

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS II**

BRUNO MANOEL VIANA DE ARAUJO

KIWONGHI BIZAWU

MARGARETH ANNE LEISTER

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

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

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito internacional dos direitos humanos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Bruno Manoel Viana De Araujo, Kiwonghi Bizawu, Margareth Anne
Leister – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-100-5 2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito internacional .
3. Direitos humanos. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder
Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

Apresentação

A tarefa de promover o conhecimento, de estimular valores e de desenvolver a pesquisa não é nada simples. Sua complexidade decorre de uma imensidão de fatores, inúmeras dificuldades para a superação de entraves que marcam as determinantes do processo de produção do conhecimento.

O presente livro é composto por vinte e seis artigos, que foram selecionados por pareceristas .

Os autores apresentaram suas pesquisas no Grupo de Trabalho Direito Internacional dos Direitos Humanos, e suas conclusões foram objeto de amplo debate, no qual coordenadores, autores e a comunidade científica presente puderam contribuir com a pesquisa.

Em linhas gerais, o primeiro debate girou em torno do ser humano como sujeito do direito internacional e as doutrinas relativismos e universalistas.

No segundo debate, foram abordados temas como paz Internacional, ingerência ecológica e liberdade religiosa.

O terceiro debate deve como foco o sistema interamericano de direitos humanos, mais especificamente a Corte Interamericana e os tratados internacionais de proteção aos direitos econômicos, sociais e culturais.

O quarto debate tratou da condição dos refugiados e a imigração no Brasil.

Ainda, foram abordados temas variados como: violação aos direitos humanos da mulher, do idoso e o controle de convencionalidade.

Desse modo, o artigo de Renata Albuquerque Lima , Carlos Augusto M. de Aguiar Júnior analisa as consequências da proteção internacional dos direitos humanos, verificando-se a necessidade de compreender o valor do indivíduo no cenário internacional, bem como a necessidade de refletir sobre o conceito de soberania historicamente construído. Quanto ao artigo de lavra de Helena Cristina Aguiar De Paula Vilela, tem por objetivo investigar se a pessoa humana é sujeito de direito internacional, sob o abrigo da cidadania, e a partir de que

momento foi possível considerar tal afirmação. No mesmo diapasão se situam Gustavo Bovi Gonçalves , Pedro Henrique Oliveira Celulare ao apresentarem uma discussão sobre o conceito de Estado soberano ante a efetivação da proteção internacional dos direitos humanos sob a ótica do relativismo cultural. Sabrina Nunes Borges , Naiara Cardoso Gomide da Costa Alamy fazem um estudo sobre o surgimento dos direitos humanos como resposta ao abuso e desrespeito praticado pelo homem contra o próprio semelhante. Já Frederico Antonio Lima De Oliveira , Alberto de Moraes Papaléo Paes instigam o espaço da Revista Ensino como um instrumento dialético através da possibilidade de crítica e réplica, apostando numa visão universalista dos direitos humanos.

Para Késia Rocha Narciso , Roseli Borin, numa linguagem poética, a Paz internacional est vista como como direito humanona ótica do efeito borboleta. Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio , Rafael Figueiredo Fulgêncio examinam a violência soberana positivada através das resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas que estabelecem sanções aplicáveis ao Talibã e à Al-Qaeda, como diplomas jurídicos. Luiza Diamantino Moura aborda a construção da noção da ingerência ecológica como instrumento jurídico para salvaguardar o ambiente dos danos ecológicos. Rafael Zelesco Barretto comenta a relação entre a Sharia, ou lei islâmica, e a liberdade religiosa, enfatizando a possibilidade de múltiplas interpretações das principais fontes deste ordenamento jurídico. Jahyr-Philippe Bichara apresenta uma reflexão sobre imigração e direito internacional, abordando um aspecto jurídico mais complexo da imigração, partindo da soberania dos Estados. Aline Andrighetto destaca em seu artigo os Pactos Internacionais protetores de grupos sociais minoritários, demonstrando a efetividade do compromisso assumido pelos países signatários. Gilda Diniz Dos Santos em belo texto ressalta a jurisprudência internacional e tratados internacionais de direitos humanos contribuindo para efetivação dos direitos humanos do trabalhador. O artigo de Marília Aguiar Ribeiro do Nascimento , Germana Aguiar Ribeiro do Nascimento examina a questão atinente ao acesso direto dos indivíduos perante à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Clarice Gavioli Boechat Simão "analisa o processo de regionalização da proteção dos direitos humanos, abordando suas justificativas e progressos obtidos, notadamente a partir da ótica interamericana, com suas peculiaridades." Débora Regina Mendes Soares faz "uma análise acerca de Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais de grupos vulneráveis integrarem o núcleo duro de normas universais e cogentes identificadas pelo Sistema Internacional de Proteção de Direitos Humanos como Jus Cogens, especificamente no âmbito da seara da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos." Maria Lucia Miranda de Souza Camargo analisa a responsabilidade do Estado brasileiro frente às violações de direitos humanos ocorridas no país, em razão dos casos que passaram a ser julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Geraldo Eustaquio Da Conceição analisa o instituto do refúgio no Brasil, partindo das Declarações da ONU e da

legislação brasileira sobre o tema. Cecilia Caballero Lois e Julia de Souza Rodrigues escrevem sobre as deliberações das reuniões ordinárias e extraordinárias realizadas no Conselho nacional de Imigração no período compreendido entre 2013 e 2014, para compreender melhor a formulação dos principais mecanismos criados pelo governo brasileiro para regular a permanência de nacionais haitianos por razões humanitárias no Brasil. Erica Fabiola Brito Tuma e Mariana Lucena Sousa Santos tecem críticas contra duas decisões de diferentes cortes acerca do respeito, proteção e aplicação do direito à saúde. Lino Rampazzo e Aline Marques Marino procuram discutir a situação da migração interna no Brasil dentro da Lei nº 6.815/1980, denominada Estatuto do Estrangeiro, tomando como referência os projetos de lei em trâmite nas Casas Legislativas (PL nº 5.655/2009 e PL nº 288/2013) à luz do direito internacional e da Constituição brasileira de 1988, resgatando, para tanto, o princípio da dignidade humana. Artenira da Silva e Silva Sauaia e Edson Barbosa de Miranda Netto analisam "as interpretações explicitadas nas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão acerca da Lei Maria da Penha em sede de Conflitos de Competência." Antonio Cezar Quevedo Goulart Filho faz apontamentos críticos às violações de direitos humanos dos idosos. Igor Martins Coelho Almeida e Ruan Didier Bruzaca estudam o direito de consulta prévia na América Latina, tendo em vista o exemplo colombiano e as perspectivas para o Brasil. Valdira Barros estuda a eficácia dos mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos, tendo por referencial empírico o chamado caso dos meninos emasculados do Maranhão, analisando-se a denúncia internacional apresentada perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos sobre o caso. A seu turno, Joao Francisco da Mota Junior indaga a implementação da LAI pelos estados federados e a violação ao pacto San Jose de Costa Rica. João Guilherme Gualberto Torres e Geovany Cardoso Jevaux apresentam o ensaio intitulado "Ensanchas de um controle de convencionalidade no Brasil: três casos sob análise." Cassius Guimaraes Chai e Denisson Gonçalves Chaves abordam o Controle de convencionalidade das leis no contexto jurídico brasileiro, expondo, quanto à sua aplicabilidade, suas tipologias e delimitações teóricas e práticas.

