XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

TEORIA CONSTITUCIONAL

VLADIA MARIA DE MOURA SOARES

DIOGO GUAGLIARDO NEVES

JOSÉ LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teoria Constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Vladia Maria de Moura Soares, Diogo Guagliardo Neves, José Luiz Quadros de Magalhães – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-576-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição Federal. 3. Direitos Humanos. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

Em novembro de 2017 abrem-se os trabalhos do XXVI Congresso Nacional do CONPEDI Em São Luis do Maranhão com o tema Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça.

Refletindo sobre o eixo dos trabalhos que compõem o grupo de Teoria Constitucional é possível apontar os questionamentos sobre o sistema de governo presidencialista e a realidade brasileira conformações e dissenções, a atuação do judiciário e a hermenêutica constitucional, dentre os problemas suscitados a atribuição do efeito erga omnes em controle difuso de constitucionalidade nas decisões emanadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Como diagnóstico, todavia, os trabalhos procuraram mostrar uma série de deficiências existentes na participação democrática brasileira e na atuação legítima do Judiciário. Há problemas dos mais diversos. Viu-se o problema de inserção política das minorias, para não dizer, a incapacidade de uma efetiva democracia deliberativa em que todos tenham voz. Por outro lado, notou-se o ativismo judicial como um problema de interferência indevida do Judiciário nos assuntos dos outros Poderes.

Em vista de todo o exposto, convida-se a comunidade científica para que aprecie esta publicação, não sendo exagero dizer que os trabalhos do grupo de Teoria Constitucional têm o mérito de contribuir para a superação dos problemas apontados, procurando caminhos para a consolidação de teorias, de modo a que estas sirvam para iluminar outras possibilidades jurídicas na realidade brasileira dos nossos dias.

Dessa forma, a publicação apresenta algumas reflexões acerca de alternativas e proposições teóricas que visam ao debate e o aperfeiçoamento das constituições. Assim, os trabalhos aqui publicados, contribuíram de forma relevante para que o GT Teoria Constitucional permaneça na incessante busca dos seus objetivos, qual seja, levar à comunidade acadêmica e à sociedade uma contribuição acerca da sua temática.

Que todos possam ter uma excelente leitura.

Prof. Dr. Diogo Guagliardo Neves - UNICEUMA

Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães - PUC/MG

Profa. Dra. Vladia Maria de Moura Soares - UFMT

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A AMPLIAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO MATERIAL ATRAVÉS DA INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.

THE EXTENSION OF THE MATERIAL CONSTITUTION THROUGH THE INCORPORATION OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES.

Mario Jorge Philocreon De Castro Lima [1]
Débora Achy de Afonseca [2]

Resumo

O artigo tem por escopo expor a interação dos tratados de direitos humanos, aos quais o Brasil é signatário, com sua ordem jurídica interna. Ademais, tratar-se-á dos parâmetros de controle adotados pelo direito brasileiro, em especial o bloco de constitucionalidade. Critica-se, por sua vez, o posicionamento atual prevalecente na jurisprudência brasileira, que atribui às normas aderentes ao bloco uma equivalência constitucional firmado em aspectos meramente formais. Por fim, é sustentada a possibilidade de normas com identidade material com a constituição, particularmente aquelas advindas de tratados de direitos humanos, serem utilizadas como parâmetro de controle da produção normativa doméstica.

Palavras-chave: Tratados, Direitos humanos, Constituição material

Abstract/Resumen/Résumé

The article is scope to expose the interaction of the human rights treaties to which Brazil is a signatory, with their national legal systems. Moreover, it will be treated control parameters adopted by Brazilian law, in particular the constitutional block. The criticism is, in turn, the prevailing current position in the Brazilian law that attaches to participating rules to block a constitutional status signed in purely formal aspects. Finally, it supported the possibility of identity those rules with the material constitution, particularly those arising from human rights treaties, can be used as parameter of control of the domestic normative production.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Treaties, Human rights, Material constitution

---

[1] Doutor em Direito pela UFPE (2005). Mestre em Direito pela UFBA (1999). Mestre em Administração pela UFBA (1997). Professor adjunto da Faculdade de Direito da UFBA.

[2] Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (2016). Pós-Graduada em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito (2015). Graduada em Direito pela Universidade Católica do Salvador (2014).

1 – INTRODUÇÃO

A cogência das normas internacionais sempre foi um problema a ser enfrentado pelo Direito. A falta de instrumentos capazes de emprestar força jurídica à legislação internacional constitui um desafio especialmente quando se trata dos direitos humanos.

Insta salientar que, as modernas constituições vem paulatinamente incorporando aos seus textos, dispositivos vinculados à um política humanitária internacional emergente no período do pós segunda guerra.

A partir de textos constitucionais dotados de uma estrutura hermenêutica aberta, torna-se cada dia mais possível a utilização de normas internacionais de direitos humanos como parâmetro tangenciador do ordenamento jurídico infraconstitucional, bem como, dos atos e omissões do poder público.

No caso específico do ordenamento brasileiro, após o advento da Emenda Constitucional de n. 45 de 2004, estabeleceu-se uma controvérsia acerca dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Apesar do entendimento do Supremo Tribunal Federal "RE 466.343/SP" sacramentar que a equivalência constitucional destes tratados obedeceriam apenas a critérios formais de internalização, sustenta-se que o tema precisa ser debatido a partir da ótica da Constituição material, afiançando uma acepção mais ampla ao chamado bloco de constitucionalidade.

Para tanto, cumpre passar algumas etapas. Primeiramente, recorrendo-se ao método de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, buscou-se, no presente artigo, abordar alguns aspectos do controle de constitucionalidade. Após esclarecida a relação de compatibilidade entre parâmetro e objeto, o trabalho é direcionado à expor o conceito de bloco de constitucionalidade, eis que existem direitos e garantias assegurados constitucionalmente não só no âmbito do texto escrito da Constituição.

Ultrapassadas essas premissas, serão abordados os meios de internacionalização dos tratados no direito brasileiro, desembocando no tratamento jurisprudencial conferido às normas internacionais de direitos humanos ingressadas sem observância do procedimento de emenda constitucional, cerne deste artigo.

Por fim, objetiva-se estruturar os parâmetros de um pretenso controle de convencionalidade em um sistema de proteção multinível que privilegie a máxima efetivação dos direitos humanos.

