

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS:

UMA ANÁLISE NA ESFERA INTERNACIONAL E INTERNA

IRIS SARAIVA RUSSOWSKY¹

RESUMO: A presente pesquisa busca analisar o instituto do controle de convencionalidade das leis, tanto no âmbito internacional, quanto no âmbito interno brasileiro. Com esse objetivo, faz-se um comparativo entre o controle de convencionalidade e o controle de constitucionalidade, analisa-se as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que desenvolveu papel fundamental na construção do instituto. Por fim, busca-se analisar o ordenamento jurídico interno e a reforma do art. 5º da Constituição Federal com a EC 45/05, bem como o papel do STF na viabilização desse referido controle.

PALAVRAS-CHAVE: controle de convencionalidade – Corte Interamericana de Direitos Humanos – Art. 5º Constituição Federal – EC 45/04.

ABSTRACT: The present research analyzes the institution of conventionality control laws in international scope and in domestically scope (Brazil). Holds up a comparison between the conventionality control and constitutional control. Is studied the decisions of Interamerican Court of Humans Rights, which held a crucial role in the construction of this institute. Finally, intends to analyze the domestic legal system and the reform that happen on the 5º article of Federal Constitution with de EC 45/04 and the performance of STF in the viability of such control.

KEY-WORDS: Conventionality control law – Interamerican Court of Human Rights – Article 5 of Federal Constitution – EC 45/04.

1 Doutoranda em direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Ciências Penais pela PUC-RS e especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Rio Grande do sul. Bolsista CAPES.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito internacional, tendo-se em vista a globalização, a integração e os avanços tecnológicos, acaba por conquistar um lugar considerável no dia-a-dia dos países. Dessa forma, sua regulamentação e seu estudo passam a ser necessários, recebendo atenção especial quanto à temática dos direitos humanos.

No presente trabalho, buscar-se-á analisar esta relação entre direito interno e direito internacional e a necessidade de coordenação entre eles. Através dos tratados internacionais e sua vigência interna, surge o instituto do controle de convencionalidade, que se assemelha ao controle de constitucionalidade.

O controle de convencionalidade então, objeto principal dessa pesquisa, surge como uma forma de compatibilização do ordenamento jurídico interno (suas leis) aos tratados internacionais que um país tenha ratificado, sendo tais tratados possíveis parâmetros para tanto. Assim, observa-se uma ordem internacional que acaba por ganhar bastante força, uma ordem interna que deve ser compatível com a ordem internacional e um instrumento que viabiliza essa correlação, instrumento esta que será aprofundado a seguir, analisando-se, em especial, o caso brasileiro.

I. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EM ÂMBITO INTERNACIONAL – ASPECTOS GERAIS

O controle de convencionalidade constitui-se de uma espécie de controle de constitucionalidade que adota como parâmetro os tratados internacionais. Esse instituto é construído tomando-se por referência o controle de constitucionalidade e sua teoria, razão pela qual deverá este deverá ser estudado em conjunto com o controle de convencionalidade.

I.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE²

Conforme já mencionado, o controle de convencionalidade surge a partir da ideia de controle de constitucionalidade, tendo este como referência e base, diferenciando-se quanto ao parâmetro para controle, naquele tem-se como parâmetro um tratado internacional e a jurisprudên-

2 Deve-se frisar que não será analisado o controle de constitucionalidade de forma exaustiva, apenas será dada uma breve ideia do instituto, para que haja uma melhor compreensão do controle de convencionalidade.

cia internacional, enquanto neste observa-se como parâmetro principal a Constituição de um país.

Em razão dessa correspondência entre os institutos, em linhas gerais e muito limitadamente, algumas exposições sobre o controle de constitucionalidade se fazem necessárias, para que haja uma melhor compreensão sobre o controle de convencionalidade. Inicia-se pela ideia de que o controle de constitucionalidade é método de verificação de compatibilidade vertical das normas (assim como o controle de convencionalidade também será considerado para verificação da convencionalidade das leis, razão pela qual se chama de dupla compatibilidade vertical – objeto de estudo adiante).

Segundo Gilmar Mendes, o conceito de constituição parece preservar um núcleo permanente, “a ideia de um princípio supremo que determina integralmente o ordenamento estatal e a essência da comunidade constituída por esse ordenamento”³. Para ele existe a ideia de uma constituição material, ligada ao conteúdo e uma constituição formal, referente à um conjunto de regras promulgadas com a observância de um procedimento especial, submetido a uma forma especial de revisão⁴, sendo ordem jurídica fundamental da coletividade.⁵ A constituição não codifica, apenas regula.

I.2 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

O controle de convencionalidade, tanto no continente europeu (onde surgiu), quanto no continente americano (objeto de nosso estudo), conta com a participação ativa da jurisprudência das Cortes de Direitos Humanos na construção de seus conceitos e sua evolução como instituto, lembrando-se que o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) também foi bastante atuante na construção desse instituto (exemplo: caso *Simmenthal*).

Na América, a Corte Interamericana foi, e é, atuante na construção e evolução do instituto, através de uma série de casos em que se observa o aprimoramento dos conceitos na introdução do instituto do controle de convencionalidade. No presente capítulo, em um primeiro momento

3 KELSEN, Hans. *La garanzia giurisdizionale della costituzione*. Milano: Giuffrè, 1981. p. 25. MENDES, Gilmar. Controle de constitucionalidade. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; RANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1049.

4 MENDES, 2009, p. 1050.

5 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 3. apud *Ibid.*, p. 1050.

será analisado de uma forma geral o instituto, seus conceitos gerais e, posteriormente, analisar-se-á pormenorizadamente os diversos casos da Corte Interamericana e a aplicação do instituto, tendo-se em vista sua essencial atuação na introdução do instituto aos países americanos.

1.2.1 Generalidades do controle de convencionalidade

O denominado controle de convencionalidade originou-se na França, especificamente na década de 70, em um caso em que o Conselho Constitucional francês, na decisão 74-54 DC, de 1975, entendeu não ser competente para analisar a convencionalidade preventiva das leis, ou seja, compatibilidade das leis com os tratados ratificados pela França, que nesse caso, tratava da compatibilidade das leis com a Convenção Europeia de Direitos Humanos.⁶

Esse controle é fruto da criação jurisprudencial, principalmente através dos tribunais protetores dos direitos humanos, leia-se Corte Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e Corte Interamericana de Proteção dos Direitos Humanos (conforme será analisado adiante).⁷

Enquanto o controle de constitucionalidade embasa-se na supremacia da constituição, que decorre da construção teórica do poder constituinte e que é fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, o controle de convencionalidade embasa-se no dever internacional de cumprir com os pactos (*pacta sunt servanda*), que acaba por gerar a supremacia da Convenção.⁸

Segundo Valério Mazzuoli, controle de convencionalidade está ligado à “compatibilidade vertical das normas do direito interno com as convenções internacionais de direitos humanos em vigor em um determinado país”⁹, sendo a possibilidade de um juízo ou tribunal controlar a con-

6 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 81.

7 SAGUÉS, Nestor Pedro. **El control de convencionalidad em el sistema interamericano, y sus anticipos em el ámbito de los derechos económico-sociales**: concordâncias e diferencias com el sistema europeo. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx>>. Acesso em: 28 abr. 2012. p. 384.

8 CAMPOS, Thiago YukioGuenka. **Controle de Convencionalidade como mecanismo de interação entre ordem interna e ordem internacional**: por um diálogo cooperativo entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o tribunal constitucional brasileiro. Monografia (Conclusão de Curso) - Universidade do Vale do Itajaí, São José, 2010.

9 MAZZUOLI, 2011, p. 23. Deve-se atentar que Valério Mazzuoli compreende o controle de convencionalidade como compatibilidade das leis com os tratados internacionais de direitos humanos. Os tratados internacionais gerais e a compatibilização das leis internas com os mesmos ele denomina de controle de supralegalidade(-

vencionalidade, que poderá ser realizada através da via difusa, na qual todo o juiz ou tribunal poderá controlá-la, ou pela via concentrada, no qual o controle se concentra em um tribunal apenas (o guardião da constituição, no caso brasileiro, o STF).

Assim, o controle de convencionalidade é exercido através de uma harmonização das leis de um país, tendo-se como parâmetro os tratados internacionais, que poderão ser tratados internacionais que versem sobre temas diversos ou tratados internacionais sobre direitos humanos. No caso brasileiro, após a EC 45/04, os tratados internacionais de direitos humanos foram divididos ainda em dois blocos distintos: aqueles que tiveram aprovação por 3/5 em cada casa do Congresso Nacional, sendo equivalentes à EC, e, ainda, aqueles que não tiveram esse quórum de aprovação e assim, não são equivalentes a EC (situação que será estudada infra).

O controle de convencionalidade está diretamente relacionado aos casos de (in)compatibilidade legislativa com os tratados de direitos humanos.¹⁰ O controle de convencionalidade pode ser uma técnica legislativa de compatibilização, no qual o parlamento com os instrumentos de direitos humanos ratificados pelo país, realiza um controle; mas também poderá ser um meio de controle judicial de convencionalidade, no qual há a declaração de invalidade de leis incompatíveis com os tratados internacionais, tanto pela via de exceção, difusa, processo subjetivo, quanto pela via de ação, concentrado, processo objetivo.¹¹

Nestor Pedro Sagués aponta três fundamentos principais para o Controle de Convencionalidade. Um primeiro fundamento advém do princípio da boa-fé no cumprimento das obrigações internacionais por parte dos Estados, obrigação de cumprir com o pacto comprometido (*pacta sunt servanda*). Um segundo fundamento é derivado do princípio do efeito útil dos convênios cuja eficácia não pode ser afastada por normas praticas dos Estados. Por fim, um terceiro fundamento conecta-se ao princípio internacionalista que impede alegar-se direito interno para eximir-se dos deveres sobre direitos dos tratados (art. 27 da Convenção de Viena de 1969)^{12,13}.

diferentemente do que entende Luiz Flávio Gomes, que traduz controle de supralegalidade como sinônimo de controle difuso de convencionalidade.

