

O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Antoniél Lima Almeida

Estagiário da Procuradoria da República no Estado do Ceará. Concludente do Curso de Direito da FA7, orientado pelo prof. Dr. João Luís Nogueira Matias (FA7).
antonielmaninde@yahoo.com.br

Sumário: Introdução. 1. Análise da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Acerca da Hierarquia Normativa dos Diplomas Internacionais de Direitos Humanos. 2. A Teoria da Dupla Compatibilidade Vertical e o Controle de Convencionalidade. 3. Controle de Convencionalidade: Uma Questão Terminológica? 4. Diferenças Entre a Teoria do Controle de Convencionalidade e o Entendimento Predominante no Supremo Tribunal Federal. Considerações Finais. Referências.

Resumo: O presente estudo tem por objetivo analisar a inovadora teoria do controle de convencionalidade, que apresenta um modelo de controle judicial das normas internas infraconstitucionais utilizando como parâmetro os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país. Apresenta-se, inicialmente, o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Após, analisam-se os principais aspectos da teoria do controle de convencionalidade. Ao final, faz-se um comparativo entre essa nova teoria e o entendimento até então predominante na Suprema Corte.

Palavras-chave: Tratados internacionais de direitos humanos. Supremo Tribunal Federal. Controle de convencionalidade.

INTRODUÇÃO

A problemática atinente à definição da hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna sempre suscitou calorosos debates doutrinários e jurisprudenciais, motivo pelo qual também pairam inúmeras incertezas acerca da sua utilização como parâmetro de controle da legislação interna.

A presente pesquisa tem por escopo analisar o controle de convencionalidade, teoria que, em harmonia com os valores emanados do recém-surgido “Direito Internacional dos Direitos Humanos” e com os avanços promovidos pela Constituição de 1988, defende serem os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no País, assim como a Constituição da República, paradigma de controle da produção normativa doméstica, porém, sob perspectiva diversa da até então adotada pelo STF.

O tema foi desenvolvido pioneiramente no Brasil pelo professor Valério de Oliveira Mazzuoli em sua tese de doutorado apresentada à Universidade Federal do Rio Grande do Sul no ano de 2008.

1 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA HIERARQUIA NORMATIVA DOS DIPLOMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 acresceu o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal de 1988 outorgando ao Congresso Nacional a prerrogativa de incorporar os tratados internacionais sobre direitos humanos com equivalência à emenda constitucional.

Essa reforma constitucional pacificou intrigante controvérsia doutrinária e jurisprudencial até então existente em relação à hierarquia normativa desses tratados. Todavia, questionamentos surgiram em relação aos tratados internacionais humanistas que já tinham sido incorporados ao direito brasileiro antes da sobredita reforma constitucional.

No ano de 2008, no histórico julgamento do RE 466.343/SP, no qual se discutia a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, o Supremo Tribunal Federal firmou, por apertada maioria (cinco votos a quatro), a tese da suprallegalidade desses tratados, asseverando que eles estão em posição hierárquica inferior à Constituição, mas acima das demais espécies normativas.

Na ocasião estavam em pauta duas correntes. A primeira, encabeçada pelo Ministro Celso de Mello, sustentava o valor constitucional dessas normas. A segunda (e vencedora), defendida pelo então presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, sustentava o valor suprallegal dessas normas.

Confira-se, nesse sentido, trecho do voto do Ministro Celso de Mello:

Em decorrência dessa reforma constitucional, e ressalvadas as hipóteses a ela anteriores (considerando, quanto a estas, o disposto no § 2º do art. 5º da Constituição), tornou-se possível, agora, atribuir, formal e materialmente, às convenções internacionais sobre direitos humanos, hierarquia jurídico-constitucional, desde que observado, quanto ao processo de incorporação de tais convenções, o “iter” procedimental concernente ao rito de apreciação e aprovação das propostas de emenda à Constituição, consoante prescreve o § 3º do art. 5º da Constituição, embora pessoalmente entenda superior a fórmula consagrada pelo art. 75, nº 22, da Constituição argentina de 1853, na redação que lhe deu a reforma de 1994. É preciso ressaltar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC nº 45/2004, pois, quanto a elas, incide o § 2º do art. 5º da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção de bloco de constitucionalidade. (RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJE-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, nº 186, 2010, p. 29-165)

Observe-se, agora, trecho do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no ponto em que diverge da tese da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos internalizados anteriormente à entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45, de 2004:

Apesar da interessante argumentação proposta por essa tese, parece que a discussão em torno do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a Reforma do Judiciário (oriunda do Projeto de Emenda Constitucional nº 29/2000), a qual trouxe como um de seus estandartes a incorporação do § 3º ao art. 5º, com a seguinte disciplina: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” Em termos práticos trata-se de uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.