2 - BREVES COMENTÁRIOS AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Ao se falar em controle de constitucionalidade imperioso é notar a peculiar característica da supremacia das normas constitucionais diante das demais normas do ordenamento jurídico. É essa supremacia que confere à Constituição o *status* de fundamento de validade[1] de todas as normas do sistema jurídico de um Estado, eis que, estas deverão estar em consonância com aquela, tanto em sentido formal (modo de produção) quanto material (conteúdo versado). Tal superioridade, consoante Cunha Júnior (2016, p.24), advém, sobretudo, da soberania do poder constituinte originário, sua fonte de criação.

Nesta linha, Cunha Junior (2016, p. 26-27), ao citar Canotilho, aponta que a supremacia da Constituição deriva tanto do fato de ser ela a origem de formação das normas infraconstitucionais, bem como, pela posição normativa superior que lhe é atribuída no ordenamento jurídico e assim, um verdadeiro parâmetro de validade dos atos dos poderes públicos. Na mesma vertente de pensamento de Canotilho, ainda é destacado o princípio fundamental da constitucionalidade que nada mais é que a conformação, formal e material, dos atos normativos com a Constituição.

A estrutura escalonada da ordem jurídica, difundida por Kelsen (2006, p. 247), dispõe que as normas jurídicas não estão alinhadas em um mesmo patamar no sistema normativo, ao revés, há que se considerar a ordem jurídica como o conjunto de normas postas em diferentes níveis de hierarquia, na medida em que, a Constituição estaria no nível mais elevado, como norma pressuposta e fundamento de validade último que possibilita a unidade de todo sistema.

Convém mencionar que, a Constituição é em si uma unidade normativa, visto que, inexiste hierarquia entre normas materiais e formais ou entre princípios e regras constitucionais, pois provém de uma mesma fonte, o poder constituinte originário. Assim, garantir a supremacia de uma norma constitucional viabiliza, também, a supremacia da Constituição por inteiro, já que ela é dotada de unidade normativa.

Impende ainda ressaltar, que a supremacia das normas constitucionais apenas é verossímil em face de uma Constituição rígida, o que a diferencia da legislação comum cujo processo de elaboração é mais simplório e idêntico ao exigido na elaboração das

[1] Kelsen ao reconhecer a norma fundamental como fundamento de validade de uma ordem normativa, assinala: "Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa." (KELSEN, 2006, p. 217).

Constituições flexíveis, por isso, desprovidas de superioridade hierárquico-normativa no sistema jurídico, quiçá pela falta de um elemento empírico-formal. Por outro lado, uma Constituição rígida requer um processo especial, solene, complexo e de difícil alteração, são dotadas de normas jurídicas que, por natureza, possuem força imperativa, obrigando a todos que elas se dirigem.

Portanto a supremacia constitucional pressupõe uma rigidez dos seus preceitos e a garantia máxima de tal superioridade e rigidez encontra-se nos meios de defesa da constituição, através do controle de constitucionalidade, desempenhado, em grande medida, pelos órgãos judiciais.

Já se sabe que a supremacia constitucional impõe que todas as leis e atos normativos estejam em conformidade formal e material com a Constituição, e como segurança disso têm-se o controle de constitucionalidade. Todavia, não apenas os atos normativos são passíveis de controle de constitucionalidade, mas outrossim, as omissões do poder público, eis que o texto constitucional é repleto de imposições direcionadas aos poderes do Estado.

Por certo, há que se respeitar os comandos normativos emanados da Constituição, mormente no que tange aos preceitos asseguradores dos direitos fundamentais. Assim sendo, uma norma infraconstitucional que viole a Lei fundamental é inconstitucional e igualmente nula[2], devendo ser extirpada do ordenamento jurídico, através do controle de constitucionalidade.

Então, é perceptível que, a Constituição compreendida como lei fundamental não se limita apenas ao reconhecimento da sua supremacia em face das demais normas, mas também, da necessária existência de mecanismos de defesa de tal superioridade. Assim, conforme ensina Clevè (2000, p. 25-26), o controle de constitucionalidade é uma atividade de fiscalização da legitimidade e conformidade das leis e atos do poder público para com a Constituição, configurando-se, ademais, como instrumento de reprimenda dos desvios deste poder, na salvaguarda dos direitos fundamentais.

Em outros termos, o controle de constitucionalidade incide sobre a norma eivada de inconstitucionalidade, dessa forma, o órgão competente para fiscalização, sendo acionado, examina a norma objeto (infraconstitucional) frente à norma parâmetro (Constituição), dessa forma, comprovada a violação aos preceitos constitucionais, a norma objeto de controle é declarada inconstitucional e retirada do ordenamento jurídico, produzindo, geralmente, efeitos

[2] Levando-se em consideração que o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade atual importou do modelo austríaco-europeu a chamada teoria da nulidade no que tange ao fenômeno da inconstitucionalidade. Assim sendo, as normas eivadas deste vício não apenas são excluídas do ordenamento, mas os efeitos desta exclusão retroagem até a data de sua publicação, ressalvados os limites da coisa julgada.

retroativos e *inter partes* (controle concreto) ou *erga omnes* (controle abstrato).

Importa mencionar que, o controle de constitucionalidade requer pressupostos essenciais para sua realização, quais sejam: a existência de uma Constituição formal, a compreensão da Constituição como lei fundamental[3] e a previsão de, ao menos, um órgão competente para desempenhar a atividade jurisdicional de controle de constitucionalidade.

Para que ocorra a fiscalização de constitucionalidade das leis e atos normativos é mister a existência de uma Constituição formal e escrita com seus princípios e regras estabelecidos. Por Constituição formal e escrita entende-se ser aquela elaborada, em regra, de uma só vez e por um órgão dotado de poder, o Poder Constituinte, diferentemente de uma Constituição costumeira onde não há controle de constitucionalidade pois é prevalecente a supremacia do parlamento.

Ademais, é pressuposto do controle ora em estudo, a compreensão da Constituição como lei fundamental, isto é, como norma rígida, suprema e distinta das leis comuns. Como já aludido, a rigidez da Lei maior propicia uma difícil alteração de suas normas, pois foram criadas mediante processo elaborativo altamente complexo e especial, advindo do poder constituinte originário, e em decorrência disso, a Constituição se coloca em posição superior, de norma fundamental, diferenciando-se das demais normas do ordenamento jurídico.