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS NO CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE CONVENTIONALITY LAW CONTROL IN THE BRAZILIAN LEGAL CONTEXT

Cassius Guimaraes Chai
Denisson Gonçalves Chaves

Resumo

O controle de convencionalidade é temática recente do Direito Internacional Público e do Direito Constitucional, surgindo assim, como um espaço de fecunda discussão acerca da relação entre Direito Interno e Direito Internacional. O objetivo do presente artigo é demonstrar, sucintamente, como o controle de convencionalidade vem sendo considerado e aplicado no ordenamento jurídico brasileiro, expondo suas tipologias e delimitações teóricas e práticas. Assim, utilizando-se de uma metodologia analítica e de uma hermenêutica crítica, buscar-se-á expor as particularidades e a importância do controle de convencionalidade. Por fim, demonstra-se que o controle de convencionalidade não é um fenômeno retórico, mas um instrumento legítimo para a efetivação dos Direitos Humanos no Brasil.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade, Direito internacional dos direitos humanos, Direitos humanos

Abstract/Resumen/Résumé

The conventionality control is a recent public international law and constitutional law theme, emerging as a fertile forum for discussion about the relationship between national law and international law. The purpose of this article is to demonstrate, succinctly, as the conventionality control has been considered and applied in the Brazilian legal system, exposing its typologies and theoretical and practical boundaries. Therefore, using an analytical methodology and a critical hermeneutic, will be sought to expose the particularities and the importance of conventionality control. Finally, it is demonstrated that the conventionality control is not a rhetorical phenomenon, but a legitimate instrument for the realization of human rights in Brazil.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Conventionality control, International law of human rights, Human rights

Introdução

O fenômeno jurídico do controle de convencionalidade surgiu como uma das consequências da ampliação do chamado *Direito Internacional dos Direitos Humanos*¹, que tem como principais corolários a presunção de universalidade dos direitos humanos e a observância do *princípio pro homine*. Sabe-se que o mal estar ocasionado pelas duas grandes guerras mundiais em meados do século XX resultou no desgaste do Direito Internacional “tradicional” focado na defesa da “soberania” e nas relações de interesses exclusivistas entre Estados, o que acabou ocasionando variados esforços na ordem jurídica internacional em prol do movimento de “*internacionalização dos direitos humanos*”, culminando com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, assim como, com a criação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem em 1950 e da Convenção Americana de Direitos Humanos em 1969 (Pacto San José da Costa Rica). Com efeito, em decorrência da promulgação das Cartas Internacionais, fez-se necessário adotar medidas para garantir a fruição dos direitos salvaguardados, nascendo, neste contexto, o Controle de Convencionalidade.

A terminologia “controle de convencionalidade” foi usada pela primeira vez no Conselho Constitucional Francês, na Decisão 74-54 DC, em 15 de janeiro de 1975. O caso tratava da análise da constitucionalidade de uma lei que versava sobre interrupção voluntária da gestação, haja vista a alegação que determinada lei violaria o direito a vida previsto na Convenção Europeia dos Direitos do Homem. No caso específico, utilizou-se o termo “convencionalidade” para referir-se a necessidade de adequação normativa entre o direito doméstico francês em confronto com a citada convenção, numa espécie de “analogia neológica” de controle normativo com fulcro no respeito ao tratado internacional².

1 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado Internacional de Direito Humanos. Rio Grande do Sul: Sergio Fabris, 2010, p.10.

2 Ver a respectiva decisão: “Considérant que l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen ; 2. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 55 de la Constitution : "Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie." ;3. Considérant que, si ces dispositions confèrent aux traités, dans les conditions qu'elles définissent, une autorité supérieure à celle des lois, elles ne prescrivent ni n'impliquent que le respect de ce principe doive être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution prévu à l'article 61 de celle-ci ; 4. Considérant, en effet, que les décisions prises en application de l'article 61 de la Constitution revêtent un caractère absolu et définitif, ainsi qu'il résulte de l'article 62 qui fait obstacle à la promulgation et à la mise en application de toute disposition déclarée inconstitutionnelle ; qu'au contraire, la supériorité des traités sur les lois, dont le principe est posé à l'article 55 précité, présente un caractère à la fois relatif et contingent, tenant, d'une part, à

Apesar do surgimento do controle de convencionalidade no continente europeu, é notório que o fenômeno expandiu-se e amadureceu na América, em especial, devido a promulgação da Convenção Americana de Direitos Humanos em 1969 e a criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante CIDH). No caso específico do Brasil, a ratificação da supracitada Convenção deu-se tão somente 23 anos depois da promulgação, em 25 de setembro de 1992. Posteriormente, com a Emenda Constitucional nº 45/2004, a República Federativa do Brasil sofreu uma revolução copernicana no que se refere a proteção dos direitos humanos e a relação entre direitos na ordem jurídica doméstica e direitos humanos internacionais. Isto porque, com a vigência dos respectivos textos normativos (Pacto San Jose da Costa Rica e Emenda Constitucional nº45/2004), abriu-se mais espaço para reconhecimento e proteção dos direitos humanos no país. E justamente nesse momento e espaço de amparo a direitos e garantias fundamentais que a temática do controle de convencionalidade reveste-se de importância ímpar no Brasil. Portanto, o controle de convencionalidade das leis pode ser definido como a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados e convenções internacionais de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.

