

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO INTERNACIONAL

FLORISBAL DE SOUZA DEL OLMO

SIDNEY CESAR SILVA GUERRA

FEDERICO LOSURDO

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 Napolini 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

D597

Direito internacional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Florisbal de Souza Del Olmo; Sidney Cesar Silva Guerra; Federico Losurdo .– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-523-

2

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. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração.
XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, 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](http://www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf)

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO INTERNACIONAL

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito Internacional, que tivemos a honra de coordenar, evidenciou mais uma vez a importância que essa ampla temática tem merecido no Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, caracterizada pela presença de autores de todos os vinte e cinco artigos aprovados para o mesmo.

A expressividade dessa participação e o nível elevado das pesquisas que tais comunicações revelaram, caracteriza o papel exercido pelo CONPEDI na disseminação e valorização da pesquisa jurídica no Brasil. No caso do Direito Internacional, essas investigações expressam as transformações e interações ocorridas nas últimas décadas, fruto da globalização e do intenso avanço da tecnologia no Direito Internacional como um todo e nas Relações Internacionais.

Para melhor compreensão do leitor, entendemos válido classificar os trabalhos apresentados em quatro segmentos: Direitos Humanos e Processos Migratórios; Direito Internacional Privado; Direito Internacional Público e Direito Penal Internacional; e Direito da Integração e Meio Ambiente.

Assim, oito trabalhos têm mais aderência ao primeiro segmento, entre eles: A autodeterminação e o direito dos povos indígenas à consulta prévia no ordenamento brasileiro e no internacional: análise do caso da Hidrelétrica Belo Monte, de Thayana Bosi Oliveira Ribeiro e Federico Losurdo; A cooperação jurídica internacional como mecanismo de combate e prevenção ao tráfico internacional de pessoas: a situação brasileira, de Gabriela Galiza e Silva e Saulo de Medeiros Torres; A declaração política e o Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento da Organização das Nações Unidas, de Madson Anderson Corrêa Matos do Amaral e Everton Silva Santos; e A Lei 13.445, de 24 de maio de 2017: uma abordagem à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da não indiferença, de Sidney Cesar Silva Guerra.

Completam esse primeiro grupo os artigos: As contribuições da Constituição da República Mexicana de 1917 para o direito brasileiro, de Marcela Silva Almendros e Márcio Gavalhão; Considerações sobre a análise do processo migratório a partir da complexidade em Edgar Morin, de Florisbal de Souza Del Olmo e Diego Guilherme Rotta; Do hibridismo e da diversidade cultural decorrente da intensificação do afluxo de refugiados: problema ou

riqueza social? de Valéria Silva Galdino Cardin e Flávia Francielle da Silva; e Pactos internacionais da ONU de 1966 e a necessidade de implantação de um controle de efetivação dos direitos: os mecanismos convencionais de monitoramento no âmbito internacional para proteção dos direitos, de Ana Carla Rodrigues da Silva e Leticia Mirelli Faleiro Silva Bueno.

Com pertinência ao Direito Internacional Privado foram apresentados os seguintes trabalhos: A autonomia da vontade como elemento de conexão conciliador entre a nacionalidade e a residência habitual: análise do Regulamento nº 650/2012 da União Europeia, de Mariana Sebalhos Jorge; A autonomia da vontade no contrato de transporte marítimo internacional de carga: possibilidades de escolha de lei e foro na jurisdição estatal e arbitral, de Francisco Campos da Costa e Leon Hassan Costa dos Santos; A ordem pública internacional como requisito para a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil, de João Bruno Farias Madeira; e Arbitragem internacional: precedente do STJ na recusa em homologar sentença estrangeira, de Maria José Carvalho de Sousa Milhomem.

No terceiro segmento temos quatro trabalhos de Direito Internacional Público, quais sejam: A proibição do uso da força como norma de jus cogens: a relevância do caso Nicarágua versus EUA perante a CIJ, de Bianca Gelain Conte e Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso Squeff; O Controle de Convencionalidade das leis e sua correlação com o controle de constitucionalidade brasileiro, de Dalvaney Aparecida de Araújo e Julieth Laís do Carmo Matosinhos Resende; Os desafios do Direito Internacional na era dos ciberconflitos, de André Filipe Loureiro e Silva e Anne Caroline Silveira; e Os desdobramentos do conflito em Timor-Leste sob o prisma da repercussão internacional e seus mecanismos de intervenção, de Michelle Aparecida Batista e Renata Mantovani de Lima.

Esse segmento contém ainda três artigos que podem ser integrados no Direito Penal Internacional: A atuação do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) contra o crime de lavagem de dinheiro, de Almiro Aldino de Sáteles Junior; A centralização do problema global da corrupção no debate das Relações Internacionais e o caso brasileiro, de Vanessa T. Bortolon; e Direito Penal Internacional: uma análise da responsabilidade penal da pessoa jurídica sob a perspectiva do "Criminal Compliance", de Claudio Macedo de Souza.

Completam a riqueza dos artigos apresentados neste Grupo de Trabalho de Direito Internacional, quatro trabalhos de Direito da Integração: A saída do Reino Unido da União Europeia e a teoria da integração regional, de Rodrigo Otávio Bastos Silva Raposo; Direito de Integração do trabalho no MERCOSUL, de Vitor Salino de Moura Eça e Saulo Cerqueira de Aguiar Soares; Liberdade de circulação de capitais no mercado interno da União Europeia: fundamentos e evolução da disciplina através da doutrina e da jurisprudência, de

Nicole Rinaldi de Barcellos e Kenny Sontag; e O valor democrático nos países da UNASUL ante a suspensão da Venezuela do MERCOSUL, de William Paiva Marques Júnior. E dois de Direito Penal Internacional: A Convenção de AARHUS e seus efeitos para o Direito Internacional do Meio Ambiente: uma análise do pilar da participação pública, de Renata Pereira Nocera; e A proteção internacional do meio ambiente: origens, contemporaneidade e novas perspectivas de efetividade, de Joice Duarte Gonçalves Bergamaschi e Tania Lobo Muniz.

Consideramos oportuno afirmar que a variada e rica gama de textos apresentados neste Grupo de Trabalho sintetiza, com a devida profundidade, a essência dos debates acontecidos neste XXVI Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Luís do Maranhão.

Prof. Dr. Florisbal de Souza Del Olmo – URI

Prof. Dr. Sidney Cesar Silva Guerra – UFRJ

Prof. Dr. Federico Losurdo – UFMA

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.