Por fim, pode-se afirmar que não há controle de constitucionalidade sem a existência de um ou mais órgãos competentes para concretizá-lo, estabelecidos pela própria Constituição, podendo ter natureza jurisdicional (agregado ao Poder Judiciário) ou política (fora da estrutura judicial).

Feita esse breve contextualização sobre o controle de constitucionalidade, seguir-se-á analisando a norma objeto e a norma parâmetro de tal controle, pontuando os seus conceitos e dimensões, para então compreendermos a noção de bloco de constitucionalidade como parâmetro de fiscalização, bem como, a possibilidade de inserção dos tratados internacionais de direitos humanos ao referido bloco.

3 - NORMA OBJETO E NORMA PARÂMETRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade, como alhures relatado, ocorre do confronto entre

[3] Nas palavras de Clèmerson Merlin Clève: "Pressuposto, portanto, da fiscalização da constitucionalidade é a compreensão da carta Magna como lei fundamental, o que implica a aceitação de sua primazia e a "consciência da necessidade de garantia dos seus princípios e preceitos" (CLEVÈ. 2000, p. 34).

uma norma infraconstitucional, que é o objeto da fiscalização e a norma parâmetro constitucional. Em regra, o objeto de controle de constitucionalidade são as Leis e Atos normativos, estes últimos compreendidos como veiculadores de normas editados pelos poderes públicos, afastando, dessa forma, o controle de constitucionalidade de atos normativos editados por órgãos privados.

No direito brasileiro, com o advento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), passou-se a admitir que os atos concretos do poder público fossem objeto de controle, mesmo no sistema abstrato. Outrossim, no Brasil e também em Portugal[4], através das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão (ADIO), admite-se como objeto de fiscalização as omissões dos poderes públicos, quando contrárias a uma obrigação de ação positiva estabelecida na Constituição.

Por sua vez, o parâmetro de controle de constitucionalidade é a norma modelo, fundamento de validade de todas as demais normas jurídicas do sistema, que uma vez incompatíveis com tal parâmetro, devem ser retiradas do ordenamento jurídico. Esse verdadeiro lastro de validade das normas infraconstitucionais também é vetor de orientação ao intérprete e o aplicador do direito ao avaliar o sentindo e o alcance normativo na sua atividade hermenêutica.

Normalmente, os diversos modelos de controle de constitucionalidade tomam por parâmetro apenas a Constituição formal (normas expressas e normas implícitas), a exemplo do direito norte-americano. No entanto, como reza Cunha Júnior (2016, p. 101), há países que vinculam-se a um parâmetro limitado, como é o caso da Bélgica, que restringe o parâmetro de constitucionalidade a pouquíssimos dispositivos da Constituição.

Há ainda Estados que possuem um verdadeiro bloco de constitucionalidade, uma vez que consideram como parâmetro de validade das leis e atos normativos não apenas a Constituição, mas outras normas derivadas de um direito supralegal, que podem estar, inclusive, acima da própria Carta Magna, sendo tal reconhecimento advindo, principalmente, da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Nesse sentido, a Alemanha, tendo como expoente Otto Bachof[5], reconhece o fenômeno da "inconstitucionalidade de normas constitucionais", no caso destas últimas violarem dispositivos do direito suprapositivo.

---

[4] É assente na doutrina pátria, exemplificada nos trabalhos de Piovesan, (2003, p. 131) e Quaresma, (1995, p. 57), que o constituinte brasileiro se baseou na Costituição da República Portuguesa de 1976 para estipular a ADIO.

[5] Bachof assevera que o legislador constituinte atua sobre balizas supralegais, senão veja-se: "*autonomia* ilimitada do legislador constituinte, quando, na verdade, essa autonomia só subsiste no quadro das vinculações supralegais.". (BACHOF, 2008, p. 46).

No direito brasileiro, segundo Clevè (2000, p. 72), já houve manifestação pelo STF sobre a impossibilidade de hierarquia entre as normas constitucionais originárias em razão da rigidez constitucional, ou seja, é impossível uma norma constitucional ser declarada inconstitucional em face de outra. A decisão na Adin 815-3-DF, de relatoria do Ministro Moreira Alves, esclarece que nem mesmo as cláusulas pétreas são parâmetros de constitucionalidade em face das outras normas do texto constitucional, sendo elas apenas limites ao poder constituinte derivado quando rever ou emendar a Constituição.

Importa analisar mais detalhadamente a noção de parâmetro de constitucionalidade no direito brasileiro, para tanto vale esclarecer, a priori, como a doutrina apresenta os componentes da Constituição de 1988, somente após a consolidação desta estrutura passar-se-á à avaliação do bloco de constitucionalidade no sistema jurídico nacional.

Parte da doutrina brasileira, a exemplo de Clevè (2000, p. 71), considera como parâmetro de validade das leis e atos normativos do poder público a Constituição formal, em sua acepção integral, isto é, além das normas expressos inclui-se os princípios e regras implícitos.

Depreende-se dessa estrutura o corpo principal do texto da Constituição Federal de 1988 que está posto em 250 artigos e o conteúdo ordenado em nove Títulos, que por sua vez, são subdivididos em Capítulos e Seções. Numa perspectiva estrutural, a Constituição Federal é composta por duas espécies normativas, as regras e os princípios. As regras são enunciados de feição mais fechada, objetiva, prevêem uma conduta cujo cumprimento não obedece uma gradação, nas palavras de Dworkin ou são cumpridos ou não. Já os princípios, segundo Dworkin (2014, p. 39 – 43), possuem uma textura aberta e indicam apenas uma diretriz a ser seguida pelo intérprete, podendo assim coexistir na mesma circunstância com outros princípios opostos.

