais sólido dos sistemas constitucionais. A Inglaterra não teve rigorosamente monarquia absoluta e passou, embora não sem convulsões como as de 1648 e 1688, do Estado estamental para o Estado constitucional representativo. Montesquieu inspirou-se nela para formular a sua concepção de separação dos poderes.¹³”

¹⁰FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Método. 2008.

¹¹BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.7.

¹²BRITO, Miguel Nogueira de. A Constituição Constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da Constituição. Coimbra: Editora Coimbra, 2000, p. 121.

¹³MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, t.I. 1990, p.107.

Já o constitucionalismo norte americano é resultado da ânsia colonial de separar-se do poder inglês, que aconteceu formalmente em 1776, com a Declaração de Direitos do Bom povo da Virgínia, elaborada por Thomas Jefferson, posteriormente presidente dos Estados Unidos da América. Em virtude disso, após libertarem-se do domínio britânico, cada uma das “13 Colônias” foi em busca da sua Constituição:

“Após a declaração de independência, as ex-colônias passaram a elaborar cada qual a sua própria Constituição (Virgínia, Pensilvânia, Nova York e Massachusets foram as primeiras), dando origem ao Constitucionalismo norte-americano. Depois, em 1787, na Convenção de Filadélfia, foi aprovada a Constituição dos Estados Unidos da América, que se encontra em vigor até hoje

Na raiz do constitucionalismo norte-americano estava o pensamento de John Locke e Montesquieu, ambos preocupados com a limitação do poder e a proteção dos direitos Individuais.¹⁴”

Na França, as revoluções foram instituídas pelo terceiro estado, representado pelo povo mesmo, aqueles que tão somente trabalhavam e pagavam impostos. Da França também extrai-se a raiz do controle de convencionalidade, que também será estudado em tópico oportuno. Nas palavras de Mazzuoli, “é ainda necessário deixar claro que a expressão ‘controle de convencionalidade’ tem origem francesa, e data do início da década de 1970. Tal se deu originalmente quando o Conselho Constitucional francês, na decisão 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975, entendeu não ser competente para analisar a convencionalidade preventiva das leis (ou seja, a compatibilidade destas com os tratados ratificados pela França, notadamente – naqueles caso concreto – a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950), 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 respeito”¹⁵.

Retomando, na Revolução Francesa os explorados e a burguesia em ascensão atacaram o antigo regime lançando mão de uma nova ordem social. Veja a colocação de Gomes Canotilho:

¹⁴FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Método. 2008.p.39.

¹⁵MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis. 3ª.ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.88.

“A expressão póstuma – *ancien régime* – mostra claramente isto: a ‘ruptura’ com o ‘antigo regime’ e a criação de um ‘novo regime’ significa uma nova ordem social e não apenas uma adaptação político-social ou ajustamento prudencial da história.¹⁶”

O traço de desigualdade social nessa fase foi tão profundo que a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), estatuiu que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. Foi a partir desse modelo de constitucionalismo liberal-clássico dogmatizado na tripartição dos poderes de Montesquieu, que tornou-se usual a existência de três poderes nos Estados. Enfim, sobre o constitucionalismo liberal-clássico, Zulmar Fachin:

“Expressou-se por uma Constituição escrita, que garantia os direitos individuais e previa a separação dos poderes estatais. Recebeu influência dos pensadores que inspiraram as revoluções francesa e norte-americana (John Locke, Montesquieu, Rousseau), mas também Thomas Jefferson e os federalistas.¹⁷”

Não obstante, tal modelo estabelecia uma Corte específica para salvaguardar os preceitos constitucionais. Em várias ponderações portanto dizemos que o constitucionalismo brasileiro tem grande influência desse modelo. A primeira Constituição pautada nos moldes liberais foi a do império, em 1824. Leia o que diz José Afonso da Silva, no tocante a inspiração da Constituição do império:

“Era uma composição elitista, mas imbuída das novas teorias políticas que então agitavam o mundo europeu: Liberalismo, Constitucionalismo, Parlamentarismo, Democracia e República.¹⁸”

Essa Constituição dava ao imperador o exercício do poder moderador, que (im)pensadamente atribuía D. Pedro I um poder esdrúxulo de tão abrangente,

¹⁶CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Apud, FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Método. 2008.p.40.

¹⁷FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Método. 2008.p.41.

¹⁸SILVA, José Afonso da. O Constitucionalismo Brasileiro Evolução Institucional. São Paulo: Editora Malheiros. 2011. p.46 .

muito embora já houvesse a organização estatal através da separação das funções e previsão de uma carta de direitos.

Houve, no entanto a queda do império e a Proclamação da República, surgindo assim a primeira Constituição democrática, redigida em seus termos por Ruy Barbosa, porém, esse período foi fragmentado por estados de sítio e emergência, o que deu azo para um desleixo e descaso na aplicação efetiva dos direitos e garantias constitucionais.

Veja, Constitucionalismo é, portanto, uma construção histórica, política e social de cada Estado. Assim sendo lancemos a máxima, nem tudo que está na Constituição é de matéria constitucional¹⁹, porém tudo o que foi elevado a Constituição tem status constitucional.

2.2 Conceitos do termo “Constituição”

Paralelamente à ideologia constitucionalista, que como visto nasceu nos EUA e na França, mas que foi um modelo de organização estatal seguido pelo Brasil e outros países, temos a criação das próprias Constituições brasileiras. Desde o império, no ano de 1824 surge a figura da constituição, que para a maioria da doutrina de todos os países é a maior expressão de direitos individuais/coletivos e de organização do Estado.

Mas conceituar o termo é tarefa árdua, vez que o sentido do substantivo/verbo em si diverge do sentido do termo jurídico. Na doutrina brasileira, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior definem:

“Organização sistemática dos elementos constitutivos do Estado, através da qual se definem a forma e a estrutura deste, o sistema de governo, a divisão e o funcionamento dos poderes, o modelo econômico e os direitos, deveres

¹⁹Pois existem nas Constituições, a exemplo da brasileira, abordagem de outros assuntos, que não as liberdades individuais e a constituição estatal.

e garantias fundamentais, sendo que qualquer outra matéria que for agregada a ela será considerada formalmente constitucional.²⁰

Na doutrina alemã, segundo Georg Jellinek, *in expressis*:

“A Constituição designa o conjunto de normas jurídicas que definem os órgãos supremos do Estado, determinam a forma de sua criação, sua relação recíproca e seu âmbito de atuação, como também fixam a posição do indivíduo em relação ao poder do Estado.²¹”

Na doutrina espanhola, Manuel García Pelayo, *in litteris* (1967, p. 64 apud MORAES, 2008, p.57), a Constituição é um complexo normativo estabelecido de uma só vez, na qual, de maneira total, exhaustiva e sistemática, se estabelecem as funções fundamentais do Estado e se regulam os órgãos, o âmbito de suas competências e as relações entre eles.

Na doutrina italiana, Alessandro Pizzorusso, *in textus*:

“A Constituição é o conjunto de princípios e regras incorporadas por forças políticas e sociais que, em certo momento histórico, são prevaletentes no Estado e estabelece o regime jurídico vigente.²²”

Finalmente doutrinador português José Joaquim Gomes Canotilho, respeitavelmente conceituado em Portugal e no Brasil, conclui²³ que a Constituição é o conjunto de normas que regulam as estruturas do Estado e da sociedade nos seus aspectos fundamentais.

Outra perspectiva de se analisar o conceito de constituição, é sob a óptica jurídica, o precursor desse sentido conceitual jurídico é Hans Kelsen, que posiciona a Constituição como um “dever ser” e não como “ser” em si. José Afonso da Silva traduz essa vertente de Kelsen:

²⁰ ARAUJO. Luiz Alberto David. Curso de Direito Constitucional, p. 3.

