

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DO DIREITO BRASILEIRO À LUZ DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

THE CONVENTIONALITY CONTROL BRAZILIAN LAW IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL TREATIES

Thiago Chaves de Melo*

SUMÁRIO: Introdução. 1 O controle de convencionalidade brasileiro e a compatibilização das leis em face da Constituição e dos Tratados Internacionais. 2 o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade. 2.1 O respeito à Constituição e o controle de constitucionalidade. 2.2 O respeito aos tratados internacionais e os controles difuso e concentrado de Convencionalidade e de Legalidade das normas infraconstitucionais. 3 Relação hierárquico-normativa dos Tratados de Direitos Humanos e a Constituição Federal e a posição do Supremo Tribunal Federal no RE 466.343/SP. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar o controle de convencionalidade das normas a fim de verificar a hierarquia conferida aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro. Não obstante, trouxe à baila o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal com o julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP, que trouxe uma evolução acerca da efetivação dos direitos humanos reconhecidos pelo Brasil em tratados internacionais, em consonância com os valores axiológicos constitucionais que informam a avançada Constituição Federal de 1988. Para tanto, utilizou-se como metodologia o tipo de pesquisa bibliográfico, como método dedutivo, por meio da análise textual, temática e interpretativa de obras jurídicas sobre o tema, assim como o tipo de pesquisa documental, enquanto método indutivo, por meio da análise de jurisprudências relacionadas à pesquisa.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade. Hierarquia normativa. Tratados Internacionais.

ABSTRACT: *This paper aims to analyze the conventionality control of standards to check the hierarchy given to human rights treaties ratified by the Brazilian state. Nevertheless, brought up the new understanding of the Supreme Court to the judgment of Extraordinary Appeal 466.343/SP, a development that brought about the realization of human rights recognized in international treaties in Brazil, in line with the constitutional axiological values that inform advanced Federal Constitution of 1988. For this purpose, was used as the type of methodology bibliographic research as deductive method, by textual, thematic and interpretative legal works on the subject analysis, as well as the type of document research, while inductive method, by analyzing of jurisprudence related to research.*

Keywords: *Control of conventionality. Normative hierarchy. International Treaties.*

INTRODUÇÃO

Com a entrada em vigor da Emenda Constitucional n° 45 de 08 de dezembro de 2004, que introduziu o § 3.º ao artigo 5.º da Constituição Federal de 1988, viu-se a possibilidade da equiparação dos tratados internacionais a emendas constitucionais, desde que aprovados por um *quorum* qualificado, passando de norma materialmente constitucional para a condição de tratados equivalentes às emendas constitucionais (MAZZUOLI, 2009, p. 334).

Nesse sentido, o tema desse trabalho começou a ser objeto de estudo em razão da supramencionada norma e foi desenvolvido com ineditismo no Brasil pelo professor Valério de Oliveira Mazzuoli.

Assim, além do conhecido controle de constitucionalidade, deve ainda existir o controle de convencionalidade das leis, ou seja, compatibilizá-las com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.

Nessa perspectiva, trouxemos como eixo principiológico estruturante o princípio da supremacia do direito internacional e da prevalência de suas normas em relação a toda a normatividade interna, seja ela posterior ou anterior, como forma de

* Advogado. Especialista em Direito Processual Penal com ênfase em Direito Público pela Universidade Potiguar-UNP. Especialista em Ciências Criminais pela Pitágoras Faculdade. Coordenador do Núcleo de Prática Real Cível e Penal e Professor de Direito Penal na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais - FACIHUS/FUCAMP.

conferir aos tratados internacionais de direitos humanos um *status* de norma constitucional.

Nessa senda, o presente artigo abordará no primeiro capítulo o controle de convencionalidade brasileiro e a dupla compatibilidade vertical das leis, em face da constituição e dos tratados internacionais.

No segundo capítulo, serão abordados o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade, não obstante elencar-se-á o respeito à Constituição e o controle de constitucionalidade bem como a observância dos tratados internacionais e os controles (difuso e concentrado) de convencionalidade e de legalidade das normas infraconstitucionais.