Para além do corpo principal da Constituição Federal, têm-se as normas de transição denominado como Ato das Disposições Constitucionais e Trânsitórias - ADCT, que tem por finalidade precípua amenizar os impactos entre o texto constitucional revogado e a nova Carta Magna. Já é consolidado na jurisprudência do STF que a natureza jurídica dos dispositivos do ADCT é de norma constitucional.[7]

---

[7] "PRECATORIO - PAGAMENTO PARCELADO - ADCT, ART. 33 - NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS INTEGRANTES DO ADCT - RELAÇÕES ENTRE O ADCT E AS DISPOSIÇÕES PERMANENTES DA CONSTITUIÇÃO - ANTINOMIA APARENTE - A QUESTÃO DA COERENCIA DO ORDENAMENTO POSITIVO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. - Os postulados que informam a teoria do ordenamento jurídico e que lhe dao o necessario substrato doutrinario assentam-se na premissa fundamental de que o sistema de direito positivo, além de caracterizar uma unidade institucional, constitui um complexo de normas que devem manter entre si um vinculo de essencial coerencia . -

Ressalte-se, ainda, a existência do preâmbulo da Constituição, em que os membros da Assembleia Nacional Constituinte expõe os valores que os nortearam, servindo pois, como demonstração da expectativa destes parlamentares quanto a nova Carta Magna, no ato da sua promulgação. Todavia, o Supremo Tribunal Federal considera que o preâmbulo é destituído de valor normativo e força cogente, portanto, não pode ser utilizado como parâmetro de controle de constitucionalidade.

A despeito de toda essa estrutura constitucional sucintamente apresentada acima, é possível perceber que a acepção de Constituição, e assim, de norma parâmetro de controle de constitucionalidade, não se limita apenas ao que está escrito no texto da Lei Maior, mas abrange princípios e valores materialmente constitucionais, é o que defende a doutrina que reconhece a existência do bloco de constitucionalidade no sistema brasileiro, com vias de ampliar o conceito de Constituição, como demonstrado a seguir.

4 – O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Em um primeiro momento é imperioso salientar a compreensão de Constituição como um sistema aberto de normas, com fins de integração com realidade social, onde esta é sempre mutante. Hirsch (2010, p. 237), ao citar Canotilho, destaca que para este a abertura constitucional pressupõe, em sentido amplo, uma mediação política, consentânea ao princípio democrático[7].

Um dos autores que trata desta abertura constitucional de forma mais clara é Konrad Hesse ao tratar da força normativa da Constituição, veja-se:

> A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. (...) Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples

O Ato das Disposições Transitorias, promulgado em 1988 pelo legislador constituinte, qualifica-se, juridicamente, como um estatuto de indole constitucional. A estrutura normativa que nele se acha consubstanciada ostenta, em consequencia, a rigidez peculiar as regras inscritas no texto basico da Lei Fundamental da Republica. Disso decorre o reconhecimento de que inexistem, entre as normas inscritas no ADCT e os preceitos constantes da Carta Política, quaisquer desniveis ou desigualdades quanto a intensidade de sua eficacia ou a prevalencia de sua autoridade. Situam-se, ambos, no mais elevado grau de positividade jurídica, impondo-se, no plano do ordenamento estatal, enquanto categorias normativas subordinantes, a observancia compulsoria de todos, especialmente dos órgãos que integram o aparelho de Estado.". STF, RE:160486/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 11/10/1994, Primeira Turma, Publicação: DJ 09-06-1995.

[7] Cf. HIRSCH. Op. cit. p.237.

> eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferençadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas. (HESSE, 1991, p 4-5).

O entendimento da Constituição como um texto hermético, imóvel, pronto e acabado, limitado ao que ali se encontra escrito, acaba por impedir, de certa forma, uma maior concretização dos seus preceitos no seio da sociedade. Já uma Constituição aberta, como a brasileira, tem como norte a dignidade humana, eis que tal abertura interpretativa deve necessariamente tangenciar este supraprincípio hermenêutico. Para fins práticos o intérprete da Carta Magna deve sempre guiar sua exegese com vias de extrair a máxima eficácia da Lei Fundamental, máxime no que tange os direitos fundamentais.

Neste contexto, pode-se afirmar que, o bloco de constitucionalidade é o conjunto de normas constitucionais que vão além do texto escrito da Constituição e são reconhecidas pela jurisprudência do Tribunal Constitucional ou pelo próprio texto constitucional com força normativa equivalente aos comandos escritos da Lei Maior, decorre portanto, de uma maximização da força normativa da Constituição, assim sendo, tal bloco é revestido de supremacia em face das normas infraconstitucionais e serve como paradigma do controle dos atos do poder público que afrontem a Constituição em seu sentido mais amplo.

O bloco de constitucionalidade possui origem francesa, quando da decisão do Conselho Constitucional que reconheceu o status normativo constitucional do preâmbulo da Constituição francesa de 1958, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, do preâmbulo da Constituição de 1946, dos princípios fundamentais reconhecidos pelas Leis da República e da Carta do meio ambiente de 2004[9].

Registra-se que, no Brasil, em 2002, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece a ampliação do parâmetro de fiscalização de constitucionalidade através da existência do bloco de constitucionalidade, esse debate foi na ocasião da ADI 595/ES.

A idéia do bloco de constitucionalidade surge com escopo de ampliar o conceito de Constituição, no sentido de que existem normas materialmente constitucionais que não estão necessariamente dispostas no texto da Constituição, a exemplo das normas de emendas constitucionais não incorporadas ao texto da constituição ou dos princípios implícitos

[9] Sobre o bloco de consitucionalidade na ordem jurídica externa, André de Carvalho Ramos assinala: "No Direito Comparado, o marco do reconhecimento da existência do bloco de constitucionalidade foi a decisão n. 71-44 DC, de 16-7-1971, do Conselho Constitucional francês, relativa à liberdade de associação, que consagrou o valor constitucional do preâmbulo da Constituição francesa de 1958, que, por sua vez, faz remissão ao preâmbulo da Constituição de 1946 e à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Em 2005, houve alteração do preâmbulo da Constituição francesa e foi agregada remissão à Carta do Meio Ambiente (*Charte de l´environment*), todos agora fazendo parte do bloco de constitucionalidade" (RAMOS, 2015, p.318).

reconhecidos pela jurisprudência. Esta expansão muitas vezes gera certa controvérsia, como será visto na explicação sobre a internalização dos tratados internacionais de direitos humanos.