**O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS E SUA CORRELAÇÃO
COM O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO**
**THE CONVENTIONALITY REVIEW OF LAWS AND ITS CORRELATION WITH
THE BRAZILIAN JUDICIAL REVIEW**

Dalvaney Aparecida de Araújo ¹
Julieth Laís do Carmo Matosinhos Resende ²

Resumo

A pesquisa examina o controle de convencionalidade das leis no intuito de analisar a sua sistemática e especificidades com o controle de constitucionalidade brasileiro. Pretende-se evidenciar que sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro ocorre de forma similar à do controle de constitucionalidade das leis, mudando-se tão somente o paradigma. Embora haja divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da posição hierárquica dos tratados internacionais, o Judiciário brasileiro deve analisar a compatibilidade entre os tratados internacionais e as normas internas, de modo a garantir a concretização dos direitos humanos valendo-se do princípio pro homine. Utilizou-se do método dedutivo.

Palavras-chave: Controle, Convencionalidade, Constitucionalidade, Tratados internacionais, Princípio pro homine

Abstract/Resumen/Résumé

This paper examines the conventionality review of laws, aiming at the analysis its systems and specificities with the Brazilian judicial review. The goal is to reveal that its applicability in Brazil's legal system occurs in a similar way to the judicial review of laws, with a change only in its paradigm. Even though there are disagreements with scholars and jurisprudence concerning the hierarchy international conventions, the Brazilian Judiciary branch must analyze the compatibility between international conventions and internal legislation, in order guarantee the achievement of human rights by the use of the pro homine principle. The deductive method was used.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Control, Conventionality, Constitutionality, International conventions, Pro homine principle

¹ Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna. Especialista em Direito Público pela Faculdade de Bom Despacho. Bacharel em Direito pela PUC Minas. Servidora pública do TJMG.

² Mestranda em Direitos Fundamentais na Universidade de Itaúna-MG. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete. Assessora Jurídica na Procuradoria Municipal de Jeceaba.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo consiste em investigar o controle de convencionalidade com a finalidade de compreender, inicialmente, seus fundamentos teóricos no contexto analítico e crítico-comparativo de modo a demonstrar a aplicabilidade desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

O controle de convencionalidade visa analisar a compatibilidade vertical das normas internas de um Estado com os tratados internacionais ratificados pelo Estado. Nesse sentido, esse controle funciona como um instrumento viabilizador de cumprimento das normas internacionais, garantindo-se, em consequência, a eficácia prática dos preceitos de direitos humanos assumidos pelo país.

Decerto que esse novo parâmetro de análise das leis internas advindos da ratificação de um tratado internacional impacta na pirâmide normativa brasileira e suscita questões acerca do posicionamento das normas internacionais. Essas relações de fontes nacionais e internacionais constituem uma emblemática na doutrina e jurisprudência, o que acaba por inviabilizar, por vezes, a aplicação do controle de convencionalidade.

Em virtude disso, cabe investigar o controle de convencionalidade, examinando-se sua gênese e desenvolvimento no âmbito da Corte de Direitos Humanos para, então, analisar, a estrutura da pirâmide normativa brasileira ante a inserção das normas internacionais e, consequentemente, analisar o método de aplicabilidade no ordenamento brasileiro.

Por meio da pesquisa bibliográfica foi possível construir análises temáticas, teóricas, comparativas e críticas do tema, delimitando-o por meio do método dedutivo. Assim, partiu-se de uma análise macro analítica (controle de convencionalidade no Direito Internacional) em direção a um exame micro analítico (aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro).

2. ANÁLISE CONCEITUAL DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SUAS INTER-RELAÇÕES

No Direito Constitucional brasileiro tem-se o controle de constitucionalidade, que relaciona-se com o exercício da jurisdição constitucional, baseando-se na análise de compatibilidade entre uma lei ou ato normativo e o texto constitucional. Trata-se de um sistema que garante a supremacia das normas constitucionais, evidenciando a superioridade e sua força normativa, de modo a afastar a antinomia de uma eventual norma infraconstitucional.

No Direito Internacional consagra-se o controle de convencionalidade, o qual refere-se às normas convencionais de direitos humanos previstas em tratados internacionais ratificadas pelo Estado. Assim, esse controle constitui procedimento de verificação a adequação entre os atos internos de cada país face às normas internacionais.

A terminologia “controle de convencionalidade” teve origem na França, na década de 1970, em um caso em que o Conselho Constitucional Francês, na decisão 74-54 DC de 1975, manifestou-se por sua incompetência quanto ao exame de convencionalidade preventiva das leis. Vale dizer, em sua não competência para analisar a compatibilidade preventiva das leis com os tratados ratificados pela França, que, nesse caso, tratava da compatibilidade das leis com a Convenção Europeia de Direitos Humanos. (MAZZUOLI, 2011).

Segundo Ramos (2013), subsistem duas formas de controle de convencionalidade: o internacional e o nacional. O internacional consiste na atividade fiscalizatória dos atos e condutas dos Estados em desconformidade com seus compromissos internacionais. Esse controle remete aos órgãos julgadores independentes criados por tratados internacionais, tais como a Corte de Direitos Humanos Europeia, Interamericana e Africana, a Corte Internacional de Justiça, os Tribunais do Direito da Integração (Tribunal de Justiça da União Europeia e o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul), dentre outros.

No segundo, o controle de convencionalidade nacional é realizado pelos Tribunais internos do país por meio da análise de compatibilidade das normas internas às normas internacionais. Esse exame deve ser realizado pelos juízos ordinários, contudo não ocorre vinculação do juiz internacional. (RAMOS, 2013).

Para Ramos (2013), o termo “controle de convencionalidade” deve remeter ao controle de matriz internacional realizado pelas Cortes Internacionais. Em sua concepção, as diferenças entre o controle de convencionalidade internacional e o controle de convencionalidade nacional pautam-se: 1) na hierarquia do parâmetro de confronto, já que no controle de convencionalidade internacional, a norma paradigma é a internacional, geralmente um tratado ao passo que no controle de convencionalidade nacional a hierarquia do tratado que serve de parâmetro depende do ordenamento interno que estabelece a forma de recepção dos tratados; 2) na interpretação divergente dada pelos tribunais internos.

Nessa perspectiva, defende o autor que o autêntico controle de convencionalidade é aquele de tratado internacional, realizado no plano internacional, uma vez que o controle de convencionalidade nacional constitui tão somente um controle nacional de legalidade, supra legalidade ou de constitucionalidade, dependendo da classificação a ser dada aos tratados internacionais.

De forma diversa, Mazzuoli (2011) afirma que o sistema brasileiro de controle da produção normativa doméstica também conta, especialmente depois da EC nº 45/04, com um controle jurisdicional da convencionalidade das leis, além do clássico controle de constitucionalidade e ainda com um controle de suprallegalidade das normas infraconstitucionais.

Nesse contexto, o controle de convencionalidade das leis pode se dar tanto por via de ação, como no caso do controle concentrado, quanto pela via de exceção, no caso do controle difuso.