É judicioso, antes de desmiuçar esse processo de “compatibilização” normativa, asseverar que a Constituição Federal, em sua atual disposição, apresenta três modos de recepção dos tratados internacionais: 1) os tratados internacionais de direitos humanos com

ce qu'elle est limitée au champ d'application du traité et, d'autre part, à ce qu'elle est subordonnée à une condition de réciprocité dont la réalisation peut varier selon le comportement du ou des Etats signataires du traité et le moment où doit s'apprécier le respect de cette condition ; 5. Considérant qu'une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution ; 6. Considérant qu'ainsi le contrôle du respect du principe énoncé à l'article 55 de la Constitution ne saurait s'exercer dans le cadre de l'examen prévu à l'article 61, en raison de la différence de nature de ces deux contrôles ; 7. Considérant que, dans ces conditions, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international ; 8. Considérant, en second lieu, que la loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse respecte la liberté des personnes appelées à recourir ou à participer à une interruption de grossesse, qu'il s'agisse d'une situation de détresse ou d'un motif thérapeutique ; que, dès lors, elle ne porte pas atteinte au principe de liberté posé à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; 9. Considérant que la loi déferée au Conseil constitutionnel n'admet qu'il soit porté atteinte au principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie, rappelé dans son article 1er, qu'en cas de nécessité et selon les conditions et limitations qu'elle définit ; 10. Considérant qu'aucune des dérogations prévues par cette loi n'est, en l'état, contraire à l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ni ne méconnaît le principe énoncé dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, selon lequel la nation garantit à l'enfant la protection de la santé, non plus qu'aucune des autres dispositions ayant valeur constitutionnelle édictées par le même texte ; 11. Considérant, en conséquence, que la loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse ne contredit pas les textes auxquels la Constitution du 4 octobre 1958 fait référence dans son préambule non plus qu'aucun des articles de la Constitution. **Journal officiel du 16 janvier 1975, page 671. Recueil, p. 19. ECLI:FR:CC:1975:74.54.DC.**

“*status de norma constitucional*”, conforme art. 5º, §2 ; 2) os tratados de direitos humanos “equivalentes as emendas constitucionais”, aprovados pelo quorum legislativo consoante o art. 5, §3; 3) os tratados internacionais que não versam sobre direitos humanos considerados “supralegais”, isto que dizer: abaixo da Constituição e acima das leis infraconstitucionais.

Nesse sentido, percebe-se um duplo controle normativo no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004: o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade das leis. Alguns doutrinadores asseveram também um terceiro modelo de controle normativo, o controle de supralegalidade, que ocorre na contrariedade das leis ordinárias com as normas de status de supralegal. Ressalte-se que as “recentes” alterações no sistema de fiscalização normativa somente foram possíveis pelo fato da supracitada emenda constitucional conceder aos tratados internacionais de direitos humanos um local estratégico na pirâmide normativa brasileira.

O interessante aqui é tratar a respeito dos tratados internacionais de direitos humanos com *status* de norma constitucional e aqueles considerados equivalentes a emendas constitucionais, ou seja, reconhecidos como parte do próprio texto da Constituição. O importante nessa ilação é compreender que dotado um tratado de direitos humanos de *status constitucional* pode ele servir de parâmetro para controle normativo, o denominado Controle de Convencionalidade.

Percebe-se, então, que do conceito “controle de convencionalidade” emanam questões inquietantes, que sejam: como ocorre esse modo de compatibilização? Quem é responsável por essa análise de compatibilidade? Quais os critérios para determinação de (in)compatibilidade entre as leis internas e os tratados de direitos humanos? quais os efeitos da incompatibilidade entre uma lei interna do Estado brasileiro e o conteúdo de um tratado internacional de direitos humanos? Enfim, qual o efeito do controle de convencionalidade no Brasil? Desse modo, utilizando-se de uma metodologia analítica, com a crítica própria da perspectiva científica, buscar-se-á responder tais indagações e discorrer de modo eficaz acerca do tema do Controle de Convencionalidade.

1. A Constituição e as modalidades de controle normativo no Brasil (Constitucionalidade e Convencionalidade)

Conforme anteriormente mencionado, com a Emenda Constitucional nº 45/2004,

verificou-se a existência de três modos distintos de controle de normatividade no Brasil: Controle de Constitucionalidade, que ocorre na verificação de compatibilidade formal e material leis ordinárias e a Carta Magna; o Controle de Convencionalidade, que trata-se da compatibilização entre as leis internas com os tratados de direitos humanos adotados e em vigor no país, e; Controle de Supralegalidade, controle normativo de compatibilidade das leis com os denominados *tratados internacionais comuns*.

As modalidades de controle normativo no Brasil, em especial, o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade, têm como fundamento máximo a Constituição, tendo em vista que, ambos os tipos de controle passam pelo crivo de validade e/ou legitimidade conferido pela Lei Fundamental. A ideia por trás do controle de constitucionalidade é que a produção normativa doméstica esteja de acordo com as orientações normogênicas da Carta Política. Deriva de tal entendimento, uma exigência de “respeito” e submissão a Constituição, sob os fundamentos de que a Lei Maior tem o papel de consumir os ideais políticos e jurídicos do Estado brasileiro. Por sua vez, no que se refere ao controle de convencionalidade, este somente é possível devido a permissão que a Carta Política oferece por meio de suas disposições (Art. 5, §2 e §3 da CRFB 1988) delegando parcela da capacidade de autodeterminação normativa da ordem jurídica Estadual à ordem jurídica internacional. Deferimento este, imprescindível, cuja ausência poderia resultar em carência de legitimidade e validade dos tratados internacionais.

Subentende-se então, que para se compreender o fenômeno do controle normativo tem-se, previa e necessariamente, que delinear um conceito de Constituição. Cabendo frisar, que tal conceito não se restringe apenas ao controle de constitucionalidade, mas também considera-se para efeitos de reconhecimento do controle de convencionalidade, haja vista a posição hierárquico-normativa da Constituição como elo fundamental de qualquer tipo de controle das leis ou dos atos administrativos do Poder Público no Brasil³.

Nesse sentido, Paulo Bonavides ensina em seu *Curso de Direito Constitucional* que a Constituição, enquanto essência, qualifica-se como “*Constituição Política, isto é, a Constituição do Estado*”⁴. Com esta afirmação o jurista chama atenção para o poder semântico-etimológico da Constituição reconhecida como a própria criação de uma

3 Tal é o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a incorporação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, que seja: somente é inserido uma norma internacional no ordenamento jurídico pátrio com a previsão constitucional. Trata-se da adoção da teoria dualista da relação entre direito interno e internacional.

4 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009.p. 80.

organização do poder político do Estado expresso na forma jurídica. Todavia, Bonavides tinha ciência de que a significação do conceito de Constituição é ampla, e por demasiadas vezes, relativa, fazendo-se necessário, e mais prudente, qualificar do que propriamente definir este termo tão multifacetado. É nesse sentido que o constitucionalista apresenta a distinção entre *concepção material e concepção formal* do conceito de Constituição.

Na concepção material, Constituição é o conjunto de normas pertinentes do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais, como sociais⁵. Em síntese, no entendimento da concepção material, a Constituição é definida pelo seu conteúdo político, ou “por seus fatores reais de poder”, como dizia Lassale. De outra parte, do ponto de vista formal, a Constituição limita-se ao seu texto, ou seja, aos dispositivos descritos em seu corpo escrito.