No terceiro e último capítulo, será estudada, ainda que de forma sucinta, a relação hierárquico-normativa dos tratados de direitos humanos e a Constituição Federal com enfoque na posição do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

Para tanto, será utilizada como metodologia o tipo de pesquisa bibliográfico, enquanto método dedutivo, realizando a análise textual, temática e interpretativa de obras relacionadas ao tema, assim como o tipo de pesquisa documental, enquanto método indutivo, por meio da análise de legislações relacionadas à pesquisa.

Enfim, o presente ensaio se dedicará a investigar a questão do controle de convencionalidade dos tratados internacionais no direito brasileiro, principalmente no que tange a hierarquia normativa dos tratados de Direitos Humanos.

1 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE BRASILEIRO E A COMPATIBILIZAÇÃO DAS LEIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO E DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Faz-se necessário compreender, primeiramente, que não basta apenas a compatibilidade das leis com a Constituição Federal, para a sua validade no ordenamento jurídico brasileiro (MAZZUOLI, 2009, p. 335).

Nesse sentido, é preciso que além da compatibilidade constitucional, seja compatível com os tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

No que diz respeito à vigência da lei, sabe-se que, de acordo com a LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), pressupõe a publicação da lei na Imprensa Oficial e seu eventual período de *vacatio legis*, do contrário segue-se a regra do artigo 1º da referida lei, com entrada em vigor com quarenta e cinco dias da sua publicação (Decreto-Lei 4.657, 1942).

Nesse viés, sendo aprovada pelo Parlamento e sancionada pelo Presidente da República a lei se torna vigente em território nacional, sendo forçoso concluir, com base no artigo 1º da referida lei, que a lei é existente no plano legislativo (MAZZUOLI, 2009, p. 337-338).

Assim, só a partir daí é que será possível conferir validade à norma e, sendo assim, poder investigar sobre a sua eficácia, ligada à realidade social a ser regulada pela norma, que pode não surtir seus efeitos concretos, levando à falta de efetividade da norma (MAZZUOLI, 2009, p. 339).

Nessa senda, pode-se inferir que uma norma formalmente vigente é aquela elaborada pelo Parlamento, de acordo com as regras do processo legislativo, estabelecidas constitucionalmente, uma vez que só assim tem condições para estar em vigor, pelo fato de estarem em consonância com o texto constitucional e com os tratados ratificados pelo Brasil.

Portanto, para que uma norma seja considerada vigente e válida, deve existir uma dupla compatibilidade com a Constituição Federal e com os tratados internacionais,

e se isso não ocorrer a norma não poderia ter qualquer validade no direito interno brasileiro.

Nessa mesma linha de raciocínio, Miguel Reale (1994, p. 13) já havia posicionado:

(...) que todas as fontes operam no quadro de validade traçado pela Constituição de cada país, e já agora nos limites permitidos por certos valores jurídicos transnacionais, universalmente reconhecidos como invariantes jurídico-axiológicas, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Sendo assim, para que a norma seja válida ela deve estar em consonância com o texto constitucional e com as normas internacionais, com valores transnacionais e universalmente reconhecidos (REALE, 1994. p.13).

Entretanto, de forma diversa (e um tanto quanto equivocada), é a colocação de Kelsen (2006, p. 367) que diz que uma norma criada com violação ao direito internacional permanecerá válida, vez que esse não prevê qualquer processo através do qual a norma de ordem jurídica estadual contrária ao Direito Internacional possa ser anulada.

Nessa senda, Luiz Flavio Gomes (2008, p. 27) diz que segundo o modelo kelseniano de ensino do direito, “confunde a vigência com a validade da lei, a democracia formal com a substancial, não ensina a verdadeira função do juiz no Estado constitucional e garantista de Direito, não desperta nenhum sentido crítico no jurista e, além de tudo não evidencia com toda a profundidade necessária o sistema de controle de constitucionalidade das leis”.