Mazzuoli (2014) analisa que, a partir do controle de convencionalidade, a produção normativa doméstica passa a se valer de um duplo limite vertical material que seria: 1) a Constituição e os Tratados Internacionais de direitos humanos; 2) os tratados internacionais comuns. Ele desenvolve as seguintes modalidades de controle de convencionalidade: de legalidade, de suprallegalidade, de convencionalidade e de constitucionalidade. Baseando-se nessa conceituação, ele vai delinear os parâmetros e os pressupostos para o que ele denomina de controle de convencionalidade.

Portanto, a análise da convencionalidade pauta-se no controle de constitucionalidade, tendo-o como referência e base, diferenciando-se quanto ao parâmetro para controle, já que este tem como paradigma a Constituição ao passo que o segundo tem como parâmetro um tratado internacional e a jurisprudência internacional. Considerando essa correspondência entre os institutos, pretende-se correlacioná-los de forma a ponderar sobre os temas, suas diferenças e sutilidades. Mas, para tanto, faz-se necessário um estudo prévio acerca do papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E O PAPEL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O controle de convencionalidade no Sistema Interamericano foi consolidado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Evidenciar seu papel constitui um elemento essencial para a compreensão e aplicação dessa forma de controle entre os países latino-americanos.

A expressão *control de convencionalidad* foi utilizada pela primeira vez no caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, pelo juiz Sérgio Garcia Ramirez, em sentença de 25 de novembro de 2003. Esse caso abordou a responsabilização do Estado da Guatemala pela privação arbitrária do direito à vida de Myrna, assassinada em 11 de setembro de 1990, em virtude de

uma operação militar arquitetada, devido as atividades desenvolvidas pela vítima para se evitar o conflito armado. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003).

No caso *Tibi vs. Ecuador*, sentença de 07 de setembro de 2004, também a Corte manifestou-se sobre o controle de convencionalidade. Nesse caso ocorreu uma operação antinarcóticos, caracterizada como *Cameron*, na província de Guayas (Ecuador), em 18 de setembro de 1995. Muito embora, a terminologia tenha sido utilizada nesse caso, em outras situações, a Corte IDH já exercia o controle. Ela o realizava por meio de uma comparação entre as normas internas e o Pacto de San José da Costa Rica, baseando-se nesse último dado o seu caráter de norma supranacional. (HITTERS, 2009).

Mas foram nesses casos (*Myrna Mack Chang vs. Guatemala e Tibi vs. Ecuador*) que a Corte IDH manifestou-se sobre o controle de convencionalidade sustentando que a o Tribunal Internacional de Direitos Humanos deve manifestar-se sobre a convencionalidade enquanto que o Tribunal Constitucional deve ponderar acerca da constitucionalidade das normas domésticas, conforme já assinalado na concepção de Ramos (2013).

A Corte IDH desenvolve essa forma de controle de convencionalidade de duas formas: uma de caráter supranacional e a outra de controle nacional de decisões de caráter supranacional. Nesse primeiro caso e controle, o controle supranacional de convencionalidade foi vislumbrado no caso *A Última Tentação de Cristo (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*, sentença de 05 de fevereiro de 2001. Nesse caso, a Corte entendeu que o Pacto de San José da Costa Rica teria sido violado em um artigo da constituição do Chile que diz respeito à matéria de censura televisiva e determinou a reforma da Constituição, posteriormente realizada pelo país. (SAGÜES, 2009).

Nesse contexto, não se trata de ser a jurisdição interamericana uma nova e última instância de controle dos processos que iniciam e se desenvolvem nos órgãos nacionais. Sua função pauta-se tão somente em confrontar os atos e as situações gerais previstas nos tratados internacionais que conferem à Corte competência para tratar desses assuntos.

Entretanto, é no ano de 2006 que a terminologia “controle de convencionalidade” passa a ser de fato mencionada. Para tanto, três decisões evidenciam o papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos (2006): caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*; caso trabalhadores demitidos do congresso vs. Peru; e caso *Radilla Pacheco Vs. México*.

Assim se expressa a Corte Interamericana no caso *Almonacid Arellano*:

A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao ímpeto da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Porém, quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão

submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e fim, e que desde o seu início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’ entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana. (CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006a).

Nesse julgamento, a decisão da Corte enuncia a submissão a que se encontram os juízes nacionais, cujos países assinaram o acordo: existe um grau de subordinação das normas domésticas às normas previstas nos tratados e também às decisões da Corte IDH. Logo, uma vez ratificados os tratados internacionais pelos Estados, devem os juízes nacionais realizar um papel repressivo, utilizando-se como parâmetro os tratados e as jurisprudências da Corte IDH.

Contudo, a obrigação do exercício do controle de convencionalidade no Continente Americano remonta à entrada em Vigor da Convenção Americana, em 18 de julho de 1978. Esclarece Mazzuoli (2011, p. 84) que:

Ocorre que mais de vinte anos depois é que foi o termo “controle de convencionalidade” efetivamente aparecer, especialmente nas sentenças da Corte Interamericana. Esta (desde 2006) tem entendido devam os juízes e tribunais internos proceder ao exame da compatibilidade das leis com a Convenção Americana, levando em conta não somente a Convenção, mas também a interpretação que dela faz a Corte Interamericana, intérprete última e mais autorizada do Pacto de San José. Será também, sob esse enfoque, que definiremos os contornos do controle de convencionalidade das leis nos termos do direito brasileiro atual.

Mas é no caso dos *Trabajadores cejados do Congreso vs. Peru*, sentença de 24 de novembro de 2006, que versa sobre o caso de 257 trabalhadores demitidos do Congresso da República do Peru. Nesse julgamento, a Corte manifestou-se pela desnecessidade de provocação do Judiciário para exercício do controle de convencionalidade entre as normas internas e a convenção, podendo e devendo ele ser realizado de ofício. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006).

Nessa decisão, observa-se a menção acerca de um *corpus juris* convencional dos direitos humanos denominado pelo juiz Sérgio García Ramírez como bloco de convencionalidade – Convenção Americana, Protocolo de São Salvador, Convenção de Belém do Pará, Convenção sobre o Desaparecimento Forçado – que se constitui como parâmetro para o controle de convencionalidade. Verifica-se, ainda, uma alusão ao controle de convencionalidade a encargo dos tribunais internacionais que seria uma espécie de controle concentrado e também a existência de um controle difuso de convencionalidade, exercido por todo juiz ou tribunal que

possui competência para aplicar estipulações de tratados internacionais de direitos humanos. (MAZZUOLI, 2011).