10 Ibid., p. 74.

11 Ibid., p. 82.

12 SAGUÉS, 2012, p. 384.

13 CONVENÇÃO de Viena sobre direito dos tratados de 1969. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/>

Assim, a partir desses fundamentos, sustenta Nestor Pedro Sagués que os juízes nacionais dos países que aderiram ao Pacto de San José da Costa Rica, devem adotar a doutrina do controle de convencionalidade, pois a Corte Interamericana de Direitos Humanos constitui-se como órgão supranacional, cujas decisões devem ser aplicadas com prevalência sobre as decisões nacionais.¹⁴

O controle de convencionalidade acaba por gerar alguns efeitos. Basicamente pode-se visualizar dois tipos de efeitos: um efeito repressivo, no qual a norma doméstica oposta ao pacto ou a jurisprudência da Corte Interamericana é inconveniente, não sendo possível sua aplicação ao caso, sendo a mesma invalidada no caso concreto (controle difuso concreto de convencionalidade); e um segundo efeito é o efeito positivo ou construtivo, que acaba por ser consagrado após o caso *Radilla Pacheco*, ratificado pela corte no caso *XakmokKased e Cabrera Garcia-Montiel Flores*, os quais determinam que os juízes devem aplicar e fazer funcionar o direito local de acordo com as regras da Convenção Americana de Direitos Humanos, ou seja, realizando uma releitura do direito nacional de forma harmonizante, lendo-se as disposições domésticas como convencionais ou inconvenientes.¹⁵

Quanto aos sujeitos habilitados para realizar o controle de convencionalidade, deve-se compará-lo ao controle de constitucionalidade, no qual poderá haver controle difuso, realizado por todo e qualquer juiz no caso concreto, ou concentrado, possível de ser realizado apenas por determinados juízes. Denominado por Nestor Pedro Sagués como controle de convencionalidade positivo ou construtivo é aquele em que todos os juízes poderão realizar o controle, pois nessa hipótese não será declarada a inconveniente, somente havendo a interpretação da norma interna (preceito interno) a luz da Convenção Americana de Direitos Humanos e a jurisprudência da Corte Interamericana, havendo uma adaptação das normas aos parâmetros. Controle de convencionalidade é o controle difuso, assim, qualquer juiz poderá realiza-lo, seja repressivo ou positivo. Nessa situação o juiz nacional comporta-se como juiz interamericano, assim, lei interna ou jurisprudência que o impedisse desse labor seriam inconvenientes, inválidas.¹⁶

OI/Conv_Viena/Convencao_Viena_Dt_Tratados-1969-PT.htm>. Acesso em: 21 maio 2012. Art. 27.

14 SAGUÉS, op. cit., p. 384.

15 Ibid., p. 385.

16 SAGUÉS, 2012, p. 387-388.

No entanto, aponta Valério Mazzuoli, que ainda poderá existir o controle concentrado de convencionalidade, realizado por um tribunal determinado. No caso do Brasil quem é competente para tanto é o STF, através de um processo constitucional objetivo, que será melhor analisado adiante.

1.2.2 O controle de convencionalidade e o papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Estudar o controle de convencionalidade sem mencionar o papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos é tarefa muito difícil, razão pela qual analisar-se-á a sua atuação. Essa Corte desempenhou papel fundamental na compreensão e aplicação dessa forma de controle entre os países latino-americanos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tratou, em diversos casos, sobre o controle de convencionalidade das leis à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).¹⁷ Assim, a Corte compreendeu através de seus juízes, como exemplo no caso *Tibi vs. Equador*, de 2004, que se os tribunais constitucionais controlam a constitucionalidade, o Tribunal Internacional de Direitos Humanos resolve sobre a convencionalidade dos atos.¹⁸

Segundo Nestor Pedro Sagués, pode-se delimitar, dentre as decisões da Corte, duas formas de controle de convencionalidade: uma forma supranacional de controle, e uma forma de controle nacional de convencionalidade.

Em um primeiro nível de controle, o controle supranacional de convencionalidade teve sua primeira “aparição” no caso *A Última Tentação de Cristo (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*, sentença de 05 de fevereiro de 2001, na qual a Corte entendeu que o Pacto de San José da Costa Rica teria sido violado através de um artigo da constituição do Chile em matéria de censura televisiva e exigiu reforma da constituição, que foi feita pelo país.¹⁹ No mesmo sentido a corte entendeu no caso *Boyce e outros vs. Barbados*, que norma constitucional infringiria o Pacto de San José da Costa Rica, pois ela

17 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Casos contenciosos**. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 16 maio 2012.

18 HITTERS, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación: criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). **Estudios Constitucionales**, v. 7, n. 2, 2009. p. 113.

19 SAGUÉS, 2012, p. 382.

inviabilizava o controle judicial das normas anteriores a constituição de Barbados de 1996, devendo o país modificar a regra de sua constituição.²⁰

O segundo nível de controle, mencionado por Nestor Pedro Sagués, o controle nacional de convencionalidade, teve como principal caso o caso *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, sentença de 26 de setembro de 2006, no qual a Corte Interamericana orienta os juízes nacionais a não aplicarem as normas locais opostas ao Pacto de San José.

Assim observa-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos constrói, caso a caso, os conceitos determinantes do controle de convencionalidade. Passa-se a análise se alguns dos principais casos responsáveis por esta construção.

Inicialmente, o caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, sentença de 25 de novembro de 2003, tratou da responsabilização do Estado da Guatemala pela privação arbitrária do direito à vida de Myrna Mack Chang, que foi assassinada em 11 de setembro de 1990, consequência de uma operação militar, em razão das atividades exercidas pela vítima, que reprovava o conflito armado. Em janeiro de 1990 havia publicado um estudo denominado de “*Política institucional hacia el desplazado interno de Guatemala*”. Estava preparando uma segunda edição desta publicação quando foi assassinada.^{21,22}

O caso se mostra relevante para o presente estudo em decorrência de ter sido, em conjunto com o caso *Tibi vs. Equador*, a origem do controle de convencionalidade junto a Corte Interamericana,²³ em voto do juiz Sérgio García Ramírez²⁴, tendo sido mencionado expressamente, no considerando número 27 da sentença.^{25,26}

O caso *Tibi vs. Equador*, sentença de 07 de setembro de 2004, tratou de uma operação antinarcóticos, denominada de “Camaron”, na província de Guayas (Equador), em 18 de setembro de 1995, a polícia

20 SAGUÉS, 2012, p. 382.

21 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 nov. 2003. Serie C No. 101.

22 HITTERS, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación: criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios Constitucionales*, v. 7, n. 2, 2009. p. 113.

23 SAGUÉS, 2012, p. 382.

24 MAZZUOLI, 2011, p. 85.

25 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003.

26 HITTERS, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación: criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios Constitucionales*, v. 7, n. 2, 2009. p. 113.

encontrou um refrigerador que em seu interior continha diversas lagostas cheias de cápsulas de cocaína. Diante dessa situação houve a detenção de Eduardo Edison Garcia Leon, de nacionalidade equatoriana. No dia 23 de setembro de 1995, prestou depoimento e afirmou que o responsável pela cocaína era Daniel Tibi. Em razão dessa declaração, a Interpol prendeu Daniel Tibi, que era um comerciante francês de pedras preciosas, sem ordem judicial prévia, ficando Tibi detido, sem ordem judicial, por 28 meses. No momento de sua detenção houve a violação de diversos direitos (decorrentes, principalmente da detenção arbitrária) assegurados pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos, inclusive não teve, Daniel Tibi, o direito de comunicar-se, no momento de sua detenção, com ninguém.

Diante desse caso, a Corte manifesta-se sobre o controle de convencionalidade, em seu considerando número 3, sustentando que a o tribunal internacional de direitos humanos resolve sobre a convencionalidade enquanto que o tribunal constitucional resolve sobre a constitucionalidade.²⁷

Dessa forma, a partir do *caso Tibi vs. Equador* e do caso *Myrna vs. Guatemala*, segundo Nestor Pedro Sagués, houve a origem do controle de convencionalidade no âmbito americano (lembrando que no âmbito europeu, na Corte Europeia de Direitos Humanos e no Tribunal de Justiça da União Europeia, ex-Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, o controle de convencionalidade já era observado – caso *Simmenthal*).²⁸

O controle de convencionalidade começa a tomar corpo (conteúdo) com basicamente três decisões principais da Corte Interamericana de Direitos Humanos: caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*; caso *trabalhadores demitidos do congresso vs. Peru*: sentença de 24 de novembro de 2006; e caso *Radilla Pacheco vs. México*.²⁹ Para Valério Mazzuoli, o caso *Almonacid Arellano e outros* é que inauguram³⁰ a doutrina do controle de convencionalidade no continente Americano, no qual a Corte se manifesta em favor do controle difuso de convencionalidade ser considerada como ordem pública internacional.³¹

27 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Tibi Vs. Ecuador*: excepciones preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7sept. 2004. Serie C No. 114;

28 SAGUÉS, 2012, p. 380.

29 *Ibid.*, p. 382.

30 Deve-se atentar que anteriormente a Corte já havia manifestado-se sobre o controle de convencionalidade, no entanto, é a partir desse caso que o instituto começa a ganhar definições e especificações.

