XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

ANDRÉ VIANA DA CRUZ

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

CLÁUDIA MANSANI QUEDA DE TOLEDO

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

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais 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

D597

Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Otávio Luiz Rodrigues Junior; Cláudia Mansani Queda De Toledo; André Viana Da Cruz.– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-541-6

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

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Apresentação

Os artigos contidos na presente publicação foram anunciados no Grupo de Trabalho Direito Civil Constitucional, durante o XXVI Encontro Nacional do Conpedi, em São Luís, intitulado Direito, Democracia e Instituições no Sistema de Justiça, promovido em parceria com a Universidade Ceuma, no Maranhão. A coletânea de temas apresentados como comunicações científicas envolveu participações de vários Programas de Pós-Graduação em Direito representados por seus pesquisadores de mestrado e doutorado de todo o país e consolidam relevantes comunicações científicas a contribuir para a evolução doutrinária que entrelaça temas relativos ao direito civil e ao direito constitucional, em seus pontos de aproximação pertinentes. Os artigos foram selecionados por meio de dupla avaliação cega por pares e levaram ao encontro acadêmico de pós-graduação várias controvérsias e desafios que se iniciaram desde a análise crítica da teoria do reconhecimento e a democracia, perpassaram conteúdos sobre o neoconstitucionalismo e a função social do judiciário, o controle da convencionalidade, para alcançar os pronunciamentos científicos sobre institutos essencialmente do direito privado como a curatela e a pessoa com deficiência, a desconsideração da personalidade jurídica, a decadência, algumas dimensões dos direitos da personalidade, o estudo da boa-fé no sistema brasileiro e da responsabilidade civil, algumas noções do contrato advindas do direito romano na contemporaneidade, a abordagem da discussão sobre a responsabilidade pessoal do agente público, o estudo do instituto usucapião em face do bem hereditário e a função social da propriedade. Acrescidos de exposições sobre os conceitos de igualdade e de vulnerabilidade e a reparação de danos, assim como a atualidade necessária à compreensão a respeito do dano moral e da multipropriedade no direito civil brasileiro.

O número de artigos apresentados foi de 17, todos permeados de intensos debates, desde o enfrentamento da conformação da disciplina direito civil constitucional até a nítida abordagem de institutos do direito civil, com a participação desta coordenação que foi enriquecida pela maciça cooperação dos pesquisados presentes e de convidados e renomados professores que prestigiaram os trabalhos.

Os objetos sobre os quais se dialogou tem ampla abrangência na ciência do direito e demonstram a importância do encontro científico do CONPEDI. A leitura indicará a

preocupação com o entrelaçamento possível e científico entre os ramos do direito civil e constitucional a demonstrar a singular contribuição acadêmica concretizada no Grupo de Trabalho.

Registre-se por parte desta coordenação conjunta os agradecimentos pela participação dos pesquisadores.

Prof. Dr. Otávio Luiz Rodrigues Junior - USP

Profa. Dra. Cláudia Mansani Queda De Toledo - ITE

Prof. Dr. André Viana Da Cruz - UFG

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 APÓS A EDIÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nªº 45/2004

THE CONTROL OF CONVENTIONALITY AFTER THE EDITION OF THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT N º 45/2004

Felipe Amaro Pereira

Resumo

Neste artigo traça-se os delineamentos básicos acerca da controle de convencionalidade em face dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos que ficou em evidência após a edição da EC nº 45/2004 a qual atribuiu novel status aos tratados de direitos humanos que forem aprovados com o rito estabelecido no artigo 5º, §3º, da CR/1988. Busca-se evidenciar a nova possibilidade de se analisar a compatibilização vertical das leis (ou dos atos normativos do Poder Público) não só tendo como parâmetro de controle a Constituição, mas também os tratados internacionais ratificados pelo governo e em vigor no país.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade, Controle de convencionalidade, Hierarquia das normas constitucionais

Abstract/Resumen/Résumé

This article draws the basic outlines of the control of conventionality in the face of the International Human Rights Treaties, which became evident after the issuance of EC No. 45 /2004, which assigned novel status to human rights treaties that were approved with the rite Established in article 5, paragraph 3 of the CR / 1988. It seeks to highlight the new possibility of analyzing the vertical compatibility of laws (or normative acts of the Public Power) not only having as a parameter of control the Constitution, but also international treaties ratified by the government and in force in the country.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Control of constitutionality, Conventional control, Hierarchy of constitutional norms

INTRODUÇÃO

A novidade que este estudo apresenta diz respeito à possibilidade de se proceder à compatibilização vertical das leis (ou dos atos normativos do Poder Público) não só tendo como parâmetro de controle a Constituição, mas também os tratados internacionais (notadamente os de direitos humanos, mas não só eles) ratificados pelo governo e em vigor no país, ou seja, a dupla compatibilidade.