Resta mencionar ainda, o caso *Boyce e outros vs. Barbados*, sentença de 20 de novembro de 2007 e no caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, sentença de 12 de Agosto de 2008. Neles, a Corte IDH evidenciou a necessidade do exercício do controle de convencionalidade e ampliou a base de parâmetro, ao sustentar que os juízes não devem apenas observar o tratado internacional, mas também a interpretação sobre o dispositivo do tratado realizado pela Corte, concebendo efeito útil aos instrumentos internacionais e ratificando os posicionamentos nos casos anteriores. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2007/2008).

Interessante observar que as decisões da referida Corte evidenciam a necessidade do Judiciário agir de ofício uma vez provocado por meio do direito de ação. E uma eventual negativa do Poder Judiciário interno em fazê-lo poderia implicar em responsabilidade do Estado por violação aos direitos humanos, conforme assinala Hitters (2009).

No caso *Cabrera Garcia e Montiel Flores versus México*, sentença de 26 de novembro de 2010 (que versa sobre a responsabilidade do Estado mexicano em razão do tratamento desumano e degradante prestado pelo exército às vítimas), a Corte IDH manifestou-se de forma definitiva acerca do controle de convencionalidade e menciona decisões de várias Cortes Supremas de países latino-americanos que atribuíram obrigatoriedade interna à interpretação realizada pela Corte Interamericana no que pertine aos dispositivos da Convenção, o que se encontra longe de ocorrer no Brasil. Essa evidência exposta pela Corte demonstra a existência de uma interação inter-cortes para proteção dos direitos humanos. (MAZZUOLI, 2011).

Essa interação entre as juízes internos nacionais e a Corte de IDH assinala um contexto de proteção dos direitos humanos realizado tanto pelo controle de constitucionalidade como pelo de convencionalidade, seja pelos órgãos internos, seja pelos internacionais com esse primórdio.

Ressalte-se que o papel consultivo realizado pela Corte IDH em virtude de ser a intérprete última dos tratados deve ser respeitado pelos juízes nacionais como instrumento de auxílio no controle de convencionalidade. Mas, quando exerce esse papel, a Corte não controla a convencionalidade, já que os pareceres não tem força vinculante perante os signatários. O que ela faz é tão somente aferir a convencionalidade de determinada norma ou ato administrativo interno a partir da Convenção Americana ou outro tratado de direitos humanos. (MAZZUOLI, 2011).

Por certo que a omissão dos juízes no tocante ao exercício do controle de convencionalidade sugere uma conduta inadequada, na medida em que os tratados foram

ratificados no Brasil e sua observância implicar-se-ia na inconvenção das leis que, embora vigentes no ordenamento jurídico, não são válidas uma vez que são inconvenções, o que as torna ilegítimas.

3.1 Atos normativos: parâmetro e objeto de controle de convencionalidade

Os atos normativos que servirão de parâmetro para a realização do controle de convencionalidade serão o Pacto de San José da Costa Rica, a interpretação dada pela Corte IDH acerca dessas normas e tratados de direitos humanos internalizados no Brasil com quórum qualificado. Assim, tanto as normas da Convenção Americana de Direitos Humanos (CACH) como as concepções exaradas pela Corte compõem o bloco de convencionalidade, haja vista ser sua intérprete máxima nos termos do art. 67 da CACH.

Mazzuoli (2014) afirma que podem ser objeto de controle de convencionalidade difuso todos os tratados que formam o *corpus juris* convencional dos Direitos Humanos de que o Estado seja parte. No caso do controle concentrado, limitar-se-ia aos tratados de direitos humanos internalizados com quórum qualificado.

Há também a possibilidade de outros tratados integrantes do Sistema Interamericano integrarem o bloco de convencionalidade, como adotado no caso *Gomes Palomino vs. Peru*, em sentença de 22 de novembro de 2005. Em relação a essa questão, Sagüés (2010) aduz que:

Queda la incógnita de determinar si em verdade la Corte Interamericana ha querido conscientemente proyectar la teoría del control de convencionalidad a cualquier tratado, como se desprende de algún voto del tribunal. Es un punto que merece en el futuro una pronta y clara explicitación por parte de dicha Corte, ya que involucra temas tales como si todos los tratados de derechos humanos tienen para los países ratificantes del Pacto de San José de Costa Rica rango supraconstitucional, y si es obligatorio – o no – de todos los jueces del área aplicar, incluso de oficio, las reglas locales que los contradigan. (SAGÜÉS, 2010, p. 126-127).

Conforme a exposição feita pela Corte IDH (2001) no caso *La última tentación de Cristo (Omedo Bustos y otros vs. Chile)* qualquer norma interna de hierarquia infraconstitucional ou constitucional poderá ser objeto de controle de convencionalidade. E não somente as constituições podem ser objeto de controle na concepção de Sagüés (2010), a jurisprudência vinculante que venha a ser adotada pelo país também.

O controle de convencionalidade poderá ser exercido tanto pelos juízes nacionais quanto pela Corte Interamericana. Os primeiros realizaram o controle difuso de convencionalidade considerando o controle de constitucionalidade difuso. Essa obrigatoriedade é observada em próprios julgados da Corte IDH (2006a) como no caso *Almond Arellano vs. Chile*.

Observa-se que o controle exercido pela Corte é o de convencionalidade internacional. Assim, em um caso concreto, realiza-se o confronto entre as normas constitucionais e infraconstitucionais e as normas internacionais e, conseqüentemente, ter-se-á uma decisão que pode determinar reforma da sentença ou a derrogação das leis internas.

Trata-se do controle de convencionalidade concentrado nos ditames estabelecidos pelos tratados. Esse exercício pode ser feito na forma contenciosa quando esgotada as instâncias nacionais e a violação ainda persista. No caso da forma consultiva (art. 64 da CADH), ela somente servirá de base para juízes quando se analisar o controle de convencionalidade. A correlação e os entornos do controle de convencionalidade e constitucionalidade será objeto de título específico.

4. OS TRATADOS INTERNACIONAIS E SUA HIERARQUIA À LUZ DO SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO

Para se delinear e definir o tipo de controle e a forma de exercê-lo, há que se analisar a forma de ingresso dos tratados internacionais. Ou seja, a maneira pela qual são internalizadas em nosso ordenamento jurídico e sua colocação na pirâmide hierárquica. Essa forma de ingresso determinará se a norma será base de controle de convencionalidade ou não, já que, se for considerada como lei ordinária, ela funcionará tão somente como parâmetro de regulamentação de normas inferiores a ela, mas não como controle de convencionalidade. Daí a dificuldade de aceção do termo e seu exercício no direito brasileiro.

Na concepção de Mazzuoli (2011), os tratados internacionais de direitos humanos ratificados no Brasil integram o ordenamento jurídico no mesmo grau hierárquico das normas materialmente constitucionais com aplicação imediata, não podendo ser objeto de revogação por lei ordinária posterior. Para tanto, o autor baseia-se na redação dada ao § 2º, do art. 5º da CR/88.