Assim, Luiz Flávio Gomes (2008, p. 27) faz a seguinte conclusão:

De acordo com a lógica positivista clássica (Kelsen, Hart, etc.) lei vigente é lei válida, e mesmo quando incompatível com a Constituição ela (lei vigente) continuaria válida até que fosse revogada por outra. O esquema positivista clássico não transcende o plano da legalidade (e da revogação). Confundia-se invalidade com revogação da lei e concebia-se uma presunção de validade de todas as leis vigentes. Não se reconhecia a tríplice dimensão normativa do Direito, composta de normas constitucionais, internacionais e infraconstitucionais. Pouca relevância se dava para os limites (substanciais) relacionados com o próprio conteúdo da produção do Direito. A revogação de uma lei, diante de tudo quanto foi exposto, é instituto coligado com o plano da “legalidade” e da “vigência”. Ou seja: acontece no plano formal e ocorre quando uma lei nova elimina a anterior do ordenamento jurídico. A revogação, como se vê, exige uma sucessão de leis (sendo certo que a posterior revoga a anterior expressamente ou quando com ela é incompatível – revogação tácita). A declaração de invalidade de uma lei, por seu turno, que não se confunde com sua revogação, é instituto vinculado com a nova pirâmide normativa do Direito (acima das leis ordinárias acham-se a CF assim como o DIDH), ou seja, deriva de uma relação (antinomia ou incoerência) entre a lei e a Constituição ou entre a lei e o Direito Internacional dos Direitos Humanos e relaciona-se com o plano de conteúdo substancial dessa lei.

Nessa senda, percebeu-se um avanço do Supremo Tribunal Federal, com o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, no RHC 79.785/RJ, uma vez que entendeu ser possível considerar serem os tratados internacionais de Direitos Humanos como documentos de caráter supralegal (BRASIL, 2000).

Mais adiante, será objeto de análise um outro julgado, que utilizou a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, com o voto-vista do Ministro Gilmar

Mendes, na sessão plenária do julgamento do RE 466.343/SP que pautava a questão da prisão civil por dívida nos contratos de alienação fiduciária em garantia.

Contudo, por mais que prevaleça o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos estejam em nível hierárquico intermediário (abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional), o que se entende é que quem goza desse *status*, na verdade, são os tratados internacionais comuns ratificados pelo Estado brasileiro, uma vez que não se encontram em situação de paridade normativa com as demais leis nacionais (MAZZUOLI, 2009, p. 344).

O que viemos expor é que os tratados de direitos humanos ostentam o *status* de norma constitucional independente de eventual aprovação com *quorum* qualificado, conforme estipula o artigo 5º, § 3º da Constituição Federal (MAZZUOLI, 2009, p. 748).

Nesse diapasão, Flavia Piovesan citada por Ricardo Castilho (2011, p. 77) diz que por mais que os tratados internacionais tenham força hierárquica infraconstitucional os tratados internacionais de direitos humanos têm força e natureza de norma constitucional, em razão da Emenda Constitucional nº45/2004.

Da mesma forma, há que se observar o voto do Ministro Celso de Mello, uma vez que, no seu entender, as convenções e tratados internacionais de proteção dos direitos humanos têm *status* constitucional, mesmo que não tenham sido incorporados ao direito interno (CASTILHO, 2011, p. 82).

Há que se dizer que, o julgamento do RE 466.343/SP, concluído em 03 de dezembro de 2008, acolheu a tese da infraconstitucionalidade e supralegalidade dos tratados de direitos humanos aprovados antes da Emenda Constitucional nº45/2004 (RAMOS, 2009, p.95).

Nessa senda, para a sua correta efetivação poderia ser aplicado o princípio da supremacia do direito internacional e da prevalência de suas normas em relação a toda a normatividade interna, seja ela posterior ou anterior (VIGNALI; ARRIGHI, 1992, p. 420).

Diante do exposto, vê-se que para termos uma norma válida e com consequente eficácia, sua elaboração no direito interno deve estar de acordo tanto com a Constituição Federal de 1988, como com os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, sejam eles de direitos humanos ou não (MAZZUOLI, 2009, p. 347).

Para tanto, a norma deve se submeter ao controle de constitucionalidade, para saber se respeita a Constituição; e, o controle de convencionalidade a fim de observar se a norma está de acordo com os tratados internacionais de direitos humanos, como se verá a seguir.

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Como é sabido, para Valério Mazzuoli (2011, p. 12) independentemente do *quorum* de aprovação, quaisquer tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no Brasil têm índole de normas constitucionais, quer seja equivalente a uma norma constitucional (hierarquia material), quer seja equivalente a uma emenda constitucional (hierarquia material e formal).

Nesse viés, os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil são um paradigma de controle da elaboração das leis no âmbito do direito interno.