Torna-se importante destacar que não é de hoje a inquietação existente em relação ao tema tratados internacionais de direitos humanos onde se envidencia a luta histórica da humanidade na busca da realização de seus anseios democráticos.

Deste modo, destaca-se que quando hoje se fala em direitos humanos evidencia-se a necessidade de sua concretização por meio da incorporação dos tratatados internacionais de direitos humanos no nosso ordenamento pátrio que passou a ter *status* de emenda à Constituição quando da promulgação da EC-45/2004, desde que seguido o rito do art. 5, §3º, da CRFB. Assim, qualquer norma que com ele colida será passível de controle de convencionalidade.

Antes de abordar especificamente o Controle de Convencionalidade, será preciso tecer alguns comentários sobre a evolução histórica dos tratados internacionais de direitos humanos e sua incoporação ao ordenamento brasileiro.

Vale destacar que diversas são as interpretações dadas pelos doutrinadores e jurisprudência em relação ao referido controle de convencionalidade, confirmando assim a premente precisão de se chegar àquela que mais se adapte com os princípios constitucionais e de Direito Internacional Público, utilizando-se as técnicas hermenêuticas da máxima efetividade e eficácia e da força normativa da Constituição.

Uma questão a ser considerada é que no Brasil o estudo dos direitos humanos e sua proteção, sob a ótica do Direito Internacional, já vem sendo realizado há algum tempo, mas ainda vinha sendo feita de modo incipiente, mesmo considerando que a Constituição Federal de 1988 é explícita quanto à defesa de tais direitos, inclusive em âmbito internacional,

e é peça fundamental no processo de ratificação brasileira dos importantes instrumentos que versam sobre a proteção destes (PIOVESAN, 2012).

Pode-se dizer que como consequência da ampliação do texto constitucional, e por motivo das acirradas discussões doutrinárias e jurisprudenciais existentes até então no ordenamento jurídico brasileiro, vez que a Constituição Federal de 1988 ainda não continha qualquer disciplinamento acerca das relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno, e, com a intenção de pôr em fim às discussões referentes à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004 (denominada de Reforma do Judiciário), previu um novo parágrafo ao art. 5º da Constituição Federal, que deu *status* de Emendas constitucionais ao tratados internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Naiconal, em dois turnos, por três quintos dos votos (TAVARES, 2005).

O acréscimo de tal dispositivo veio a dar maior efetividade e destaque aos tratados internacionais de direitos humanos que forem aprovados com o mesmo rito de uma Emenda à Constituição terão hierarquia equivalente a esta. Junto com a inovação normativa, surgiu um tema ainda pouco conhecido antes de referida emenda que é o controle de convencionalidade. No Brasil, poucos doutrinadores se dedicaram ao tema, dentre eles se destacam como principais protagonistas Sarlet[1] e Mazzuoli[2], diversamente do que acontece com a doutrina noteamericana na qual o assunto é bastante debatido.

Diante desse cenário, a problemática que surge é a de verificar se após a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, que inseriu o parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, houve uma nova forma de controle de constitucionalidade/convencionalidade face a possibilidade de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos com o quórum qualificado de Emenda à Constituição, passando a terem *status* desta.

[1]. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**.** 10. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 47.
[2] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 32-33

2 TRATADOS INTERNACIONAIS E PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Para se entender um instituto imprescindível buscar seu nascedouro, sua evolução histórica para melhor compreendê-lo e conceituá-lo. Com o controle de convencionalidade não poderia ser diferente.