Adiante, reconhecendo, porém, o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais atos normativos internacionais, o Ministro Gilmar Mendes apontou para a insuficiência da tese da legalidade, posicionando-se em defesa da tese da supralegalidade.

Importante deixar claro, também, que a tese da legalidade ordinária, na medida em que permite ao estado brasileiro, a fim e ao cabo, o descumprimento unilateral de um acordo internacional, vai de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, a qual, em seu art. 27, determina que nenhum Estado pactuante “pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica da supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

Desse modo, seguindo o entendimento perfilhado pelo Ministro Gilmar Mendes, o Pretório Excelso acolheu a tese da supralegalidade desses tratados, consignando o seguinte:

a) Tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao direito brasileiro com obediência ao quórum qualificado estabelecido no art. 5º, § 3º, da Constituição têm equivalência à Emenda Constitucional;

b) Tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil antes da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, possuem *status* normativo supralegal (acima das leis e abaixo da Constituição);

c) Tratados internacionais comuns (que não versam sobre direitos humanos) possuem paridade hierárquica com a legislação interna infraconstitucional.

Destarte, pode-se considerar que a adoção da tese da supralegalidade pelo STF significou uma verdadeira releitura da clássica pirâmide normativa kelseana, uma vez que os tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao direito brasileiro antes da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 passaram a ocupar uma posição específica e inovadora dentro da hierarquia do ordenamento jurídico, a saber, acima de todas as espécies normativas infraconstitucionais e abaixo da Constituição.

Ademais, em decorrência desse novo entendimento do STF, a Constituição deixou de ser o único paradigma de controle das normas de direito interno. De agora em diante, toda lei ordinária, para ser válida, deverá guardar uma dupla compatibilidade vertical, tendo como parâmetro de validade não só a Constituição, mas também os diplomas internacionais de direitos humanos internalizados pelo Brasil com valor constitucional (na forma do § 3º do art. 5º da CF/88) ou com *status* supralegal (na forma do § 2º do mesmo dispositivo constitucional).

Dentro dessa perspectiva de reconhecimento da superioridade normativa dos tratados internacionais de direitos humanos diante da legislação ordinária e, sobretudo, após as alterações advindas da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, surge o controle de convencionalidade, tese que defende serem os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no País, assim como a Constituição, paradigma de controle da produção normativa interna, porém, sob perspectiva diversa da até então adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

2 A TEORIA DA DUPLA COMPATIBILIDADE VERTICAL E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

É de conhecimento de todos que o Ordenamento Jurídico brasileiro compõe-se de um conjunto normativo pautado no Princípio da Supremacia das Normas Constitucionais, do qual resulta a necessidade de se exercer o controle de constitucionalidade de todos os atos normativos situados abaixo da Constituição.

Por esse motivo, torna-se necessário determinar com precisão quais normas podem ser consideradas como detentoras dessa supremacia, ou seja, quais normas compõem o parâmetro do controle de constitucionalidade.

Nesse contexto, a noção de bloco de constitucionalidade, que tem origem no direito francês, remete à existência de um conjunto de normas que, embora situadas fora do documento constitucional propriamente dito, são detentoras de status constitucional. (Vargas, 2007, p. 158-159).

Nesse passo, expressivas vozes doutrinárias sustentam, a partir de uma interpretação sistêmica e teleológica das normas constitucionais, e especialmente em razão do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição Federal, que os tratados internacionais de direitos humanos vigentes na ordem jurídica brasileira se revestem de caráter materialmente constitucional, integrando, assim, a noção de bloco de constitucionalidade. Nesse sentido se posiciona Piovesan:

Ora, ao prescrever que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais”, *a contrario sensu*, a carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos. Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. (2012, p. 108).