31 MAZZUOLI, 2011. P. 86.

Em 15 de setembro de 1998 a Comissão Interamericana recebeu uma petição, na qual alegava-se a responsabilidade da República do Chile por violação ao direito de acesso à justiça em razão de arquivamento definitivo da investigação de assassinato de *Almonacid Arellano*, em razão de cumprimento do decreto de anistia de 1978 desse país. Os peticionários alegavam, em suas pretensões, que o Estado era responsável pela violação ao direito de proteção judicial e às garantias judiciais. O Estado do Chile alega que o Estado constitucional que sucedeu o regime militar não pode ser responsabilizado pelos fatos alegados em razão do cumprimento à lei de anistia.

Nesse caso, a corte, analisando a causa, definiu sobre o controle de convencionalidade que os Estados que se submeteram a convenções internacionais devem zelar pelo seu cumprimento por parte de seus juízes nacionais, não podendo haver seu descumprimento, tornando-se o controle de convencionalidade obrigatório para os juízes nacionais. Segundo Nestor Pedro Sagués, o presente caso traça as linhas fundamentais do controle de convencionalidade que deve ser realizado pelos juízes nacionais, através de um papel repressivo.³² Além disso, nesse caso ficou definido que outros tratados e convenções internacionais poderão servir de parâmetro para controle, constituindo-se um bloco de convencionalidade: Convenção Americana de Direitos Humanos, Protocolo de São Salvador da Bahia, Protocolo de abolição da Pena de Morte, Convenção de Belém do Pará.³³³⁴

Também bastante relevante para análise do papel da Corte Interamericana na construção do controle de convencionalidade das leis, tem-se o caso *Trabajadores Demitidos do Congreso vs. Peru*, sentença de 24 de novembro de 2006. O caso trata da de 257 trabalhadores demitidos do congresso da República do Peru. Nesse caso, a Corte decidiu por condenar a República peruana em razão de diversas violações à direitos contidos na Convenção Americana de Direitos Humanos, dentre elas ao caráter arbitrário da demissão das vítimas e sua não reposição, o que acabou por gerar diversas consequências, dentre elas a privação ao pleno emprego e à uma justa remuneração e demais benefícios laborais.³⁵

32 SAGUÉS, 2012, p. 383.

33 Ibid., p. 391.

34 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú:** excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 nov. 2006. Serie C No. 158.

35 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006.

Esse caso é de extrema importância para a presente pesquisa em razão de a Corte, nessa sentença, ter definido que o controle de convencionalidade deve realizar-se de ofício, sem a necessidade do pedido da parte, conforme considerando 128 da referida decisão. Assim, segundo Valério Mazzuoli, a partir desse caso ficou definido que “os órgãos do poder judiciário devem exercer não somente um controle de constitucionalidade, senão também de convencionalidade *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana”.³⁶

Assim, nas palavras de Juan Carlos Hitters, citando o caso Trabalhadores demitidos do Congresso, quando um Estado ratificou um tratado internacional, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, seus juízes também estão submetidos à ela, o que gera a obrigação dos mesmos garantirem o efeito útil da Convenção, assim, os órgãos do poder judiciário devem não só exercer o controle de constitucionalidade das leis, como também o controle de convencionalidade, inclusive *ex officio*, entre as normas internas e a convenção.

Nessa decisão, ainda, no voto do juiz Sérgio García Ramirez, há menção a existência de um corpus juris convencional dos direitos humanos, o que se chamou de bloco de convencionalidade³⁷, constituindo parâmetro para o controle de convencionalidade, não só a Convenção Americana, como também o Protocolo de São Salvador, a Convenção de Belém do Pará, Convenção sobre o Desaparecimento Forçado.

Além disso, sustenta o juiz que existe um controle de convencionalidade depositado em tribunais internacionais, o que faria do controle de convencionalidade um controle concentrado apenas nesses tribunais. No entanto, o juiz menciona que poderá existir o controle difuso de convencionalidade, exercido por todo juiz ou tribunal, que tem competência para aplicar estipulações de tratados internacionais de direitos humanos.³⁸

O caso *Boyce e outros vs. Barbados*, sentença de 20 de novembro de 2007 trata da situação de Lennox Ricardo Boyce, Jeffrey Joseph, Frederick Benjamín Atkins e Michael McDonald Huggins que foram acusados por diferentes assassinatos ocorridos entre outubro de 1998 e novembro de 1999 em Barbados. Ao serem considerados culpados do delito de homicídio, foram condenados à pena de morte, mas não foram execu-

36 MAZZUOLI, 2011, p. 86.

37 *Ibid.*, p. 88.

38 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006. Voto razonado del juez Sergio Garcia Ramirez.

tados. Quanto aos senhores Boyce e Joseph, a pena foi comutada a prisão perpétua pela Corte de Apelações de Barbados.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) solicitou à Corte IDH que declarasse a responsabilidade do Estado de Barbados pela violação de diversos artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).³⁹

O Estado, por sua vez, solicitou à Corte IDH que negasse expressamente solicitações e pretensões dos peticionários e da CIDH e que declarasse que as leis e práticas de Barbados eram compatíveis com as obrigações assumidas de acordo com o sistema interamericano de direitos humanos. A Corte IDH concluiu que o Estado de Barbados tinha violado os artigos 4.1 e 4.2 (Direito à vida) e 5.1 e 5.2 (Integridade Pessoal) da CADH.⁴⁰

O caso é relevante para o estudo do controle de convencionalidade, pois ele, em conjunto com diversas outras decisões da Corte Interamericana, acabara, por reafirmar o instituto de controle, ampliando o parâmetro de controle, pois nessa decisão a Corte sustenta que o judiciário interno não deve apenas observar o tratado internacional, mas sim a interpretação sobre o dispositivo do tratado realizado pela Corte. Em seu considerado 78 assim manifesta-se a Corte Interamericana sobre o controle de convencionalidade, sustentando que o poder judiciário interno deve exercer o controle de convencionalidade entre as normas jurídicas internas e a Convenção Americana de Direitos Humanos, devendo ter em conta a interpretação da Corte sobre o mesmo.⁴¹

No tocante ao controle de convencionalidade, o caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*: sentença de 12 de Agosto de 2008 se mostra de extrema importância por reafirmar entendimentos da Corte já analisados em casos anteriores⁴², sustentando que a defesa e proteção dos direitos humanos através dos documentos internacionais deve ser veiculado pelo controle de convencionalidade, no qual cada julgador deve possibilitar o efeito útil dos instrumentos internacionais, que não poderão deixar de ser observados em razão de normas internas.⁴³

39 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Boyce e outros. vs. Barbados*: exceção preliminar, fundo, reparações e custas. Sentença de 20 nov. 2007; Série C Nº 169. Disponível em: <<http://www.censuraindirecta.org.ar/advf/.../48a5d8fb4c41d1.80766011.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2012.

40 Ibid.

41 Caso *Almonacid Arellano e outros*, supra nota 18, párr. 124, Cfr. Caso *La Cantuta*, supra nota 64, párr. 173.

42 SAGUÉS, 2012, p. 383.

43 Cfr. Caso *Castillo Petrucci e outros*; Caso *Almonacid Arellano e outros*, e Caso *Salvador Chiriboga*,

O caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos do México, sentença de 23 de novembro de 2009 trata da história de um sujeito que em 25 de agosto de 1974, foi preso ilegalmente em um posto de controle militar. Rosendo Radilla fue un destacado y querido líder social del municipio de Atoyac de Álvarez, Guerrero, quien trabajó por la salud y educación de su pueblo y quien fungió como presidente Municipal. Radilla foi líder proeminente da comunidade e possuía muito prestígio no município de *Atoyac de Álvarez Guerrero*, que trabalhou para a saúde e educação de seu povo, tendo servido como prefeito.⁴⁴ Treinta y cuatro años después, su paradero sigue siendo desconocido.

En México durante la década de los setenta y principios de los ochenta, se cometieron numerosas violaciones de los derechos humanos por parte de integrantes del Estado, éstas formaron parte de una política de Estado que resultó en la comisión de crímenes de lesa humanidad, que se mantienen en total impunidad a la fecha. No México, durante os anos setenta e oitenta, houve o cometimento de inúmeras violações dos direitos humanos por membros do Estado, parte de uma política de estado que resultou na prática de crimes contra a humanidade, mantida impunemente. Parte de esta política de Estado involucró la persecución y detención arbitraria de opositores al régimen principalmente activistas políticos y dirigentes sociales. Parte dessa política de Estado envolveu a perseguição e detenções arbitrárias de opositores dos ativistas de regime, principalmente políticos e líderes sociais, a denominada A este periodo histórico se le denominó “guerra sucia”. “guerra suja”, sendo nesse contexto Es en este contexto en el que se da la detención del señor Rosendo Radilla. dada a prisão do Sr. *Rosendo Radilla*.⁴⁵

La detención y posterior desaparición forzada del señor Radilla Pacheco fue denunciada públicamente por la familia en el momento de sucedidos los hechos y posteriormente fue denunciada legalmente ante las instancias de procuración de justicia nacionales; fue parte de la investi-

Caso Boyce e outros.

44 HITTERS, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación: criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios Constitucionales*, v. 7, n. 2, 2009. p. 113.

45 HITTERS, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación: criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios Constitucionales*, v. 7, n. 2, 2009. p. 113.

gación realizada por la Comisión Nacional de Derechos Humanos la cual concluyó en un Informe Especial publicado en el año 2001 conjuntamente con la recomendación 26/2001 e igualmente fue una de las averiguaciones previas investigadas por la Fiscalía Especial creada en la transición democrática con el fin –no alcanzado– de aclarar los crímenes del pasado, dicha fiscalía fue cerrada de forma inesperada el 30 de noviembre de 2006. Aprisão e posterior desaparecimento forçado do Sr. *Radilla Pacheco* foi denunciado publicamente pela família no momento em que ocorreram os fatos e, posteriormente, foi reportada a organismos de aplicação da lei nacional de justiça, fazendo parte da investigação a Comissão Nacional de Direitos Humanos que concluiu, em um relatório especial publicado em 2001, conjuntamente com a recomendação 26/2001. Esse processo foi encerrado inesperadamente em 30 de novembro de 2006, se negando o Estado Mexicano a cooperar com a Corte Interamericana e demais organismos internacionais. Actualmente las investigaciones radican en la Coordinación General de Investigación dependiente de la Subprocuraduría de Investigación Especializada en Delitos Federales de la Procuraduría General de la República. El Estado Mexicano tuvo la oportunidad de hacer justicia en el presente caso pues en agosto de 2005 la Fiscalía Especial consignó el caso por privación ilegal de la libertad en su modalidad de plagio o secuestro al juez civil; sin embargo el proceso fue llevado ante la justicia militar con base en la resolución de la propia justicia civil.