Em regra, as mudanças constitucionais executadas através das emendas são adicionadas ao corpo do texto original da Constituição. No entanto, essa regra foi relativizada a partir da Emenda Constitucional nº 02 de 1992, na qual seus dispositivos não foram incorporados ao texto principal da Constituição, porém foram considerados como normas constitucionais, conforme precedentes da Suprema Corte, reconhecendo a validade e aplicação de tais dispositivos, compondo, assim, o bloco de constitucionalidade.

No que tange aos princípios implícitos constantes na Constituição, o entendimento da doutrina e jurisprudência já é sólido em relação ao reconhecimento de tais princípios não escritos, a exemplo dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da reserva do possível, dentre outros. Nesse âmbito, resta pacificado, por decisões reiteradas do Supremo Tribunal Federal, que os princípios implícitos integram o bloco de constitucionalidade, servindo de parâmetro no controle de constitucionalidade[10].

Ademais, os tratados internacionais sempre foram alvo de questionamento no sistema normativo constitucional brasileiro. Eis que o artigo 5º, § 2º da CF/88, dispõe que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte", levando doutrinadores como Flávia Piovesan a defenderem a natureza de norma constitucional de todos os tratados internacionais sobre direitos humanos internalizados no Brasil, fazendo parte, assim, do bloco de constitucionalidade.

A despeito disso, o Supremo Tribunal Federal entendia que qualquer tratado internalizado no Brasil, independente de que tema tratasse, ingressaria no ordenamento jurídico brasileiro com força de lei ordinária.

Contudo, de acordo com Mazzuoli (2015, p. 226) e Ramos (2009, p. 244), com a inclusão do § 3º no artigo 5º na CF/88, pela EC n. 45 de 2004, que possibilita aos tratados internacionais de direitos humanos aprovação por um *quorum* qualificado, a fim de passarem a ter equivalência às emendas constitucionais, levou o STF entender que os tratados de direitos humanos internalizados pelo Brasil com *quorum* de emenda, terão força normativa constitucional, integrando o bloco de constitucionalidade, e assim constituem paradigma de controle concentrado de convencionalidade. Os demais tratados internacionais de direitos

[10] Conferir em: STF - RE: 703289 PE, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 06/08/2012, Data de Publicação: DJe-159 DIVULG 13/08/2012 PUBLIC 14/08/2012.

humanos não ratificados com quorum de emenda constitucional, para o STF, possuem estatura supralegal, ou seja, uma posição intermediária entre a Constituição e as normas legais. Em efeitos práticos, estas normas alienígenas, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, no RE 466343/SP, poderiam suspender a eficácia das demais figuras legislativas inferiores cujo teor fosse dissonante[10].

Por sua vez, os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil e anteriores à referida Emenda Constitucional, foram internalizados por meio de procedimento simplificado com *quorum* de lei ordinária, como o Pacto de São José da Costa Rica, o que levou a Suprema Corte conferir a tais tratados estatura de norma supralegal, não atribuindo hierarquia constitucional a eles.

A questão que envolve a temática do presente artigo, gira em torno exatamente da hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, como a seguir demonstrado.

5 – A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E A AMPLIAÇÃO DO CONCEITO MATERIAL DE CONSTITUIÇÃO

Convém examinar, em um primeiro momento, mesmo que sumariamente, o conceito de tratado internacional sob a ótica jurídica, para *a posteriori* explorar o *status* jurídico - normativo dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

5.1 – Conceito, processo de formação e incorporação dos tratados internacionais na ordem jurídica brasileira

Em linhas gerais, os tratados internacionais são os meios mais importantes de obrigação do Direito Internacional. Ressalta-se que o termo "tratado" é empregado genericamente abarcando os Pactos, as Convenções, os Protocolos e todos as espécies de acordos internacionais, que são por natureza juridicamente obrigatórios e vinculantes.

Os tratados internacionais são considerados por Piovesan (2015, p. 110), verdadeiros acordos realizados entre sujeitos de Direito internacional e regidos juridicamente por esse

[10] No original, confira-se a lição pioneira do Ministro Gilmar Mendes: "Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.". (STF – RE 466.343/SP. Rel Min. Cezar Peluso, j. 03.12.2008, publ. DJE 05.06.2009, p. 1160.).

mesmo Direito.

A Convenção de Viena de 1969, ratificada pela Brasil em 2009, foi um marco na necessidade de regular o processo de formação dos tratados internacionais, assim, segundo a referida Convenção[12], tratado é todo acordo internacional celebrado entre Estados, em forma escrita e regido pelo Direito Internacional.

Por óbvio, os tratados internacionais apenas surtem efeitos no âmbito dos Estados que o adotaram, não podendo ser suas disposições exigidas em Estados que não o seguem, contudo, para aqueles Estados signatários é vetado arguir disposições do direito interno como fundamento para o não cumprimento do acordo celebrado.[13]

Ademais, o tratado é pautado no consenso entre os seus signatários, a Convenção ora em comento, exige o requisito do consenso para que o tratado tenha eficácia, considerando-o nulo nos casos de imposição, quando os tratados forem ratificados mediante ameaça ou força, em violação aos princípios do Direito Internacional.

Em relação ao processo de formação dos tratados internacionais, estes se iniciam com as negociações, conclusão e assinatura pelo Poder Executivo. Salienta-se que, tal assinatura apenas significa a concordância com os termos do tratado, não acarretando em vinculação, sendo mister para tanto, a apreciação e aprovação pelo Legislativo.

Além da aprovação do tratado pelo Poder Legislativo, ocorre a ratificação, novamente com a participação do Poder Executivo. A ratificação traduz a vinculação formal ao tratado pelo Estado signatário, estando este, assim, obrigado à respeitar os dispositivos constantes no acordo. Esta ratificação tem natureza jurídica produzindo efeitos no âmbito internacional. Ademais, o instrumento de ratificação deverá ser depositado no órgão por ele responsável (a exemplo da ONU – órgão responsável pelos tratados das Nações Unidas)

Nas lições de Piovesan (2015, p. 116), o ato de celebrar tratados acaba por ser uma tradução do sistema de *check and balances*, eis que o Executivo não possui o poder absoluto da possibilidade de realizar um tratado, o seu poder é limitado pelo aval do Legislativo.