Igual entendimento é perfilhado por Lafer:

[...] Explico-me, observando que entendo, por força do § 2º do art. 5º, que as normas destes tratados são materialmente constitucionais. Integram, como diria Bidart Campos, o bloco de constitucionalidade, ou seja, um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental. O bloco de constitucionalidade é, assim, a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados. O bloco de constitucionalidade imprime vigor à força normativa da Constituição e é por isso parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas. Por essa razão, considero que os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência da Constituição de 1988 e a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45 não são meras leis ordinárias, pois têm a hierarquia que advém de sua inserção no bloco de constitucionalidade. Faço estas considerações porque concebo, na linha de Flávia Piovesan, que o § 2º do art. 5º, na sistemática da Constituição de 1988, tem uma função clara: a de tecer “a interação entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional”. (2005, p.17-18).

Nessa direção também é a doutrina de 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 internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil “se incluem” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados 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 seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade”. (2011, p. 28-29).

Com efeito, para Mazzuoli, os tratados não relacionados aos direitos humanos (chamados comuns) é que têm valor supralegal. Tal interpretação surge em razão do disposto no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e no art. 98 do Código Tributário Nacional, os quais estabelecem uma prevalência das convenções internacionais sobre a legislação interna comum. (2011, p. 383).

Assim sendo, Mazzuoli defende que, em razão da hierarquia superior dos tratados internacionais subscritos pelo Brasil, toda a legislação ordinária doméstica, para ser válida, deve guardar compatibilidade não só com a Constituição Federal, mas também com todos os tratados internacionais, versem ou não sobre direitos humanos.

Destarte, partindo dessas premissas, conclui pela existência de um duplo limite vertical para a produção legislativa brasileira, na qual se tem, de um lado, a Constituição e todos os tratados de direitos humanos (bloco de constitucionalidade) e, do outro, os tratados internacionais comuns (que possuem *status* supralegal). (2011, p. 116-117).

Nessa perspectiva, Mazzuoli apresenta a teoria da dupla compatibilidade vertical material. Veja-se:

Sob o ponto de vista de que, em geral, os tratados internacionais têm superioridade hierárquica em relação às demais normas da estrutura infraconstitucional (quer seja tal superioridade constitucional, como no caso dos tratados de direitos humanos, quer supralegal, como no caso dos demais tratados chamados de comuns) é lícito concluir que a produção normativa estatal deve contar não somente com limites formais (ou procedimentais), senão também com dois limites verticais materiais, quais sejam: a) a Constituição e os tratados de direitos humanos; e b) os tratados internacionais comuns de estatura supralegal. Assim, uma determinada lei interna poderá até ser considerada *vigente* por estar (formalmente) de acordo com o texto constitucional, mas não será *válida* se estiver (materialmente) em desacordo ou com os tratados de direitos humanos (que têm estatura constitucional) ou com os demais tratados dos quais a República Federativa do Brasil é parte (que têm *status* supralegal). Para que exista a *vigência* e a concomitante *validade* das leis, será necessário respeitar-se uma dupla compatibilidade vertical material, qual seja, a compatibilidade da lei (1) com a Constituição e os tratados de direitos humanos em vigor no país e (2) com os demais instrumentos internacionais ratificados pelo estado brasileiro. (2011, p. 116-117).

Assim, de acordo com a teoria apresentada, a aferição da obediência ao primeiro limite vertical material a que se sujeitam as leis internas desdobra-se em duas etapas: o exame de conformidade com a Constituição e o exame de compatibilidade com os tratados internacionais de direitos humanos. O segundo limite, por sua vez, refere-se tão somente à obediência aos tratados comuns.

Na primeira etapa da primeira compatibilização vertical material, ou seja, no processo de verificação de conformidade em que se utiliza como parâmetro a Constituição, tem-se o controle de constitucionalidade. De outro modo, quando se tem por referência os tratados de

direitos humanos, o que corresponde à segunda etapa da primeira compatibilização vertical material, tem-se o controle de convencionalidade. Por fim, quando o controle é baseado nos tratados comuns, o que ocorre na análise de obediência ao segundo limite vertical, está-se diante do controle de suprallegalidade. (MAZZUOLI, 2011, p.119).

2.1 Aplicação do critério *pro homine* no controle de convencionalidade

De acordo com o que leciona Mazzuoli, a lógica de aplicação do controle de convencionalidade leva em consideração que a solução de conflito entre o direito internacional e o direito interno deve ser equacionada por meio da realização de um “diálogo de fontes”, tal como proposto pelo alemão Erik Jaime, a fim de aplicar a norma que, no caso concreto, seja mais favorável à proteção da pessoa humana (Princípio *pro homine*). (2011, p.141-142).