O Estado mexicano teve a oportunidade de fazer justiça neste caso e não o fez, razão pela qual foi levado à comissão que representou perante a corte, que condenou o Estado mexicano por graves violações aos direitos humanos.

Esse caso, segundo Nestor Pedro Sagués, teve papel construtivo e harmonizador do controle de convencionalidade.⁴⁶ Nesse processo perante a Corte, houve decisão no sentido de que os dispositivos constitucionais de um Estado devem ser lidos e interpretados a luz dos princípios convencionais e constitucionais (art. 8.1 da Convenção Americana). Sustou a Corte que os juízes e tribunais internos estão submetidos ao império da lei e assim, estão obrigados a aplicar os dispositivos vigentes no ordenamento jurídico, no entanto, quando um Estado ratifica uma Convenção como a Convenção Americana de Direitos Humanos seus juízes também

46 SAGUÉS, 2012, p. 383.

devem zelar por ela, assim, os juízes nacionais devem efetuar o controle de convencionalidade *ex officio*.^{47/48/49}

A relevância especial do caso *Guerrilha do Araguaia: caso Gomes Lund e Outros versus Brasil* (2010) no presente trabalho é ele ter envolvido o Estado brasileiro, além de estar conectado ao desaparecimento forçado de pessoas durante a *Guerrilha do Araguaia*. A corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu sentença em 26 de setembro de 2010.

A *Guerrilha do Araguaia* foi um movimento guerrilheiro que se desenvolveu na região amazônica ao longo do rio Araguaia no final da década de 60 início da década de 70, sendo um movimento deflagrado pelos militares do Partido Comunista do Brasil (PC do B), tendo participação de mais de 200 pessoas que lutavam pela derrubada da ditadura militar vivida na época. O exército brasileiro acaba por sufocar o movimento, promovendo o massacre de quase todos os guerrilheiros e algumas pessoas que viviam na região. Muitas pessoas foram executadas, tendo seus corpos desaparecidos, não tendo sido encontrados até o dia de hoje.

Em razão dessa situação foi apresentada em 07 de agosto de 1995 pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pela *Human Rights Watch* denúncia em nome das pessoas desaparecidas durante o ano de 1972. Em 24 de novembro de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condena o Estado brasileiro à uma série de ações de caráter imediato, visando a localização dos corpos desaparecidos e reparações às famílias das vítimas. Além disso, a CIDH determina efetivas medidas judiciais para o apontamento dos responsáveis e a sua responsabilização

47 Cfr. Caso *Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*, supra nota 54, párr. 207; Caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 83, y Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, supra nota 19, párr. 118.

48 Cfr. Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, supra nota 19, párr. 124; Caso *La Cantuta Vs. Perú*, supra nota 51, párr. 173, y Caso *Boyce y otros Vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 78. El Tribunal observa que el control de convencionalidad ya ha sido ejercido en el ámbito judicial interno de México. Cfr. Amparo Directo Administrativo 1060/2008, Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, sentencia de 2 de julio de 2009. En tal decisión se estableció que: “los tribunales locales del Estado Mexicano no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales sino que quedan también obligados a aplicar la Constitución, los tratados o convenciones internacionales y la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros organismos, lo cual los obliga a ejercer un control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, como lo consideró la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [...]”.

49 CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Caso Radilla Pacheco Vs. México**: excepciones preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 nov. 2009. Serie C No. 209.

pelos crimes cometidos, bem como a implementação de medidas gerais para o resgate da verdade histórica sobre os fatos ocorridos e a preservação da memória.⁵⁰

A relevância do caso para o estudo do tema controle de convencionalidade se observa no considerando 106, o que assim estabelece que quando um Estado é parte de um tratado internacional como a Convenção Interamericana, todos seus órgãos, incluindo seus juízes estão submetidos aquele tratado (considerando 106).⁵¹

O caso *Cabrera Garcia e Montiel Flores versus México*: sentença de 26 de novembro de 2010 trata de responsabilidade do Estado mexicano em razão da submissão de Teodoro Cabrera García e Rodolfo Montiel Flores, que estavam detidos desde 02 de maio de 1999, a tratamento cruel, desumano e degradante pelo exército, pois encontravam-se sob custódia do mesmo e de não houve apresentação em tempo hábil ao juiz que controlaria a legalidade da detenção, além de terem sido vítimas de irregularidades no processo penal que se mostraram excessivas. A demanda se refere a falta de diligência na investigação e sanção dos responsáveis pelo feito, com a ausência de investigação adequada pelas alegações de tortura e a utilização de foro militar para investigação e julgamento de violações de direitos humanos, o que não se não se considera adequado.⁵²

Foi nessa decisão, segundo a doutrina de Valério Mazzuoli, que a Corte Interamericana, por unanimidade de votos, afirmou em definitivo sua doutrina jurisprudência sobre o controle de convencionalidade. Nessa decisão a Corte cita diversas decisões de Cortes Supremas de países latino americanos que atribuíram obrigatoriedade interna à interpretação que tem feito a Corte aos dispositivos da Convenção (no entanto, o Brasil não está dentro desses países que tomaram esta atitude).

No considerando 225, houve manifestação da corte no sentido dos juízes e autoridades internas estarem submetidos à lei, mas quando se submetem à um tratado internacional, como à Convenção Americana, seus órgãos e seus juízes também estarão obrigados a zelar pelos seus efei-

50 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e Outros versus Brasil*. Sentença de 24 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 10 maio 2012.

51 Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros*, supra nota 251, párr. 124; *Caso Rosendo Cantú y otra*, supra nota 45, párr. 219, y *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, supra nota 24, párr. 202.

52 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*: excepción preliminar. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de: 26 nov. 2010. Serie C No. 220

tos. Além disso, a Corte reafirma o entendimento de que os juízes e órgãos estão obrigados a exercer o controle de convencionalidade *ex officio*.⁵³

Frisa a Corte que tribunais da mais alta hierarquia têm aplicado o controle de convencionalidade, levando em consideração interpretações realizadas pela Corte.⁵⁴ Dessa forma, a Corte utiliza-se de exemplos de Tribunais internos que mencionam e utilizam do controle de convencionalidade, como por exemplo o Tribunal Constitucional da Bolívia (considerando 227)⁵⁵, Corte de Justiça da República Dominicana (considerando 228)⁵⁶, Tribunal Constitucional do Peru (considerando 229 e 230)^{57,58}, Corte Argentina (considerando 231)⁵⁹, que sustenta que as decisões da Corte Interamericana constituem cumprimento obrigatório, e; Corte Constitucional da Colômbia, que sustentou que os direitos e deveres constitucionais devem ser interpretados de acordo com os tratados internacionais (considerando 232)⁶⁰.

Pode-se observar que existe um movimento por parte dos Estados que compõe a Organização dos Estados Americanos no sentido de consagração interna do controle de Convencionalidade, sendo o respeito aos tratados internacionais que seus Estados se submeteram livremente, uma obrigação que deve ser observada. Observa-se uma interação entre cortes, entre a Corte Interamericana e os tribunais internos dos países (atentando-se que o judiciário brasileiro ainda não figura nessa interação).⁶¹

Assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, desempenhando papel de guardião da Convenção Americana de Direitos humanos,

53 Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, supra nota 332, párr. 124; Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, supra nota 30, párr. 219, y Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, supra nota 30, párr. 202.

54 Cfr. Sentencia de 9 de mayo de 1995 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Acción Inconstitucional. Voto 2313-95 (Expediente 0421-S-90), considerando VII.

55 Sentença emitida em 10 de maio de 2010 pelo Tribunal Constitucional da Bolívia (Expediente No. 2006-13381-27-RAC), apartado III.3. sobre “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Fundamentos y efectos de las Sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

56 Resolução n. 1920-2003 emitida em 13 de novembro de 2003 por la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana.

57 Sentença emitida em 21 de julho de 2006 pelo Tribunal Constitucional do Perú (Expediente No. 2730-2006-PA/TC), fundamento 12.

58 Sentença 00007-2007-PI/TC emitida el 19 de junio de 2007 por el Pleno del Tribunal Constitucional del Perú (Colegio de Abogados del Callao c. Congreso de la República), fundamento 26.

59 Sentença da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, Mazzeo, Julio Lilo y otros, recurso de casación e inconstitucionalidad. M. 2333. XLII. y otros de 13 de Julio de 2007, párr. 20.

60 Sentença C-010/00 emitida ml 19 de janeiro de 2000 pela Corte Constitucional da Colombia, pár. 6.

61 MAZZUOLI, 2011, p. 90.

figurando como verdadeiro tribunal supranacional, realizando papel fundamental no desenvolvimento do controle de convencionalidade, tendo-se como consequência a implementação e aplicação do instituto pela maioria dos países signatário do Pacto de San José que admitiram a jurisdição dessa Corte.

2. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

A Corte Interamericana de Direitos Humanos impõe aos juízes nacionais o dever de realizar o controle de convencionalidade. Diversos tribunais americanos, conforme citado pela própria Corte (*Caso Cabrera Garcia e Montiel Flores versus México: sentença de 26 de novembro de 2010*) já vem realizando este controle.⁶²

Apesar da maioria dos países sujeitos à jurisdição da Corte Interamericana já terem aceitado a doutrina do controle de convencionalidade, estando inclusive realizando esse controle, no Brasil, a realidade mostra-se diferente: observa-se uma resistência, tanto doutrinária, em razão das poucas obras sobre o tema, quanto jurisprudencial, mantendo uma posição conservadora, não recepcionista do assunto. Para delinear esta problemática, algumas análises são necessárias, como se observará a seguir.

2.1 OS TRATADOS INTERNACIONAIS E A ORDEM JURÍDICA INTERNA BRASILEIRA: TEORIA MONISTA E DUALISTA

A relação entre o direito internacional e o direito interno é um problema antigo datando desde o surgimento daquele e de sua posição no mundo. Além disso, atualmente, tendo-se em vista a globalização e a rápida expansão da comunicação, o direito internacional tem se desenvolvido de maneira muito rápida, ganhando extrema importância no cenário jurídico, o que acaba por agravar esta problemática conflitual.

Em um primeiro momento, cabe-nos destacar a divergência existente, ao falar-se de ordem jurídica interna e ordem jurídica internacional e a possibilidade de conflito entre suas ordens que fazem surgir, basicamente, duas teorias: a teoria monista e a teoria dualista, além de alguns apontarem uma teoria intermediária.

62 CAMPOS, 2010, p. 117.

Segundo Flávia Piovesan, no Direito brasileiro depara-se com dois regimes jurídicos, no tocante aos tratados internacionais: um aplicável aos tratados de Direitos Humanos e outro aplicável aos tratados tradicionais.⁶³ No mesmo sentido, Antônio Augusto Cançado Trindade menciona que “os tratados sobre proteção internacional dos direitos humanos não podem ser equiparados aos tratados multilaterais clássicos, que contam hoje com o reconhecimento judicial”⁶⁴.

Existe uma diferença na incorporação dos tratados tradicionais que versam sobre assuntos diversos e os tratados que versam sobre direitos humanos. Esta diferença foi perceptível, no Brasil, principalmente, após a redação da EC 45/04, que deu aplicação imediata aos Tratados que versassem sobre Direitos Humanos, tendo eficácia de norma constitucional⁶⁵, através da adição do § 3º, do art. 5º (que adiante será estudado). Mas, apesar desta compreensão por inúmeros autores, muitos ainda defendem que, os tratados, mesmo sendo de Direitos Humanos, ainda assim, serão internalizados no ordenamento brasileiro como norma ordinária.

A corrente majoritária, compreende que os tratados de Direitos Humanos são normas fundamentais, logo, detêm *status* de norma Constitucional. Essa corrente já compreendia com a existência do § 2º do art. 5º da Constituição brasileira de 1988. Sendo assim, quando a EC 45/04 acrescentou o §3º ao art. 5º da Constituição brasileira, não restou dúvida alguma, sendo seu entendimento confirmado.

O § 3º colocou um requisito importante para as normas dos tratados de Direitos Humanos serem incorporadas ao ordenamento brasileiro com *status* de norma constitucional: aprovação no Congresso Nacional, tanto no Senado, quanto na Câmara de Deputados Federais deve ocorrer em dois turnos de votação, devendo obter três quintos dos votos dos membros em cada casa parlamentar.⁶⁶

Desta Maneira, com este acréscimo observado com a adição do § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, sustenta Ana Maria Jará Botton Faria, que veio a encerrar a divergência entre os doutrinadores.⁶⁷

63 PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos: direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 67.

64 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil**. 2. ed. Brasília: UnB, 2000. p. 23.

65 FÁRIA, Ana Maria Jará Botton. Os Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos e a sua incorporação como norma constitucional antes e depois da Emenda Constitucional n. 45/04.in: MENEZES, Wagner. **Estudos de direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2006. v. 6, p. 115.

66 FÁRIA, 2006.p. 118.

67 *Ibid.*, p. 119.

Os tratados de direitos humanos podem ser formal ou materialmente constitucionais. Segundo a doutrina de Valério Mazzuoli, os tratados de direitos humanos no Brasil, mesmo antes da EC 45/04 continham *status* materialmente constitucional, isso porque, segundo o autor, o §3º apenas veio como uma forma de dar aos tratados internacionais de direitos humanos *status* formalmente constitucional, equivalendo às EC através do preenchimento do requisito de aprovação por 3/5 do Congresso Nacional em dois turnos. Para o autor, em razão do §2º do art. 5º da CF, todos os Tratados Internacionais de Direitos Humanos são materialmente constitucionais⁶⁸, dessa forma, para o autor, o §3º traz a possibilidade dos tratados de direitos humanos obterem *status* formal e materialmente constitucional.

Sustenta Valério Mazzuolique “falar que um tratado tem *status* de norma constitucional é o mesmo que dizer que ele integra o bloco de constitucionalidade material (e não formal), o que é menos amplo que dizer que ele é equivalente a uma emenda constitucional, que traduz a ideia de que esse tratado já integra formalmente (além de materialmente) o texto constitucional”⁶⁹.

Assim, as teorias monista, dualista e, também uma teoria intermediária, ou como Flávia Piovesan denomina: Teoria Mista⁷⁰, surgem com o intuito de solucionar esse conflito. Valério Mazzuoli ao classificar as teorias, também compreende a existência de uma intermediária, entretanto, denomina-a de Teoria Conciliatória.

A teoria monista, teve como nome Hans Kelsen. Sustenta a existência de apenas uma ordem jurídica, negando coexistirem duas ordens jurídicas distintas, admitindo a existência de conflitos entre normas internas e normas internacionais. Essa teoria pode ser subdividida em duas espécies: de um lado tem-se o monismo radical, que sustenta o primado do direito internacional sobre o direito interno (monismo kelseniano); e de outro lado tem-se o monismo moderado (*Alfred Verdross* – discípulo de Kelsen), no qual o juiz nacional deve aplicar tanto o direito interno quanto o direito internacional, de acordo com a máxima da *lex posterior derogat legi priori*, ou seja, a lei posterior prevalecendo sobre a lei anterior. Esta teoria

68 MAZZUOLI, 2011, p. 51.

69 Ibid., p. 52.

70 PIOVESAN, 2008, p. 89.

monista moderada é a adotada pelo STF, segundo Carlos Mario da Silva Velloso.⁷¹

Assim, nas palavras de Luís Roberto Barroso “O monismo jurídico afirma, com melhor razão, que o direito constitui uma unidade, um sistema, e que tanto o direito internacional quanto o direito interno integram esse sistema.”⁷²

Hans Kelsen, partidário do entendimento que não existe divisão entre o ordenamento jurídico estatal e o ordenamento jurídico internacional, ambos fazem parte de uma mesma ordem, leciona que

todo o movimento técnico jurídico aqui apontado tem como última tendência apagar a linha fronteira entre direito internacional e o ordenamento jurídico estatal singular, de modo que apareça, como meta final da evolução jurídica real, dirigida à crescente centralização da unidade organizada de uma comunidade universal de direito mundial, ou seja, a formação de um Estado mundial.⁷³

No monismo moderado, explica Valério Mazzuoli, o juiz nacional aplica tanto o direito interno quanto o Direito Internacional, porém o faz de acordo com aquilo que está expressamente previsto em seu ordenamento jurídico doméstico, especialmente na Constituição. Havendo conflito para os adeptos desta concepção, aplica-se a máxima de que *lex posterior derogat legi priori*, ou seja, regra posterior revoga anterior no que com ela for discordante.⁷⁴

Além disso, esta teoria monista, segundo Celso D. de Albuquerque Mello, dentre outros doutrinadores partidários desta subdivisão, separa-se em dois grupos: Monismo jurídico com primazia do direito interno e monismo jurídico com primazia do Direito Internacional. Já Valério Mazzuoli denomina estas duas correntes monistas de Monismo Internacionalista (primazia do Direito Internacional) e Monismo nacionalista (primazia do direito interno)⁷⁵

71 VELLOSO, 2004. p. 36.

72 BARROSO, Luis Roberto. Constituição e tratados internacionais: Alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CANÇADO TRINDADE, Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves. (Coord.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 187.

73 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito*. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. - 2. ed. Ver. Da tradução, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 145.

74 *Ibid.*, p. 62.

75 KELSEN, 2002. p. 60-63.

A teoria monista com a primazia do direito interno sobre o Direito Internacional é explicada a partir da existência de uma soberania estatal acentuada. Como precursor desta concepção encontra-se Hegel, que “vê no Estado um ente cuja soberania (correspondente ao imperium do direito Romano) é irrestrita e absoluta (a lei suprema sobre a Terra)”⁷⁶.

O monismo com primazia do Direito Internacional, tem como precursor Hans Kelsen⁷⁷ e é justificada a partir da ideia de organização jurídica do mundo como um todo, estando o direito internacional no ápice da pirâmide. Nessa teoria, como o nome já diz, observa-se a sobreposição do direito internacional sobre o direito interno, ou seja, a superioridade dos enunciados dos tratados sobre as constituições e leis locais, independentemente de ser anterior ou posterior a elas.⁷⁸

Hans Kelsen afirma que “o território do Estado singular, que é o espaço de validade do ordenamento jurídico estatal singular, estende-se – através do direito internacional – até onde é válido esse ordenamento”⁷⁹. Desta forma, para o autor, o direito internacional é que delimita o âmbito de ação do direito interno, estando aquele em esfera superior a este. Para Hans Kelsen o “Estado é órgão da comunidade internacional”⁸⁰

Importante mencionar que a superioridade do tratado internacional sobre o direito interno de cada Estado já vem sendo tratada por entes internacionais, tendo tido seu primeiro enunciado na Corte Permanente de Justiça Internacional em 1930.⁸¹ e⁸². Em 1932 esta mesma Corte

76 MAZZUOLI, 2007, p. 64.

77 Kelsen, ao formular a teoria pura do direito, enunciou célebre pirâmide de normas. Uma norma tinha a sua origem e tirava a sua obrigatoriedade da norma que lhe era imediatamente superior. No vértice da pirâmide estava a norma jurídica fundamental, a norma base ou Grundnorm, que era uma hipótese e cada jurista poderia escolher qual seria ela. Diante disso a concepção kelseniana foi denominada na sua primeira fase de teoria da livre escolha; posteriormente, por influência de Vedross, Kelsen sai do seu “indiferentismo” e passa a considerar a Grundnorm como sendo uma norma de Direito Internacional: a norma costumeira *pacta sunt servanda*. Em 1927, Duguit e Politis defendem o primado do Direito Internacional e com eles toda a escola realista francesa, que apresentava em seu favor argumentos sociológicos. (MELLO, Celso de Albuquerque, p. 64-65. apud PIOVESAN, 2008, p. 86).