Ressalte-se ainda que, após a ratificação do tratado, há questionamentos sobre a necessidade de ato normativo interno que possibilite a eficácia do tratado em âmbito nacional, isto é, a existência de ato jurídico interno que transferisse os dispositivos do tratado para o sistema normativo doméstico. Tal questionamento possui estreita relação com as concepções

---

[12] Convenção de Viena de 1969, Art. 2º: "Para os fins da presente Convenção: a)"tratado" significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica"

[13] Convenção de Viena de 1969, Art. 26: "Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé." e Art. 27: "Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado".

monista e dualista, onde a primeira considera que o Direito internacional e o Direito interno fazem parte de uma mesma ordem jurídica e a segunda, a corrente dualista, ao contrário não reconhece a unidade do Direito internacional e o interno, compreendendo-os como distintos e independentes entre si.

Sendo assim, de acordo com a concepção monista a ratificação do tratado seria suficiente para este produzir efeitos na ordem nacional e internacional. Ao revés, para os dualistas apenas a ratificação não conduz à incorporação automática dos tratados, sendo necessário para tanto a edição de ato jurídico interno.

No direito brasileiro, a incorporação dos tratados internacionais ocorre inicialmente com a celebração do acordo pelo Presidente da República e *a posteriori*, a aprovação pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo e assim segue-se para ratificação pelo Chefe do Executivo Nacional[14]. Havendo, portanto, uma colaboração entre o Poder Executivo e Legislativo no aperfeiçoamento da internalização do tratado.

Imperioso salientar que, a Constituição é omissa ao não estabelecer prazo para o Presidente encaminhar ao Congresso Nacional o acordo assinado por ele, a exemplo tem-se a Convenção de Viena supramencionada, que foi assinada em 1969, mas apenas aprovada pelo Legislativo em 2009. Outrossim, a Constituição não prevê prazo à apreciação do tratado pelo Congresso Nacional, bem como, prazo para que o Chefe do Executivo ratifique tal tratado caso seja aprovado.

É possível perceber que a Constituição de 1988 não menciona adesão nem à linha monista ou à dualista, entendendo a doutrina em sua maioria, que os tratados tornam-se obrigatórios no ordem jurídica interna através de ato normativo nacional, adotando a corrente dualista. No Brasil o ato normativo nacional que após a ratificação do tratado confere a este cumprimento na ordem interna tem sido o decreto de execução expedido pelo Presidente da República.

No entanto, seguindo a linha de Flávia Piovesan, apesar de não majoritária, entende-se que da leitura do artigo 5º, § 1º[15], o Brasil adota um sistema misto, na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos possuem incorporação automática no ordenamento brasileiro, prescindindo do decreto de execução, seguindo assim a corrente monista. Por sua vez, Piovesan (2015, p. 161) explica que os demais tratados ratificados pelo

[14] Constituição da República de 1988: "Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional." e "Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional."

[15]Constituição da República de 1988: "Art.5º, § 1º: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata"

Brasil, mas que não versam sobre direitos humanos necessitam do referido decreto de execução para produzir efeitos na ordem jurídica interna, acompanhando a concepção dualista.

Cumpre observar que, a jurisprudência da Suprema Corte tem se posicionado pela expedição do decreto como fator essencial ao processo de incorporação dos tratados internacionais na ordem interna, concordando, assim, com a doutrina prevalecente no direito brasileiro[16].

No Direito comparado, predomina o entendimento da incorporação automática dos tratados internacionais na ordem jurídica interna. A título de exemplo, tem-se a Constituição portuguesa de 1976, que em seu art. 8º[17] dispõe que as normas e os princípios de Direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do Direito português, vigorando diretamente na ordem interna, sem que se exija uma expedição de ato normativo interno para se incorporarem no ordenamento jurídico nacional.

Data Vênia à posição majoritária da doutrina nacional e da jurisprudência da Suprema Corte, o presente artigo sustenta que à luz dos §§ 1º e 2º do artigo 5º da Carta Magna, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil possuem incorporação imediata ao ordenamento brasileiro e equivalência à norma constitucional, seguindo a doutrina de Flávia Piovesan. Por sua vez, entende-se que os demais tratados internacionais apresentam *status* de norma infraconstitucional com fulcro no artigo 102, inciso III, alínea *b,* da Constituição Federal, como elucidado adiante.

5.2 – A hierarquia constitucional dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos

Oportuno se faz examinar o que dispõe o art. 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988 como base de fundamentação da tese aqui apresentada. O dispositivo adverte que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa

[16] Conferir em: STF - ADI: 1480 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 04/09/1997, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 18-05-2001.

[17] Cf. Constituição da República Portuguesa: "Art.8º. 1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. 2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português. 3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos.".

do Brasil seja parte."

Depreende-se da leitura deste artigo, que a Constituição permite a inclusão dos direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais que o Brasil é signatário, isto é, possibilita que direitos emanados dos acordos internacionais tenham natureza de norma constitucional.

Nas palavras de Flávia Piovesan:

> Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. (PIOVESAN, 2015, p.118).

Ao tratar de parâmetro de constitucionalidade, Canotilho (1993, p. 981-982), assinala que, a Constituição deve ser considerada no seu todo, tanto em relação as regras de competência e de procedimento legislativo, quanto aos princípios materiais e valores nela incorporados, eis que são considerados como padrão do julgamento da inconstitucionalidade, e prossegue esclarecendo que, o conteúdo normativo constitucional não se limita ao texto escrito da Constituição, mas abrange normas e princípios não escritos, alargando, assim, o bloco de constitucionalidade.

Coadunando com as lições de Canotilho, entende-se que os tratados de direitos humanos devem integrar o denominado bloco de constitucionalidade, uma vez que, o art. 5º, §2º, é claramente uma cláusula aberta da Constituição, e como já verificado, uma Constituição aberta, possibilita o reconhecimento de normas materialmente constitucionais que não estão dispostas no texto escrito da Constituição, como é o caso dos tratados internacionais, em específico, os tratados de direitos humanos.

Ressalte-se que, os demais tratados internacionais que não versam sobre direitos humanos são considerados como norma de natureza infraconstitucional, de acordo com o disposto no art. 102, inciso III, *b,* da Constituição Federal de 1988, visto que é da competência do Supremo Tribunal Federal o julgamento, mediante recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

No entanto, a defesa da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos reside justamente na relevância do seu conteúdo material, que complementa o arcabouço de

direitos fundamentais tão abundantemente consagrado na Lei Maior.