²¹ JELLINEK, Georg. Allgemeine Staatslehre. 3ª ed. Berlin: Windelband, 1914, p. 505.

²² PIZZORUSSO, Alessandro. Lezioni di Diritto Costituzionale. 3ª ed., vol II. Roma: Foro Italiano, 1898, p. 217 apud Guilherme Peña. Curso de Direito Constitucional, p. 57.

²³ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.p.67.

“Constituição é, então, considerada *norma* pura, puro *dever-ser*, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica. A concepção de Kelsen toma a palavra Constituição em dois sentidos: no *lógico-jurídico* no *jurídico-positivo*. De acordo com o primeiro, *Constituição* significa *norma fundamental hipotética*, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da Constituição *jurídico-positiva*, que equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau.²⁴”

Conforme visto, a figura constitucional é de extrema importância no ordenamento jurídico, o movimento constitucionalista em conjunto com a teoria pura do direito, de Hans Kelsen, deu origem ao que chamamos de pirâmide normativa, encabeçada, indubitavelmente, pela Constituição Federal²⁵, que promove normas de interesse individual à patamares hierarquicamente elevados, status constitucional, tornando-as assim, parâmetro de compatibilização normativa.

“A imagem da pirâmide normativa contribui para a compreensão do tema. Sempre que a norma localizada no ápice da pirâmide for contrariada por norma inferior, estar-se-á diante de uma inconstitucionalidade. Norma infraconstitucional contraria norma constitucional.²⁶”

A inconstitucionalidade citada acima, é azo para o próximo tópico, pois este é resultado da hierarquização e da supremacia constitucional aqui abordadas.

Importa dizer, ainda, que o jurista Michel Temer²⁷ traz tal obediência hierárquica como um segmento, desde as ordens de um chefe de seção, ou seja, o mais ínfimo comando, proveniente de quem quer que seja, deve obedecer aos imperativos normativos superiores, estabelece que as portarias do diretor de divisão devam estar de acordo com a resolução do secretário do Estado e esta de com o decreto do governador e este com a Lei estadual e esta com a Constituição estadual que finalmente deve ter isonomia com a Constituição Federal.

Enfim, podemos adotar qualquer desses conceitos a cerca do termo, pois em todos vemos uma carta de direitos, dentre outras possíveis previsões, que a

²⁴SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9. Ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 41.

²⁵KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito (tradução João Baptista Machado). 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

²⁶FACHIN, Zulmar. Teoria Geral do Direito Constitucional. 2.e.d. Londrina: Universidade Estadual de Londrina. 2006.p.150.

²⁷TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional, p. 19 e 20.

despeito de sua criação atenta em compor e proteger o ser humano, indubitavelmente, a Constituição tem em seu teor uma intimidade paralela com a tutela dos direitos humanos, assunto melhor abordado no tópico de controle de convencionalidade.

2.3 A Presunção de Constitucionalidade das Leis

A República Federativa do Brasil é um Estado firmado na democracia e nos direitos sociais, como prevê a Lei Maior. Os princípios vetores interpretativos estão figurados no início da composição constitucional, pois facilita e evidencia a permeação obrigatória, das políticas públicas do Executivo e das normas legislativas, pelos tais. Todas essas características jurídicas estão na Constituição de 1988, que colocou o Brasil como estado Democrático e Social de Direito.

Límpida é a fixação desta no país, a própria lei embute no ordenamento esse preceito, fazendo-o nos dois primeiros artigos da Constituição Federal:

Preâmbulo: Nós, *representantes do povo brasileiro*, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

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

- I- A soberania;
- II- A cidadania;
- III- A dignidade da pessoa humana;
- IV- Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V- O pluralismo político.

Parágrafo único. *Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos* ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 2.º: *São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*²⁸.

O conceito de democracia²⁹ não labuta sozinho para a ratificação da presunção de constitucionalidade das leis, que veremos a seguir, alia-se à teoria da tripartição dos poderes para fazer das leis o reflexo espelho da população.

A tripartição dos poderes é uma teoria que dissipa a concentração do poder estatal, dividindo-o em Poder Executivo, Legislativo e Judiciário³⁰.

Outrora dissemos que as leis militam (ou pelo menos deveriam) em virtude e favor do ser humano, pois existem a partir dele, se esse não existisse não haveria direito. Quem elabora as leis no Brasil é o Poder Legislativo, que o faz, de acordo com a democracia de uma forma indireta, pois o povo na democracia elege representantes para, em regra, consubstanciar suas vontades. Veja:

“O processo de elaboração de uma nova Constituição fez com que o Brasil experimentasse um novo momento em relação à valorização da pessoa humana em que deixavam para trás o cerceamento, o aviltamento e a limitação de liberdades, consagrando em seu texto constitucional rol bastante significativo de direitos fundamentais. Com a promulgação do texto constitucional de 1988, definitivamente o Brasil assume um compromisso sério frente à sociedade internacional, com o respeito, a promoção e a proteção dos direitos humanos.³¹”

Há então, uma presunção de constitucionalidade que permeia as leis, vez que as normas são feitas pelos deputados e senadores eleitos pelo povo, dentro do processo previsto entre os artigos 60 e 69 da Constituição de 1988.

²⁸BRASIL. Constituição (1988). BRASIL, Senado Federal. Serviço Gráfico. Constituição: República Federativa do Brasil: 1988. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1988. *Grifo nosso*.

²⁹ Elementos conceituais do Estado Democrático: a) criado e regulado por uma Constituição; b) os agentes públicos fundamentais são eleitos e renovado periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres; c) o poder político é exercido, em parte diretamente pelo povo, em parte por órgãos estatais independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros; d) a lei produzida pelo Legislativo é necessariamente observada pelos demais Poderes; e) os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos e sociais, podem opô-los ao próprio Estado; f) o Estado tem o dever de atuar positivamente para gerar desenvolvimento e justiça social. SUNDNFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público, 4. Ed. São Paulo, Malheiros Ed. p. 56/57.

³⁰Os poderes, na verdade, não são separados, o poder do Estado é uno, o que existe é uma separação das funções por eles exercida.

³¹GUERRA, Sidney. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade. São Paulo: Atlas S.A. 2013.p.173 e 174.

Dessa forma, pela teórica imparcialidade dos representantes legislativos, que materializam as aspirações da população, as leis dispõem da presunção de constitucionalidade de derivação da vontade popular que em tese é a razão do direito.

“Decorrência desse princípio, temos que as leis e atos normativos estatais deverão ser considerados constitucionais, válidos, legítimos até que venham a ser formalmente declarados inconstitucionais por um órgão competente para desempenhar esse mister. Enquanto não formalmente reconhecidos como inconstitucionais, deverão ser cumpridos, presumindo-se que o legislador agiu em plena sintonia com a Constituição – e com a vontade do povo que lhe outorgou essa nobre competência.³²”

No curso do pensamento de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, a presunção de constitucionalidade das leis editadas pelo Legislativo impede que se invalidem as normas até que sejam formalmente reconhecidas como inconstitucionais pelo devido órgão competente, que analisará seus requisitos formais de criação e aprovação, bem como sua isonomia com o direito material puro.

Assim, para conclusão e fechamento desse capítulo, fica evidente que Carta Maior é indubitavelmente a maior expressão legislativa de vários Estados, traz consigo direitos inerentes ao indivíduo bem como ao próprio Estado, vindo através do movimento constitucionalista. Estabelecida como topo da pirâmide legislativa de Hans Kelsen ela é, por excelência, a ordem suprema em termos jurídico-legislativo do seu Estado, não foge dessa regra o Estado brasileiro.

Tais normas servem de parâmetro comparativo para a legalidade das leis inferiores hierarquicamente, que retiram da Constituição sua validade em termos de criação e conteúdo. Porém, caso sejam, por desídia do legislador, incompatíveis formalmente e/ou materialmente com o conteúdo constitucional, só é possível sua invalidade e inutilização após a declaração de inconstitucionalidade do mesmo por órgão competente para tanto, que o faz com base no chamado controle de constitucionalidade das leis.