Consoante adverte Mazzuoli, o controle de convencionalidade teve seu nascedouro na França, com a Decisão 74-75, de 15 de janeiro de 1975, do Conselho Constitucional francês. Não obstante isso, foi no Continente Americano que esse tipo de controle alcançou maior desenvolvimento, especificamente no Caso Almonacid Arellano e outros Vs Chile, em 2006, onde a Corte Internamericana de Direitos do Humanos passou a exigir que o Poder Judiciário dos Estados-partes à Convenção Americana sobre Direitos Humanos exerça o controle de convencionalidade das normas jurídicas internas que aplicam aos casos concretos (MAZZUOLI, 2004).

No Brasil, a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 introduziu o §3º ao artigo 5º, da Constituição da República de 1988, e deu status de emenda constitucional aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos que forem aprovado pelo quórum qualificado idêntico ao das Emendas Constitucionais, o que forçou o Supremo Tribunal Federal a rever seu posicionamento acerca da desconformidade de leis ou atos normativos não só frente à Constituição mas também a tratados internacionais de direitos humanos que forem incorporados ao nosso ordenamento jurídico com o rito do §3º, do citado artigo da Constituição, bem como àqueles que não seguiram o novel regramento. Foi o que se analisou nas decisões proferidas nos autos do Recurso Extraordinário nº 466.343-SP, bem como no HC 87.585-TO, pelo Supremo Tribunal Federal.

Antes da edição da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, pouco se falava em controle de convencionalidade. O doutrinador pátrio que primeiro abordou o tema foi o professor Valério de Oliveira Mazzuoli que destacou o tema no Capítulo II, Seção II, de sua tese de doutorado na UFRGS.

O posicionamento de Mazzuoli é o de que não são só os tratados de direitos humanos que foram aprovados com o rito do art. 5º, §3º, da CF, mas todos os tratatos internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo estado brasileiro e em vigor que tem

status de norma constitucional. Sua base de fundamentação é o comando inserto no artigo 5, §2º, da Constituição Federal (que dispõe os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrente do regime e dos princípios e os previstos em tratados internacioais), consagrando a condição de direitos formalmentes e materialmente fundamentais aos direitos consagrados no plano das convenções internacionais aos direitos consagrados no plano das convenções internacionais.

Desta feita, defende que tratado internacional que tenha sido aderido pelo Brasil e esteja em vigor, independente do quórum de aprovação, possuem superioridade hirárquica em face das lei (ou atos normartivos) com ele colidente. Assim, estes tratados servem de paradigma para de controle da produção normativa doméstica. Daí a denominação de controle de convencionalidade das leis que pode ser realizado tanto na via de ação, controle concentrado, como na de exceção (controle difuso).

Consoante já afirmado acima, a EC-45/2004 inseriu o § 3º, do artigo 5oo, da Constituição da República, trazendo regramento de que os Tratados Internacionais de Direitos 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.

Aqui já se pode abrir um parêntese para se destacar que ter status de emenda à Constituição não quer significar que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo rito qualificado passar a ser emendas à Constituição. Mas para fins de compatibilidade vertical formal das leis (ou atos normativo) face a Constituição, certamente servirá de parâmetro para o controle de constitucionalidade.

Também é oportuno destacar a diferenciação que o professor Mazuolli faz em relação aos tratados internacionais de direitos humanos que foram incorporados ao nosso ordenamento jurídico com o quórum qualificado no art. 5º, §3º, da CF, e os que não seguiram referido rito, mas são enquadrados na regra do art. 5º, §2º, também da CF, citado. Para referido autor, o primeiro possui equivalência à emenda à Constituição, o segundo de status de norma constucional, implicando três efetos:

> "Mas, quais são esses efetios mais amplos em se atribuir a tais tratados equivalência de emenda (art.5º, § 3º) para além do seu *status* de norma constitucional (art. 5º, §2º)? São três os efeitos:
> 1) eles passarão a reformar a Constituição, o que não pe possí tendo apenas o status de normas constitucional;