Sendo assim, o controle de convencionalidade existe a fim de compatibilizar as normas do direito interno com as convenções internacionais de direitos humanos em vigor no país (MAZZUOLI, 2011, p. 25).

Quanto à compatibilidade das leis com os instrumentos internacionais “comuns” far-se-á o controle de supralegalidade.

Por aí se vê a necessidade da dupla compatibilidade vertical material para que uma norma elaborada no direito interno brasileiro tenha plena vigência e validade no ordenamento jurídico.

Nesse mesmo sentido, o controle de constitucionalidade será exercido apenas quando afrontar o texto constitucional. Sendo assim, por mais que um tratado internacional de direitos humanos seja equivalente a emenda constitucional, não seria possível chamar de controle de constitucionalidade, uma vez que só se poderá falar em tal controle para o estrito caso de (in)compatibilidade vertical das leis com a Constituição (MAZZUOLI, 2011, p. 74).

Nesse viés, como veremos abaixo com maiores detalhes, o respeito à Constituição far-se-á através de controle de constitucionalidade, enquanto que a devida correspondência das normas de direito interno com os tratados internacionais de direitos humanos se dará pelo controle de convencionalidade.

2.1 O respeito à Constituição e o controle de constitucionalidade

Primeiramente, para que uma norma seja válida e tenha vigência, é preciso que o seu conteúdo demonstre compatibilidade para com o texto constitucional, senão incorrendo em vício de inconstitucionalidade, podendo tal controle ser exercido quer pela via de exceção (controle difuso), que por meio de ação direta (controle concentrado) (MAZZUOLI, 2011, p. 144).

Portanto, o controle de constitucionalidade configura-se como garantia da supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos no texto constitucional, que além de limitar o poder do Estado, são uma parte da legitimação do próprio Estado (MORAES, 2003, p. 578).

Assim, controlar a constitucionalidade implica em verificar a compatibilidade de uma lei ou ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais. Dessa forma, como paradigma para a análise da constitucionalidade de leis ou atos normativos estatais, somente as normas constitucionais positivadas podem ser utilizadas (MORAES, 2003, p. 579).

Convém agora mencionar que a análise da constitucionalidade da norma pauta-se na observância de determinados requisitos formais e materiais para a sua efetiva compatibilidade com as normas constitucionais.

Os requisitos materiais referem-se à verificação material da compatibilidade do objeto da lei ou do ato normativo com a Constituição Federal.

Com relação aos requisitos formais, deve-se observar o que vem descrito no artigo 5º, II, da Constituição Federal consagrando o princípio da legalidade. Nesse viés, como garantia de respeito a este princípio básico em um Estado Democrático de Direito, a própria Constituição coloca as regras básicas para a elaboração das espécies normativas (MORAES, 2003, p. 579).

Nessa senda, a inobservância das normas constitucionais de processo legislativo tem como consequência a inconstitucionalidade formal da lei ou ato normativo produzido, possibilitando pleno controle repressivo de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, tanto pelo método difuso quanto pelo método concentrado, como será ainda analisado (MORAES, 2003, p. 579).

Formalmente, de forma objetiva, refere-se às duas fases do processo legislativo: constitutiva e complementar, sendo que toda e qualquer espécie normativa deverá respeitar o trâmite constitucional previsto nos artigos 60 a 69.

Não obstante, subjetivamente, no que tange à questão de iniciativa, qualquer espécie normativa editada em desrespeito ao processo legislativo, mais especificamente, desprezando àquele que detinha o poder de iniciativa legislativa para determinado ato, apresentará flagrante vício de inconstitucionalidade (MORAES, 2003, p. 579).

Nesse sentido, Luiz Flavio Gomes (2008, p. 65) explica:

(...) não se deve observar exclusivamente limites formais, senão também materiais, que são constituídos, sobretudo, pelos conteúdos essenciais de cada direito positivado. A lei que conflita com a Constituição é inconstitucional e inválida; se se trata de lei antinômica anterior à Constituição de 1988 fala-se em não-recepção (ou invalidade); a lei que conflita com o DIDH [Direito Internacional dos Direitos Humanos], pouco importando se anterior ou posterior, também é inválida. Como se vê, qualquer que seja a antinomia entre a lei e as ordens jurídicas superiores (Constituição ou DIDH), tudo se conduz para a invalidade.