³²PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Controle de Constitucionalidade. 7.ed. ver. Atual. Niterói: Impetus, 2008. p.5.

3 O STATUS DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Primordialmente é essencial dispor que o bojo desse tópico é extremamente carente de abordagem e doutrina, até mesmo por ser elemento relativamente novo no ensejo jurídico.

Para que pudéssemos chegar aqui, fez-se necessário abordar temas como supremacia constitucional e controle de constitucionalidade, que em tudo se relaciona com a convencionalidade e seu controle.

Veja, no Brasil o tema é abordado superficialmente pelos autores como André Ramos de Carvalho³³, Flávia Piovesan³⁴ e José Adércio Leite³⁵, sempre no sentido da aplicabilidade externa, exercida pelos tribunais internacionais.

Inovando, porém, temos Valério de Oliveira Mazzuoli³⁶, que com suporte de Luiz Flávio Gomes, em comentários esparsos, e respaldo do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no HC 87.585-8/TO, inseriu um novo viés, de abordagem dos tratados de direito humanos internacionais ratificados pelo Brasil, segue parte do voto:

“Após longa reflexão sobre o tema em causa...notadamente a partir da decisão plenária desta Corte na ADI 1.480-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (RTJ 179/493-496) -, julguei necessário reavaliar certas formulações e premissas teóricas que me conduziram, então, naquela oportunidade, a conferir, aos tratados internacionais em geral (qualquer que fosse a matéria neles veiculada), posição juridicamente equivalente à das leis ordinárias.

As razões invocadas neste julgamento, no entanto, Senhora Presidente, convencem-me da necessidade de se distinguir, para efeito de definição de sua posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre convenções internacionais sobre direitos humanos (revestidas de “supralegalidade”, como sustenta o eminente Ministro GILMAR MENDES,

³³RAMOS, André de Carvalho. Processo Internacional de Direitos Humanos: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.p. 352 e do mesmo autor, Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. P. 169.

³⁴PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 7ª. Ed. rev. ampl.e atual., São Paulo: Saraiva, 2006.p.239.

³⁵SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.p. 55-57 e p. 186-187.

³⁶MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis. 3ª.ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ou impregnadas de natureza constitucional, como me inclino a reconhecer), e tratados internacionais sobre as demais matérias (compreendidos estes numa estrita perspectiva de paridade normativa com as leis ordinárias).

Isso significa, portanto, examinada a matéria sob a perspectiva da “supralegalidade”, tal como preconiza o eminente Ministro GILMAR MENDES, que, cuidando-se de tratados internacionais sobre direitos humanos, estes não de ser considerados como estatutos situados em posição intermediária que permita qualificá-los como diplomas impregnados de estatura superior à das leis internas em geral, não obstante subordinados à autoridade da Constituição da República.³⁷

A questão fundamental então seria qual status legal tais tratados devem possuir no arcabouço jurídico interno, uma vez assinado e ratificado formalmente pelo Estado. Veja, o próprio Ministro havia outrora votado em favor do status ordinário para os tratados de direitos humanos, pensamento convertido em status constitucional no voto do HC supracitado.

Para Valério Mazzuoli, o termo controle de convencionalidade é referente à compatibilização vertical das leis com os tratados internacionais de direitos humanos e somente eles, pois para os demais tratados internacionais usa-se o termo controle de supralegalidade. É essa a nomenclatura que será adotada na presente obra³⁸.

O controle de convencionalidade, portanto, já é feito nos tribunais internacionais, o que não espanta vez que a finalidade de criação deste é justamente a tutela de direitos acima das desídiás de um Estado. Porém conveniente e necessário seria que os tribunais, órgãos e juízes internos também o fizessem.

É fato que a tutela internacional tem aplicação subsidiária, de pronto temos que a proteção interna seria mais eficaz, incisiva e conveniente. Veja, surgem então dois modelos de controle convencional, seguindo o pensamento de Ernesto Rey Cantor:

“Há assim, dois modelos de controle de constitucionalidade possíveis: um internacional (levado a efeito, de modo coadjuvante ou complementar, pelas

³⁷ Voto do Ministro Celso de Mello, no HC 87-585-8/TO, disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/322_HC%2087585%20-%20Voto%20Celso%20de%20Mello.pdf. Acesso em 18 de outubro de 2013 .

³⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis. 3ª.ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.p.31.

cortes internacionais) e um interno (manejado pelos juízes e tribunais nacionais em primeiro plano).³⁹

Há de se notar, portanto, a importância desse instituto abordado. Não é mero floreio jurídico, mas sim um meio de ampliação da defesa de princípios e direitos internacionalmente consagrados.

É oportuno transcrever o que o mesmo doutrinador traz sobre essa abordagem interna pátria: “o juiz interno tem competência para inaplicar o direito interno e aplicar a Convenção ou outro tratado, mediante um *exame de confrontação normativa* (direito interno com o tratado) em um caso concreto e adotar uma decisão judicial protegendo os direitos da pessoa humana” ao que se denomina “controle de convencionalidade em sede nacional”.⁴⁰

O controle de convencionalidade no âmbito interno não foi até agora devidamente abordado, discutido e sistematizado, notoriamente, no direito brasileiro, porém seria errado dizer que o assunto é algo simplesmente novo.

3.1 O imbróglio do §2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988

O Poder Originário optou por um sistema híbrido que havia desde 1965. Combina os controles difuso e concentrado, oportunamente abordados anteriormente, muito embora a Constituição tenha trazido apenas a Ação Direta de Inconstitucionalidade, vindo depois: ADECON com a Emenda 3 de 1993 e a ADPF com as Leis 9.868 e 9.882, ambas de 1999.

Para Zeno Veloso (2000, p. 34):

³⁹ CANTOR, Ernesto Rey. Control de Convencionalidad de las Leys y Derechos Humanos. Mexico, D.C.: Porrúa , 2008.p. 46-48 apud MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis. 3ª.ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.p.26.

⁴⁰ CANTOR, Ernesto Rey. Control de Convencionalidad de las Leys y Derechos Humanos. Mexico, D.C.: Porrúa , 2008.p. 46-47 apud MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis. 3ª.ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.p.26.

A Constituição de 1988 trouxe, não obstante, importantes avanços, com vistas ao aperfeiçoamento e à democratização da fiscalização constitucional. Apenas para exemplificar, citemos: ampliou o número dos legitimados ativos para ingressar com a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), extinguindo o monopólio do Procurador-Geral da República; introduziu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), o mandado de injunção (art. 102, I, q) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º); previu a instituição, nos Estados-membros, de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual (art. 125). A Emenda Constitucional 3, de 1993, dando nova redação ao art. 102, I, a, introduziu a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Como fica latente, a Lei Maior possibilitou a inovação de outras ações. O poder constituinte de 1988 trouxe com a promulgação da nova Constituição o seguinte dispositivo legal, o 5.º, § 2.º da Constituição Federal de 1988:

“Art. 5.º, §2.º: Os direitos e garantias expressos nessa 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.”⁴¹

A interpretação desse artigo foi extremamente conturbada. Devemos saber que a nova ordem jurídica, social e política que se instaurou com a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi importante marco para a redemocratização do Estado brasileiro o que deu ensejo a institucionalização dos direitos humanos após a república velha.

Digo, essa transformação caminhou paralelamente a ratificação, por parte do Brasil, de vários tratados internacionais, globais e regionais, de proteção aos direitos inerentes à pessoa humana.