> 2) eles não poderão ser denunciados, nem mesmo com Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, podendo ser o Presidente da República responsabilizado em caso de descumprimento dessa regra (o que não é possível fazer – responsabilizar o chefe de Estado – tendo os tratados somente *status* de norma constitucional); e
> 3) eles serão paradma de controle concentrado de convencionalidade, podendo servir de fundamento para que os legitimados dos art. 103 da Constituição (v.g., o Presidente da República, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB etc.) proponha no STF as ações de controle abstrato (ADIn, ADECON, ADPF etc.) a fim de invalidar *erga omnes* as normas domésticas com eles incompatíveis." (MAZZUOLI, p. 60-61)

Nada obstante o entendimento de Mazzuoli, de que todo e qualquer tratado de internacional de direitos humanos incorporado e em vigor ao nosso ordenamento jurídico servem de parâmetro de controle de convencionalidade, com as consequências acima relatas, a realidade é a de que o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal é o de que tem que se fazer a diferenciação entre aqueles que foram incorporados com o rito do artigo 5º, § 3º, da Constituição (havendo incompatibilidade entre lei ou ato normativo em face deles, neste caso haveria controle de constitucionalidade) e os demais tratados internacionais de direitos humanos que não seguiram o rito qualificado (neste, havendo conflito entre as normas infraconstitucionais e eles, haveria controle de convencionalidade) adquirem status de supralegalidade, ou seja, estariam abaixo da Constituição e acima das lei infraconstitucionais.

O posicionamento acima ressaltado, foi adotado após a promulgação da Emenda Constitucional de número 45, onde o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão nos autos do recurso extraordinário nº 466.343/SP (3) em se discutiu a ilegitimidade da prisão civil do depositário infiel em face do Pacto sobre os Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). O entendimento que firmou vencedor, capitaneado pelo Ministro Gilmar Mendes, atribuiu tratados internacionais de direitos humanos que não submeteram ao rito qualificado doa art. 5o, §3º, da CF, o status de supralegalidade, em oposição ao posicionamento do Ministro Celso de Mello que conferia o status de norma constitucional.

Considera-se importante ressaltar que o modo encarar a questão dos conflitos em meio ao direito internacional e o direito interno, bem como a polêmica desenvolvida a respeito da supremacia ou não dos tratados a respeito da legislação interna, em implicação da intensificação das relações internacionais, impõe com tudo isso que vale a pena realizar uma apreciação a propósito da posição monista ou dualista que o Brasil adota sem deixar ao

esmorecimento as exceções à regra de paridade apontada pelo Supremo Tribunal Federal que tão notoriamente indicam um estado de hibridez (REZECK, 2007).

Nas hipóteses de choque entre um tratado internacional e a Constituição posterior prevalece, segundo o entendimento de Mazzuoli (2004) a norma convencional anterior, em decorrência da impossibilidade do poder constituinte originário modificar aquilo que o Estado cecebrou no cenário internacional com uma ou mais nações soberanas.

O internacionalista Franciso Rezek em seus escritos destaca que Tratado é avaliado como sendo um acordo formal, que por sua vez será concluído entre sujeitos de direito internacional público, gerando efeitos jurídicos importantes:

> Em tal conceito, estão expressos os elementos básicos dos tratados. Em primeiro lugar, se observa a necessidade de um acordo formal, ou seja, os tratados necessitam de um documento escrito. Tal aspecto formal faz com que o tratado seja diferenciado dos costumes. Em segundo lugar, está à necessidade de os tratados serem firmados entre sujeitos de direito internacional público, ou seja, entre Estados ou entre Estados e organismos internacionais. Por fim, o acordo deve produzir resultados jurídicos. A assinatura e ratificação de um tratado implicam, portanto, assunção de direitos e obrigações pelas partes envolvidas. Não se pode deixar de ressaltar, também, que, para um tratado ser válido, depende ele da expressão legítima da vontade do sujeito envolvido. No caso dos Estados nacionais, tal expressão da vontade se dá pela estrita observância das normas internas a respeito das convenções internacionais, dentre as quais se podem incluir a competência das autoridades e a existência de ratificação com observância às normas internas. (REZECK, 2007, p. 317).