Canotilho (1993, p. 227), leciona que o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais é aplicado, sobretudo, em face dos direitos fundamentais[18]. Sendo assim, não é outro o conteúdo que se reveste os tratados de direitos humanos, se não de direitos e garantias materialmente constitucionais.

Então a diferença jurídico-normativa conferida aos tratados internacionais de direitos humanos em relação aos tratados comuns reside exatamente no fato dos primeiros objetivarem a máxima proteção dos direitos do ser humano, enquanto os segundos se restringem à compromissos mútuos entre os Estados acordantes.

A hierarquia de norma constitucional atribuída aos tratados de direitos humanos, consoante a concepção de Piovesan (2015, p. 134), é entendida com base em uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição no que se refere à relevância conferida aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade humana.

Ocorre que, a Emenda Constitucional de nº 45 inseriu o § 3º ao artigo 5º da Constituição, que dispõe: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais"

Na linha do que defende Piovesan (2015, p. 138), outrossim a que o presente trabalho se filia, sustenta-se que, a partir da Emenda Constitucional 45/2004, foi criado um requisito meramente formal para a internalização de tratados internacionais versando sobre direitos humanos. Ao contrário do que se possa pensar, estes critérios procedimentais não tiram a natureza constitucional material da norma humanista estrangeira, validada pelo parágrafo segundo do mesmo artigo 5º da CRFB como uma espécie tipicamente constitucional.

Assinale que, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo facultativo foram os primeiros tratados internacionais de direitos humanos aprovados em conformidade com o §3º do artigo 5º.

Imperioso realçar ainda que, a supracitada autora, menciona que a partir desta modificação constitucional, a única diferença que pode ser extraída dos tratados internalizados com procedimento de emenda e aqueles que não o foram diz respeito à denúncia, que corresponde ao ato unilateral de um Estado com fins de se abster do tratado.

[18] "Este princípio, também designado por *princípio da eficiência* ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)". (CANOTILHO, 1993, p. 227).

Dessa forma, os tratados materialmente constitucionais são passíveis de denúncia, enquanto que os tratados equivalentes às emendas constitucionais não podem ser denunciados.[20]

É importante salientar que, antes da Emenda de n. 45º de 2004, a posição do Supremo Tribunal Federal era que todo e qualquer tratado internacional, regularmente incorporado ao direito interno, seria equivalente às leis ordinárias. No entanto, com o advento da referida Emenda e o consequente §3º do artigo 5º, tal posição sofreu revisão, no sentido de considerar que apenas os tratados de direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional no rito especial de 3/5 dos votos em dois turnos de votação em cada casa, são dotados de dignidade constitucional, atribuindo aos demais tratados internacionais de direitos humanos, não aprovados com o referido rito, natureza supralegal.

Esse entendimento relatado acima e que destoa com os argumentos defendidos no presente artigo, foi a posição majoritária da Suprema Corte em decisão assentada no Recurso Extraordinário de n. 466.343. Registra-se que, na ocasião deste julgado, os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie, defenderam a hierarquia constitucional de todos os tratados de direitos humanos, aprovados ou não pelo *quorum* de emenda, considerando dessa forma, que tais tratados são normas materialmente constitucionais e portanto, integram o bloco de constitucionalidade, contudo foi voto vencido.

Espera-se que, com a chegada de novos ministros à Suprema Corte, a matéria possa voltar à pauta de modo a privilegiar uma interpretação mais favorável a ampla proteção dos direitos humanos.

5.3 – A utilização dos tratados internacionais de direitos humanos como parâmetro de controle da produção normativa doméstica: o chamado controle de convencionalidade.

Impende refletir, que esta expansão da matéria normativa dita constitucional, pela incorporação dos tratados de direitos humanos terá uma repercussão prática no modo de exercer o já conhecido controle de constitucionalidade.

[20] "Diversamente dos tratados materialmente constitucionais, os tratados material e formalmente constitucionais não podem ser objeto de denúncia. Isto porque os direitos neles enunciados receberam assento no Texto Constitucional, não apenas pela matéria que veiculam, mas pelo grau de legitimidade popular contemplado pelo especial e dificultoso processo de sua aprovação, concernente à maioria de três quintos dos votos dos membros, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação. Ora, se tais direitos internacionais passaram a compor o quadro constitucional, não só no campo material, mas também no formal, não há como admitir que um ato isolado e solitário do Poder Executivo subtraia tais direitos do patrimônio popular — ainda que a possibilidade de denúncia esteja prevista nos próprios tratados de direitos humanos ratificados, como já apontado. É como se o Estado houvesse renunciado a essa prerrogativa de denúncia, em virtude da "constitucionalização formal" do tratado no âmbito jurídico interno". (PIOVESAN, 2015, p. 151 – 152).

No âmbito doutrinário, este assunto remonta a uma necessidade de diferenciação entre duas modalidades de controle da produção normativa doméstica e dos atos do poder público, o controle de constitucionalidade e o então chamado controle de convencionalidade.

Como ensinam Mazzuoli e Marinoni (2013, p. 13), o termo "controle de convencionalidade" nasceu na França, em sede da Decisão 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975, do Conselho Constitucional francês, que discutia sobre a constitucionalidade da lei que tratava da interrupção voluntária da gestação, tendo em vista que violaria "o direito a vida", presente na Convenção Européia de Direitos Humanos, da qual a França é signatária. A despeito da decisão do Conselho não declarar a inconstitucionalidade da lei em comento, sob a justificativa controversa de que, ainda que Constituição Francesa considere os tratados de direitos humanos superiores a lei, o Conselho não seria competente para realizar a análise prévia de convencionalidade das leis e atos normativos do poder público, restou claro que o controle de tais normas e atos devem passar por dois exames, um de constitucionalidade e outro de convencionalidade.

Todavia, foi no âmbito do continente americano que o controle de convencionalidade ganhou maior proporção. Em 2006, no julgamento do Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile, a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou que o Poder Judiciário dos Estados deveria realizar a fiscalização de convencionalidade das normas jurídicas internas.[21]

No Brasil, o doutrinador que primeiro desenvolveu o tema sobre o controle da convencionalidade das leis e atos normativos do poder público foi Mazzuoli (2011, p. 73). Para o referido autor o controle de convencionalidade nada mais é que a "compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país", ou seja, tanto os tratados de direitos humanos materialmente constitucionais (conforme art. 5º, § 2º, CF, e que Mazzuoli classifica como tratados com "*status* constitucional") quanto os tratados material e formalmente constitucionais (dispostos no art. 5º, § 3º, CF e que para o autor são tratados com "equivalência constitucional"), podem ser parâmetro de controle de convencionalidade das normas infraconstitucionais.