A Constituição vigente no país é uma Constituição garantista, como já disposto anteriormente, nossa carta de direitos individuais e coletivos é extensa, positivando essa proteção e os princípios consagrados na mesma, quais sejam: prevalência dos direitos humanos, cooperação entre os povos para o progresso da

⁴¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

humanidade, defesa da paz, entre outros⁴² que dão suporte jurídico para que as leis no país sejam interpretadas de acordo com o princípio *pro homini*, à luz do direito natural e dos direitos humanos.

Do doutrinador German J. Bidart Campos⁴³ podemos extrair a ideia de otimização e maximização dos sistemas de proteção dos direitos humanos e assim afirmar que consoante esse viés, em caso de conflito de normas nacionais e internacionais deve-se lançar mão dos métodos tradicionais de solução (hierárquico, especialidade e cronologia) e aplicar o princípio *pro homini*, acima citado e consagrado indiscutivelmente no âmbito internacional.

O parágrafo § 2.º do artigo 5.º da CF/88 tem uma redação turva, obscura e inespecífica, portanto devemos, considerando todo o bojo interpretativo e principiológico da Constituição, entender que quando o parágrafo § 2.º dispõe “não excluem” direitos e garantias decorrentes do regime, de princípios e tratados internacionais (devidamente ratificados), é que na verdade os “inclui”, como pensa Valério de Oliveira Mazzuoli:

“E a nossa interpretação sempre foi a seguinte: se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais “em que a República Federativa do Brasil seja parte”, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil “se incluem” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerado como se escritos na Constituição estivessem. É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, a Constituição “os inclui” no catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade.”⁴⁴

Ao ler o texto puro do artigo abordado concluímos que, a Constituição Federal institui três espécies de direitos e garantias individuais acobertadas pela lei maior:

⁴²GUERRA, Sidney. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade. São Paulo: Atlas S.A. 2013.p.174.

⁴³Cf. BIDART CAMPOS, German J. Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo III (El derecho internacional de los derechos humanos y la reforma constitucional de 1994). Buenos Aires: Ediar, 1995. p. 282.

⁴⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis. 3ª.ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.35.

a) Os direitos e garantias positivados no texto constitucional, explícitos e expressos, por exemplo, os incisos I ao LXXVIII do artigo 5.º e o inciso III, alínea b, do artigo 150, todos da Constituição Federal de 1988;

b) Os direitos e garantias implícitos na Constituição, derivados da interpretação principiológica e do regime adotado;

c) Os direitos e garantias contidos nos tratados internacionais de proteção ao ser humano, desde que o Brasil faça parte pela ratificação⁴⁵.

Dessa forma, sedimenta-se uma dupla fonte normativa no direito nacional, quais sejam aquelas provenientes do direito interno (implícitas ou explícitas) e aquelas cuja origem é internacional. Ora, ante todo o exposto mostra-se claro e evidente o status constitucional dos tratados internacionais protetores de direitos e garantias individuais. Veja, Valério Mazzuoli sobre o status dessas normas internacionais de direitos humanos e sua aplicação:

“O seu aparecimento deu-se, entre nós, com a promulgação da Constituição de 1988, que admitiu o *status* constitucional dos tratados de direitos humanos no Brasil (art. 5º, § 2º). Assim, desde a promulgação do texto constitucional brasileiro (em 05.10.88) afigura-se possível a um juiz ou tribunal local controlar a convencionalidade (a partir de 1988, apenas pela via difusa, e, desde a EC 45/04, também pela via concentrada) das normas de direitos humanos em vigor no país.”⁴⁶

Expusemos aqui o status constitucional de tais tratados, mas há quem diga doutrinariamente indo além, do status supraconstitucional dessas normas internacionais. Nesse sentido veja Celso D. A. Mello que se dizia:

“ainda mais radical no sentido de que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada.”⁴⁷

⁴⁵ Esse viés é apoiado pelos doutrinadores: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis. 3ª.ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.35. e VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Os tratados na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Revista de Informação Legislativa, ano 41, n.162. Brasília: Senado Federal, abr.-jun. 2004, p.38-39.

⁴⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis. 3ª.ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.27.

⁴⁷ O §2º do art. 5º da Constituição Federal, in Torres, Ricardo Logo[org.] Teoria dos Direitos Fundamentais, 2ª ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p. 25.

Este toma de pauta toda a principiologia internacional, caracterizada pela explosão expansiva dos direitos humanos e não obstante sua adoção como norma *jus cogens* de direito internacional.

Nesse mesmo sentido, também há precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que ao condenar o Estado chileno, impôs a modificação de sua própria Constituição Federal, veja Néstor Pedro Sagués, também em favor desse sentido:

“Por ello, en definitiva, cualquier regla jurídica doméstica (ley, decreto, reglamento, ordenanza, resolución, etc.) esta sometida al control de convencionalidad. En Estados donde la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional es obligatoria para los tribunales inferiores, ella también reviste materialmente condición de norma, y por ende, está captada por dicho control. Incluso está, igualmente comprendida la Constitución nacional, no exceptuada en los veredictos aludidos. En este tramo tan importante de la doctrina que referimos, se parte tácitamente del supuesto de que el Pacto de San José de Costa Rica se encuentra por encima de todo el ordenamiento jurídico del Estado, sin omitir a la propia Constitución. El Pacto asume así, agrade o no esta conclusión, y por más que por algunos se la quiera edulcorar, condición de supraconstitucionalidad. Por ello, como en el caso de ‘La última tentación de Cristo, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reclamó a Chile modificar una cláusula de la Constitución local opuesta al Pacto, como efectivamente se hizo después.⁴⁸”

A contraponto do que vimos doutrinariamente, na jurisprudência do Pretório Excelso também não há posição pacífica. Inicialmente o Supremo Tribunal Federal incidiu em um posicionamento que dava aos tratados de direitos humanos o nível de lei ordinária, inclusive para os tratados de direitos humanos, isso, no julgamento do HC 72.131 – RJ, datado de 22 de novembro de 1995.

Mais tarde, com a inserção do §3º no artigo 5º da Constituição Federal esse posicionamento mudaria, adotando o status supralegal de tais tratados, podendo obter o status constitucional, caso venha a ser aprovado por quórum especial, sob a decisão de RE 466.343-1/SP.

⁴⁸ SAGUÉS, Néstor Pedro. Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad, Estudios Constitucionales, año 8,n.1. Universidad de Talca, 2010. p. 124, citando o caso “Última Tentação de Cristo” caso pioneiro.

3.2 A Inserção do §3º no artigo 5º da Constituição Federal

Como vimos no tópico anterior paira certa obscuridade sobre o texto constitucional positivado no parágrafo § 2.º do artigo 5.º da CF/88. Em virtude disso, para uma clara evidência das intenções do legislador originário, o legislador posterior inseriu ao artigo 5.º mais um parágrafo, qual seja o 3.º, que tem a seguinte redação:

“Art. 5.º, §3.º: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.⁴⁹”

Provavelmente o legislador tomou inspiração para tal na legislação alemã que, prevê a possibilidade de tratados internacionais, referentes à paz (pois o ordenamento alemão não faz referência direta aos direitos humanos), complementar a referida Constituição, nos termos do artigo 79, veja:

“Art. 79 (Emendas a Lei Fundamental)

1. A Lei Fundamental só poderá ser emendada por uma lei que altere ou *complemente* expressamente o seu texto. Em matéria de tratados internacionais que tenham por objeto regular a paz, prepará-la ou abolir um regime de ocupação, ou que objetivem promover a defesa da República Federal da Alemanha, será suficiente, para esclarecer que as disposições da Lei Fundamental não se opõem à conclusão e à entrada em vigor de tais tratados, complementar, e tão somente isso, o texto da Lei Fundamental.
2. Essas leis precisam ser aprovadas por dois terços dos membros do Parlamento Federal e dois terços dos votos do Conselho Federal.⁵⁰”

Note que há semelhança entre os dois textos de ordenamentos jurídicos distintos, veja também que o conteúdo material dos parágrafos 2º e 3º do

⁴⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁵⁰Constituição Alemã, Disponível:

http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf. Acesso 18 de outubro de 2013, grifo nosso.

artigo 5º da nossa Constituição guardam certa simetria, diferindo-se apenas pelo requisito formal da aprovação dos tratados.