É notório que a concepção material de Constituição é mais ampla que sua concorrente. Conquanto, não se pode olvidar a importância de ambas as concepções, que são imprescindíveis, como se verá adiante, tanto para efeitos de reconhecimento do controle de constitucionalidade, assim como, do controle de convencionalidade. Porém, importa destacar que uma compreensão restrita ao ponto de vista formal traz consigo défices de racionalidade, em especial, no que diz respeito à possibilidade de matérias de índole constitucional ficarem excluídas do texto constitucional, como ocorrera com os tratados internacionais de direitos humanos anteriormente a Constituição de 1988⁶. Ademais, o movimento contrário também é possível, isto é, matérias que não dizem respeito à institucionalização e organização política estarem incorporadas no texto constitucional. No entanto, o que importa destacar é que, para efeitos de controle de convencionalidade, a concepção material de Constituição mostra-se mais adequada, como se demonstrará no controle de convencionalidade através dos princípios implícitos da Constituição, que somente é possível por meio de uma consideração da Constituição mais abrangente e integradora, não fechada ao crivo da literalidade, percepção esta oportunizada pela concepção material da Constituição.

Dessarte, sob a ótica dos Direitos humanos amparados pela Constituição, o controle de normatividade no Brasil é aferido sob duas perspectivas: a) a verificação dos direitos expressos no texto constitucional; b) a verificação dos direitos implícitos na Constituição. Assim, levando-se em consideração o conteúdo do art. 5, §2 da CF/1988, existem três

5 Idem.

6 Nesse sentido verificar posicionamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes e Celso de Melo, respectivamente nas seguintes julgamentos: RE 466.343-SP e HC 87.585-TO, em 3 de dezembro de 2008.

vertentes de direitos e garantias fundamentais na ordem jurídica brasileira: os direitos e garantias expressos na Constituição (1ª vertente), aqueles decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta Magna (2ª Vertente) e, por fim, os direitos e garantias dispostos em tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (3ª vertente).

No que diz respeito a primeira vertente, dos direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição, não há muita obscuridade sobre eles, tendo em vista que são direitos efetivamente garantidos pelo Poder Constituinte no corpo constitucional, localizados em ponto referencial na Constituição de 1988, de modo que o constituinte originário concedeu-lhes proteção especial ao considerar esses direitos e garantias como parte do núcleo inatingível da Constituição, as conhecidas *cláusulas pétreas*⁷. Desse modo, quando uma lei ordinária ou ato administrativo do Poder Público destoa, isto é, atua de modo contrário, privando, restringindo ou aplicando arbitrariamente, a direitos ou garantias fundamentais salvaguardadas na Constituição, tem-se que esta lei ou ato é inconstitucional, devendo portanto, ser considerada inválida – trata-se, assim, do controle de constitucionalidade em essência.

Por sua vez, os direitos e garantias de segunda vertente, aqueles que provêm do regime e dos princípios da Constituição, são chamados pela doutrina constitucional de *direitos implícitos na Constituição*, ou direitos *decorrentes*. Nota-se que essa espécie de direitos e garantias são de difícil percepção apriorística. Os termos “regime constitucional” e “princípios constitucionais” são vagos, o que permite uma diversidade, as vezes nociva, de conceitos e doutrinas. Todavia, apesar das adversidades didáticas, entende-se que é nesse “hiato deliberado” do constituinte que o controle de convencionalidade encontra ambiente de aplicação pelo intérprete constitucional.

2. O Controle de Convencionalidade através dos direitos implícitos na Constituição

É no espaço semântico e simbólico dos “*princípios adotados pela Constituição*” (2ª Vertente) que o Controle de Convencionalidade encontra uma de suas bases de afirmação. Isto porque entende-se que dentre os princípios adotados pela Constituição deve-se considerar o princípio internacional *pro homine*, reconhecido hodiernamente como princípio geral do

7 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...)§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

direito⁸, como uma das normas fundamentais na compreensão do sistema constitucional brasileiro. Tal princípio assegura a aplicabilidade da norma mais favorável a pessoa humana em uma situação jurídica concreta, isto significa dizer que, em casos de conflitos de normas ou fontes jurídicas, deve prevalecer, a norma ou fonte mais protetiva aos direitos da pessoa humana.

Entretanto, cabe o questionamento se a vigente Constituição brasileira adota ou não este princípio como ponto de referência sistêmico. O presente labor entende que sim, defendendo que o princípio internacional *pro homine* faz parte dos princípios adotados pela Constituição sob duas justificativas: a) pela leitura integral e histórico contextual da Carta de Outubro de 1988, combinada a uma interpretação teleológica da mesma, que aduz de modo firme que a Constituição tem o viés de superestimar os direitos e garantias fundamentais com fulcro na pessoa humana⁹; b) O próprio conceito do princípio *pro homine* é albergado nos dispositivos constitucionais pátrios.

A primeira justificativa é demonstrada no próprio epíteto dado a Constituição Federal de 1988, sendo denominada de *Constituição Cidadã*. A vigente Carta Magna representa um rompimento com o antigo regime de governo, que seja, a saída do Estado ditatorial militar para a democracia, localizada temporalmente em um momento de transição. E devido a estas circunstâncias de “reestruturação democrática” a Lei Maior ganha conotações protetivas acentuadas, como assevera Inocêncio Martires Coelho ao dizer que “a Carta Política de 1988, se não chega a ser uma Constituição-*Revanche*, por certo é uma Constituição-*Resposta* (...) uma resposta um determinado problema social”¹⁰. Nesse sentido, em contrariedade a contextura social de supressão de direitos do governo ditatorial, a Constituição de 1988 postula o Estado democrático de Direito, cujo núcleo essencial está nos direitos e garantias fundamentais, destacando-se aqueles relacionados a proteção da pessoa humana.

De outra parte, a segunda justificativa complementa a primeira. O conceito de

8 Defende-se no presente trabalho que o chamado “Jus Cogens” (Direito dos Povos), normas preempatórias e imperativas do Direito Internacional, criadas através dos pactos e convenções internacionais, sob o crivo do postulado do *pact sunt servanda*, fazem parte “princípios gerais do direito” mencionado no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Entendimento que busca dar uma uniformidade entre as normas cogentes do Direito Internacional e as normas domésticas do Estado Brasileiro.

Ainda sobre o tema cabe a leitura da Declaração Universal dos Direitos Humanos em conjunto com o artigo 53 da Convenção de Viena que assevera: “É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.”

9 Conforme se depreende da leitura do art. 5 da Constituição Federal de 1988.

10 BONAVIDES, Paulo. 2009, p.205.

princípio internacional *pro homine* baseia-se em dois outros princípios jurídicos: a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos¹¹. Assim, importa expor que a Carta Magna de 1988 traz em seu corpo estes dois princípios jurídicos de modo categórico. A dignidade da pessoa humana é no texto constitucional brasileiro elevado a patamar de “fundamento do Estado Democrático de Direito” (art.1, III, CRFB 1988), isto significa dizer que o Estado brasileiro deve reger-se por meio de normas jurídicas prévias e gerais, concebendo os seus cidadãos como livres e iguais, sob a base de reconhecer a dignidade de cada pessoa humana que dele faça parte. Por outro lado, a prevalência dos direitos humanos faz parte do rol de “princípios que regem das relações internacionais”, ou seja, quando o Estado brasileiro mantém uma relação na ordem jurídica internacional – e esta relação pode se dá por meio da negociação, aprovação, ratificação e execução de tratados internacionais ou cumprimento de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ou demais Cortes Internacionais da qual faça parte – deve obrigatoriamente considerar como prioritário os instrumentos, jurídicos ou não, que versem sob direitos humanos.