Assim, como fora anteriormente mencionado, o poder Executivo, bem como os demais poderes, estão obrigados a se pautar pela estrita legalidade, sendo de primordial análise o texto constitucional.

Em razão do disposto no artigo 103 da Constituição Federal, a via concentrada de controle será realizada por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal e será proposta apenas por seus legitimados (BRASIL, 1988).

Assim, o controle de constitucionalidade tem a finalidade de impedir que alguma norma inconstitucional ingresse no ordenamento jurídico, buscando expurgar as normas de direito interno incompatíveis com o texto constitucional, para que não tenham eficácia ou vigência na ordem jurídica brasileira (MORAES, 2003, p. 581)

Para tanto, há dois métodos de controle Judiciário de Constitucionalidade. O primeiro, pela via de ação, denomina-se reservado ou concentrado, e o segundo, difuso ou aberto pela via de exceção ou defesa. (MORAES, 2003, p. 585)

O controle difuso, também conhecido como controle por via de exceção ou defesa, é caracterizado pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal.

No Brasil, a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade existe desde a Constituição Republicana de 1891, que em seu artigo 59, como ressaltou Rui Barbosa (1993, p. 23):

(...) obriga esse tribunal a negar validade às leis federais, quando contrárias à Constituição, e as leis federais são contrárias à Constituição, quando o Poder Legislativo, adoptando tais leis, não se teve nos limites, em que a Constituição o autoriza a legislar, isto é, transpassou a competência, em que a Constituição o circunscreve.

Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal, sob a inspiração norteamericana, nasceu com o papel de intérprete máximo da Constituição Republicana, e o controle difuso de constitucionalidade instalou-se de forma efetiva no Brasil, com a Lei Federal nº 221, de 1894, que conferiu competência aos juízes e tribunais para apreciarem a validade das leis e regulamentos e deixarem de aplicá-los aos casos concretos, se fossem manifestamente inconstitucionais (MORAES, 2003, p.589).

O controle concentrado de constitucionalidade surgiu no Brasil por meio da Emenda Constitucional nº 16, de 06 de dezembro de 1965, que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar originariamente a representação de

inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (MORAES, 2003, p. 605).

Historicamente, Hans Kelsen (2006, p. 300-301) foi o mentor do controle concentrado de constitucionalidade, justificando a escolha de um único órgão para exercer o controle de constitucionalidade salientando que “se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos”, para, posteriormente, concluir que:

(...) se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto, mas em relação a todos os casos a que a lei se refira - quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito.

Esse controle é exercido nos moldes preconizados por Hans Kelsen, competindo ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (MORAES, 2003, p. 606).

Por fim, a título ilustrativo, vale dizer que várias são as espécies de controle concentrado contempladas pela Constituição Federal: a. ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, a); b. ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III); c. ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2.º); d. ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a, in fine; EC nº 03/93).

Em suma, por meio desse controle, se objetiva a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, de forma a garantir a segurança das relações jurídicas (MORAES, 2003, p. 606).

2.2 O respeito aos tratados internacionais e os controles difuso e concentrado de Convencionalidade e de supralegalidade das normas infraconstitucionais

Como anteriormente mencionado, além da compatibilidade com a Constituição, a norma de direito interno deve estar apta a integrar a ordem jurídica internacional sem violação de quaisquer de seus princípios (MAZZUOLI, 2011, p. 131).

Para tanto, essa compatibilidade se dará por meio do controle de convencionalidade, de forma a compatibilizar verticalmente as normas vigentes no país com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no Estado brasileiro.

Vale dizer, a título de observação que, o controle de supralegalidade trata-se da compatibilização das leis com os tratados internacionais comuns, uma vez que detêm *status* supralegal. Nessa mesma senda, o controle de legalidade aplica-se ao estrito caso da incompatibilidade das normas infralegais com as leis internas (MAZZUOLI, 2011, p. 132).

O controle de convencionalidade não requer qualquer autorização internacional, sendo assim, passa a ter caráter difuso, da mesma forma que o controle de constitucionalidade difuso (MAZZUOLI, 2011, p. 134).

