



Leonardo Martins* e Thiago Oliveira Moreira**

Constitucionalidade e Convencionalidade de Atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira

RESUMO

Descrevem-se os controles de constitucionalidade e convencionalidade no contexto da vigente situação jurídico-constitucional brasileira. A despeito do infindável debate em torno da hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos, busca-se delimitar a área de atuação de cada um dos dois controles, tanto em face da hierarquia quanto da concorrência, tendo em vista verificar como se dá sua coexistência no sistema constitucional. No Brasil, a situação jurídico-constitucional tornou-se mais complexa após a EC 45/2004, que introduziu a possibilidade de o tratado internacional sobre direitos humanos, ao ser recepcionado pelo mesmo procedimento da EC, ser a ela equivalente e, com isso, passar a integrar o chamado “bloco de constitucionalidade”. Sem embargo de a opinião internacionalista dominante insistir em teses sem lastro no texto constitucional como a da supralegalidade ou da equivalência constitucional dos tratados, independentemente de sua forma de recepção, o presente artigo aponta um caminho dogmaticamente viável para a coexistência dos controles.

Palavras-chave: hierarquia das normas, tratados internacionais, controle de constitucionalidade, controle de convencionalidade, regulação jurídica, proteção dos direitos fundamentais, Brasil.

ZUSAMENFASSUNG

Der Beitrag befasst sich mit den Kontrollen der Verfassungs- und Vertragsmäßigkeit unter den Bedingungen der geltenden verfassungsrechtlichen Situation Brasiliens. Im Gegensatz zur endlosen Debatte über die

* Doutor em Direito Constitucional pela Humboldt-Universität zu Berlin; pós-doutorado pelo Hans-Bredow-Institut da Universidade de Hamburg e pelo Erich-Pommer-Institut da Universidade de Potsdam (fellow da Fundação Alexander von Humboldt); Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor visitante da Humboldt-Universität. <leonardomartins1@yahoo.de>

** Mestrando em Direito pelo PPGD/UFRN. Professor Auxiliar da UFRN. Advogado. Membro do Grupo de Pesquisa da UFRN/CNPq - Direito Internacional e Soberania do Estado Brasileiro: Perspectivas Regional e Universal.

Rangordnung von internationalen Menschenrechtsverträgen soll eine Abgrenzung der Wirkungsbereiche der beiden o.g. Kontrollen unter Berücksichtigung ihrer Rangordnung wie auch ihrer konkurrierenden Wirkung vorgenommen werden, um herauszufinden, wie beide im Verfassungssystem koexistieren. In Brasilien wurde die verfassungsrechtliche Lage mit dem Inkrafttreten der Verfassungsänderung 45/2004 (EC 45/2004) vielschichtiger, durch die die Berücksichtigung internationaler Menschenrechtsverträge ermöglicht wurde, die, da sie nach demselben Verfahren wie eine Verfassungsänderung angenommen werden, mit dieser äquivalent sind und somit zu einem Bestandteil des sogenannten "Verfassungsblocks" werden. Im Gegensatz zur herrschenden internationalistischen Auffassung, die an Thesen, die aus dem Verfassungstext nicht abzuleiten sind, wie der Supralegalität oder der Äquivalenz der Verträge mit der Verfassung – unabhängig von der Form ihrer Annahme – festhält, beschreibt dieser Artikel einen rechtsdogmatisch gangbaren Weg für die Koexistenz der Kontrollen.

Schlagwörter: Normenhierarchie, internationale Verträge, Verfassungsgerichte, Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit, Kontrolle der Vertragsmäßigkeit, rechtliche Regelung, Schutz der Grundrechte, Brasilien.

ABSTRACT

We describe constitutionality and conventionality controls in the context of the current Brazilian legal and constitutional framework. Despite the unavoidable debate about the hierarchy of international human rights treaties, we try to define the scope of each of these controls, both with regard to hierarchy and to their concurrence in an effort to understand their coexistence in the constitutional system. The legal and constitutional situation in Brazil has become more complex since Constitutional Amendment 45/2004 which made it possible for international human rights treaties, if they are approved by the same procedure as a constitutional amendment, to become equivalent to the Constitution itself and be incorporated into the so-called "bloco de constitucionalidade" (constitutional body of law). Although the prevailing opinions of experts in international law insist on theses that lack a basis in the constitutional text such as the supra-legal nature or the constitutional equivalence of treaties, regardless of how they were ratified, this paper suggests a dogmatically viable path for the coexistence of these controls.