Desse modo, nota-se que, a partir de uma interpretação teleológica e sistêmica da Carta Política de 1988, pode-se afirmar que a Constituição brasileira adota o princípio internacional *pro homine* como um princípio jurídico basilar. Cabe ainda um importante apontamento, que deveras vem ocupando grande parte das discussões na ciência jurídica moderna, que seja: o caráter vinculativo dos princípios jurídicos. Sabe-se no que a doutrina do positivismo jurídico não vislumbrava os princípios jurídicos como uma espécie de norma jurídica, não possuindo, portanto, caráter condicional de vinculação ou exigência de obrigatoriedade, limitando-se ao aspecto “persuasivo”, que poderia ou não ser utilizado pelo aplicador da lei. Entretanto, para admitir-se o controle de convencionalidade através dos princípios implícitos na Constituição tem-se que partir necessariamente da premissa de que princípios jurídicos são espécies do gênero “normas jurídicas”, consoante o jusfilósofo americano Ronald Dworkin defende em sua obra *Levando os direitos a sério*, ao discorrer

11 O princípio *pro homine* é reconhecido no texto da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica) em seu artigo 29 que dispõe do seguinte modo “Normas de interpretação. Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

sobre a orientação de que os princípios têm natureza obrigatória

(a) Podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juizes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas¹²

Em consonância com o autor norte-americano, defende-se aqui o aspecto deontológico dos princípios jurídicos¹³. Com efeito, tendo-se em conta que a Constituição brasileira adota o princípio *pro homine* e a partir da perspectiva de que princípios estipulam obrigações, conclui-se que é possível o controle de convencionalidade por meio dos princípios implícitos na Constituição, ressaltando para o fato de que a respectiva espécie de controle normativo encontra guarida no Direito Constitucional pátrio.

3. Controle de Convencionalidade: delimitações, tipologias e particularidades.

A terceira vertente configura o controle de Convencionalidade em si. Quando a Constituição em seu art. 5º, § 2 afirma que “*Os direitos e garantias fundamentais expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes (...) dos tratados internacionais de que a República Federativa seja parte*”, abre-se um leque interpretativo no Direito Constitucional brasileiro e a ordem jurídica internacional, de modo que, não basta ao direito doméstico ser compatível tão somente com a Constituição do Estado, mas deve também observar os direitos garantidos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, seja versando sobre direitos humanos, o que se configurará com *status* de matéria constitucional, ou de “direitos comuns”, com *status* de supralegalidade. Em ambos os casos, a norma que contrariar os dispositivos garantidores dos textos jurídicos internacionais poderá ter sua validade questionada no sistema jurídico brasileiro através do controle de convencionalidade.

Verifica-se então que o controle de convencionalidade apresenta *a priori* duas funções definidas: a primeira é evitar a ofensa a direitos humanos nos territórios dos Estados

12 DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.47

13 Nesse sentido, faz-se mister ressaltar o caráter deontico dos princípios jurídicos que tratem de direitos fundamentais, diferenciando-os de valores: “Assim, por exemplo, têm-se que os direitos fundamentais como princípios jurídicos e não como valores, posto que estes são tidos como preferências intersubjetivamente compartilhadas, e aqueles são de natureza deontológica, obrigando seus destinatários, sem aceção de pessoas, a observarem as expectativas de comportamento. (...) A transformação conceitual de princípios em valores implica a camuflagem teleológica dos Direitos que encobre o fato de que as normas e valores, nos contextos de justificação, assumem diferentes papéis na lógica da argumentação.” CHAI, Cássius Guimarães. Jurisdição Constitucional Concreta em uma Democracia de Riscos. São Luís: Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão, 2007, p. 121-124

que compactuam com Tratados e Convenções internacionais de defesa e proteção destes mesmos direitos¹⁴. A segunda é a constante busca pela uniformização dos mecanismos de proteção dos direitos humanos numa escala global, de maneira a alcançar o que na doutrina jurídica internacional denomina-se de *pretensão de universalidade*¹⁵.

Destarte, a “compatibilização” da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país suscita questionamentos quanto ao entendimento do fenômeno em si, assim como, quanto a possibilidade de sua aplicação, fazendo-se imperioso estabelecer *delimitações teóricas e práticas*¹⁶ acerca controle de convencionalidade no Brasil. As delimitações teóricas já foram brevemente discutidas no que se refere a metamorfose no modo de ver a relação entre as fontes do direito na ordem nacional e internacional de maneira dialógica, e não somente no método “tudo-ou-nada”, conforme mencionado anteriormente acerca da concepção material de Constituição e o caráter deontológico dos princípios. De outra parte, passa-se então, a discorrer acerca das delimitações práticas, que são aquelas oriundas da própria prática do controle normativo de convencionalidade, mormente no que diz respeito a competência da verificação de “compatibilidade normativa” e seus respectivos efeitos.

14 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos no limiar do novo século e as perspectivas brasileiras. *Temas de política externa brasileira II*. 1994, v. 1; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

15 O Princípio da Pretensão de Universalidade dos Direitos Humanos deve ser compreendido sob uma ótica deontológica de validade formal, como “norma exigível” por todos e para todos, distintamente da compreensão de “universalidade” de Kant, que valeria como imperativo categórico subjetivo, sobre a definição de pretensão de universalidade destaca-se a acertada colocação de Ana Letícia Barauna Duarte Medeiros “Valendo-se dos princípios orientadores da transmodernidade, constata-se que, para os direitos humanos, a questão central - porém não única- de sua fundamentação, reside em seu conteúdo, isto é, no momento material, que tem como critério de verdade, a vida humana como modo de realidade (produção, reprodução e desenvolvimento da vida concreta de cada sujeito), e, partindo desse critério, é possível definir seu princípio orientador, com pretensão de universalidade. Entretanto, não obstante a pretensão de universalidade desse princípio, não se trata aqui do universalismo formal transcendental de Kant. A idéia do universal, enquanto projeto da modernidade, foi aproveitada por Dussel, em primeiro lugar, para estendê-lo às exigências materiais. O conceito moderno de universalismo busca o estabelecimento de um critério cuja validade ultrapasse os aspectos singulares e/ou particulares dos indivíduos e das culturas. Nesse sentido, Kant elegeu no sujeito a dimensão transcendental – consciência a priori - como condição formal fundante de tal possibilidade. Porém em Dussel, a validade universal formal, embora necessária, não é suficiente no processo de fundamentação. Daí porque a exigência de uma fundamentação material, consubstanciada no princípio da obrigação de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito ético em comunidade, também com pretensão de universalidade.” MEDEIROS, Letícia Barauna Duarte. Direito Internacional dos Direitos Humanos e Filosofia na América Latina: Contribuições para uma Possível Fundamentação Crítica. Cadernos PROLAM/USP (ano 4 - vol. 2 - 2005), p. 103-121.