A redação do artigo 5º, §2º da CR/88 (BRASIL, 2016) explicita que, como os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais, a Lei Maior inclui em seu rol outros direitos constitucionalmente protegidos decorrentes dos tratados internacionais ratificados no país. A esse respeito Trindade (2003) afirma que:

A tese da equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional – tal como ainda seguida por alguns setores em nossa prática judiciária – não só representa um apego sem reflexão a uma postura anacrônica, já abandonada em vários países, mas também contraria o disposto no art. 5.º (2) da

Constituição Federal brasileira. Se se encontrar uma formulação mais adequada – e com o mesmo propósito – do disposto no art. 5.º (2) da Constituição Federal, tanto melhor; mas enquanto não for encontrada, nem por isso está o Poder Judiciário eximido de aplicar o art. 5.º (2) da Constituição. Muito ao contrário, se alguma incerteza houver, encontra-se no dever de dar-lhe a interpretação correta, para assegurar sua aplicação imediata; não se pode deixar de aplicar uma disposição constitucional sob o pretexto de que não parece clara. (TRINDADE, 2003, p. 623-624).

Contudo, o fato de os tratados versarem ou não sobre direitos humanos assumem uma conotação diferente. Se eles tratarem de direitos humanos serão considerados como normas fundamentais e, conseqüentemente, possuirão o *status* de norma Constitucional.

Em virtude dessas divergências doutrinárias e jurisprudências acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos que houve a inserção de uma qualificação para que as normas advindas dos tratados de direitos humanos sejam incorporadas ao ordenamento brasileiro com equivalência às emendas constitucionais. Para tanto, faz-se necessário que elas sejam aprovadas no Congresso Nacional, em dois turnos de votação, devendo obter três quintos dos votos dos membros em cada casa parlamentar.

No entanto, para Mazzuoli, (2011) a inserção desse novo parágrafo em nada alterou o *status* que têm as norma de direitos humanos ratificadas pelo Brasil. Em seu entender, todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro têm nível de normas constitucionais, pouco importando se a forma de inserção do tratado ocorrera na forma qualificada do §3º, art. 5º da CR/88. Assim, não importa o quórum de aprovação da norma, mas sim se versa ou não sobre direitos humanos.

Ressalte-se que o autor pondera que a produção normativa doméstica conta com um duplo limite vertical material: a) a CF/88 e os tratados de direitos humanos (1º limite); e b) os tratados internacionais comuns (2º limite) em vigor no país. Em relação ao primeiro, que versa sobre os tratados de direitos humanos, se eles tiverem sido aprovados com o quórum qualificado que o art. 5º, § 3º da CF/88 prevê, seu *status* será de norma material e formalmente constitucionais. Agora, se não tenha ocorrido sua inserção nessa forma qualificada, ele será considerado apenas materialmente constitucional. (MAZZUOLI, 2011).

No mesmo sentido, Piovesan (2012) assinala que os documentos internacionais que tratam de direitos humanos ratificados pelo país antes da EC n. 45/04 constituem normas materiais (art. 5º, §2º/ CR/88) e formalmente constitucionais (art. 5º, §3º, CR/88). Pauta-se nos seguintes argumentos:

a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2 e 3º do art. 5 já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés ser interpretado

à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; a necessidade de evitar interpretações que apontem e agudos anacronismos da ordem jurídica e a teoria geral da recepção no direito brasileiro). (PIOVESAN, 2012, p. 129).

Antagonicamente, Gilmar Mendes manifesta-se pela concepção de supralegalidade dos tratados de Direitos Humanos, ao passo que, o Ministro Celso de Mello possui a mesma concepção de Mazzuoli, qual seja a do caráter de constitucionalidade de tais normas. Esses dois posicionamentos foram apresentados nos julgamentos do HC 87.585-TO e RE 466.343-SP no dia 3/12/08 (BRASIL, 2008). Esse julgamento é histórico porque evidenciou que os tratados de direitos humanos são hierarquicamente superiores à lei ordinária. Manteve-se a tese de Gilmar Mendes.

Esse julgamento representou um avanço na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) na medida em que, desde 1979, vigorava a adoção do critério de *lex posterior derogat priori*. Vale dizer, o tratado, uma vez formalizado, passava a ter *status* de lei ordinária, de modo que ele (o tratado) poderia revogar as disposições em contrário ou perderia sua eficácia diante da lei posterior, conforme expresso no RE 80004/SE, jul. 01/6/1977 (BRASIL, 1977).

Assim, o STF, ao colocar os tratados internacionais ratificados pelo Brasil no mesmo plano hierárquico das normas infraconstitucionais, aderiu a concepção monista moderada. Nesse sentido, em caso de conflito entre os tratados internacionais e as normas internas será aplicado o critério cronológico.

O STF, no caso dos tratados comuns, ainda mantém esse posicionamento de que eles possuem força de lei ordinária. Mas, no caso dos tratados de direitos humanos, tal como mencionado, a Corte entendeu que eles possuem *status* supralegal a partir de 2008.

Na concepção de Mazzuoli (2014), seria um dissenso essa realocação feita pelo Ministro Gilmar Mendes, já que:

Ao criar as categorias dos tratados de nível constitucional e supralegal (caso sejam ou não aprovados pela dita maioria qualificada) a tese da supralegalidade acabou por regular instrumentos iguais de maneira totalmente diferente (ou seja, desigualou os “iguais”) em franca oposição ao princípio constitucional da isonomia. Daí ser equivocado alocar certos tratados de direitos humanos abaixo da Constituição e outros (também de direitos humanos) no mesmo nível dela, sob pena de subverter toda a lógica convencional de proteção de tais direitos, a exemplo daquela situação em que um instrumento acessório teria equivalência de uma emenda constitucional, enquanto que o principal estaria em nível hierárquico inferior. (MAZZUOLI, 2014, p. 405).

Essa posição hierárquica sustentada no STF acerca da supralegalidade dos tratados, embora criticada por diversos autores por não ser a ideal, conferiu maior relevância aos tratados de direitos humanos e trouxe algumas consequências. Ou seja, tais preceitos se submetem à Constituição Federal, uma vez que se encontram abaixo dessa e acima das normas infraconstitucionais.

A argumentação do Supremo pauta-se no sentido de que a equiparação afetaria a Constituição e, via de regra, sua supremacia. Assim, como norma supralegal, adota-se o critério hierárquico para a solução de antinomias. E, ainda, há que se verificar que, o afastamento de uma disposição convencional em virtude de sua incongruência com um preceito constitucional hierarquicamente superior, não desobrigaria o país ante as obrigações assumidas na ordem internacional. Isso só poderia ser feito por meio da cláusula de denúncia, que constitui um ato privativo do Presidente da República, nos termos do art. 84 da CR/88 (BRASIL, 2016).