Continua ainda afirmando referido autor que:

> A representatividade do chefe de Estado e do chefe de governo pode entender-se originária, o que não sucede no caso do ministro das relações exteriores, que a tem derivada. Reina um generalizado sentimento da impropriedade de se ajustar ao chefe de Estado, ou ao chefe de governo, o rotulo de plenipotenciário, visto que esta expressão intuitivamente se assemelha a de mandatário, e só parece adequada a quem se viu conceder os plenos poderes – não a quem por natureza detém tais poderes, e a prerrogativa, inerente ao cargo, de outorgá-los a outrem. O ministro das relações exteriores se entende um plenipotenciário - no quadro internacional – desde o momento em que investido pelo chefe de Estado, ou pelo chefe de governo, naquela função especializada. Ele guardará o benefício dessa presunção de qualidade, independentemente de qualquer prova documental avulsa enquanto exercer o cargo (REZEK, 2010, p. 335).

Destaca-se que o Direito Interno de cada Estado que, normalmente, regula as

relações entre os tratados internacionais e as normas internas. A Constituição espanhola de 1978 no artigo 96, n.1, estabelece que os tratados internacionais, logo que publicados oficialmente na Espanha farão parte da ordem interna espanhola. Aplicando-se, deste modo no entendimento de Mazzuoli (2010) a regra *lex posterior derogat priori*.

Outro ponto questionável também é quando se avalia o conflito entre a Constituição de um Estado e um tratado internacional. A respeito de o assunto Francisco Rezek argumenta que:

> Assim, posto o primado da constituição em confronto com a norma pacta sunt servanda, é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isto signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder (REZEK, 2010, p. 509).

Por sua vez Mazzuoli (2010) em seus textos entende que deveria todos os tratados internacionais de Direitos Humanos que por sua vez foram ratificados e com vigência no Brasil, precisaria para ter efeito estar no mesmo nível em que se encontram as normas constitucionais, seja por hierarquia material, seja pela material e formal. Portanto para este autor, não é preciso considerar o *quorum* de aprovação do tratado e assim deve ser, pois: quando se trata de instrumento que envolve os Direitos Humanos, deveria todos constar como tendo status constitucional.

Segundo a visão de Caparroz (2012) a soberania, representada pelo poder supremo, se manifesta através das sociedades políticas no que tange à ordem interna de cada Estado, e a autodeterminação dos povos, como princípio que ampara o viver em comum dos indivíduos em defender seus interesses, como exemplo: a escolha da forma de governo, sem submissão à vontade de outro Estado. Ainda segundo o autor, as relações internacionais possuem peculiaridades que não se confundem com as regras típicas do direito interno dos países, quais sejam: inexistência de órgãos centrais; baixo nível de codificação; escassez de sujeitos; responsabilidade coletiva; boa-fé, igualdade, soberana e proteção dos direitos humanos.

Não se pode esquecer que por um lado a internacionalização da temática dos Direitos Humanos é de certa forma a crescente adesão que vem acontecendo dos Estados a mecanismos internacionais judiciais ou quase-judiciais, que utilizam em regra para analisar

petições de vítimas de violação de Direitos Humanos, interpretam o direito envolvido e determinam reparações adequadas, que necessitam ser exercidas pelo Estado. Um ponto importante a ser mencionado é que o Brasil mesmo sendo um dos Estados que acabou aderindo a tais mecanismos internacionais de proteção de Direitos Humanos, isso infelizmente aconteceu de modo tardio e ainda avaliado como sendo incompleto.[3]

2.3 Os tratados de direitos humanos no ordenamento brasileiro

Vale frisar que no Brasil tempos atrás antes que acontecesse a emenda 45/2004 vale considerar que os tratados internacionais que envolvem os direitos humanos eram somente aprovados quando fosse desenvolvido um decreto legislativo, por maioria simples, conforme artigo 49, inciso I, da Constituição de 1988 e, em seguida, tinham que ser ratificados pelo Presidente da República. Portanto antes a forma que vinha sendo recebidos os tratados, era avaliada como sendo idêntica à forma de recepção dos tratados que não versam sobre direitos humanos, e isso acabou por outro lado provocando diversas controvérsias sobre a existência de uma aparente hierarquia infraconstitucional, em outros termos, era considerado como sendo nível de normas ordinárias os tratados internacionais de direitos humanos que vinha sendo desenvolvido no ordenamento brasileiro (TAVARES, 2005).