Assim sendo, em caso de conflito entre a Constituição (ou qualquer outra norma interna) e um tratado internacional de direitos humanos deve prevalecer a norma que mais protege a pessoa humana presente no caso. A partir dessa compreensão, analise-se, então, duas situações:

a) uma lei interna é compatível com os tratados de direitos humanos em vigor no país, mas viola a Constituição Federal (tendo em vista que esta prevê normas mais benéficas à pessoa humana do que aqueles);

b) uma lei interna está de acordo com a Constituição, mas viola algum tratado de direitos humanos (uma vez que este prevê uma maior proteção à pessoa humana do que a Constituição).

No primeiro caso, a norma mais benéfica à pessoa humana é a Constituição, motivo pelo qual deve ser aplicada em detrimento dos tratados internacionais (Princípio *pro homine*). Assim sendo, a hipotética lei será inválida em razão de não passar imune à primeira etapa do primeiro limite vertical material: o controle de constitucionalidade.

Na segunda situação, o tratado de direitos humanos deve ser aplicado em detrimento da Constituição, haja vista ser mais benéfico. Assim, a referida lei, embora esteja de acordo com a Constituição, será inválida em razão de não passar incólume à segunda etapa do primeiro limite vertical material, que tem como parâmetro os tratados de direitos humanos, ou seja, de não passar pelo crivo do controle de convencionalidade.

À guisa de conclusão, expõe-se a lição de Mazzuoli:

Não se pense que a teoria da dupla compatibilidade vertical material, bem como a do controle (difuso e concentrado) de convencionalidade, está a afastar o “diálogo das fontes”. De maneira alguma. Quando a norma infraconstitucional é *mais benéfica* que o texto constitucional ou que as normas internacionais de proteção, é *ela* que deve ser aplicada em detrimento daqueles (lembre-se que a permissão para tanto vem da própria normativa internacional, por meio das suas “cláusulas de diálogo”, de que é exemplo o art. 29, b, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). O problema que surge – e aí se aplica a teoria da dupla compatibilidade vertical material e o consequente controle de convencionalidade – vai dizer respeito ao caso em que a *lei* interna é em tudo *compatível* com a Constituição, mas *viola* um tratado de direitos humanos por ser *menos benéfica* que este. Nesse caso, aplicando novamente o “diálogo das fontes”, é evidente que terá lugar a aplicação do tratado em detrimento tanto da Constituição (que autoriza algo *menos benéfico* que ele) como da lei interna (que operacionaliza essa *proteção a menor*). Ocorre que, diferentemente do conflito entre a Constituição e os tratados de direitos humanos, as leis internas menos benéficas (as quais têm garantia constitucional de sobrevivência, pois são *compatíveis* com a Constituição) permanecem perambulando nos compêndios legislativos publicados. Assim, como já falamos mais de uma vez, tais leis são *vigentes*, mas não podem ser tidas como *válidas* dentro da ordem interna. Por tal motivo é que devem ser declaradas *inválidas* pelo Poder Judiciário, o que somente é possível controlando sua *convencionalidade*,

isto é, compatibilizando-as com as normas internacionais de direitos humanos que têm hierarquia (*material*, no mínimo) de normas constitucionais, podendo tal controle ser exercido quer pela via de exceção (controle difuso), quer por meio de ação direta (controle concentrado). (2011, p. 143-144).

Compreendidas as noções acima apontadas, passa-se, na sequência, a dissertar sobre os modos de exercício do controle jurisdicional de convencionalidade no direito brasileiro, o qual pode ser exercido por via de ação (abstrato/concentrado) e/ou por via de exceção (concreto/difuso), a depender do parâmetro utilizado.

2.2 O controle judicial de convencionalidade difuso e concentrado

Apesar de reconhecer dignidade constitucional a todos os tratados de direitos humanos, Mazzuoli distingue aqueles que se qualificam como (apenas) materialmente constitucionais (“*status* constitucional”), cuja hierarquia constitucional funda-se somente no § 2º do art. 5º da Constituição, daqueles que se qualificam como material e formalmente constitucionais (“equivalência constitucional”), o que ocorre quando são aprovados de acordo com o *iter procedimental* previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição. (2011, p. 52-53).