Keywords: hierarchy of norms, international treaties, constitutionality control, conventionality control, legal regulation, protection of fundamental rights, Brazil.

1. Introdução

No Estado constitucional contemporâneo ninguém ousaria dizer não querer a proteção máxima dos direitos fundamentais positivos, das liberdades, das igualdades e dos direitos fundamentais difusos e/ou coletivos etc. Tais direitos e interesses correspondem, em âmbito estatal interno, às tutelas dos direitos fundamentais e, em âmbito internacional público, às tutelas dos direitos humanos contemplados por vários tratados internacionais, vale dizer, nos compromissos assumidos pelo Estado soberano perante a comunidade internacional de Estados e suas organizações internacionais.

Se não há, na essência, dissenso quanto ao principal propósito a ser almejado, o mesmo não pode ser dito quanto aos meios indicados para se chegar a ele. Na doutrina e jurisprudência brasileiras, por exemplo, há um debate que parece não cessar: Internacionalistas e constitucionalistas especializados em direitos fundamentais enfatizam cada qual o papel, respectivamente, dos tratados internacionais sobre direitos humanos do qual o Brasil faça parte e da supremacia da Constituição em face daqueles. Nem mesmo a EC 45/2004 que, adicionando ao texto constitucional a possibilidade de o tratado internacional sobre direitos humanos ser recepcionado pelo mesmo procedimento da EC e, portanto, ter status constitucional após o uso de tal modo de ratificação, teve o condão de pôr termo final à aludida disputa.

No presente ensaio, questiona-se se a escolha do parâmetro de proteção “Tratado Internacional” ou “Constituição”, que implicam os respectivos controles de convencionalidade ou constitucionalidade, pressupõe a definição do posicionamento hierárquico entre os dois, tal qual ocorre com a escolha entre os parâmetros lei ou Constituição, ou se concorrem segundo a lógica da igual hierarquia. Em concorrendo, resta perscrutar se será possível firmar um único parâmetro e com base em que regra hermenêutica, ou, pelo contrário, se deverá proceder-se ao exame concomitante.

Para tanto, revisitar-se-á o controle de constitucionalidade sob o primeiro tópico (2), destacando-se alguns elementos a serem comparados, para depois se apresentar o controle de convencionalidade (3). Por fim, a reflexão final caracterizará, de modo sintético, a relação entre os dois controles tendo em vista sua coexistência no interesse dos titulares dos direitos humanos convencionais e fundamentais constitucionais (4).

2. O controle de constitucionalidade

O controle normativo de constitucionalidade é hoje, a despeito da usual leitura processual feita pela maioria dos autores, o núcleo essencial da ordem constitucional material. Há muito, a ciência do direito constitucional deixou de ser meramente descritiva para ser prescritiva. Por ser a Constituição fundamento de validade de toda a ordem jurídica estatal, a ciência do direito constitucional tem que oferecer um instrumentário hermenêutico-conceitual (dogmática jurídico-constitucional) capaz de fazer com que o operador do direito constitucional possa reconhecer a “patologia normativa”, i.e., o estado de inconstitucionalidade. Principalmente se pensarmos na alta carga axiológica e no teor muito abstrato das tutelas específicas de direitos fundamentais, chegaremos à conclusão de que estamos diante de um objeto de estudo assaz complexo e, como tal, que suscita divergências muitas vezes influenciadas por posicionamentos político-ideológicos. É o que fica claro na investigação do sistema de controle normativo adotado por uma Constituição.