Deste modo, deve-se considerar que de certo modo seria um tanto questionável que através da EC 45/04 que conseguiu que fosse possível incorporar a Constituição Federal o § 3, no art. 5º, onde todos os tratados de direitos humanos incorporados pelo Brasil, antes da entrada em vigor da referida emenda, possam ser considerados como equivalentes às emendas constitucionais, pois, são procedimentos legislativos distintos, desse modo não podendo transmutar um decreto legislativo aprovado por maioria simples em emenda constitucional (SARLET, 2006).

Pode-se dizer que quando se fala em normas e convenções destaca-se que infelizmente com o passar dos tempos foram aparecendo controvérsias doutrinárias, sobretudo o que envolve qual seria á forma de integração e eficácia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico interno em relação ao Brasil. Portanto vale destacar

[3] RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 73-74.

que no Brasil é expresso no artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição brasileira de 1988 os direitos e garantias desenvolvidos na Constituição por outro lado não pode deixar que seja possível excluir outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (MAZZUOLI, 2009).

Desta forma destaca-se que depois do surgimento do parágrafo 3º no art. 5° da CF/88 através da emenda constitucional 45/04, não se pode esquecer que ficou claro que os tratados internacionais de Direitos Humanos, aprovados pelo *quorum* qualificado, apresentam status de emendas constitucionais[4].

Sendo assim torna-se importante ressaltar que as controvérsias que aparecem é dada pela forma que vem sendo feita á interpretação dada por muitos autores ao disposto neste artigo, levando em consideração uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição brasileira, que por sua vez foi a de atribuir aos direitos garantidos nos tratados de direitos humanos devidamente ratificados pelo Estado brasileiro uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional (MAZZUOLI, 2007) .

Vale frisar que por um lado a emenda acima mencionada conseguiu desenvolver consigo um novo controle a produção normativa, que até então era uma norma desconhecida que tem como nome: o controle de convencionalidade, sendo este, deixando que seja feita a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados e em vigor no Estado Brasileiro, pois os mesmos passaram a ter equivalência de emendas constitucionais pós EC 45/04.

Por sua vez Mazzuoli (2013), em seus textos vem destacando e não é de hoje que os tratados de direitos humanos na visão desse autor ostentam status de norma constitucional, deste ponto de vista, independem de *quorum* qualificado para aprovação, o autor menciona ainda que seja preciso considerar também os princípios da Supremacia do direito Internacional e o da Prevalência de suas normas em relação a toda a normatividade interna, anterior ou posterior. Neste contexto, pode-se dizer que os tratados internacionais conseguem

[4] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
§ 3º 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.

alcançar a superioridade hierárquica em relação às demais normas infraconstitucionais, englobando aqui os tratados de direitos humanos e os tratados de direito comum.

Torna-se relevante ressaltar que por outro lado é preciso estar atento, pois o status de supralegalidade será considerado para todos os tratados que existiam antes a EC 45/04, pois se observou ate aqui que depois de aprovada esta emenda constitucional, os tratados de direitos comuns são avaliados como sendo equivalentes as leis ordinárias enquanto os tratados de direitos humanos aprovados pelo *quorum* qualificado têm equivalência a emendas constitucionais.

Deste modo de acordo com o entendimento de Mazzuoli (2010) quando se fala em normas jurídicas internacionais, sobretudo a que envolve os Direitos Humanos, necessitaria os tratados internacionais que foram ratificados pelo Estado brasileiro ser colocados em um patamar que fosse destacado como sendo norma constitucional, pois deveria ter sua aplicação imediata, e por outro lado não poderia ser possível sua revogação por lei ordinária posterior.

2.3 Do controle de convencionalidade no Brasil com base: art. 5º, §§3º e 2º, da CF

Torna-se importante primeiramente destacar a titulo de informação que, o tema em questão não é bastante desconhecido no Brasil ele foi tratado pela primeira vez em monografia de doutoramento que por sua vez foi realizada por Mazzuoli (2013), portanto nada melhor que trazer o entendimento deste autor para conceituar o controle de convencionalidade que ele entende ser uma forma de conseguir que seja possível realizar á compatibilização entre as normas de direito interno e os tratados de direitos humanos que forem ratificados pelo governo e em vigor no país. Deste ponto de vista percebe-se que, o controle de convencionalidade, portanto, nada mais é que um controle de validade das normas nacionais, por outro lado tendo por parâmetro não o texto constitucional, mas os compromissos internacionais que são assumidos em matéria de proteção aos direitos humanos.