Em razão dessa diferenciação, Mazzuoli entende que os tratados internacionais equivalentes às emendas constitucionais (incorporados de acordo com liturgia prevista no art. 5º, § 3º, da Constituição) contam com um regime de proteção mais robusto em relação àqueles tratados detentores (apenas) de *status* constitucional. Para ele, enquanto os tratados com “*status* constitucional” servem de parâmetro para o exercício do controle difuso de convencionalidade (apenas), os tratados “equivalentes à emenda constitucional” servem de parâmetro para o controle difuso e concentrado de convencionalidade. (2011, p. 153).

Destarte, no que tange aos tratados de direitos humanos incorporados ao direito brasileiro de acordo com o procedimento especial previsto no art. 5º, § 3º da Carta Republicana, detentores, portanto, de equivalência constitucional, o controle de convencionalidade pode ser exercido tanto de modo difuso/concreto quanto de forma concentrada, perante a Suprema Corte, por meio dos legitimados constantes no art. 103 da Constituição Federal e tomando-se por empréstimo as ações e procedimentos típicos do controle de constitucionalidade. Nesse sentido, Mazzuoli argumenta o seguinte:

Ora, se a constituição possibilita sejam os tratados de direitos humanos alçados ao patamar constitucional, *com equivalência de emenda*, por questão de lógica deve também garantir-lhes os meios que garantem a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional. Nesse sentido, é plenamente defensável a utilização das ações do controle concentrado, como a ADIn (que invalidaria *erga omnes* a norma infraconstitucional por *inconvenionalidade*), a ADECON (que garantiria à norma infraconstitucional a compatibilidade vertical com um tratado de direitos humanos formalmente constitucional), e até mesmo a ADPF (que possibilitaria o cumprimento de um “preceito fundamental” encontrado em tratado de direitos humanos formalmente constitucional), não mais baseadas no texto constitucional, senão também nos tratados de direitos humanos aprovados pela sistemática do art. 5º, § 3º, da Constituição e em vigor no país. Dessa forma, a conhecida Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) transformar-se-ia em verdadeira Ação Direta de *Inconvenionalidade*. Da mesma maneira, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADECON) assumiria o papel de Ação Declaratória de *Convencionalidade* (seria o caso de propô-la quando a norma infraconstitucional não atinge a Constituição de qualquer maneira, mas se pretende desde já garantir sua *compatibilidade* com determinado comando de tratado de direitos humanos formalmente incorporado com equivalência de emenda constitucional). Em idêntico sentido, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) poderia ser utilizada para proteger “preceito fundamental” de um tratado de

direitos humanos violado por normas infraconstitucionais, inclusive leis *municipais* e normas *anteriores* à data em que dito tratado fora aprovado (e entrou em vigor) com equivalência de emenda constitucional no Brasil. Não se pode também esquecer da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), prevista no art. 103, § 2º, da Constituição, que poderá ser proposta sempre que *faltar lei interna* que se faria necessária a dar efetividade a uma norma convencional formalmente constitucional. Nesse caso, pode o STF declarar a *inconvencionalidade por omissão* de medida para tornar efetiva norma internacional de direitos humanos em vigor no Brasil e anteriormente aprovada por maioria qualificada, dando ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. (2011, p.147-149).

Por outro lado, relativamente aos tratados de direitos humanos não incorporados na forma do art. 5º, § 3º, da Constituição (detentores de *status* constitucional em razão do disposto no § 2º do art. 5º), o controle de convencionalidade só pode ser exercido de modo difuso/concreto.

Pode-se considerar, então, que o controle de convencionalidade difuso sempre existiu (embora não fosse aplicado) desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 e desde a entrada em vigor dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, pois o § 2º do art. 5º da CF/88 (pela expressão “não excluem os outros”) já os colocava em patamar materialmente constitucional. Já o controle de convencionalidade concentrado nasceu com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que possibilitou serem os tratados internacionais de direitos humanos incorporados com equivalência constitucional.

3 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: UMA QUESTÃO TERMINOLÓGICA?

A teoria do controle de convencionalidade ainda é bastante recente, motivo pelo qual suscita certa desconfiança na doutrina. A fim de se analisar as intrigas existentes, registra-se o entendimento de Patrícia Cobianchi Figueiredo, que faz ponderáveis críticas à terminologia “controle de convencionalidade” adotada por Mazzuoli.