Entenda antes da Emenda a Constituição de número 45/2004 os tratados relativos aos direitos humanos adentravam o ordenamento por meio de Decreto Legislativo, aprovados por maioria simples no Congresso, obedecendo aos termos de inscrição do artigo 49, I, da Lei Maior.

A Emenda trouxe o parágrafo 3º que tratou de hierarquizar tais normas, vez que poderiam ser aprovados por quórum especial, ou não, nos termos do art. 49, I da Constituição Federal. Veja a crítica feita por Valério de Oliveira Mazzuoli sobre o assunto:

“Não obstante ter tido o art. 5º, § 3º, da Constituição um aparente bom propósito, o certo é que se trata de dispositivo incongruente. Se a sua intenção foi colocar termo às controvérsias (doutrinárias e jurisprudenciais) sobre o nível hierárquico dos tratados de direitos humanos no Brasil, parece que a tal desiderato não conseguiu chegar. Nós também sempre entendemos inevitável a mudança do texto constitucional brasileiro, a fim de se eliminar as controvérsias a respeito do grau hierárquico conferido pela Constituição aos tratados internacionais de direitos humanos pelo Brasil ratificados. Mas a nossa ideia era outra, em nada semelhante à da Emenda Constitucional 45. Entendíamos ser premente, mais do que nunca, incluir em nossa Carta Magna não um dispositivo hierarquizando os tratados de direitos humanos, como fez a EC 45, mas sim um dispositivo que reforçasse o significado do § 2º do art. 5º, dando-lhe verdadeira interpretação autêntica.⁵¹”

Portanto, dependendo do quórum ao qual fossem aprovados os tratados, ser-lhe-iam dados o status constitucional (nos termos do próprio parágrafo 3º, com quórum de 3/5, oportunamente idêntico ao quórum de aprovação das emendas a Constituição) ou supralegal.

Ressalta-se que, o status supralegal foi conquista obtida a partir de 2008, em razão do julgamento do RE 466.343-1/SP, lembrando que a jurisprudência anterior a inserção do § 3º atribuía aos tratados de direitos humanos o status meramente ordinário.

⁵¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis. 3ª.ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.41.

Mazzuoli, inovando vai além, propõe uma redação ao parágrafo que acha ser mais conveniente e apropriada para integrar o texto constitucional, extrai essa ideia do legislador constitucional venezuelano de 1999, observe:

“Por esse motivo, havíamos proposto, como alteração constitucional, a introdução de mais um parágrafo no art. 5º da Carta de 1988, mas não para contrariar o espírito inclusivo que o § 2º do mesmo artigo já tem. A redação que propusemos, publicada em nosso livro Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais, foi a seguinte: § 3º. Os tratados internacionais referidos pelo parágrafo anterior, uma vez ratificados, incorporam-se automaticamente na ordem interna brasileira com hierarquia constitucional, prevalecendo, no que forem suas disposições mais benéficas ao ser humano, às normas estabelecidas por essa Constituição.⁵²”

A proposta de Mazzuoli é coerente, vez que somente daria interpretação ao que já dispunha a Constituição Federal no parágrafo antecessor.

Note que o dispositivo que adentrou ao ordenamento com a EC 45/2004 é incongruente e não pôs termo a divergência quanto ao verdadeiro status dos tratados de direitos humanos, antes representou somente descaso do legislador em relação às conquistas já obtidas pelo direito internacional dos direitos humanos.

Cançado Trindade reforça essa crítica dizendo que esse “retrocesso provinciano põe em risco a interrelação ou indivisibilidade dos direitos protegidos em nosso país (previstos nos tratados que o vinculam), ameaçando-os de fragmentação ou automização, em favor dos excessos de um formalismo e hermetismo jurídicos eivados de obscurantismo”.

E continua: “os triunfalistas da recente Emenda Constitucional 45/2004, não se dão conta de que, do prisma do direito internacional, um tratado ratificado por um Estado o vincula *ipso jure*, aplicando-se de imediato, quer tenha ele previamente obtido aprovação parlamentar por maioria simples ou qualificada. Tais providências de ordem interna – ou, ainda menos, de *interna corporis*, - são simples fatos do ponto de vista do ordenamento jurídico internacional, ou seja, são, do ponto de vista jurídico internacional, inteiramente irrelevantes. A responsabilidade internacional do Estado por violações comprovadas de direitos humanos permanece intangível, independentemente dos malabarismos pseudo-jurídicos de certos publicistas [...], que

⁵² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis. 3ª.ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.41e 42.

nada mais fazem do que oferecer subterfúgios vazios aos Estados para tentar evadir-se de seus compromissos de proteção do ser humano no âmbito do contencioso internacional dos direitos humanos⁵³

Pois bem, Cançado Trindade e Valério Mazzuoli fazem, *data venia*, uma crítica muito bem pautada, o legislador tentando interpretar o § 2º falhou e demonstrou falta de conhecimento dos princípios atuais do direito internacional e ainda resquícios de uma soberania absolutista completamente ultrapassada, foi completamente insensível às necessidades de proteção ao ser humano⁵⁴, vez que essa desigualdade somente viola o princípio da isonomia, que também tem força constitucional.

Enfim, a consequência mais marcante, no campo prático, da inserção do parágrafo 3º no art. 5º foi a mudança de no pensamento jurisprudencial, que se aproximou um pouco mais da nova tendência internacional, que visa a maior abrangência de proteção aos direitos humanos.

É sim uma conquista notável, porém está longe de ser o modelo ideal aos padrões da humanidade, pois não devemos nos esquecer de que o direito surge em virtude do homem e labuta em função deste, afinal foi criado por ele e para ele.

Considerando o bojo legal brasileiro e principalmente o princípio *pro homini*, vemos que o correto seria que todos os tratados de direitos humanos, independente do quórum de aprovação, estivessem em patamar constitucional, com aplicação imediata e prevalência sobre os dispositivos da Constituição do Estado, que fossem menos benéficos ao homem.

4 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

⁵³ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto . Desafios e conquistas do direito internacional dos Direitos Humanos no início do Século XXI, in CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio Paulo. Desafios do direito internacional contemporâneo, Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.p209, nota 06.

⁵⁴ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto . Desafios e conquistas do direito internacional dos Direitos Humanos no início do Século XXI, in CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio Paulo. Desafios do direito internacional contemporâneo, Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.p209, nota 06.

Ao fio do exposto no capítulo anterior podemos concluir que controle de convencionalidade é a igualdade material das normas Estatais ordinárias, com as normas internacionais específicas de direitos humanos, a qual o Estado tenha se submetido. A compatibilidade com os demais tipos tratados é chamada de controle de supralegalidade. Vejamos Ernesto Rey Cantór sobre a definição do tema, quanto à abordagem pelo órgão Corte Interamericana de Direitos Humanos:

“El control de convencionalidad es un mecanismo de protección procesal que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el evento de que el derecho interno (Constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.), es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados – aplicables – con el objeto de aplicar la Convención u otro tratado, mediante un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado), en un caso concreto, dictando una sentencia judicial y ordenando la modificación, derogación, anulación o reforma de las normas o prácticas internas, según corresponda, protegiendo los derechos de la persona humana, con ele objeto de garantizar la supremacía de la Convención Americana.⁵⁵”

O ministro Celso de Mello, em seu voto no HC 87.585-8/TO, defendendo a inaplicabilidade da prisão civil por depósito infiel, simplesmente controlou a convencionalidade da legislação civil e processual civil frente à Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto de Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em suas próprias palavras “existe evidente incompatibilidade material superveniente entre referidas cláusulas normativas [que impõem a prisão civil] e o Pacto de São José da Costa Rica”⁵⁶.