78 PIOVESAN, op. cit., p. 86.

79 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 155.

80 Ibid., p. 156.

81 BARROSO, 2008, p. 187.

82 A corte manifestou-se em parecer consultivo de 31 de julho de 1930. “É princípio geral reconhecido, do direito internacional, que, nas relações entre potências contratantes de um tratado, as disposições de uma lei não podem prevalecer sobre as do tratado”.

posicionou-se no sentido de que “um Estado não pode invocar contra outro Estado sua própria constituição para se esquivar de obrigações que lhe incumbem em virtude de Direito Internacional ou de tratados vigentes”.

Além disso, acrescenta Valério Mazzuoli que, no Brasil, ainda está em vigor a Convenção de Havana de 1928, que estabelece a supremacia do Direito Internacional sobre o Direito Interno, estabelecendo o seguinte dispositivo em seu art. 11:

Art. 11. Os tratados continuarão a produzir os seus efeitos, ainda quando se modifique a Constituição interna dos Estados contratantes. Se a organização do Estado mudar, de maneira que a execução seja impossível, por divisão de território ou por outros motivos análogos, os tratados serão adaptados as novas condições.

A ONU, por sua vez, através de um documento também posicionou-se neste sentido: “os tratados validamente concluídos pelo Estado e regras geralmente reconhecidas de Direito Internacional formam parte da lei interna do Estado e não podem ser unilateralmente revogados puramente por ação nacional”.⁸³ Além disso, a doutrina majoritariamente vem defendendo este posicionamento e a Corte Interamericana também é partidária da teoria monista com primazia do direito internacional.

No mesmo sentido, Hildebrando Accioly, expõe em seu manual de Direito Internacional Público que a lei constitucional não pode isentar o Estado de responsabilidade por violação de seus deveres internacionais, invocando decisão da Corte Permanente de Arbitragem de Haia, onde foi decidido que as disposições constitucionais de um Estado não poderiam ser opostas aos direitos internacionais de estrangeiros⁸⁴, sendo preceito do art. 27 da Convenção de Viena de 1969 tal disposição.

Partidário da mesma corrente, Haroldo Valladão leciona sobre este assunto que “disposição interna, mesmo se for de natureza constitucional, não poderá ser observada se contrariar preceito em vigor de direito internacional básico, geral ou de direito internacional convencional, isto é, de tratado válido e vigente”⁸⁵ Entretanto, deve-se observar que aqui trata-se de tratado já em vigor quando da promulgação da Constituição, prevalecendo se houver dispositivo da nova constituição que o contrarie. Se o contrário ocorrer, se um tratado é celebrado na vigência de uma

83 MAZZUOLI, op. cit., p. 62.

84 ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. [s.l.]: [s.n.], 1978. p. 56.

85 VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. [s.l.]: [s.n.], 1974. p. 94.

Constituição, sendo com ela incompatível, ele não prevalecerá, e sim ela, pois não foi constituído legitimamente.⁸⁶

Luís Roberto Barroso⁸⁷ explica que, nesta corrente, o tratado prevalece sobre o direito interno, de forma a alterar lei anterior, mas não pode ser alterado por lei superveniente. Sustenta o autor que este entendimento vem positivado no artigo 98 do Código Tributário Nacional.⁸⁸

Na presente pesquisa, importante destacar que a Corte Interamericana ao dar prevalência ao Pacto de San José da Costa Rica e sua jurisprudência sobre as normas internas dos países signatários da OEA e que admitem a jurisdição da corte, consagra, através do controle de convencionalidade, o monismo internacionalista, devendo ser este o caminho a ser seguido pelos seus países signatários.

Em oposição a teoria monista, temos a teoria dualista, surgida com *Triepel* defende a independência entre a ordem interna e a ordem internacional, dessa forma, suas normas não conflitam entre si (ideia de duas esferas que não se comunicam – desenho de duas bolas que não se tocam). Assim, para que a norma internacional passe a valer na esfera interna, “é necessário que a mesma passe por um processo de recepção”, “*que a transforma em norma jurídica interna, só sendo possível o conflito entre duas normas internas, a serem resolvidas pelo mecanismo tradicional: lex posterior derogat legi priori*”.⁸⁹

Luís Roberto Barrosos explica que na Teoria Dualista “*inexiste conflito possível entre a ordem internacional e a ordem interna simplesmente porque não há qualquer interseção entre ambas. São esferas distintas que apenas se tangenciam*”⁹⁰.

Carmen Tibúrcio, ao analisar o conflito entre leis internas e tratados internacionais explica que,

para os dualistas compreendem que a esfera interna e a esfera internacional disciplinam matérias diversas, ou seja, as relações internacionais do Estado (tratados internacionais) e as normas aplicáveis às relações dentro do país(direito interno), desta maneira não haveria confusão nem conflito entre uma e outra ordem.⁹¹

86 BARROSO, 2008, p. 195.

87 Ibid., p. 189.

88 Art. 98. CTN: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

89 VELLOSO, 2004, p. 35.

90 BARROSO, 2008, p. 187.

91 TIBURCIO, Carmen. Fontes de direito internacional: os tratados e os conflitos normativos. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CANÇADO TRINDADE, Augusto; PEREIRA, António Celso Alves (Coord.). *Perspectivas do direito internacional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 296.

Cabe destacar que Valério Mazzuoli, ao analisar a teoria dualista, chama a atenção para a existência de um dualismo radical de Triepel e assim explica aquele autor compreende que, “quando se fala das relações entre direito Internacional e o Direito Interno, supõe-se como estabelecido que o direito internacional é diferente do direito interno. Na nossa opinião, o direito internacional e o direito interno são noções diferentes”⁹²

Para o dualismo radical não seria possível conflito entre ordem interna e internacional, pois se constituem de ordens independentes, que não se comunicam.⁹³

O Dualismo moderado é um pouco diferente do dualismo puro, pois este permite que em certos casos o Direito Internacional seja aplicado internamente pelos tribunais sem que haja a recepção formal do dispositivo. Essa espécie de dualismo foi adotada na Itália em 1905, por Dionizio Anzilotti, em trabalho intitulado *Il Diritto Internazionale nel giudizio interno*.⁹⁴

Segundo Valério Mazzuoli, o Supremo Tribunal Federal do Brasil assume a posição de dualista moderada em razão de defender a necessidade de promulgação de decreto presidencial para que o tratado passe a valer em território nacional.⁹⁵

A teoria mista é uma teoria intermediária⁹⁶, que combina premissas da teoria monista com premissas da teoria dualista. Segundo Flavia Piovesan, o Brasil adotaria um sistema misto, no qual os tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos, por força do artigo 5º, § 1º da CF, seriam incorporados automaticamente ao ordenamento jurídico e aos demais tratados internacionais seria exigido a intermediação de um ato normativo para tornar o tratado obrigatório na ordem interna.⁹⁷

Flavia Piovesan sublinha que, exceto no tocante aos tratados de Direitos Humanos, que são incorporados automaticamente ao sistema jurídico, o Brasil não tem expressamente menção à adoção das correntes

92 TRIEPEL, Carl Heinrich. Les rapports entre le droit interne et le droit international. Recueil des Cours, vol. 61 (1937 - III). p. 79. apud MAZZUOLI, 2007, p. 55.

93 VELLOSO, 2010, p. 36.

94 MAZZUOLI, op. cit., p. 55.

95 MAZZUOLI, 2007, p. 57

96 Ainda deve-se mencionar que esta teoria também pode ser denominada de teoria conciliatória, trazida por Valério de Oliveira Mazzuoli. Esta defende a coordenação de ambos os sistemas, interno e internacional, a partir de normas superiores a ambos, a exemplo destas regras tem-se o Direito Natural. Mas esta posição conciliatória, mista ou coordenada não encontrou guarida nem em normas nem tampouco na jurisprudência internacional. (MAZZUOLI, 2007, p. 66).

97 PIOVESAN, 2008, p. 88.

dualista ou monista. Apesar de Flavia Piovesan ter sustentado um sistema misto no ordenamento brasileiro, a maioria da doutrina sustenta que o Brasil adota o sistema dualista, ou seja, coexistência de duas ordens diversas: a interna e a internacional.⁹⁸

Luís Roberto Barroso compreende que a posição do Supremo Tribunal Federal, é partidário da teoria monista. Menciona que a partir do RE 80.004 passou-se a adotar um monismo moderado, aonde o tratado se incorpora ao direito interno no mesmo nível hierárquico da lei ordinária, sujeitando-se a questão em termos de regra geral e regra particular, prevalece a norma posterior sobre a anterior.⁹⁹

Assim, conclui-se que existe muita divergência doutrinária a respeito de qual seria a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro: monismo moderado, dualismo moderado, não havendo consenso. Essa questão está correlacionada a incorporação ou implementação dos tratados internacionais ao direito brasileiro, principalmente quanto a sua hierarquia no direito interno. Assim, sobre esse tema, relevante mostra-se o estudo do art. 5º, §2º e o art.5º, §3º da Constituição Federal como uma forma de elucidar essa questão, pois tratam da questão hierárquica dos tratados principalmente quando versarem sobre direitos humanos.