Essa divergência quanto à norma prevalecente – se seria a norma interna ou se seria o tratado internacional – fez surgir, basicamente, duas teorias: a teoria monista e a teoria dualista, além de alguns autores apontarem uma teoria intermediária (teoria mista para Piovesan (2012) e Teoria Conciliatória para Mazzuoli (2014)).

A doutrina monista posiciona-se no sentido de que o Estado se compromete juridicamente a assumir um compromisso a partir do instante em que assina e ratifica um tratado internacional. Essa teoria, baseada em Hans Kelsen, defende a existência de apenas uma ordem jurídica, negando coexistirem duas ordens jurídicas distintas, admitindo a existência de conflitos entre normas internas e normas internacionais. (PIOVESAN, 2012).

Há uma subdivisão dessa teoria em monismo intervencionista e monismo nacionalista. A primeira, baseando em com Hans Kelsen, não admite que uma norma de direito internacional estabeleça uma relação de antinomia com norma de direito interno, sob pena de nulidade. E a segunda (defendida por Alfred Verdross) em adoção aos preceitos de Direito Internacional admite a integração da norma internacional ao direito interno, mas não em grau hierárquico superior. Vale dizer, o juiz nacional deve aplicar tanto o direito interno quanto o internacional, segundo a máxima de que a lei posterior prevalece sobre a lei anterior. (PIOVESAN, 2012).

No monismo moderado, o juiz nacional aplica tanto as leis internas quanto as normas dos tratados internacionais, porém realiza tal ato na forma expressamente prevista em seu ordenamento jurídico doméstico, especialmente na Constituição.

A teoria dualista defende que os sistemas são distintos, de modo que o direito interno dos Estados é um, ao passo que, o Direito Internacional é outro. Cada qual em sua esfera e

ambos não se confundem. Nesse sentido, em tese, não haveria conflitos entre as normas uma vez que um tratado internacional só passa a ter vigência no país no momento em que for recepcionado ao respectivo ordenamento por meio de um procedimento legal previsto na legislação interna.

Essa teoria dualista, defendida por Triepel, apresenta a independência entre a ordem interna e a ordem internacional, não havendo, pois, comunicação entre elas. Isso porque não há interseção entre elas. (MAZZUOLI, 2014). Para a validade da norma internacional, faz-se necessária a sua recepção por meio de um processo que a “(...) transforma em norma jurídica interna, só sendo possível o conflito entre duas normas internas, a serem resolvidas pelo mecanismo tradicional: *lex posterior derogat legi priori*”. (BARROSO, 2008, p. 195).

Mazzuoli (2014) assinala a existência de um dualismo radical na doutrina de Triepel. E essa teoria se diferencia do dualismo em si, na medida em que permite a aplicação das normas internacionais pelos tribunais sem que haja a recepção formal do dispositivo. Para o autor, o STF assume a posição de dualista moderada em razão de defender a necessidade de promulgação de decreto presidencial para que o tratado passe a valer em território nacional.

No que diz respeito à teoria mista, combina ela caracteres da teoria monista e dualista, sendo, pois, intermediária. Para Piovesan (2012), o Brasil adotaria um sistema misto, já que os tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos, por força do artigo 5º, § 1º da CF, seriam incorporados automaticamente à legislação interna.

E, aos demais tratados internacionais, aplica-se a sistemática da incorporação legislativa ao exigir a intermediação de um ato normativo para tornar o tratado obrigatório na ordem interna. Afirma, ainda, que, salvo nos tratados de direitos humanos, não existe legislação que enfrente a relação entre o Direito interno e o internacional, de modo que a doutrina predominante expressa que, face ao silêncio normativo, o Brasil adota o sistema dualista. (PIOVESAN, 2012).

Barroso (2008) afirma que a posição do STF demonstra a adoção da corte pela teoria monista. Para tanto, afirma que no RE 80004, julgado em 1977, a Corte passou a seguir o monismo moderado, de modo que o tratado se incorpora ao direito interno no mesmo nível hierárquico da lei ordinária, no qual a norma posterior sobre a anterior.

Ressalte-se, contudo, que diante do novo panorama da sociedade internacional e das relações que interligam os Estados, entende Steiner (2004) que não cabe rediscutir essas teorias monista e dualista uma vez que o ordenamento internacional e o nacional constituem um todo harmônico. Ademais, acima da natureza das obrigações decorrentes dos tratados, existe o dever

geral do órgãos legiferante estatal elaborar suas normas em conformidade com as obrigações internacionais assumidas.

Portanto, a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da teoria adotada no país é complexa ante as várias especificidades inerentes ao Direito Internacional e à legislação doméstica, além dos desdobramentos das teorias. Essa ausência de consenso implica na forma de aplicabilidade das legislações internacionais no país e ainda sobre o controle de convencionalidade a ser realizado e até mesmo no controle de constitucionalidade. Isso porque, dependendo do entendimento quanto à forma de seu ingresso, a norma internacional pode vir a ser objeto de controle de constitucionalidade e não convencionalidade, o que evidencia um equívoco, dada a sua origem. Assim, analisar-se-á no próximo tópico a correlação entre ambos os controles e forma em que serão exercidos.

5. A CORRELAÇÃO ENTRE O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

O controle de constitucionalidade constitui-se numa atividade realizada por magistrados e Tribunais pautada na análise de conformidade das leis e atos do Poder Público com o texto constituição no exercício da jurisdição. Trata-se de um mecanismo de controle e proteção das normas constitucionais. Na mesma perspectiva é exercido o controle de convencionalidade, só que agora a norma paradigma passa a ser as convenções. Assim, esse controle operar-se-á na verificação de compatibilidade das normas internas com os tratados internacionais.

Os mesmos parâmetros de supremacia da constituição e sua força normativa materializados em duas formas de controle (o difuso e o concentrado) também funcionam de supedâneo para a realização do controle de convencionalidade. Este coexistirá com o controle de constitucionalidade e seguirá sob a mesma ótica, mas terão objetos diferentes de análise. Ambos os controles serão exercidos pelos juízes e tribunais internos, de modo que um controle não anula o outro, coexistindo ambos como forma de proceder a verificação de compatibilidade sob circunstâncias diferentes, mas com o mesmo fim, a proteção dos direitos humanos.

Interessante observar que, assim como na teoria do controle de constitucionalidade, o projeto de inconveniência de uma norma doméstica pode ser aferido preventivamente pelo Parlamento Federal em suas Comissões de Constituição e Justiça. E, também, pelo Presidente da República quando veta juridicamente os projetos de lei inconvenientes, aplicando-se a regra do art. 66, § 1.º, da Constituição. No tocante ao controle repressivo de convencionalidade, ele

deve ser exercido (*ex officio* ou mediante provocação) pelo juiz em qualquer caso concreto *sub judice* ou por meio de ação direta no Supremo Tribunal Federal. (MAZZUOLI, 2011, p. 151).