Uma questão interessante a ser mencionada e de grande relevância é que começou-se a se tornar possível o sistema de solução de antinomias acima exposto, depois

que houve á entrada da emenda nº 45 de 2004, esta acrescentou ao art. 5º da Constituição Federal o §3º, o qual atribuiu aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos *status* de emenda constitucional, em outros termos, destaca-se que resumidamente se o tratado for aprovado de acordo com o rito previsto nesse parágrafo terá valor material e formalmente constitucional.

No entendimento de Lopes (2005) o § 3º do art. 5º inserido pela EC nº 45/2004 veio a propagar a posição adotada pela visão limitativa do Supremo Tribunal Federal e dos autores que o acompanham, no sentido de que a natureza normativa constitucional tão exclusivamente apresentará os tratados de direitos humanos que passarem pela votação apresentada no preceito mencionado, ressaltado que quanto aos demais (já congregados e a serem agrupados que não forem consentidos pelo *quorum* considerado das emendas constitucionais), permanecerão a ser igualados às leis ordinárias.

Por outro lado torna-se importante destacar que segundo entendimento de Castro (2007) caso não tenha por qualquer motivo a estrita observância dos pressupostos do art. 5º, §3º da CF, é preciso estar ciente que o tratado vigorará no ordenamento pátrio no mesmo patamar da lei ordinária. Portanto, ressalta-se que de certo modo tais condições não são indispensáveis, o sendo tão-somente se a intenção seja erguer o tratado a condição de norma constitucional. Neste contexto, explica Castro que:

> Não é condição indispensável à aprovação pelo *quorum* qualificado, mas requisito para que esses tratados ou convenções possam ingressar no ordenamento jurídico em posição hierárquica semelhante à das emendas constitucionais. Assim, caso não seja obtida a votação em dois turnos, em cada casa, por três quintos de seus membros, o tratado poderá ser aprovado, porém, sem a prerrogativa da natureza constitucional de suas disposições. Já os demais tratados que não versarem sobre direitos humanos sempre serão incorporados como norma infraconstitucional, ainda que eventualmente aprovados pelo procedimento das emendas. Aliás, não existindo a possibilidade de serem elevados ao patamar da Constituição sob o aspecto material, não há necessidade de subsunção ao procedimento legislativo especial, devendo ser submetidos à apreciação em sessão conjunta do Congresso com aprovação por maioria simples (CASTRO, 2007).

Por sua vez Sarlet (2013), em seus textos vem destacando que deveria ser considerado que todos os tratados ratificados pelo Brasil, inclusive os que versem sobre direitos humanos, quando forem incorporados pelo rito do art. 5º,§ 3, da CF, quanto os demais aprovados antes da EC 45, no entendimento deste autor deveriam possuir os mesmos modo de hierarquia supralegal, ou seja, apresentariam patamar de norma ordinária.

De acordo com entendimento de Mazzuoli (2013) considera-se que é preciso estar atento, pois em virtude de os tratados internacionais de direitos humanos serem equivalentes a Constituição os mesmos seriam paradigma de controle no ordenamento jurídico pátrio. O que não pode ser esquecido é que para haver o controle pela via de ação (controle concentrado) os tratados de direitos humanos necessitam serem aprovados por meio da sistemática desenvolvida no art. 5º parágrafo 3º, CF, em outros termos, seriam equivalentes as emendas constitucionais. Por outro lado destaca-se que, para que haja o controle na forma de exceção neste caso seria o (controle difuso) os tratados ratificados necessitam estar em vigor no ordenamento jurídico interno, pois de acordo com o art. 5º, parágrafo 2º, CF, os mesmos teriam status de norma constitucional.

De certa forma Tavares (2005) entende que a entrada do § 3º ao art. 5º da CF, por meio da EC nº 45/2004, transformou substancialmente o sistema, erguendo os tratados e convenções internacionais a propósito de direitos humanos à hierarquia constitucional, desde que, como acontece com as emendas constitucionais, seja confirmado por três quintos dos votos dos componentes da cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos. Ele assim rebate a errada idéia de que o novo § 3º do art. 5º da CB seria para ratificar a posição doutrinária que sempre amparou a composição constitucional dos tratados sobre direitos humanos.