Segundo Figueiredo, não se justifica a diferenciação entre o controle de constitucionalidade e de convencionalidade, uma vez que todos os tratados de direitos humanos, ao integrarem a noção de bloco de constitucionalidade, servem de referência ao próprio controle de constitucionalidade. Observe-se:

Ao considerar as normas decorrentes dos tratados de direitos humanos integrantes do bloco de constitucionalidade, o controle a ser efetuado é o controle de constitucionalidade e mediante a sistemática já existente no Brasil, pois comporta esses instrumentos nessa posição, como se passa a considerar. (2009, p.197).

Conforme visto, a autora entende que a sistemática de controle de constitucionalidade existente no Brasil comporta perfeitamente os tratados internacionais de direitos humanos, de modo que o controle que se exerce utilizando-os como parâmetro não é outro senão o próprio controle de constitucionalidade.

Nessa perspectiva, Figueiredo acrescenta que a análise da constitucionalidade de uma lei deve ser feita levando-se em consideração necessariamente todo o conjunto de normas integrante do bloco de constitucionalidade, não se podendo utilizar, para tal aferição, apenas os preceitos constantes nos tratados internacionais de direitos humanos. Veja-se:

As normas do texto constitucional são parâmetros no controle de constitucionalidade por excelência, imprescindíveis na atividade interpretativa necessária a qualquer controle de constitucionalidade. Não há controle de constitucionalidade considerando apenas os ditames dos tratados de direitos humanos como parâmetros. Para o controle da constitucionalidade deve ser considerado todo o “bloco de constitucionalidade”,

ainda que, para ao final, apontar certa norma violada. À norma violada, que pode ser decorrente de tratado de direitos humanos, chega-se após percurso constitucional obrigatório. (2009, p.194).

Ao final, arremata Figueiredo:

Nesse sentido, controle da constitucionalidade abarca o controle de convencionalidade, sendo, portanto, mais abrangente. É afirmar, a título ilustrativo, que, considerando apenas o “controle de convencionalidade”, uma lei infraconstitucional pode ser compatível com os tratados internacionais de direitos humanos, embora incompatível com a Constituição, já considerando o controle de constitucionalidade como exposto, o resultado seria a inconstitucionalidade, já que o tratado quando inserido na ordem constitucional recebe nova interpretação, como parte de um todo e não como parte isolada. (2009, p.194).

Em face desses argumentos, a autora defende não ser possível reconhecer uma autonomia do controle exercido em face dos tratados internacionais de direitos humanos.

Mazzuoli, por sua vez, ressalta dois aspectos que, para ele, demandam a distinção entre as duas espécies de controle: a) embora os tratados tenham status constitucional ou equivalência de emenda constitucional não estão presentes no corpo do texto da Constituição; b) uma norma pode estar de acordo com a Constituição (e, portanto, passar incólume ao controle de constitucionalidade), mas ferir preceito constante em tratado internacional (o que tornaria a norma inconveniente, retirando sua validade). Observe-se:

Poderia se objetar tratar-se de controle de constitucionalidade aquele exercido em razão dos tratados de direitos humanos internalizados pela sistemática do art. 5º, § 3º, por ostentarem equivalência de emenda constitucional. Para nós, apenas quando existe afronta à Constituição mesma é que pode haver controle de constitucionalidade propriamente dito. Ainda que os tratados de direitos humanos (material e formalmente constitucionais) sejam equivalentes às emendas constitucionais, tal não autoriza a chamar de controle “de constitucionalidade” o exercício da compatibilidade vertical que se exerce em razão deles, notadamente no caso de o texto constitucional permanecer incólume de qualquer violação legislativa (ou seja, no caso de a lei não violar a Constituição propriamente, mas apenas o tratado de direitos humanos). (2011, p. 74).

Adiante, prossegue Mazzuoli:

[...] iludem-se os que aceitam o exercício do controle de convencionalidade por parte de tribunais internos, mas o entendem somente assimilável ao controle de constitucionalidade quando o conteúdo das disposições convencional e constitucional for materialmente idêntico. Como o leitor atento já pôde perceber, segundo a tese que estamos a desenvolver, o controle de convencionalidade *das leis* terá lugar exatamente quando os conteúdos da Constituição e dos tratados *não forem idênticos*. Se forem, não há que se falar em passar a lei por qualquer outro exame de compatibilidade vertical material além daquele que tem por paradigma a Constituição. É evidente que *não sendo idênticos* os conteúdos do texto constitucional e o do tratado de direitos humanos, a antinomia existente entre eles (ou seja, entre a própria Constituição e o tratado internacional em questão) será resolvida pela aplicação do princípio internacional *pro homine*, segundo o qual a primazia deve ser da norma que, no caso concreto, mais proteja os direitos da pessoa em causa. Contudo, o problema que estamos a tratar neste momento é outro, pois diz respeito à incompatibilidade das leis, ou seja, das normas *infraconstitucionais* (e, porque não dizer, *infraconvencionais*, uma vez que também estão abaixo dos tratados *comuns*) com os tratados de direitos humanos (os quais têm sempre, como já se estudou, *status* de norma constitucional, tenham ou não sido aprovados por maioria qualificada no Congresso Nacional). É exatamente nesta última hipótese – leis *compatíveis* com a Constituição, mas *violadoras* das normas internacionais de direitos humanos em vigor – que tem lugar o “controle de convencionalidade”, tanto o difuso como o concentrado. (2011, p. 136-137).