16 O termo “delimitações” não deve ser lido no sentido de restrições, mas sim com o significado de contextualizações ou de particularidades específicas decorrentes da aplicação do controle de convencionalidade ao ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 Controle *Jurisdicional* de Convencionalidade

A primeira delimitação prática acerca do controle de convencionalidade surge na questão de saber a quem compete o exercício de averiguação da compatibilidade entre a produção normativa interna e os tratados internacionais de direitos humanos? Notoriamente, poder-se-á sustentar de maneira inequívoca que tal ofício compete aos órgãos de natureza jurisdicional. Todavia, não se pode deixar seduzir pelas “obviedades” que levam ao espírito acrítico, sendo judicioso justificar porque entende-se que o poder jurisdicional tem competência para exercer o controle de convencionalidade ao invés do Poder Legislativo ou Executivo, e em um segundo momento, desmascarar esse procedimento de compatibilização de normas.

Renomados juristas já suscitaram a questão do exercício do controle de convencionalidade pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo nos países que ratificaram pactos ou convenções internacionais de direitos humanos. André de Carvalho Ramos, por exemplo, em sua obra *Responsabilidade Internacional do Estado por violação dos direitos humanos*, aponta para o controle exercido pelo Parlamento no sentido de impedir a adoção de uma lei doméstica que viole conteúdo de tratados internacionais de direitos humanos com escopo de evitar uma posterior responsabilização internacional. Da mesma forma, alguns juristas debatem se a celebração por parte do chefe do Executivo não seria, mesmo que de forma mínima e indireta, um exercício de controle normativo.

Entretanto, no presente trabalho, entende-se que os posicionamentos supramencionados não logram êxito, de forma que a atuação do Poder Legislativo e Executivo limita-se ao que diz respeito a incorporação dos tratados internacionais no Direito brasileiro, consoante depreende-se da leitura do art. 84, VIII da CRFB/1988 ao afirmar que “compete privativamente ao Presidente da República: (...) VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional” (Fase de Negociação), conjuntamente com a leitura do art. 49, I, de que “é da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (Aprovação Parlamentar). Desse modo, a participação dos Poderes Legislativo e Executivo limitam-se a ratificação dos textos jurídicos internacionais, ou seja, um ato de governo que confirma o vínculo jurídico interno com a matéria do Tratado, Pacto ou Convenção

internacional. Ademais, cumpre destacar o caso específico dos tratados internacionais que tratem de direitos humanos, tendo-se em vista que “são normas de aplicação imediata” e “definidoras de direitos e garantias fundamentais”, conforme assevera o §1, do art. 5 da CRFB 1988, prescindindo os mesmos de atos ou decretos do Executivo com fulcro de conferir-lhes exequibilidade em âmbito doméstico.

Por sua vez, a atividade dos órgãos judiciais, considerando-se a natureza “jurisdicional”, possui o que Cappelletti denomina de “virtudes passivas”¹⁷ de caráter procedimental, que diferenciam o processo jurisdicional dos processos de natureza “política” (Legislativo e Administrativo), marcados pela “parcialidade” que lhes é intrínseca. Esse crivo procedimental de imparcialidade confere mais legitimidade aos órgãos jurisdicionais na defesa dos tratados de direitos humanos para além dos atos de governo, o que de fato demonstra-se uma tendência do Direito Internacional contemporâneo¹⁸. Soma-se ao presente argumento, o fato de que o constitucionalismo fomentou os processos de *internacionalização do Direito Constitucional e constitucionalização do Direito Internacional*, principalmente no que se refere ao estabelecimento de um sistema de equilíbrio entre os Poderes, substituindo o paradigma da separação de poderes pelo entendimento do *Checks and balances*, configurando uma importante “*ruptura do princípio da separação dos Poderes*”, onde a jurisdição constitucional aparece como algo “intrinsecamente ligado a democracia” por ser um mecanismo que visa impedir os desvios ou arbitrariedades dos Poderes estatais uns contra os outros, ou mesmo, contra direitos e garantias fundamentais¹⁹. De modo similar, o controle jurisdicional de convencionalidade demonstra-se a forma mais efetiva de salvaguardar os Direitos Humanos, seja nos ordenamentos jurídicos internos dos países que se afirmam democráticos, seja nos ordenamentos jurídicos regionais ou transnacionais.

3.2 Controle Nacional de Convencionalidade (Interno) e Controle Transnacional de Convencionalidade (Internacional)

A segunda delimitação prática trata de uma importante reflexão: levando-se em consideração que o controle de convencionalidade é exercido por meio de órgãos do

17 CAPPELLETTI, Mauro. Juizes Legisladores?. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p , 74-76.

18 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos; vol. 3; Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabbris, 2003.

19 CHAI, Cássius Guimarães, 2007, p. 121-124.

judiciário, e partindo-se da correta premissa de que as Cortes Internacionais são de fato órgãos judiciais internacionais, pode-se afirmar que a atuação dos tribunais internacionais de modo a fazer cumprir suas decisões contra o Estado ofensor configura controle de convencionalidade? Defende-se no presente trabalho que a resposta é afirmativa. Assim, entende-se que o controle exercido pelas cortes internacionais também configuram controle *jurisdicional* de convencionalidade, pois tem como objetivo compatibilizar as normas jurídicas internas com o conteúdo de direitos humanos previstos nas Convenções e Tratados internacionais. A partir de uma ótica fenomenológica, a distinção existente entre o controle de convencionalidade exercido pelo Poder Judiciário Estadual e o controle exercido pelos organismos judiciais internacionais está na figura de quem o exerce, ou seja, uma distinção de competência, não uma distinção na essência da atividade, que seja: controle normativo com escopo de efetivar os direitos humanos garantidos na esfera jurídica internacional. Portanto, não se trata de distinção ontológica, mas de competência.