Assim, os tratados de direitos humanos que tiverem sido aprovados com o quórum qualificado (art. 5º, § 3º da CF/88) terão *status* de norma material e formalmente constitucionais. E os que não forem inseridos nessa forma qualificada, serão apenas materialmente constitucional. Tais situações sugerem a forma de controle a ser exercido.

Nesse sentido, os tratados aprovados pela maioria qualificada possuem equivalência às emendas constitucionais e servirão de paradigma ao controle de convencionalidade concentrado perante o STF ou difuso perante qualquer juiz, tribunais estaduais e regionais, STJ e inclusive o STF.

Contudo, adverte Mazzuoli (2011) que não se pode confundir o exercício do controle de constitucionalidade para tratados internacionais equivalentes à emenda constitucional, na medida em que este controle tem como objetivo verificar a incompatibilidade vertical das leis com as normas constitucionais e não com os tratados de direitos humanos ratificados pelo país. Desse modo, o quórum qualificado trazido pela EC n. 45/04 não os transforma em emendas constitucionais propriamente ditas, de modo que não se pode confundir equivalência com igualdade.

Agora, no caso dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados e vigentes no Brasil, contudo não aprovados na forma qualificada – logo não equivalentes às normas constitucionais – possuem apenas o nível supralegal consoante entendimento do Min. Gilmar Mendes consagrada no RE 466.343-SP e HC 87.585-TO. Mas, na visão de Mazzuoli (2014) possuem *status* material constitucional por versam sobre direitos humanos. Esses tratados serão paradigma apenas de controle de convencionalidade difuso, exercido por qualquer juiz ou tribunal no caso concreto.

Já os tratados sobre outra matérias que não direitos humanos e que foram ratificados pelo estado brasileiro antes da emenda 45, configuram parâmetro de supralegalidade (tese defendida por Mazzuoli). Nesse caso, os juízes e tribunais internos realizarão o controle difuso, *ex officio* ou mediante provocação das partes, ante o caso aplicação de uma conduta infraconstitucional que colida com esses tratados. Ressalte-se que o controle a ser exercido poderá ser somente por via de exceção, considerando que o *status* de supralegalidade não o possibilita ser objeto do controle abstrato nos ditames do ordenamento jurídico brasileiro.

Por certo que, compete ao STF a guarda da Constituição e, conseqüentemente, caberá a ele o julgamento do controle de constitucionalidade abstrato. Analogamente, também incumbirá, a este órgão, o controle de convencionalidade abstrato das normas internacionais

que versarem sobre direitos humanos, haja vista a sua equiparação com as emendas constitucionais.

Assim, se os tratados de direitos humanos possuem equivalência de emenda constitucional, deve-lhes ser garantidos meios de proteção contra eventual norma infraconstitucional que colida com o conteúdo dessas disposições convencionais. Isto é, todos os meios previstos para a proteção das normas constitucionais devem ser aplicados para garantia do cumprimento dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Dessa forma, os tratados de direitos humanos que são paradigma do controle concentrado permitem que os legitimados previstos no art. 103 da CR/88 (BRASIL, 2016) promovam eventuais ações como ADIN, ADECON e ADPF no sentido de se garantir a validade das normas dos tratados internacionais, invalidando-se a norma doméstica. Isso em virtude de sua contrariedade com as normas advindas do tratado internacional de direitos humanos em vigor no país.

Nesse sentido, o STF invalidaria a norma constitucional objeto de uma ADIN tanto por ser inconstitucional como por ser inconveniente. E na ADPF o STF realizaria o cumprimento de um direito fundamental previsto nas normas constitucionais e além disso funcionaria como mecanismo de controle de convencionalidade para se exigir o cumprimento dos preceitos fundamentais expressos nos tratados de direitos humanos.

Verifica-se que o controle difuso de convencionalidade pode ser invocado perante qualquer juízo e será objeto de análise por um magistrado ou tribunal em cada caso concreto antes do exame do mérito do pedido principal. Ele pode ocorrer a requerimento das partes ou de ofício, tal qual o controle de constitucionalidade. Na verdade, o controle de convencionalidade se vale de toda a sistemática do controle de constitucionalidade, modificando-se tão somente o parâmetro de análise da antinomia que será no primeiro a Tratados e no segundo a Carta Magna.

No mesmo sentido, operacionalizará o controle difuso de convencionalidade dos tratados com *status* supralegal. Assim, poder ser invocado perante qualquer juízo e deve ser feito por qualquer magistrado. Nas palavras de Mazzuoli:

Uma vez que todos os tratados de direitos humano em vigor no Brasil guardam nível materialmente constitucional, constitui obrigação dos juízes e tribunais locais (...) invalidar as leis internas sem quando menos benéficas que os tratados de direitos humanos, em atenção ao princípio *pro homine* – que afrontam as normas internacionais que o Brasil aceitou (por meio de ratificação formal) na órbita internacional. Neste caso, também a exemplo do que ocorre no controle difuso de constitucionalidade, a decisão só produz efeitos *inter partes*, isto é, tão somente entre os atores participantes do caso concreto. (MAZZUOLI, 2014, p. 419/421).

No tocante aos efeitos do controle de convencionalidade difuso, observa-se que ele será entre as partes tal qual ocorre no controle difuso. Agora, poderá ocorrer o caráter *erga omnes*, se houver apreciação desse pedido pelo STF e seu encaminhamento ao Senado Federal para, nos termos do art. 52, X, da CR/88 (BRASIL, 2016) suspender, no todo ou em parte, os efeitos da lei declarada inconstitucional pelo STF.

Portanto, observa-se aplicadores do Direito possuem um grande acervo para analisar eventual antinomia de uma norma com a Constituição e também com os tratados internacionais ratificadas pelo Congresso Nacional em vigor no país. Isso porque poderão exercer diferentes formas de controle: legalidade, supralegalidade, convencionalidade difuso e concentrado, constitucionalidade concentrado e difuso. Com isso, consagra-se um constitucionalismo voltado à concretização dos direitos humanos.

Note-se que o Estado tem esse poder-dever cumprir as normas internacionais por meio do exercício dos controle retro, não podendo se escusar do cumprimento mediante argumentação de antinomia uma vez que:

A proteção dos direitos humanos requer que os atos estatais que os afetem não permaneçam sob o arbítrio do poder interno, mas que estejam rodeados por um conjunto de garantias que objetivam preservar a inviolabilidade da liberdade e da dignidade do ser humano para além das fronteiras estatais. A democracia representa a garantia maior, uma vez que em estados democráticos o direito impõe limitações legítimas ao exercício do poder, através da Constituição (JAYME, 2005, p. 117).