Com efeito, é perfeitamente possível a existência de uma norma interna compatível com a Constituição, porém contrária ao que dispõe um preceito constante em tratado internacional em vigor no Brasil, o que ocorre nos casos em que os tratados internacionais de direitos humanos ampliam os direitos já previstos internamente, vindo a densificar o valor da dignidade humana.

É nessa situação que tem lugar e se justifica o controle de convencionalidade como instrumento de garantia da efetividade das normas internacionais de proteção ao ser humano, invalidando leis internas que, a despeito de serem compatíveis com a Constituição da República, violam um tratado humanista.

Há vários pactos internacionais em vigor no Brasil cuja proteção do Homem é bem mais abrangente do que a inserida na Constituição Federal. Como exemplo, destaca-se a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), da qual Marmelstein destaca os seguintes avanços em relação à Constituição de 1988:

[...] O Pacto de San José da Costa Rica (a) protege a vida “desde a concepção”, o que não está tão claro na Constituição brasileira; (b) proíbe expressamente a pena de morte aos maiores de 70 anos e às mulheres grávidas, o que não existe no nosso texto constitucional, que autoriza a pena de morte em caso de guerra sem restrições subjetivas; (c) reconhece de forma expressa o direito do acusado contra autoincriminação, enquanto na Constituição de 88 não há nada expresso a respeito, sendo decorrente de interpretação jurisprudencial construtiva; (d) assegura o direito de recorrer de forma expressa; (e) prevê um direito ao nome, algo que não está presente de modo nítido na Constituição de 88; (f) consagra o direito de toda pessoa “à nacionalidade do estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito à outra”, entre as várias outras medidas sem previsão constitucional expressa. (2009, p. 205-206).

O fato é que, independentemente da terminologia utilizada (se controle de constitucionalidade ou de convencionalidade), o exame da compatibilidade das leis domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos deve ser realizado, uma vez que é ordenado pela própria Constituição Federal. Prefere-se, contudo, a tese defendida por Mazzuoli, que, enxergando as distinções existentes e as consequências resultantes da não diferenciação entre as duas espécies de controle, desenvolve fundamentada teoria sobre o tema, apresentando a sistemática de aplicação do controle de convencionalidade no direito brasileiro.

Nessa direção, o Ministro Celso de Mello, no julgamento do *Habeas Corpus* de nº 87.585/TO, em que reconheceu natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, atentou para a necessidade de um duplo controle da produção legislativa interna: o controle de constitucionalidade e o de convencionalidade, conforme se observa no trecho a seguir:

Proponho que se reconheça natureza constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, submetendo, em consequência, as normas que integram o ordenamento positivo interno e que dispõem sobre a proteção dos direitos e garantias individuais e coletivos a um duplo controle de ordem jurídica: o controle de constitucionalidade e, também, o controle de convencionalidade, ambos incidindo sobre as regras jurídicas de caráter doméstico. (Ministro Celso de Mello, no HC 87.585/TO, Tribunal Pleno do STF, j. 03.12.2008, fls. 341).

Passa-se, agora, a analisar as diferenças entre a teoria do controle de convencionalidade e o entendimento atual predominante no âmbito do Excelso Pretório.