Importante destacar o entendimento de Sarlet (2006) no qual afirma que para que houvesse a possibilidade de conseguir a dissolução de eventual conflito entre os direitos da Constituição e os dos tratados congregados necessitaria de forma imprescindível analisar os princípios hermenêuticos que conduzem os conflitos entre os direitos e princípios originariamente adotados pelo Constituinte, direcionando-se para uma apropriada avaliação de valores em pauta e privilegiando-se uma saída mais aderente à garantia da dignidade da pessoa humana. Observa-se assim que os autores sob-referência, antes da inserção do §3º do art. 5º ao Texto Constitucional, já protegiam a materialidade constitucional dos direitos humanos em sede de tratados internacionais coligados ao Direito interno.

De acordo com a visão de Mazzuoli (2013) vale frisar que se por um lado foi possível fazer com que a constituição possibilitasse que os tratados de direitos humanos que fosse ratificado pelo Brasil seriam considerados como tendo patamar constitucional, com status de emenda constitucional, ao mesmo tempo lhes garantiu as formas protetivas para não serem violados por normas infraconstitucionais. Neste contexto torna-se importante deixar

claro que os tratados de direitos humanos, de acordo com o art. 5º, § 3, CF, são avaliados como sendo meios de controle de concentrado (convencionalidade) e também servem por outro lado como paradigma para o controle difuso.

3. CONCLUSÃO

Observou-se no decorrer da pesquisa que os tratados não podem ser anulados ou terem a vigência neutralizada por razão de lei interna posterior devido ao caráter de supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos. A lei interna é, dessa forma, impotente ou inaplicável em relação aos tratados internacionais.

Notou-se ainda no decorrer da pesquisa que o Brasil vem abrindo de certa forma cada vez mais espaço para que as normas internacionais de direitos humanos influenciem o ordenamento jurídico pátrio, haja vista as previsões legais apresentadas pela inovação ratificada na emenda constitucional nº 45 de 2004, a qual conferiu ser possível os tratados e convenções que versam sobre essa matéria o *status* de norma constitucional, ao acrescentar o § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal.

Constatou-se segundo o que foi exposto que o controle de convencionalidade já avaliado como sendo uma realidade no âmbito da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, observou-se que este controle vem sendo avaliado como plenamente compatível com o ordenamento constitucional brasileiro.

Conclui-se que no Brasil vem sendo possível o controle de convencionalidade depois de ratificada a nova interpretação do art. 5º da emenda constitucional nº 45 de 2004 dispostos nos parágrafos 2º e 3º da Constituição da República. Sendo assim, observou-se que depois da emenda constitucional, os tratados de direitos humanos que já eram considerados por um lado materialmente constitucionais, ao passar pelo formalismo da emendas constitucionais, adquirem o status, ao mesmo tempo, de formalmente constitucionais.

REFERÊNCIAS

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

BOGDANDY, A. V.; PIOVESAN, F.; MORALES, M. **Direitos Humanos, democracia e integração jurídica:** emergência de um novo direito público. Rio de Janeior: Elsevier, 2013. 779-800 p.

CAPARROZ, R. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTRO, Wellington Cláudio Pinho de. **Regime jurídico dos tratados e convenções internacionais após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 830, 11 out. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7405>. Acesso em: 16/06/2017

MAZZUOLI, V. **Coletânea de Direito Internacional**. 2º. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAZZUOLI, V. **Curso de Direito Internacional Público**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MAZZUOLI, V. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAZZUOLI, V. **O Controle Jurisdiconal da Convencionalidade das Leis**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REZECK, F. **Cursos Elementar de Direito Internacional Público**. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

REZEK, F. **Direito Internacional Público**. 12ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, I. W. Os Direito Fundamentais, a Reforma do Judiciáirio e os Tratados de Direitos

Humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 59-88, 2006.

TAVARES, A. R. **Reforma do Judiciário no Brasil pós-88:** (des) estruturando a justiça: comentários à EC N. 45/04. São Paulo: Saraiva, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.