Destaca-se ainda que é correto e alguns autores usam falar em controle de convencionalidade para a compatibilização das normas internas com qualquer tipo de tratado internacional, sendo ele de direitos humanos ou não. Veja:

“Mas, repita-se, não é tecnicamente incorreto nominar de ‘controle de convencionalidade’ a compatibilização vertical das normas internas com

⁵⁵CANTOR, Ernesto Rey. Control de Conveniconalidad de lãs leys y derechos humanos. México, D.F.: Porrúa, 2008. p. 46.

⁵⁶ STF, HC 87.585-8/TO, Voto-vista do Min. Celso de Mello, de 12 de março de 2008. p. 54.

quaisquer tratados internacionais (de direitos humanos, ou não) ratificados pelo governo e em vigor no Estado.⁵⁷”

A doutrina portuguesa ainda reluta em perceber, faticamente, a diferença entre o controle de convencionalidade o de suprallegalidade. Gomes Canotilho⁵⁸ chama de “relação de contrariedade” o que nós chamamos de “controle” (convencional ou suprallegal) e, ainda, inconstitucionalidade indireta o que chamamos de controle de convencionalidade. Por outro lado, Jorge Miranda⁵⁹, outro constitucionalista português, desde 2012 fez menção ao controle de convencionalidade, quando dispôs da existência do mesmo paralelamente ao controle de constitucionalidade e de legalidade.

O controle de convencionalidade abordado nesta obra não faz alusão à anulação de normas constitucionais e tratados, quando estas estiverem em discordância, mesmo porque, apesar de existir doutrina que atribui aos tratados o status supraconstitucional, na presente explanação tratamos todos os tratados internacionais de direitos humanos com status constitucional.

“É alentador perceber o avanço da jurisprudência brasileira no que tange à aplicação do *diálogo das fontes* e do *princípio pro homini* tudo isso somado nos leva a concluir que a recente jurisprudência brasileira dá mostars de que já aceita as soluções pós-modernas para o problema das antinomias entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno...

Como se percebe, a aplicação desse critério não exclui mutuamente uma ou outra ordem jurídica, mas antes as complementa, fazendo com que a produção do direito doméstico também ‘escute’ o diálogo entre a a Constituição e os tratados de direitos humanos, que estão em mesmo pé de igualdade que ela... As normas infraconstitucionais, doravante, para serem vigentes e válidas, deverão submeter-se a esse novo exame de compatibilidade vertical material, solução esta mais fluida (e, portanto, capaz de melhor favorecer a ‘evolução do direito’) e mais consentânea com os ditames da pós –modernidade jurídica.

Por meio desta solução que se acaba de expor, repita-se, não será a Constituição que excluirá a aplicação de um tratado ou vice-versa, mas ambas essas supernormas (Constituição e tratados) é que irão unir em prol da construção de um direito infraconstitucional compatível com ambas, sendo certo que a incompatibilidade desse mesmo direito infraconstitucional com apenas uma das supernormas já o invalida por completo.⁶⁰”

⁵⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis. 3ª.ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.81.

⁵⁸CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, cit. p. 1042-1047.

⁵⁹ MIRANDA, Jorge. Curso de Direito Internacional Público. Cit. p. 181.

⁶⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis. 3ª.ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.158 e 159.

A extensa explanação supracitada é concernente a um pensamento garantista, ampliador dos direitos humanos, porém o faz sem violação da soberania constitucional, que coexistem de forma harmônica e conveniente, viabilizando a criação de um Estado Constitucional e Humanista de Direito, o que somente resultará na vantagem de um conjunto de obras infraconstitucionais imaculado.

Não obstante, Néstor Pedro V. Sagués⁶¹ acredita que o controle de convencionalidade pode ser feito em face da própria constituição, o que foi pacificado jurisprudencialmente no caso A Última Tentação de Cristo VS Chile.

4.1 O Posicionamento de Valério Mazzuoli

Em todas as colocações feitas sobre o tema no Brasil, o ângulo de abordagem foi à responsabilidade do Estado no âmbito internacional por desrespeitos aos direitos humanos em virtude dos atos praticados pelo Poder Legislativo. Como exemplo disso, André Ramos de Carvalho em sua obra, Processo Internacional de Direitos Humanos e Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos⁶².

Nesse caso, o autor mencionado defende que o controle de convencionalidade ora seja feito de modo unilateral, ora pelos mecanismos coletivos de defesa internacional:

“Esse controle de convencionalidade pode ser feito de modo unilateral pelos demais Estados participantes da sociedade internacional, o que é o modo tradicional de apuração do respeito por um Estado de suas obrigações internacionais, uma vez que a sociedade internacional é uma sociedade ainda marcada pelo voluntarismo, sendo paritária e descentralizada.

⁶¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis. 3ª.ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.159 apud SAGUÉS, Néstor Pedro. El control de convencionalidad, em particular sobre las Constituciones nacionales.

⁶² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis. 3ª.ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.83.

Contudo, o modo unilateral é questionável, tendo em vista que estabelece o *judex in causa sua*.

Um segundo modo de controle de convencionalidade é aquele feito por mecanismos coletivos, nos quais é apurado se determinada conduta do Estado (por exemplo, edição de lei, a prolação de uma sentença ou um ato administrativo) é compatível com as normas internacionais.

Como já expus em obra anterior, ‘as diferenças são claras: no mecanismo unilateral prevalece o princípio do *judex in causa sua*, o que é substituído, nos mecanismos coletivos, por procedimentos onde a imparcialidade e o devido processo legal imperam no processamento da responsabilidade internacional do Estado’.⁶³”

Talvez como predispõe Mazzuoli⁶⁴ o tema possa ter sido abordado no Brasil, pela primeira vez no Jornal da Associação Juízes para a Democracia. Observe a nota, que embora breve, é carregada de palavras fortemente significativas em nosso contexto, dando vazão a um novo viés, que propõe a intervenção interna estatal, ou seja, o controle de convencionalidade não seria mais só abordado em sede de órgãos e cortes internacionais, porém seria aplicada no âmbito interno, transcrevo:

“Em junho passado, o Grupo de Trabalho de Direitos Humanos da PGE/SP e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) submeteram à apreciação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos um caso envolvendo o conflito normativo entre os arts. 594 e 595 do Código de Processo Penal e o art. 8º(2), ‘h’ da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Os peticionários sustentaram que condicionar o processamento de recurso ao prévio recolhimento do réu ao cárcere revela-se requisito inadmissível em face da garantia judicial mínima ao duplo grau de jurisdição, consagrado no art. 8º(2), ‘h’ da Convenção Americana de Direitos Humanos. Isto é, o não processamento do recurso em face da fuga do réu estaria em implicar em expressa ofensa à normatividade internacional acolhida pelo Brasil. O caso foi admitido pela Comissão Interamericana no último mês de setembro.

Três argumentos foram desenvolvidos ao longo da petição internacional: a) o Brasil, no livre e pleno exercício da sua soberania, ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos, sem a formulação de qualquer reserva sobre a matéria; b) *em face do princípio da boa-fé, cabe ao Estado brasileiro conferir plena observância aos direitos internacionais nela enunciados*; e c) em face do princípio da prevalência da norma mais benéfica, em caso de conflito entre norma internacional e a norma interna, prevalece (sic) sempre a norma mais favorável, em consonância com o disposto no art. 29 da Convenção Americana. Daí, a necessidade de conferir prevalência ao art. 8º, (2), ‘h’ da Convenção Americana, em detrimento do disposto nos arts. 594 e 595 do Código de Processo Penal, já que não cabe ao Estado

⁶³RAMOS, André de Carvalho. Tratados Internacionais : novos espaços de atuação do MP. p. 86 e 87.