Essa norma encontra-se expressa na Convenção de Viena, em seu artigo 27, ao proibir que as disposições de direito interno justifiquem o descumprimento das obrigações convencionais e no art. 26 que assinala que o tratado deve, em suas cláusulas, se pautar pelos princípios da boa fé e *pacta sunt servanda*.

Nessa perspectiva, não há que se questionar a teoria adotada, o grau de hierarquia dos tratados no ordenamento nacional e, tampouco, o procedimento de incorporação deles, devendo-se cumprir os exatos preceitos estabelecidos nas normas ratificadas. Em virtude desses limites impostos ao Estado, o controle de convencionalidade funciona como mecanismo inibidor no sentido de não coadunar com atos ou omissões antinômicas aos tratados.

6. CONCLUSÃO

O controle de convencionalidade das leis, embora seja muito difundido na esfera internacional, ainda constitui um instituto novo no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de uma das formas encontradas pelo Direito Internacional para se estabelecer inter-relações entre as disposições internacionais e as normas nacionais. E, de certa forma, evidenciar aos Estados a necessidade de aplicabilidade dos preceitos contidos nos tratados internacionais ratificados pelos países, sob pena de responsabilidade do Estado.

O controle de convencionalidade constitui, pois, numa medida assecuratória de efetividade dos direitos humanos, na medida em que se pauta numa técnica judicial de compatibilização vertical das normas internas a partir das disposições normativas internacionais. Nesse sentido, o Brasil possui o dever de aplicar medidas internas para concretizar os direitos humanos baseando-se nos preceitos internacionais e, sobretudo, cumprir as decisões emanadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A dicotomia entre direito interno e direito internacional não apresenta argumento plausível de não aplicabilidade das normas internacionais ratificadas no país e, tampouco, para o não exercício do controle de convencionalidade. Assim, os juízes e tribunais devem exercê-lo da mesma forma que o fazem em relação ao controle de constitucionalidade. Isso porque os tratados de direitos humanos são dotados de caráter especial e de força cogente vinculante. Logo, possuem *status* constitucional e devem ser analisados à luz do princípio *pro homine* ante a antinomias das normas internacionais e normas nacionais.

Essa correlação do controle de convencionalidade com o de constitucionalidade advém da própria conceituação dos institutos: no primeiro verifica-se a compatibilidade do texto legal com os tratados de direitos humanos, ao passo que, no segundo, observa-se a compatibilidade do texto legal com a CF/88. Ademais, todos os parâmetros de aplicabilidade do primeiro advém das normatividades relacionadas ao segundo. E, ambos, servem como forma de controle dos aplicadores do Direito para concretização dos direitos humanos.

Portanto, observa-se que o controle de convencionalidade não anula o controle de constitucionalidade. Desse modo, ambos devem coexistir nas mesmas modalidades, porque nem toda lei que viola um tratado internacional, violará, de igual modo, a Constituição e vice versa, garantindo a aplicabilidade e concretude dos direitos humanos. Para tanto, considerando as dicotomias entre as normas objeto dos ditos controles, verifica-se a necessidade de diálogo entre as cortes e juízes dos diversos países para a busca de soluções mais adequadas, criando-

se espaços mais favoráveis à proteção dos direitos humanos mediante respeito às especificidades nacionais de cada país.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL, Decreto n.º 7.030, de 14 dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/htm. Acesso: 10 jul. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 466.343-SP. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgado em 03/12/2008. Tribunal Pleno. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1>. Acesso em 03 jul. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 87.585-TO. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 03/12/2008. Tribunal Pleno. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1>. Acesso em 03 jul. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 80004/SE. Rel. Min. Xavier Albuquerque. Julgado em 01/06/1977. Tribunal Pleno, Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1>. Acesso em 03 jul. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso A Última Tentação de Cristo (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. São José, Costa Rica, série c, n. 73, 05 de fevereiro de 2001. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_73_esp.pdf>. Acesso em 03 jul. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile**. Exceções preliminares, sentença de mérito, reparações e custas. São José, Costa Rica, série c, n. 154, 26 de setembro, 2006a. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em 03 jul. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Boyce e outros vs. Barbados**. Fondo, Reparaciones y Costas. São José, Costa Rica, série c, n. 169, 20 novembro, 2007. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf>. Acesso em 03 jan. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Cabrera Garcia e Montiel Flores versus México**. Fondo, Reparaciones y Costas. São José, Costa Rica série C, n.º 220, 26 novembro, 2010. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf>. Acesso em 03 jul. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e Outros versus Brasil**. Exceções preliminares, sentença de mérito, reparações e custas, São José, Costa Rica, série c, n. 219, 24 de novembro, 2010. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf>. Acesso em 03 jul. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá**. Fondo, Reparaciones y Costas. São José, Costa Rica, série c, n.º 186, 12 de Agosto de 2008. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.pdf>. Acesso em 03 jul. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala**. Fondo, Reparaciones y Costas. São José, Costa Rica, série c, n.º 101, 25 novembro, 2003. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf>. Acesso em 03 jul. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Radilla Pacheco Vs. México**. Fondo, Reparaciones y Costas. São José, Costa Rica, série c, n.º. 209, 23 novembro, 2009. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf>. Acesso em 03 jul. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Tibi Vs. Ecuador**. Fondo, Reparaciones y Costas. São José, Costa Rica, série c, n.º. 114, 7 setembro, 2004. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>. Acesso em 03 jul. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú**. Fondo, Reparaciones y Costas. São José, Costa Rica, série c, n.º 158, 24 de novembro, 2006b. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>. Acesso em 03 jul. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos. (LXXXV Período Ordinários de Sessões). São José, Costa Rica, nov. 2009. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/reglamento.pdf>. Acesso em 03 jul. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

HITTERS, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación: critérios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Estudios Constitucionales**, ano 7, n. 2. p. 109-128, 2009. Disponível em: <http://scielo.cl/pdf/estconst/v7n2/art05.pdf>. Acesso em 03 jul. 2017.

JAYME, Fernando G. **Direitos Humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

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

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos direitos humanos na ordem internacional ou ordem internacional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SAGÜES. Néstor Pedro. Obligaciones Internacionales y control de convencionalidad. **Estudios Constitucionales**, año 8, n. 1, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>. Acesso em 03 jul. 2017.

SAGÜES. Néstor Pedro. **El “control de convencionalidad”**, en particular sobre las Constituciones nacionales. La Ley, año LXXIII, n. 35, Buenos Aires, fev./2009, p. 1-3. <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/extranjero/derechos-humanos/N%C3%A9stor-PedroSagu%C3%A9s-El-Control-de-Convencionalidad.pdf>, Acesso em 03 jul. 2017.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **El derecho internacional de los derechos humanos el siglo XXI**. México DF: Jurídica de las Americas, 2008.

TRINDADE. Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, v. III.