Sabe-se que o posicionamento ora defendido encontra duas antíteses iniciais: a) o argumento de que o controle de convencionalidade exercido pelos órgãos judiciais internacionais devido sua aplicação *de cima para baixo (vertical descendente)* ofenderia o princípio da Soberania de Estado, baseando-se na coerção de uma possível “Jurisdição Internacional Suprema”, colocando em risco a legitimidade das decisões prolatadas pelas respectivas Cortes; b) uma equiparação do controle de convencionalidade exercido pelo judiciário interno e aquele exercido pelas instâncias internacionais desconsideraria uma das características principais do procedimento judicial internacional, que é o “esgotamento das vias internas”²⁰

Destarte, não se pode desconsiderar as supracitadas arguições, fazendo-se necessário expor as deficiências substanciais desses postulados, demonstrando desse modo, que não há

20 O esgotamento das vias internas de jurisdição é considerado um princípio geral do Direito Internacional Público. Representa um postulado baseado precipuamente na autodeterminação dos povos. O entendimento que se aduz é de que os Estados têm autonomia para solucionar suas próprias disfunções, utilizando-se do Poder Jurisdicional local para o saneamento de qualquer agressão aos direitos humanos, cabendo somente em caso de omissão ou atuação arbitrária por parte da jurisdição interna (Estado-membro) atuação dos organismos judiciais internacionais, conforme assegurado no art. 46, a da CIDH “*Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos.*”. Ou do art. 35 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que ao tratar das “Condições de Admissibilidade” afirma que “*O Tribunal só pode ser solicitado a conhecer de um assunto depois de esgotadas todas as vias de recurso internas, em conformidade com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos e num prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitiva.*” (grifo nosso).

divergência entre a natureza do controle de convencionalidade exercido pelas instâncias internacionais e o controle efetuado pelo Poder Judiciário interno dos Estados Soberanos. Nesse sentido, entende-se que o argumento de que o controle de convencionalidade exercido pelas cortes internacionais ofende o princípio da Soberania do Estado é frágil, em especial, devido ao fato de que o Direito Internacional contemporâneo assume cada vez mais o compromisso com os Direitos Humanos, compreendendo-os como anteriores ao Estado, portanto, superiores ao instituto da Soberania. Importante destacar, que afirmar que os direitos do homem têm prevalência sobre o princípio da Soberania não trata-se de modo algum da exclusão da capacidade de autodeterminação, consoante a nociva cognição “*tudo ou nada*”, mas deveras, traz à tona uma necessidade de proteção do ser humano para além das particularidades estatais, temperadas de ideologias políticas muitas vezes perniciosas a determinados grupos e categorias sociais, a exemplo do que ocorrera na Segunda Grande Guerra mundial, e do que ocorre hodiernamente nos países totalitários da África e Ásia²¹.

Do mesmo modo, não se pode negar que o controle efetuado pelos tribunais internacionais também seja considerado controle de convencionalidade pelo motivo de que haveria uma depreciação da exigência de esgotamento das vias ordinárias internas. *A priori*, poder-se-ia julgar que trata-se de uma questão meramente formalística, todavia, percebe-se que este segundo raciocínio têm cunho político, pois a exigência de esgotamento das vias ordinárias internas é antes de tudo, uma exigência de os juízes e tribunais internos controlarem a convencionalidade de suas normas domésticas”, ou seja, um exercício de autonomia. Conquanto a razoabilidade da premissa, entende-se que esta não deve prosperar, tendo em vista que restringiria o âmbito de defesa dos direitos humanos, principalmente no que diz respeito a responsabilidade internacional e o poder de eficácia das decisões de tribunais internacionais. Outrossim, consoante já afirmado pela CIDH, o controle de convencionalidade feito pelas cortes internacionais têm caráter complementar, não sendo, desse modo, tipos de controles “essencialmente distintos”. Nesse seguimento, importa destacar o pronunciamento da supracitada corte

De manera semelhante a la descrita em párrafo anterior, existe un 'control de convencionalidad' depositado em tribunales internacionales – o supranacionales –

21 Destacam-se os conflitos no Oriente Médio, na intersecção dos dois continentes. Cabendo citar o confronto entre Líbano e Síria, que ocasiona um volume descomunal de imigração para o continente europeu. A questão da Caxemira entre Índia e Paquistão, desde a independência dos Reino Unido. A recente instabilidade política no Egito. E as constantes batalhas entre os Estados independentes da Somália, entre 1991 a 1998, a saber: Ruanda, Somália, Mali, República Centro-africana, Darfur, Congo, Líbia, Nigéria, Somalilândia e Puntlândia.

creados por convenciones de los derechos humanos interpretar y aplicar los tratados de esta materia y pronunciarse sobre hechos supuestamente violatórios de las obligaciones estipuladas em esos convenios, que generan responsabilidad internacional para el Estado que ratificó la convención o adhirió a ella.²²

Nesse sentido, entende-se que tanto o controle normativo realizado pelos tribunais internacionais como o controle realizado pelos juízes e tribunais domésticos são controles de convencionalidade. Tratando-se de uma distinção de competência, e não uma diferença ontológica ou fenomenológica, que se faria pensar que poderiam ser dois tipos de controle de natureza díspar. Assim, para efeitos taxinômicos, o controle de convencionalidade exercido pelas cortes internacionais denomina-se *Controle Transnacional de Convencionalidade (Internacional)*. Por sua vez, o controle de convencionalidade realizado pelos juízes e tribunais nacionais, que constitui objeto do presente trabalho, denomina-se de *Controle Nacional de Convencionalidade (Interno)*.

3.3 A perspectiva interna: o controle de convencionalidade difuso e concentrado

A última delimitação a ser destacada no presente trabalho decorre dos dois regimes jurídicos existentes no Brasil no que diz respeito ao vínculo dos tratados internacionais com o Direito brasileiro, que seja, o regime jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos e regime jurídico dos tratados internacionais de direito comum. Atualmente, a doutrina e a jurisprudência brasileira mantém o entendimento que os tratados de direitos humanos detém superioridade em relação as leis internas, e também em relação aos tratados comuns, devido a relevância de seu conteúdo. Tal posicionamento é deveras recente, oriundo da constitucionalização dos direitos humanos, em especial da edição da Emenda Constitucional n.º 45/2004, e do fortalecimento do Direito Internacional, tendo em vista que até pouco tempo o Supremo Tribunal Federal considerava os tratados de direitos humanos equivalentes a leis ordinárias²³.

Conforme anteriormente demonstrado, os juízes e tribunais brasileiros podem realizar o controle de convencionalidade tendo em vista o disposto no §2º, art.5 da

22 CIDH, Casos dos trabalhadores demitidos do Congresso vs. Peru. Voto fundamentado do juez Sergio García Ramirez, de 24.11.2006.

23 “Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa.” ADI-MC 1.480. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 04/09/1997. Publicado em 18/05/2001.)