⁶⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis. 3ª.ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.86.

brasileiro suprimir, limitar ou restringir o alcance de direitos previstos na Convenção.

Há que se ressaltar que os instrumentos internacionais contemplam sempre parâmetros mínimos de proteção aos direitos humanos, cabendo aos Estados-partes o dever de harmonizar sua legislação interna à luz dos parâmetros internacionais mais protetivos a pessoa humana. Inaugura-se, assim, no campo dos direitos humanos, a advocacia voltada ao 'controle de convencionalidade das leis', em prol da melhor e mais eficaz proteção à dignidade humana.⁶⁵

Assim, podemos ver que até agora o que foi abordado em sede de controle de convencionalidade foi só a possibilidade de intervenção internacional. Com respaldo nessa citação e no direito internacional comparado o doutrinador Valério Mazzuoli propõe uma inovação no direito brasileiro, abordando a possibilidade e necessidade de se fazer regularmente o controle difuso e concentrado diretamente pelos magistrados pátrios.

Ao que tange à incorporação dos direitos internacionais no arcabouço jurídico interno, foi este doutrinador que sistematizou, conceituando, as expressões controle difuso de convencionalidade, controle concentrado de convencionalidade e controle de supralegalidade⁶⁶.

Primeiramente devemos ter que, a aplicação do controle de convencionalidade internacional seria de certa forma subsidiária, desta forma, pois, o controle interno, que tal doutrinador propõe "é o que primeiro deve ser levado a cabo"⁶⁷, antes da intervenção e controle de um tribunal de jurisdição internacional, veja:

"As cortes internacionais somente controlarão a convencionalidade de uma norma interna caso o Poder Judiciário de origem não tenha controlado essa mesma convencionalidade, ou a tenha realizado de maneira insuficiente. Assim, não é correto dizer que apenas o controle internacional da convencionalidade das leis (realizado pelas instâncias internacionais de direitos humanos) é que seria o verdadeiro controle de convencionalidade, uma vez que tal raciocínio guarda a insuperável incongruência de não reconhecer que é dos próprios tribunais internacionais (v.g., da Corte Interamericana) que decorre a exigência de os juízes e tribunais internos controlarem (em primeira mão, antes de qualquer manifestação

⁶⁵Jornal Juízes para Democracia, ano 5, n. 21, São Paulo: AJD, JUL.-SET. 2000, p.9.

⁶⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis. 3ª.ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.90.

⁶⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis. 3ª.ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.90.

internacional sobre o tema) a convencionalidade de suas normas doméstica.⁶⁸”

Esse viés de que a convencionalidade internacional é “coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos”, como já predispõe a Convenção Americana em seu segundo considerando, encontra respaldo em outro doutrinador internacional, veja Juan Carlos Hitters, sobre o assunto:

“Quedó remarcada, en el caso Almonacid Arellano – entre otros –, la pauta a la que antes hemos hecho referencia, en el sentido de que no sólo el Tribunal Interamericano debe llevar a cabo el control de marcos, sino también que previamente los jueces locales pueden y deben ejercitar esta tarea, obviamente *antes* que el pleito llegue a la instancia internacional. (...) de ahí que el Pacto impone la necesidad de ‘agotar los derechos internos’ (art. 46.1.a)’

Hemos tratado de esbozar en forma sintética, lo que se ha dado en llamar en los últimos tiempos ‘control de convencionalidad’, mecanismos que debe ser llevado a cabo, *primeiro por los cuerpos judiciales domésticos*, haciendo una ‘comparación’ entre el derecho local y el supranacional, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, sea que surja de los tratados, del *ius cogens* o de la jurisprudencia de la Corte IDH; y luego esa tarea debe ser ejercida por el Tribunal regional si es que el caso llega a sus estrados.⁶⁹”

Em se tratando de controle de convencionalidade difuso, os moldes são, basicamente os mesmos do controle de constitucionalidade difuso, em explanação geral, tanto em um, como no outro, seria imposta a dupla compatibilização vertical, com aplicação do princípio *pro homini* pelos juízes e tribunais, independentemente do da instância ou do tipo de juízo, na aplicação a um caso concreto. Nesse sentido a doutrina mexicana:

“Os juízes constitucionais e tribunais federais não são os únicos que podem levar a cabo tal função jurisdicional, eis que se trata de uma competência que corresponde a todos os tribunais do país, incluindo o poder de declarar judicialmente a inconvencionalidade das leis. Tal representa um controle

⁶⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis. 3ª.ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.91.

⁶⁹ HITTERS, Juan Carlos. Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad: comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos), Estudios Constitucionales, año 7. n.2., Universidad de Talca, 2009, p.119/123 e 124.

judicial difuso de convencionalidade, que assume o lugar do conhecido controle difuso de constitucionalidade.⁷⁰”

Como ocorre na equiparação constitucional difusa, na de convencionalidade pela mesma modalidade o efeito seria somente entre as partes, cabendo ao controle concentrado à aplicação *erga homnes*. Dessa forma vejamos:

“Para além do controle difuso de convencionalidade, o modelo brasileiro comporta ainda o controle concentrado da convencionalidade das leis, quando em causa os tratados de direitos humanos ‘equivalente’ às emendas constitucionais, ou seja, quando se tratar daquelas normas internacionais de direitos humanos incorporadas nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição.⁷¹”

Note, Mazzuoli enxerga, portanto a viabilidade de se controlar a convencionalidade de modo concentrado, estendendo os efeitos de tal decisão a todos os casos posteriores ou advindo, ou seja, atribuindo ao ordenamento uma pacificação *erga homnes*, no sentido de tal decisão.

Ora, como visto no tópico anterior, se os tratados de direitos humanos tem equivalência constitucional, porque não estender a eles a metodologia defensiva das ações de controle concentrado?

Dessa forma teríamos, ação direta de inconvencionalidade, ação declaratória de convencionalidade e em igual propositura a ADPF protegeria preceito fundamental de tratados ou convenções de direitos humanos outrora violados. A despeito da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, esta poderia ser proposta quando faltasse no ordenamento jurídico doméstico norma que efetivasse uma convenção ou tratado internacional.

Valério Mazzuoli estabelece uma normatização para aplicação dessas modalidades de controle:

“Em suma, todos os tratados que formam o *corpus juris* convencional dos direitos humanos de que o Brasil é parte servem como paradigma ao controle de convencionalidade das normas infraconstitucionais, com as

⁷⁰GARCÍA-MORELOS, Gumesindo. El control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios en México. México, D.C.: Ubijus, 2010. p.10.

⁷¹MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis. 3ª.ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.164.

especificações já estudadas: a) tratados de direitos humanos internalizados com quórum qualificados (equivalente às emendas constitucionais) são paradigmas do controle concentrado (para além, obviamente do controle difuso) de convencionalidade, cabendo, uma ADIN no STF a fim de invalidar norma infraconstitucional com eles incompatível; e b) tratados de direitos humanos que têm somente status de norma constitucional (não sendo 'equivalentes às emendas constitucionais', dada a não aprovação pela maioria qualificada do art 5º, § 3º) são paradigma apenas do controle difuso de convencionalidade, o qual pode ser exercido *ex officio* por qualquer juiz ou tribunal num caso concreto. Nesse último caso, os juízes e tribunais se fundamentam em tais tratados (de status constitucional) para declarar inválida uma lei que os afronte, da mesma maneira que se fundamentam na Constituição (no controle difuso de constitucionalidade) para invalidar norma infraconstitucional que contra o Texto Magno vem a se insurgir.⁷²

Note que a proposta de Mazzuoli apesar de coerente ainda não é aplicável, pois se vale da premissa de que todos os tratados de direitos humanos, independente de seu quórum de aprovação tem índole constitucional.