2.2 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL: O §3º DA EC 45 – MODIFICAÇÕES RELEVANTES

Sobre o controle de convencionalidade no Brasil, relevante frisar que esta temática não conta com uma obra doutrinária vasta e satisfatória, não sendo estudada pelos doutrinadores. Deve-se lembrar que Valério Mazzuoli defendeu sua tese sobre o assunto junto a Universidade Federal do Rio Grande do Sul no ano de 2008, o que caracteriza o ineditismo da teoria no Brasil até então.

Para firmar sua teoria, o autor utiliza-se da teoria do Diálogo das Fontes normativas de Erik Jayme, que segundo este autor, traduzem a ideia de que as decisões de casos da vida complexos são a soma, a aplicação conjuntamente de várias fontes (Constituição, Direitos Humanos, direito supranacional e direito nacional). Sustente, ainda, que *“hoje não mais*

98 PIOVESAN, 2008, p. 88.

99 BARROSO, 2008, p. 190.

existe uma fixa determinação de ordem entre as fontes, mas uma cumulação destas, um aplicar lado a lado".¹⁰⁰

Assim, Valério Mazzuoli explica que a aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes advém de um Curso dado por Erik Jayme em Haia, no ano de 1995, nesse sentido, “em vez de simplesmente excluir do sistema certa norma jurídica, deve-se buscar a convivência entre essas mesmas normas por meio de um diálogo”¹⁰¹. Assim, segundo Erik Jayme, “*a solução dos conflitos normativos na pós-modernidade é encontrada na harmonização (coordenação) entre as fontes heterônomas que não se exclui mutuamente, mas, ao contrário, “falam” umas com as outras*”.¹⁰² Assim, através desse diálogo entre as fontes normativas é possível encontrar-se a verdadeira razão de ambas as normas em favor da proteção do ser humano.

Valério Mazzuoli afirma que os autores brasileiros que anteriormente estudaram essa temática a fizeram sob a ótica da responsabilidade internacional, não sob a ótica de um juiz ou tribunal nacional controlar essa convencionalidade das leis, inclusive com o uso do processo objetivo de controle. Assim, o autor, de forma única apresenta o tema, principalmente analisando-o a luz do art. 5º, §3º da CF, introduzido pela EC 45/04.

O artigo 5º, §2º e artigo 5º, §3º da Constituição Federal de 1988 são os responsáveis pela possibilidade de aumentar-se o rol de direitos humanos fundamentais, não os limitando a apenas os contidos na Constituição Federal, caracterizando-os apenas como exemplificativos.

Sobre o §2º sempre existiu muita controvérsia, discutindo uma série de questões acerca da incorporação de tratados internacionais ao direito brasileiro, principalmente no tocante a sua hierarquia. Muitos questionavam se teriam hierarquia de lei ordinária, ou de lei constitucional, supralegal ou supraconstitucional, ou seja, os tratados internacionais de direitos humanos deveriam se sobrepor ou não às leis constitucionais, integrar ou não o bloco de constitucionalidade?

Para Valério Mazzuoli, não basta que a norma de direito doméstico seja compatível com a Constituição, devendo ela ser compatível, também, com a norma internacional, que se materializa através dos tratados internacionais. Na ordem internacional é possível que tenha-se dois tipos de tratados: tratados internacionais de direitos humanos e

100 JAYME, Erik. Entrevista com o Prof. Erik Jayme. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 63-67, mar. 2003.

101 MAZZUOLI, 2011, p. 58.

102 *Ibid.*, p. 59.

tratados internacionais gerais. O controle de convencionalidade, segundo o autor, tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas domésticas (leis) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e com tratados internacionais gerais (denominado controle de supralegalidade).¹⁰³

O referido autor ensina que todos os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil já detêm *status* de norma constitucional (*status* de norma materialmente constitucional) em razão do §2º do art. 5º da CF positivar que os direitos e garantias expressos nessa constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais que a república federativa do Brasil seja parte. Dessa forma, a luz do §2º, segundo o autor, pode-se afirmar que já existia a possibilidade de controle difuso de convencionalidade em razão desse entendimento, no qual todos os juízes poderiam afastar norma interna em razão da aplicação de Tratado Internacional de Direitos Humanos¹⁰⁴, lembrando-se que Flávia Piovesan advoga no mesmo sentido¹⁰⁵.

Para o autor, os tratados de direitos humanos, sejam eles posteriores ou anteriores a EC 45/04, já são independentemente de qualquer aprovação qualificada, materialmente constitucionais. No entanto, somente serão formalmente constitucionais se aprovados pela maioria de votos estabelecidos no art. 5º, §3º CRFB, adquirindo, nesse caso, *status* de norma formal e materialmente constitucional. Os tratados internacionais de direitos humanos, materialmente constitucionais, servirão de paradigma para o controle difuso de convencionalidade e os tratados de direitos humanos formalmente e materialmente constitucionais (equivalentes à EC – requisito formal), servirão de paradigma, além de controle difuso de convencionalidade, de controle concentrado de convencionalidade.¹⁰⁶

A dupla compatibilidade vertical material é requisito para que a produção do direito doméstico seja vigente e válido no ordenamento jurídico brasileiro. A primeira compatibilidade vertical desdobra-se em duas: compatibilização com a Constituição e com os tratados internacionais de direitos humanos. A segunda compatibilização é conformidade vertical das normas infraconstitucionais com tratados internacionais gerais. No primeiro caso (compatibilização das normas com a Constituição e trata-

103 MAZZUOLI, 2011.p. 132.

104 Ibid, p. 68-69.

105 PIOVESAN, 2008, p. 90

106 MAZZUOLI, op. cit., p. 68-69.

dos internacionais de direitos humanos) observa-se o controle de constitucionalidade e o de convencionalidade e, no segundo caso observa-se o controle de suprallegalidade.¹⁰⁷

O controle de convencionalidade é complementar e coadjuvante, jamais subsidiário, ao controle de constitucionalidade. Dessa forma, o controle de convencionalidade tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos implementados pelos Estados. Assim, as leis devem ser compatíveis tanto com a CF quanto com os tratados internacionais de direitos humanos¹⁰⁸, bem como com os tratados internacionais que versem sobre assuntos gerais (suprallegalidade).

Para o autor, esse controle deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional relativamente aos tratados internacionais aos quais o país encontra-se vinculado. Assim, trata-se de conformar os atos ou leis internas aos compromissos internacionalmente assumidos. Sustenta que não apenas os tribunais internacionais devem realizar este controle (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Corte Europeia de Direitos Humanos e Tribunal de Justiça da União Europeia), mas também os tribunais internos.¹⁰⁹

Sustenta que o fato dos tratados internacionais de direitos humanos serem imediatamente aplicáveis no âmbito doméstico (§1º, art. 5º, CF) garante a possibilidade de controle de convencionalidade e suprallegalidade das leis no Brasil.

Todos os tribunais devem realizar o controle, sem qualquer autorização internacional, pela via incidental, passando a ter os tratados internacionais (de direitos humanos e gerais), eficácia paralisante, cabendo ao juiz coordenar as fontes internacionais e internas, caracterizando o controle difuso de convencionalidade, que existe no direito brasileiro desde 1988, com a promulgação da Constituição, que em seu art. 105, inciso III, alínea a traz a possibilidade do STJ, julgar em recurso especial, as causas que contrariarem tratados ou leis federais.¹¹⁰

O controle concentrado de convencionalidade, segundo Valério Mazzuoli, deve ser exercido apenas perante o STF e somente quanto aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados em conformidade

107 MAZZUOLI, op. cit., p. 138.

108 MAZZUOLI, 2011, p. 131-132.

109 Ibid., p. 133.

110 MAZZUOLI, 2011. p. 134,

com o requisito formal de 3/5 em dois turnos de cada casa do Congresso Nacional (equivalentes à EC). Assim, para ele, o controle concentrado de convencionalidade passa a ser possível no Brasil desde a EC 45, que dá *status* formal de constitucionalidade, transformando-se em parâmetro para controle de convencionalidade: “o controle concentrado de convencionalidade nasceu em 08 de dezembro de 2004”.¹¹¹

Sustenta que o controle de suprallegalidade, feito a luz dos tratados internacionais gerais, é sempre exercício pela via de exceção, difuso, enquanto que o de convencionalidade poderá ser difuso ou concreto. Além disso, frisa o autor, que o controle de convencionalidade tem um *plus* em relação ao controle de constitucionalidade, pois aquele é possível tanto no plano interno quanto internacional, assim, para o autor o controle de constitucionalidade é menos amplo que o controle de convencionalidade.¹¹²

Além disso, o autor sustenta a possibilidade de existirem normas constitucionais inconventionais, nas mesmas hipóteses em que seria possível normas constitucionais inconstitucionais (quando provierem do poder constituinte derivado), quando contrariarem normas dispostas nos tratados internacionais de direitos humanos.¹¹³

Para o autor, o controle de convencionalidade poderá ser feito pelas ações constitucionais objetivas, ADI, ADECON (ADC), ADPF e ADO, assim, denominando-se de controle concentrado de convencionalidade. Nesse controle toma-se como parâmetro uma norma de tratado internacional de direito humanos, passa a ser considerada controle de convencionalidade tomando emprestada uma ação constitucional.¹¹⁴

Cita o autor o caso da Guerrilha do Araguaia, onde Brasil foi acusado pela CIDH por não ter controlado a convencionalidade da sua lei de anistia em relação a Convenção Americana de Direitos humanos. Nesse caso, no considerando 177, a Corte observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais brasileiras, as quais, via STF, confirmaram a validade da lei de anistia, sem considerar as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil derivada de tratado internacional de direitos humanos.¹¹⁵ A Corte invalidou a lei de anistia

111 Ibid. p. 136.

112 Ibid. p. 137.

113 Ibid., p. 143.

114 Ibid., p. 146 e p. 149.

115 MAZZUOLI, 2011. p. 163-164.

brasileira, observando que, quando não exercido o controle de convencionalidade pelo judiciário interno, a Corte Interamericana a controlará, assumindo um típico papel de corte supranacional.¹¹⁶

2.2.1 RE 466.343 e uma evolução rumo ao entendimento dos tratados internacionais de direitos humanos com status de norma materialmente constitucional

No ano de 2008, então, o STF, em decisão histórica dada no RE 466.343,¹¹⁷ modificou seu entendimento sobre o tema, passando a dar hierarquia de norma supralegal (incorporando o entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence) aos tratados de direitos humanos não incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro com o quórum especial do §3º do art. 5º CF. Dessa forma, o STF dispõe existir uma posição superior as normas infraconstitucionais e as normas constitucionais, a posição de supralegalidade, onde habitam os tratados de direitos humanos não equivalentes à ECs (alteração à pirâmide de Kelsen).