Por aí se vê que, desde um juiz singular, até os tribunais estaduais ou regionais, ou mesmo superiores, podem controlar a convencionalidade ou supralegalidade das leis pela via incidental.

Da mesma forma, pode ainda existir o controle de convencionalidade concentrado no Supremo Tribunal Federal, inerente exclusivamente àqueles tratados de direitos humanos aprovados, e em vigor, nos termos do artigo 5º, § 3º da Constituição (MAZZUOLI, 2011, p. 135).

Assim, uma vez aprovado o tratado de direitos humanos pelo *quorum* qualificado do artigo 5º, § 3º da Constituição Federal será formalmente constitucional, fato esse que o submeterá ao controle (concentrado) de convencionalidade.

Logicamente, temos que o controle de convencionalidade concentrado apenas surgiu com a promulgação da Emenda Constitucional nº45/2004, que trouxe consigo uma nova interpretação ao artigo 102, I, alínea “a”, que passou a albergar, além do texto constitucional propriamente dito, as normas constitucionais por equiparação, tendo como exemplo o caso dos tratados de direitos humanos formalmente constitucionais.

Por óbvio, somente se utilizará do controle de convencionalidade quando os conteúdos da Constituição Federal e dos tratados de direitos humanos não forem condizentes; do contrário, não há que se falar em passar a lei por qualquer exame de compatibilidade.

Nesse sentido, evidenciando-se antinomia entre o texto constitucional e o tratado de direitos humanos aplicar-se-á o princípio internacional *pro homine*, ou seja, prevalência da norma que mais proteja o sujeito (MAZZUOLI, 2011, p. 137).

Assim sendo, a incompatibilização do direito infraconstitucional com os direitos previstos nos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte, invalida a respectiva norma elaborada no direito interno, que cessará sua validade no plano jurídico, continuando apenas a sua vigência. (MAZZUOLI, 2011, p. 138)

Dessa forma, deverá o juiz fazer a aplicação da lei infraconstitucional com base no diálogo das fontes, vez que se faz necessária uma compreensão da lógica da dupla compatibilização vertical pelo magistrado, para dar melhor solução ao caso analisado. (MAZZUOLI, 2011, p. 139)

Em suma, a Constituição Federal e os tratados de direitos humanos unem-se, em prol da construção de um direito infraconstitucional compatível com ambas as normas, para resolver os conflitos existentes entre as normas que violem preceitos constitucionais ou os tratados de direitos humanos que a República Federativa do Brasil for parte, possibilitando a criação de um Estado Constitucional e Humanista de Direito. (GOMES; MAZZUOLI, 2010, p. 188-198)

3 RELAÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE 466.343/SP

Como é sabido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP alterou sua posição anterior de paridade das normas dos tratados de direitos humanos com a legislação ordinária. (STF, 2008)

Nota-se que, historicamente, ocorreram algumas modificações quanto à relação hierárquica das normas dos tratados em face da Constituição. Para tanto, seguem alguns julgados com o entendimento anteriormente predominante:

RE 80.004/SE, julgado em 29.12.1977 – em exame matéria de direito comercial (Convenção de Genebra) - a Corte passa a entender pela paridade entre lei federal e tratado, em substituição ao entendimento anterior em que os tratados tinham superioridade à lei interna.

HC 72.131/RJ, julgado em 22.11.1995 - sob a égide da Carta de 1988, tratava-se da possibilidade de prisão civil por dívida prevista no ordenamento interno em contraste com a Convenção Americana de Direitos Humanos. O Supremo ratifica a paridade entre lei federal e tratado de direitos humanos.

RE 466.343/SP, julgado em 03.12.2008 – já sob o ordenamento constitucional após a EC 45/2004, a Corte avança e altera o posicionamento anterior. Por cinco votos a quatro, vence a tese da suprallegalidade dos tratados de direitos humanos. Vencida a tese da hierarquia constitucional. A hierarquia dos tratados de direitos humanos, equiparada à emenda constitucional, fica restrita aos tratados quando o seu iter de aprovação atender ao disposto no § 3º do art. 5º da CF (alteração introduzida pela EC 45/2004).