No que tange aos tratados internacionais comuns que versam sobre temas alheios aos direitos humanos, para Mazzuoli (2011, p. 74), possuem *status* superior ao das leis e servem de parâmetro de supralegalidade das normas infraconstitucionais.

---

[21] CIDH, Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 26 de setembro de 2006, Série C, n. 154, parágrafo 124. Sobre o caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile, ver: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>Acessado em 15.08.2017.

Ora, como dito, de acordo com a melhor doutrina sobre o tema do controle de convencionalidade, TODOS os tratados de direitos humanos ratificados e em vigor no Brasil, independente do *quorum* de aprovação, possuem, no mínimo, *status* de norma constitucional, e dessa forma o controle de produção normativa doméstica em relação a tais tratados pode se dar pela via concentrada e/ou difusa.

Para que haja o controle concentrado de convencionalidade, o paradigma deve se encaixar nos moldes do § 3º do art. 5º, da CF/88, ou seja, devem ser equivalentes às emendas constitucionais (aprovados por três quintos dos votos dos membros das Casas do Congresso Nacional, em dois turnos). Por outro lado, o controle difuso de convencionalidade tem por parâmetro os tratados de direitos humanos formalmente constitucionais, mas também os materialmente constitucionais, conforme a doutrina do autor supramencionado.

Importante destacar que na ADPF de n.320/DF de 2014, retratada também por Mazzuoli (2015, p 223-228), que teoricamente tinha como principal paradigma de controle a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Procurador Geral da Republica ao exarar parecer em defesa do seu cabimento, utilizou-se principalmente dos preceitos fundamentais da Constituição da República, uma vez que a Convenção não possui equivalência constitucional de modo a ser aceita pelo Supremo Tribunal como parâmetro de controle da produção normativa, pois fora internalizada sem o *quorum* de emenda constitucional.

Diante dessa situação acima descrita, percebe-se a dificuldade de não considerar todos os tratados de direitos humanos em vigor no Brasil como passíveis de serem utilizados como parâmetro de convencionalidade das leis e atos do poder público, restringindo o controle abstrato das normas infraconstitucionais, e consequentemente diminuindo o poder de invalidar normas que materialmente violam a constituição, seja pelo seu texto ou mesmo pelos tratados internacionais de direitos humanos, cuja identidade de conteúdo é inegável.

Ainda que, a lição de Mazzuoli (2015, p. 8) conduza a expansão material da norma fundamental, no que tange ao âmbito pragmático dos modos de controle a serem exercidos, não considera-se que tal doutrina oferece uma solução completa. Isto porque ao reconhecer o *status* constitucional dos tratados de direitos humanos independente do aspecto formal de internalização, urge defender sua utilização como paradigma de controle difuso e concentrado.

Com efeito, não seria razoável a exigência de uma mudança no texto constitucional de modo a permitir sua aplicação nas ações concentradas de controle de convencionalidade, uma vez que a própria Lei Maior, através do seu artigo 5º, §§ 1º e 2º, já outorga esta permissão. Além disso, não há sentido em adotar paradigmas diferentes para cada sistema de

controle em vigor no Brasil. Pergunta-se, em que se justificaria aceitar um parâmetro para modelo difuso e não aplicá-lo ao concentrado?

Afirma-se que independente do sistema de controle recorrer à via difusa ou concentrada o parâmetro será sempre a norma constitucional, seja ela identificada por requisitos formais ou, como defende o presente trabalho, pelos materiais.

Dessa forma, vislumbra-se o incremento no arsenal jurídico à disposição das ações de controle de convencionalidade, podendo-se utilizar as já conhecidas ADin, ADC, ADPF e ADIO mediante seus legitimados constitucionais em defesa de um Estado democrático cada vez mais humanista.

6 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da realidade exposta, pode-se constatar que o atual tratamento jurídico conferido aos tratados internacionais de direitos humanos não atendem à acepção mais eficaz de proteção a esta categoria de direitos. Assim sendo, propõe-se a ampliação do alcance do chamado bloco de constitucionalidade de modo a viabilizar a utilização plena das normas internacionais de vertente humanista pelo sistema brasileiro de controle de produção normativa doméstica.

Deste modo, defende-se que o critério a ser observado pela jurisprudência, ao estabelecer o *status* normativo dessas disposições internacionais deve ser material e não apenas formal, a partir da compreensão do parágrafo segundo do artigo 5º, da Constituição Federal.

Ao adotar esta interpretação ostensiva, acredita-se que o ordenamento pátrio rumará para uma consolidação no tratamento dos direitos humanos na ordem interna e poderá emparelhar juridicamente com os demais países co-signatários das mais modernas legislações da espécie, perfazendo a trilha estabelecida pelo constituinte na missão de fomentar o desenvolvimento de uma sociedade mais justa e solidária.

REFERÊNCIAS

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 6ª ed. - Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro**. 2ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**: Teoria e prática. 8a Ed. Salvador, Juspodivm, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3A Ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: WWF Martins Fonstes, 2014

HESSE, Konrad. **Aforça normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. **O bloco de constitucionalidade brasileiro: afirmação e evolução.** Teses da Faculdade Baiana de Direito. Vol. 2. Salvador, 2010.

KELSEN. Hans. **Teoria pura do direito.** 7ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira e MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai.** 1. ed. - Brasília, DF : Gazeta Jurídica, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Podem os Tratados de Direitos Humanos Não "Equivalentes" às Emendas Constitucionais Servir de Paradigma ao Controle Concentrado de Convencionalidade? *In*. **RDU**, Porto Alegre, Volume 12, n. 64, 2015, 222-229, jul-ago 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15ª ed., rev e atual, São Paulo. Saraiva. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas**. 2a ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2003.

QUARESMA, Regina. **O mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. *In*. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 104. Jan/dez 2009.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional,** 5.ed. - São Paulo: Saraiva, 2015.