2.1. Controles normativo abstrato e concreto ou incidental e suas respectivas disciplinas nos sistemas difuso, concentrado e híbrido de constitucionalidade

Qualquer sistema de controle de constitucionalidade pressupõe uma Constituição; no caso brasileiro, a Constituição Federal, como norma-parâmetro de compatibilidade vertical na ordem jurídica. Como sobejamente se sabe, no Estado que foi o pioneiro em sua introdução, i.e., nos Estados Unidos da América, a *US Supreme Court* avocou para si a competência para a realização do controle normativo de constitucionalidade.¹ Coerentemente com a lógica da *common law*, aquela Corte o fez repressivamente a partir do ensejo de um caso concreto.²

O Brasil adotou, assim como o fez boa parte dos países latino-americanos - a despeito de ter seguido a Europa continental na escolha por um sistema de fontes do direito -, o sistema difuso do controle normativo pelo qual qualquer juiz ou tribunal denega aplicação a uma norma para decidir uma lide, se tiver a convicção de estar diante de uma norma incompatível com a Constituição. O que é difuso no sistema é, portanto, a competência para o controle. Este deve ser classificado, a despeito da consolidada mas equivocada dicotomia “difuso/concentrado”, em abstrato ou concreto (por via principal ou incidental). O que diferencia o sistema concentrado de controle de constitucionalidade é a total inexistência da competência judicial geral para o controle normativo concreto, com vistas à decisão sobre a validade de norma aplicável.³

O suscitado erro terminológico da discussão brasileira se deve ao conhecido fato de termos previsto na ordem constitucional pátria, já em 1965, um controle normativo abstrato, necessariamente concentrado na competência do Supremo Tribunal Federal, tamanhas as incertezas e inseguranças que poderiam ser causadas se qualquer juiz singular ou tribunal pudesse declarar a nulidade de norma considerada por ele inconstitucional com eficácia *erga omnes*.⁴

¹ Sobre o significado desta decisão no desenvolvimento da dogmática da inconstitucionalidade, vide Dimoulis e Martins, 2009: 24 s. Em geral, sobre o que chama de “teoria da inconstitucionalidade”, cf Tavares, 2010: 212 ss.

² Cf. a precisa exposição do caso em Amaral Jr., 2009: 1216 s.

³ Tal qual existente, por exemplo, no sistema constitucional alemão. Cf., a respeito, Martins, 2005: 48-50. No sistema brasileiro, a reserva de plenário prevista no art. 97 CF, segundo a qual a declaração de inconstitucionalidade por um órgão jurisdicional colegiado – um tribunal – pressupõe o voto da maioria absoluta de seus membros, serve à uniformização da jurisprudência e não à concentração do controle concreto. A Súmula Vinculante nº 10 do STF, segundo a qual “viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte”, não altera o reconhecimento ora feito, porque na feliz explanação de Amaral Jr. (2009: 1220), “no primeiro grau de jurisdição, os juízos são monocráticos. Logo um juiz de primeira instância pode declarar inconstitucional, sozinho, até mesmo uma emenda constitucional [...]”.

⁴ Pode-se dizer que de certa forma a instituição da então chamada representação de inconstitucionalidade significou o primeiro passo no sentido da concentração do controle, mas a subsistência do caráter difuso no controle concreto ou incidental e a ênfase ou configuração litigiosa mesmo dos processos do controle abstrato impedem que cheguemos ao ideal de um processo constitucional objetivo, no qual se busca, em essência, o esclarecimento da validade ou não de um

A Constituição Federal de 1988 foi proficiente na criação de vários instrumentos (ações) do controle abstrato e a EC 45/2004 revelou uma forte tendência centralizadora ao criar várias figuras dogmáticas que ora limitam o acesso ao Supremo Tribunal Federal,⁵ ora generaliza os efeitos da coisa julgada erigida a partir do controle normativo concreto como, por exemplo, aquele que resulta do julgamento de recursos extraordinários.⁶ Em razão da coexistência entre o controle normativo abstrato, concentrado na competência do STF, e o cada vez mais relativizado mas persistente controle concreto e/ou incidental na competência de qualquer juiz ou tribunal, classifica-se o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro como “misto”, “combinado” ou “híbrido”.⁷

Mas como controle de constitucionalidade não se confunde com direito processual constitucional, os esforços da ciência do direito constitucional não podem limitar-se ao estudo dos instrumentos e do sistema geral de controle normativo, mas à criação de uma dogmática jurídico-material dos direitos fundamentais, parâmetro privilegiado do controle de constitucionalidade.

1.2. O status normativo dos tratados internacionais sobre direitos humanos no Brasil após a EC 45/2004

Como supra-aludido, a celeuma entre constitucionalistas e internacionalistas deveria ser encerrada com a inserção de um novo dispositivo na Constituição Federal - mais precisamente do § 3º ao art. 5º -, segundo o qual 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”. Trata-se do mesmo procedimento previsto para a EC. Cabe, portanto, o questionamento sobre qual seria o real impacto normativo causado por esse novo dispositivo a despeito de sua motivação internacionalista.