É certo que a presente obra ratifica este pensamento de Valério Mazzuoli quanto ao status dos tratados de direitos humanos, devido a sua importância no âmbito social e democrático, porém não podemos deixar de expor a realidade fática, que é adversa, vez que o Supremo Tribunal Federal tem, como maioria, o pensamento interpretativo dos §§ 2º e 3º de que somente os tratados de direitos humanos que adentrarem o ordenamento jurídico pátrio com aprovação por quórum especial é que serão equivalentes a emenda constitucional, obtendo portando o status constitucional, os demais deteriam somente o status supralegal.

6 CONCLUSÃO

O que se pode concluir, ante toda a exposição cientificamente teórica, é que no ordenamento jurídico brasileiro foi introduzido um novo método de controle, da produção normativa doméstica, qual seja o controle de convencionalidade das leis, que é a compatibilidade das leis infraconstitucionais com os tratados de direitos humanos válidos e devidamente ratificados pelo Estado brasileiro.

Este veio, não para anular, invalidar ou aniquilar o controle de constitucionalidade, mas somente faz a complementação da purificação normativa, o

⁷² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis. 3ª.ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.174 e 175.

controle de convencionalidade junto com o controle de constitucionalidade devem completar-se a ponto de comunicarem entre si, buscando dentre elas, qual seja, a norma mais benéfica para o ser humano, de acordo com o princípio *pro homini*.

Esta propositura de controle feito no âmbito interno, não exclui o controle convencional feito pelos órgãos internacionais instituídos para tanto, vez que tais órgãos somente atuariam subsidiariamente, como o controle realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, analisando o respeito à Convenção Americana de Direitos Humanos. Portanto, isto nada mais é que uma forma de assegurar e salvaguardar os consagrados direitos inerentes à pessoa humana, que conseguiram de forma lenta e custosa tal tutela.

Conclui-se também que, desta forma institui-se no arcabouço jurídico interno, um duplo limite vertical material, sendo este, a constituição e os tratados internacionais de direitos humanos (proposto nesta obra que todos os tratados de direitos humanos, tenha status constitucional e não somente os que adentraram o ordenamento com quórum qualificado, lembrando que esse viés diverge do pensamento majoritário atual da Suprema Corte) primeiramente e os demais tratados hierarquicamente abaixo destes, obtendo assim o status supralegal.

Desta forma, seguindo o proposto nesta exposição, os juízes/ministros e órgãos colegiados de todas as instâncias estarão vinculados a declarar *ex officio*, tanto a inconstitucionalidade como a inconvenção das leis, aplicando o princípio *pro homini* entre as leis internacionais e domésticas. O controle convencional deve ser realizado nas formas, difuso e concentrado (pelos legitimados, no caso os mesmos legitimados a propor o controle constitucional difuso das leis).

Caso o proposto seja realmente aplicado, de forma efetiva por todos os Estados membros da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, estaremos diante de uma maturidade jurídica comunitária, que unificaria sobre a égide de uma lei internacional a aplicação do direito internacional público dos direitos humanos. Isso elevaria os Estados Americanos a um patamar até então desconhecido, no ramo jurídico dos blocos estatais.

Porém isso é distante ainda, mas o mais próximo e importante é que cada Estado, a começar pelo brasileiro faça o controle convencional interno das leis

domésticas, aumentando assim a proteção dos direitos inerentes ao ser humano, o que é o propósito dos direitos humanos, pautado no direito natural.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BAKRETT, E. Bruton; p. e HANNOLD, J. **Constitutional Law: Cases and Materials**. 1 ed. Brooklyn: the Founddation Press, 1959.

BASTO, Celso Ribeiro. BRITO, Carlos Ayres. **Interpretação e Aplicabilidade da Normas Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BIDART CAMPOS, German J. Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo III (El derecho internacional de los derechos humanos y la reforma constitucional de 1994). Buenos Aires: Ediar, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade; por uma Teoria Geral da Política**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 4ªed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

BUENO, Silveira. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: FTD S.A. 1996.

BULOS, Uadi Lammêgos. **Constituição Federal anotada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1989.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição** .6. ed. Almedina: Coimbra. 2002

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANTOR, Ernesto Rey. **Control de Convencionalidad de las Leys y Derechos Humanos**. México, D.C.: Porrúa, 2008.

CANTOR, Ernesto Rey. Control de Convencionalidad de las Leys y Derechos Humanos. Mexico, D.C.: Porrúa , 2008.p. 46-48

CAPPELETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**.1.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.

CARNOY, Martin. **Estado e Teoria Política**. 4ª ed., São Paulo: Papyrus, 1994.

CHIMENTI, Ricardo Cunha(et al). **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CUEVA, Mario De La. Teoría de la Constitución. México: Porrúa, 2008.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: RT, 2002.

ESTUDOS contemporâneos de direito público: em homenagem ao ministro Cesar Asfor Rocha. São Paulo: Pillares, 2010.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Método. 2008.

_____. **Teoria Geral do Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. Londrina: Universidade Estadual de Londrina. 2006.

FERREIRA, Olavo Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. São Paulo: Método, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed., revista. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. v.1. 2002.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito constitucional comparado**. 4. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GARCÍA-MORELOS, Gumesindo. El control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios en México. México, D.C.: Ubijus, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem económica na Constituição de 1.988**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GUERRA, Sidney. **O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio da teoria constitucional**. Fortaleza, UFC: Imprensa Universitária, 1989.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução à ciência do direito**: (introdução ao estudo do direito). 6. ed., reest., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

HITTERS, Juan Carlos. **Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad: comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos), Estudios Constitucionales, año 7**. n.2., Universidad de Talca, 2009.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Tradução Renato Janine Ribeiro. São Paulo: MartinsFontes, 2002. Título original: Philosophical rudiments concerning government and society.

_____. **O Leviatã**. Tradução Heloísa da Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005, Título original: Leviathan.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Belo horizonte: Editora Del Rey, 2002.

IV Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América. <http://www.ratical.org/globalize/BillOfRights.html#4>. Disponível em 13/10/2012.

JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación Constitucional**. Madrid.1991.

_____. **Teoria General del Estado**. Buenos Aires: Albatroz,1973.

KANT, Immanuel. **Scritti Politici e di Filosofia della storia del diritto**. Utet, Turim, 1956.p.130 apud BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

KELSEN, Hans. **Compendio de Teoría General del Estado**. Barcelona, 1979.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**; trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

LATAILADE, Iñigo Caverro. **Introducción al Derecho Constitucional**. Universitas: Madrid, 1995.

LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. Trad. Julio Fisher. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOGO, Ricardo [org.]. **O §2º do art. 5º da Constituição Federal, in Torres, Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LORENCINI, Bruno César. **Direito Constitucional: teoria geral da constituição e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

MARSHALL, Jonh. **Decisões Constitucionais de Marshall**, (texto adaptado para o português moderno).

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Coletânea de Direito Internacional e Constituição Federal – Organização Valério de Oliveira Mazzuoli**. 11. ed. rev., ampl. e atual. RT: São Paulo, 2013.

_____. **Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 3. ed. rev., ampl. e atual. RT: São Paulo, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo, Atlas. 2005.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5.ed. São Paulo: Editora Método, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad. 2002.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2000.

_____. **Direito Internacional Público**. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

SAGUÉS, Néstor Pedro. **Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad, Estudios Constitucionales, año 8,n.1**. Universidad de Talca, 2010. p. 124, citando o caso “Última Tentação de Cristo”.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constitucional federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

_____. **O Constitucionalismo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros. 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. Malheiros. 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**, 4. Ed. São Paulo, Malheiros.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros. 2002.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 3.ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política**. 2.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

Voto do Ministro Celso de Mello, no HC 87-585-8/TO, disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/322_HC%2087585%20-%20Voto%20Celso%20de%20Mello.pdf. Acesso em 18 de outubro de 2013

ZAGREBELSKY, Gustav, **Historia y Constitución**, Ed. Trotta, España, 2005.