4 DIFERENÇAS ENTRE A TEORIA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E O ENTENDIMENTO PREDOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Há uma considerável divergência entre a inovadora teoria do controle de convencionalidade e o entendimento até então predominante no Supremo Tribunal Federal, conforme sintetizado a seguir:

a) Tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao direito interno antes da Emenda Constitucional nº 45 de 2004:

Para o STF, tais normas têm valor supralegal, servindo de paradigma para o controle de supralegalidade. Para Mazzuoli, possuem *status* constitucional, servindo de paradigma para o controle difuso de convencionalidade.

b) Tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao direito interno na forma do § 3º do art. 5º da Constituição:

Para o STF, tais normas têm valor constitucional, servindo de paradigma para o controle de constitucionalidade. Para Mazzuoli, possuem equivalência constitucional, servindo de paradigma para o controle concentrado e difuso de convencionalidade.

Nessa toada, Gomes (2009, *on-line*) resume a questão da seguinte forma:

A diferença fundamental, em síntese, entre a tese de Valério Mazzuoli e a vencedora (por ora) no STF está no seguinte: a primeira está um tom acima. Para o STF (tese majoritária, conduzida pelo Min. Gilmar Mendes) os tratados de direitos humanos não aprovados por quórum [*sic*] qualificado seriam supralegais (Valério discorda e os eleva ao patamar constitucional); para o STF os tratados não relacionados com os direitos humanos possuem valor legal (para Valério eles são supralegais). Valério Mazzuoli e Celso de Mello estão no tom maior. Gilmar Mendes (e a maioria votante do STF) está no tom menor. A diferença é de tom. De qualquer modo, todos fazem parte de uma orquestra jurídica espetacular: porque finalmente tornou-se realidade no Brasil a terceira onda (internacionalista) do Direito, do Estado e da Justiça.

À guisa de conclusão, entende-se que a tese do professor Mazzuoli (que, no STF, coincide em parte com o pensamento do Ministro Celso de Mello) parece ser a que mais se coaduna com a tendência contemporânea do constitucionalismo mundial em prestigiar a proteção do ser humano e com os avanços trazidos pela Constituição de 1988, sobretudo em razão do disposto no art. 1º, inciso III, que alocou o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como fundamento da República, e no art. 4º, inciso II, que instituiu a prevalência dos Direitos Humanos como princípio norteador das relações internacionais da República Federativa do Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, considera-se que o controle de convencionalidade apresenta-se como uma importante ferramenta disponível aos aplicadores do direito no sentido de conferir maior eficácia aos preceitos emanados dos diplomas internacionais de proteção aos direitos humanos, sendo sua realização uma imposição advinda da própria evolução internacional da proteção aos direitos humanos e do Estado Democrático de Direito instituído pela Carta Republicana de 1988.

Com efeito, de nada adianta a maciça adesão do Brasil a esses instrumentos internacionais de proteção se eles não forem efetivamente aplicados pelo Poder Judiciário nacional. E o controle de convencionalidade é o instrumento para isso!

Desse modo, pretendeu-se, com este trabalho, ao menos contribuir com a disseminação do controle de convencionalidade no meio acadêmico e, conseqüentemente, com a efetividade dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 466343**, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 03/12/2008, publicado em DJ 05/06/2009 PP-01106. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 22 ago. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 87.585/TO**. Relator(a): Min. Celso de Mello, julgado em 03/12/2008, publicado em DJ 26/06/2009 PP-00237. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC &docID=597891>>. Acesso em: 26 ago. 2012.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi. **Os tratados internacionais de direitos humanos como parâmetros para o controle da constitucionalidade das leis**. 2009. 238 f. Orientadora: Dra. Flávia Cristina Piovesan. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=9587>. Acesso em: 15 dez. 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **Controle de convencionalidade: Valerio Mazzuoli versus STF**. 2009. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090615165108665&mode=print>. Acesso em: 15 nov. 2012.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. São Paulo: Manole, 2005.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

VARGAS, Ângelo Miguel de Souza. **O Bloco de Constitucionalidade: reconhecimento e consequências no Sistema Constitucional Brasileiro**. 2007. 204 f. Orientadora: Doutora Maria Garcia. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5710>. Acesso em: 23 ago. 2012.

THEORY OF CONVENTIONALITY CONTROL IN BRAZIL

Abstract: *The present study aims to analyze the innovative theory of conventionality control, presenting a model of judicial review of internal infraconstitutional rules using as parameter the international human rights treaties in force in Brazil. Initially presents the understanding of the Supreme Court about the subject. It then analyzes the main aspects of the said theory. In the end, develops a comparison between this new theory and the prevalent understanding of the Supreme Court.*

Keywords: *International human rights treaties. Brazil's Supreme Court. Conventionality control.*

Data de recebimento: **dez/2012** – Data de aprovação: **mar/2013**