CRFB/1988 que assegura a aplicação dos direitos e garantias inseridos no “regime” e “princípios” adotados pela Constituição. Outrossim, com a edição da EC N.º45/2004 e a inserção do §3º no art. 5 da Constituição, o direito brasileiro sofreu uma modificação substancial no que diz respeito aos tratados de direitos humanos, *in litteris*:

Art. 5, §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.²⁴

Com a supracitada alteração, passa a vigorar no Brasil duas possibilidades a respeito dos tratados de direitos humanos: os direitos e garantias que, consoante o §2º do art. 5, são dotados de “status” constitucional, ou seja, materialmente constitucionais. E aqueles, que de acordo com §3º do mesmo artigo, são material e formalmente constitucionais, considerados como “equivalentes às emendas constitucionais”. Assim, para efeitos do controle de convencionalidade, entende-se que com a EC n.º 45/2004 passa a existir no Brasil o que ele denomina de “controle de convencionalidade concentrado” ao lado do “controle de convencionalidade difuso”, já previsto antes da citada emenda constitucional, nos moldes do §2º, art. 5 da CRFB 1988²⁵.

Nesse sentido, o controle de convencionalidade concentrado é a compatibilização normativa das leis internas com os tratados de direitos humanos ratificados pelo quorum previsto no §3º do art. 5 da CFRB/1988, podendo ser exercido somente pelo Supremo Tribunal Federal, em vista destes tratados serem considerados “equivalentes às emendas constitucionais” sendo formalmente (e materialmente) constitucionais. Por outro lado, o controle de convencionalidade difuso pode (deve) ser realizado por qualquer juiz ou tribunal brasileiro, na forma do §2º do art. 5º da CRFR/1988, porque os tratados de direitos humanos, apesar de não ratificados consoante o quorum legislativo, possuem “status” de norma constitucional, sendo imperioso sua aplicação.

Importa destacar que o controle de convencionalidade concentrado não pode ser confundido com o controle de constitucionalidade. Apesar da “equivalência” constitucional dos tratados de direitos humanos ratificados pelo crivo legislativo, essa paridade é aplicável para efeitos de consideração de hierarquia normativa. Lembrando-se que o objeto do controle

24 Art. 5, §3 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

25 Art. 5, §2 da CRFB/1988: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

de constitucionalidade e do controle de convencionalidade são distintos, a saber, respectivamente, a Constituição e as Convenções e Tratados internacionais. Assim, uma lei ordinária pode ser compatível com a Constituição Federal e incompatível com normas internacionais de direitos humanos, sendo, portanto, constitucional, porém inconvencional. O que ocorre é uma operacionalização do controle de convencionalidade das metodologias do controle de constitucionalidade, que irá manifestar-se também na possibilidade de propor ações constitucionais (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental) nos casos de incompatibilidade de normas infraconstitucionais com os tratados de direitos humanos incorporados pelo quorum legislativo do art.5º, § 3º, CRFB/1988.

O controle de convencionalidade nas suas modalidades, concentrado e difuso, convoca os juristas e doutrinadores brasileiros a (re)pensar a relação entre o direito interno e internacional, em especial a definição de “fontes do direito”. Nesse sentido, termos como “bloco de constitucionalidade” e “bloco de convencionalidade”²⁶ ganham espaço do Direito Internacional contemporâneo, aludindo a expansão das normas de proteção de Direitos Humanos. Conclui-se, desse modo, que o controle de convencionalidade exercido pelo juízes e tribunais brasileiros, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, é medida que se impõe para efetivação dos Direitos Humanos no Brasil.

Conclusão

O fato do controle de convencionalidade das leis ser temática recente no Brasil, faz insurgir necessárias “contextualizações” deste fenômeno no ordenamento jurídico pátrio, o que constitui objeto do presente artigo, na busca de discorrer acerca das particularidades e possibilidade desta espécie de controle normativo *in terrae brasilis*.

Consoante depreende-se das páginas precedentes, é sabido que a Constituição Federal de 1988 representa um marco normativo que oportuniza os dois modos de controle normativo sob a ótica dos direitos e garantias fundamentais: o controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade. O primeiro tem como referência a Constituição, o segundo, as Convenções e Tratados Internacionais de Direitos Humanos. A concepção da Constituição

²⁶ Termo oriundo de criação jurisprudencial, utilizado para significar o conjunto de leis domésticas, leis internacionais e precedentes judiciais (internacionais e nacionais) que tenham por finalidade de servir como parâmetro para controle de convencionalidade.

material, ou seja, aquela que concebe o conteúdo e não somente a forma das normas constitucionais, demonstra-se mais ampla e aberta ao procedimento do controle de convencionalidade no Brasil, por permitir a interpretação de que os princípios implícitos da Carta Política possam servir de parâmetro de controle da produção de normas infraconstitucionais.

Percebe-se a existência de quatro tipologias de controle de convencionalidade: a) o controle nacional de convencionalidade: controle normativo exercido pelo juízes e tribunais do Poder Judiciário interno; b) controle transnacional de convencionalidade: controle normativo exercido pelas instâncias e Cortes internacionais, no caso do Brasil, a Corte Interamericana de Direitos Humanos; c) controle de convencionalidade difuso: realizado por todos os juízes e tribunais brasileiros, por efeito do disposto no art. 5, §2 da CRFB 1988; d) controle de convencionalidade concentrado: realizado pelo Supremo Tribunal Federal em decorrência do art. 5, §3, inserido pela EC nº 45/2004.

Conclui-se que todos os tratados de Direitos Humanos, sejam aqueles com “status” de normas constitucionais, ou os “equivalentes” a emendas constitucionais, formam um “bloco de convencionalidade” de que jurisdição brasileira deve utilizar-se para aplicação do controle de convencionalidade, demonstrando assim, que o respectivo controle, não se trata de uma invenção teórica do Direito Internacional, mas sim, de um dos mecanismos mais poderosos para proteção e efetivação dos direitos humanos no Direito contemporâneo.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 16 jun. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm> Acesso em: 18 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão. ADI-MC 1.480**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 04/09/1997. Publicado em 18/05/2001.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CHAI, Cássius Guimarães. **Jurisdição Constitucional Concreta em uma Democracia de Riscos**. São Luís: Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão, 2007.

CIDH, **Casos dos trabalhadores demitidos do Congresso vs. Peru**. Voto fundamentado do juz Sergio García Ramirez, de 24.11.2006.

CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE DIREITO DOS TRATADOS. **Tratado de Viena sobre direito dos tratados de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm> Acesso em: 20 jun. 2015.

CONVENÇÃO PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS. **Convenção Europeia dos Direitos dos Homens de 1950**. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf> Acesso em: 25 jun. 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle de Convencionalidade**. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle de Convencionalidade das leis**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEDEIROS, Leticia Barauna Duarte. **Direito Internacional dos Direitos Humanos e Filosofia na América Latina: Contribuições para uma Possível Fundamentação Crítica**. Cadernos PROLAM/USP (ano 4 - vol. 2 - 2005).

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos**

Humanos de 1969. Disponível em:
<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>
Acesso em 25. Jun.2015.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas.** 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

_____. **A proteção internacional dos direitos humanos no limiar do novo século e as perspectivas brasileiras.** *Temas de política externa brasileira II.* 1994, v. 1;

_____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos;** vol. 3; Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 2003.