Assim, vê-se que o Supremo Tribunal Federal, ao fazer a interpretação do texto constitucional, o faz de formas diversas no decorrer da história, sendo que atribuiu em um dado momento superioridade às convenções internacionais em face da legislação interna do Brasil; posteriormente reconheceu o entendimento que existe uma relação de paridade normativa a lei federal e os tratados de direitos humanos, espécies derivadas da mesma fonte jurídica.

De forma diversa, o entendimento predominante, atualmente, é no sentido de que os tratados de direitos humanos vigentes no Brasil contam com valor suprallegal, sendo que aqueles que venham a ser devidamente aprovados pelas duas casas legislativas com maioria qualificada e ratificados pelo Presidente da República, terão valor de Emenda Constitucional (MAZZUOLI, 2011, p. 14).

Nesse sentido, no Recurso Extraordinário 466.343/SP estavam em debate duas teses: uma defendida pelo Ministro Gilmar Mendes que conferia aos tratados internacionais *status* suprallegal dos tratados de direitos humanos e a do Ministro Celso de Mello que alçava os tratados de direitos humanos ao nível constitucional (BRASIL, 2008).

Assim, o ministro Celso de Mello em seu antológico voto, coloca que as fontes internas e internacionais devem “dialogar” entre si, de forma a resolver a questão da antinomia entre os tratados e a lei interna brasileira:

Posta a questão nesses termos, a controvérsia jurídica remeter-se-á ao exame do conflito entre as fontes internas e internacionais (ou, mais adequadamente, ao diálogo entre as mesmas fontes) de modo a se permitir que, tratando-se de convenções internacionais de direitos humanos, estas guardem primazia hierárquica em face da legislação comum do Estado brasileiro, sempre que se registre situação de antinomia entre o direito interno nacional e as cláusulas decorrentes de referidos tratados internacionais (MAZZUOLI, 2011, p. 140).

Nesse viés, nota-se com clareza a aplicação do princípio *pro homine*, descrito anteriormente, fruto da pós-modernidade, representando a fluidez e a dinâmica existente na resolução dos conflitos normativos.

Há que se dizer que, com a Constituição de 1988 veio a lume um novo cenário normativo e protetivo dos direitos fundamentais com o artigo 5º, § 2º.

Nesse sentido, explica a professora Flavia Piovesan (2010, p. 20):

(...) os direitos anunciados 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.

Assim, compreende-se que a doutrina ainda defende tese diversa daquela adotada pelo Supremo Tribunal Federal, com fundamentos decorrentes das normas e princípios informadores da nova ordem constitucional:

(...) ao revés, que conferir hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, com a observância do princípio da prevalência da norma mais favorável, é interpretação que se situa em absoluta consonância com a ordem constitucional de 1988, bem como com sua racionalidade e principiologia. Trata-se de interpretação que está em harmonia com os valores prestigiados pelo sistema jurídico de 1988, em especial do valor da dignidade humana – que é o valor fundante do sistema constitucional. Insiste que a teoria da paridade entre o tratado internacional e a legislação não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 assegura a estes garantia de privilégio hierárquico, reconhecendo-lhes natureza de norma constitucional. Esse tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo art. 5º, § 2º da Carta de 1988, justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre os Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes. Os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano, e não das prerrogativas do Estado (PIOVESAN, 2010, p. 20).

Nesse diapasão, o direito brasileiro opta por um sistema misto disciplinador dos tratados, caracterizado por combinar regimes jurídicos diferentes, um aplicável aos tratados de direitos humanos e outro, aos tratados tradicionais. Na medida em que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, por força do art. 5º, § 2º da Constituição, apresentam hierarquia constitucional, os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional.

Valério de Oliveira Mazzuoli (2009, p. 28) manifesta no seguinte sentido:

Se a sua intenção foi colocar termo às controvérsias (doutrinárias e jurisprudenciais) sobre o nível hierárquico dos tratados de direitos humanos no Brasil, parece que a tal desiderato não conseguiu chegar. Nós também sempre entendemos inevitável a mudança do texto constitucional brasileiro, a fim de se eliminarem as controvérsias a respeito do grau hierárquico conferido pela Constituição aos tratados internacionais de direitos humanos pelo Brasil ratificados. Mas a nossa ideia era outra, em nada semelhante à da Emenda Constitucional 45. Entendíamos ser premente, mais do que nunca, incluir em nossa Carta Magna não um dispositivo hierarquizando os tratados de direitos humanos, como fez a EC 45, mas sim um dispositivo que reforçasse o significado do § 2º do art. 5º, dando-lhe verdadeira interpretação autêntica. Essa redação do texto constitucional, (...), é exemplo claro da falta de compreensão e de interesse (e, sobretudo, de boa vontade) do nosso legislador relativamente às conquistas já alcançadas pelo direito internacional dos direitos humanos nessa seara.