Essa decisão foi dada em questão que tratava do Pacto de San José da Costa Rica e a prisão civil por dívida. A CF de 1988 prevê duas possibilidades de prisão civil por dívida: do depositário infiel e do devedor de alimentos. O Pacto foi ratificado pelo Brasil em 1992, antes da EC 45/04, ou seja, não tendo o requisito formal de aprovação que poderia lhe dar *status* formal de norma constitucional e, este Pacto apenas previa a possibilidade de prisão civil em razão de dívida de alimentos, assim, poderia haver a prisão civil em razão de depositário infiel também no Brasil, já que prevista na CF de 1988? Observa-se que, nessa decisão, sustentou-se que os tratados internacionais de direitos humanos possuem *status* de norma supralegal, dessa forma, em razão da regra de prisão civil de depositário infiel estar na CF expressamente previsto, seria possível tal prisão, no entanto, o STF entendeu que a possibilidade de prisão civil de depositário infiel é norma de eficácia limitada, que depende de lei, que regulamente, no entanto, em razão da supralegalidade, esta lei regulamentadora seria inconvenção, não podendo ser aplicada, assim, a norma constitucional ficaria esvaziada em razão do efeito paralisante.

116 Ibid., p. 164.

117 GOMES, 2009.

Importante mencionar que nesse RE, o STF contava com o posicionamento de dois blocos de ministros. De um lado, sob a liderança do Ministro Gilmar Mendes, posição vencedora, sustentava a supralegalidade dos tratados de direitos humanos não equivalentes à ECs; de outro, sob a liderança do Ministro Celso de Mello, vencido, entendia-se pelo *status* constitucional desses tratados, independentemente do quórum de aprovação. Deve-se sublinhar que tal decisão no STF foi dada por 5 x 4, ou seja, uma decisão bastante “apertada”¹¹⁸, possível de modificação a qualquer momento.

A partir desse julgamento, pode-se observar que o STF é composto por duas correntes bem definidas em relação aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil sem quórum do §3º do art. 5º CF: uma que defende a hierarquia supralegal e outra que defende a hierarquia constitucional (material).

Luiz Flávio Gomes, sustenta que, observando posicionamento do STF, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e vigentes no Brasil, mas não aprovados com quórum qualificado, possuem nível apenas supralegal (posição vencedora – RE 466.343) e não materialmente constitucional conforme sustenta Valério Mazzuoli (posição vencida – RE 466.343).¹¹⁹

No entanto, devemos observar que a modificação da jurisprudência do STF para dar força de norma constitucional aos tratados de direitos humanos aprovados com quórum simples poderá acontecer em um futuro próximo. Essa possibilidade de mudança deve ser presenciada tão logo, dependendo da manifestação dos ministros Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Dias Toffoli, além de Rosa Weber, que passou a compor a corte em 2011. Se efetivamente o STF entender que os tratados internacionais de direitos humanos são possuidores de *status* constitucional material desde sua implementação, presenciar-se-á uma maior e melhor proteção dos direitos humanos.

Segundo Ruan Carlos Hitters, os juízes e tribunais domésticos estão sujeitos ao império da lei e obrigados a aplicá-la, mas quando um Estado ratifica um tratado como o Pacto de San José e outros tratados de proteção aos direitos humanos, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos à eles, o que os obriga a velar para que seus efei-

118 GOMES, 2009.

119 Ibid.

tos não sejam prejudicados pela aplicação de normas jurídicas contrárias ao seu objeto e seu fim.¹²⁰

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle de convencionalidade das leis, já bastante conhecido na esfera internacional, vem tomando força no direito nacional dos Estados. Dessa forma, por ser um mecanismo muito eficiente e utilizado no plano internacional, deve também passar a ser mais observado pelos corpos judiciais domésticos, que devem utilizar-se de instrumentos supranacionais advindos do direito dos direitos humanos, com a finalidade de dar máxima efetividade aos tratados internacionais sobre o tema.

A partir da presente pesquisa, conclui-se que a dicotomia entre direito interno e direito internacional, vivenciada desde o surgimento do direito internacional, ainda é bastante presente. No entanto, observando-se os avanços decorrentes do espaço conquistado pelo direito internacional no ordenamento jurídico, visualiza-se um diálogo mais constante entre essas duas esferas.

O controle de convencionalidade é um instituto relativamente novo, sendo uma das formas encontradas, inicialmente pelos tribunais internacionais (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Corte Europeia de Direitos Humanos, Tribunal de Justiça da União Europeia) e hoje, ainda timidamente, pelos tribunais internos para visualizar essa aproximação que se mostra extremamente necessária. Assim, o Brasil também deve se favorecer dessa possível inter-relação entre as fontes internas e internacionais.

No Brasil, o mecanismo passa a ganhar expressividade e notoriedade a partir da tese escrita por Valério Mazzuoli e da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso da Guerrilha do Araguaia, na qual a Corte Interamericana condena o Estado brasileiro em razão de decisão do Supremo Tribunal Federal deste país ter considerada válida a lei de anistia referente ao período militar.

A questão da lei Maria da Penha também foi debatida no Brasil, alguns sustentavam sua inconstitucionalidade outros sua constitucionalidade e, ainda, tiveram os já conhecedores do tema, que defenderam sua

120 HITTERS, 2009, p. 123.

convencionalidade ou sua inconvenção. Independentemente da posição, esta lei também foi objeto dessa dupla compatibilidade: a luz da Constituição e dos tratados internacionais de direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. [s.l.]: [s.n.], 1978.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição e tratados internacionais: Alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CANÇADO TRINDADE, Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves. (Coord.). **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda turma. RE 172720. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 06 fev. 1996. **DJ** 21 fev. 1997 PP-02831 EMENT VOL-01858-04 PP-00727 RTJ VOL-00162-03 PP-01093.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMPOS, Thiago Yukio Guenka. **Controle de Convencionalidade como mecanismo de interação entre ordem interna e ordem internacional: por um diálogo cooperativo entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o tribunal constitucional brasileiro**. Monografia (Conclusão de Curso) – Universidade do Vale do Itajaí, São José, 2010.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil**. 2. ed. Brasília: UnB, 2000.

CASTRO, Amílcar de. **Direito internacional privado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CONVENÇÃO de Viena sobre direito dos tratados de 1969. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/Conv_Viena/Convencao_Viena_Dt_Tratados-1969-PT.htm>. Acesso em: 21 maio 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Boyce e outros. vs. Barbados**: exceção preliminar, fundo, reparações e custas. Sentença de 20 nov. 2007; Série C Nº 169. Disponível em: <<http://www.censuraindirecta.org.ar/advf/.../48a5d8fb4c41d1.80766011.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2012.

_____. **Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México**: excepción

preliminar. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de: 26 nov. 2010. Serie C No. 220

_____. **Caso Gomes Lund e Outros versus Brasil.** Sentença de 24 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 10 maio 2012.

_____. **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 nov. 2003. Serie C No. 101.

_____. **Caso Radilla Pacheco Vs. México:** excepciones preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 nov. 2009. Serie C No. 209.

_____. **Caso Tibi Vs. Ecuador:** excepciones preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 sept. 2004. Serie C No. 114,

_____. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú:** excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 nov. 2006. Serie C No. 158.

_____. **Casos contenciosos.** Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 16 maio 2012.

FARIA, Ana Maria Jará Botton. Os Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos e a sua incorporação como norma constitucional antes e depois da Emenda Constitucional n. 45/04. In: MENEZES, Wagner. **Estudos de direito internacional.** Curitiba: Juruá, 2006. v. 6.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **O § 3º do Art. 5º da Constituição Federal:** Um retrocesso para a proteção internacional dos Direitos Humanos no Brasil. 2005. Disponível em: <<http://www.ibdh.org.br>>. Acesso em: 03 jul. 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Controle de convencionalidade:** Valerio Mazzuoli “versus” STF. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 23 jun. 2009.

HITTERS, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación: criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). **Estudios Constitucionales**, v. 7, n. 2, 2009.

_____. **Legitimación democrática del poder Judicial y control de convencionalidad.** Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v7n2/art05.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2012.

JAYME, Erik. Entrevista com o Prof. Erik Jayme. **Cadernos do Programa**

de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 63-67, mar. 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar: 1979.

MENDES, Gilmar. Controle de constitucionalidade. In: MENDES, Gilmar Ferreira;

COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos: direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

TIBURCIO, Carmen. Fontes de direito internacional: os tratados e os conflitos normativos. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CANÇADO TRINDADE, Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Coord.). **Perspectivas do direito internacional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado**. [s.l]: [s.n.], 1974.

VELLOSO, Carlos Maria da Silva. Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 41, n. 162, abr./jun. 2004.