Na tentativa de dirimir as discussões concernentes à hierarquia dos tratados de direitos humanos dentro do ordenamento jurídico brasileiro foi introduzido o §3º ao artigo 5º que apenas endossou a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados (MAZZUOLI, 2011, p. 33).

Nesse viés, no dia 03 de dezembro de 2008, em decisão histórica, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP, o Supremo Tribunal Federal avançou quando reconheceu que os tratados de direitos humanos se situam em patamar superior à

lei ordinária, possuindo caráter suprallegal, com fundamento no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. Eis a ementa do acórdão:

PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE n. 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (STF, 2008)

Todavia, houve um ponto de divergência, no que tange à hierarquia dos tratados de direitos humanos.

O Supremo Tribunal Federal posicionou-se no sentido de que caso o tratado de direitos humanos seja aprovado de acordo com o artigo 5º, § 3º, da Constituição, terá valor de Emenda Constitucional; entretanto, se não for esse o caso, os demais tratados de direitos humanos vigentes no Brasil contam com valor suprallegal, isto é, valem mais do que a lei e menos que a Constituição (MAZZUOLI, 2011, p. 14).

Por mais que o entendimento do Ministro Celso de Mello não tenha sido, por ora, o majoritário, é pertinente que o seu voto, retrata a evolução sobre o tema, lança luzes para futuros avanços no entendimento do Supremo acerca da efetivação dos direitos humanos reconhecidos pelo Brasil em tratados internacionais, em consonância com os valores axiológicos constitucionais que informam a avançada Constituição Federal de 1988, sobretudo o da dignidade humana, e ajustando-se às concepções que prevalecem atualmente no cenário internacional.

CONCLUSÃO

Diante do estudo realizado, foi possível concluir que todos os tratados de direitos humanos ratificados e em vigor no Brasil tem caráter constitucional, quer seja com *status* de norma constitucional, a chamada hierarquia material, quer seja equivalente a uma emenda constitucional, dotado de hierarquia formal e material.

No mesmo diapasão, percebeu-se que o sistema brasileiro de controle de normas conta com o controle de convencionalidade das leis, destinado à dupla compatibilidade material das leis infraconstitucionais com os tratados de direitos humanos, além do clássico controle de constitucionalidade.

Não obstante, como fora abordado, tem-se ainda o controle de suprallegalidade, relativo à compatibilização das leis com os tratados internacionais comuns.

Portanto, vê-se que a Constituição Federal deixou de ser o único paradigma de controle das normas pertencentes ao ordenamento jurídico interno, contando ainda com a aplicação dos tratados de direitos humanos, sendo aplicáveis às normas infraconstitucionais os controles de convencionalidade difuso ou concentrado.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1993.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 de mar. de 2014.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm#ementa>. Acesso em: 18 de mar. de 2014.

_____. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em 17 de mar. de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. Relator Cezar Peluso. Acórdão de 03 de dezembro de 2008. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28466343%2EENUME%2E+OU+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c7jnp4j>>. Acesso em: 18 de mar. de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 79.785/RJ. Relator Sepúlveda Pertence. Acórdão de 29 de março de 2000. **Diário de Justiça**. Brasília, 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>>. Acesso em: 19 de mar. de 2014.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Estado Constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica**. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Supraconstitucional: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito**. São Paulo: RT, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7.ed. Tradução de: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 3.ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2.ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 36, n. 113, 2009. Disponível em: <<http://new.pensamientopenal.com.ar/01102010/doctrina04.pdf>>. Acesso em: 18 de mar. de 2014.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). **O STF e o direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994.

VIGNALI, Heber Arbuét; ARRIGHI, Jean Michel. Os vínculos entre o direito internacional público e os sistemas internos. **Revista de Informação Legislativa**, ano 29, n° 115, Brasília: Senado Federal, jul./set./1992.