Segundo parte da literatura jurídica especializada,⁸ agora os tratados internacionais sobre direitos humanos só podem ser ratificados por esse procedimento mais rigoroso previsto originalmente só para a EC, devendo todos os anteriores passar pelo exame de recepção, seguindo a teoria da recepção, i.e., ter sua compatibilidade material com a Constituição testada. O mérito dessa corrente reside no fato de não negar ingenuamente a possibilidade de antinomia entre direitos humanos previstos em tratados internacionais e direitos fundamentais individuais, reconhecendo a prevalência destes últimos, uma vez que gozam da cláusula de perenidade (“pétrea”) do art. 60, § 4º, IV

ato normativo em face de sua compatibilidade com a Constituição. Cf. a crítica em Martins, 2008: 247 ss.

⁵ Precipuamente, no recurso extraordinário, a necessidade de o recorrente ter que “demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso” (art. 102, § 3º CF). Cf. Martins, 2008: 262.

⁶ Cf. com maiores referências: Martins, 2008: 261.

⁷ Cf. Tavares, 2010: 250 s., que prefere a terminologia “sistema combinado”, ressaltando a complexidade do sistema de controle normativo brasileiro.

⁸ Cf. Tavares, 2005: 43 s.

da CF, sendo, portanto, parâmetros jurídico-materiais para se verificar compatibilidade do tratado internacional com eles.

Nada obstante, no que tange à alegada impossibilidade de o tratado internacional ser recepcionado pelo procedimento tradicional, essa corrente não tem como ser seguida. Além de gerar certos problemas de ordem prática como a impossibilidade de se identificar e apartar todos os tratados e partes de tratados que versem sobre direitos humanos daqueles que não versem, há de se admitir a subsistência do procedimento tradicional menos rigoroso para se manter fiel ao espírito internacionalista da EC 45 que procurou valorizar o tratado internacional, o que não ocorre quando se dificulta *sem alternativas* o processo de sua ratificação. Por fim, uma mera interpretação textual revela que o constituinte derivado admitiu a subsistência do procedimento tradicional ao definir que os tratados “que forem recepcionados ...”, deixando para o procedimento tradicional os tratados que “não forem recepcionados ...” (*argumentum e contrario*).⁹

A situação jurídica atual, portanto, é a seguinte: Todos os tratados internacionais sobre direitos humanos que seguirem o rito da EC, inclusive que reunirem a maioria parlamentar necessária à sua aprovação, passam a integrar o que se convencionou chamar de “bloco de constitucionalidade”.¹⁰ Tendo em vista que a íntegra do texto de um tratado internacional poderia ser igualmente objeto de uma EC, pode-se dizer que o impacto da Emenda para a situação jurídica vigente e para a solução da celeuma quanto ao status hierárquico dos tratados internacionais foi demasiado reduzido.

A integração dos novos dispositivos no próprio texto constitucional evitaria a duplicidade ou concorrência de parâmetros que ocorre no caso de textos normativos extravagantes que se encontram ao nível da Constituição. Porém - e esta parece ser a razão política para se pleitear o apensamento de textos normativos ao texto normativo supremo dentro do Estado -, a afirmação do bloco de constitucionalidade *faz com que a origem internacional pública* da nova ordem suprema *seja sempre e de plano reconhecível*.

A opção pelo bloco de constitucionalidade parece tornar, todavia, o exame mais complexo do que o necessário e abre o questionamento de como proceder em face das concorrências entre os parâmetros constitucionais tradicionais (originais e inseridos por Emendas) e os parâmetros decorrentes de tratados que integrem o bloco de constitucionalidade. A situação jurídica vigente no Brasil traz ainda a peculiaridade de o exame de convencionalidade ter que ser também necessariamente classificado em duas espécies, dependendo de o tratado ou convenção integrar ou não o bloco de constitucionalidade. No segundo caso, a despeito da tese da supralegalidade do tratado,¹¹ a ordem constitucional vigente brasileira não criou um patamar hierárquico superior em relação à lei ordinária, tal qual o fez expressamente a *Grundgesetz* alemã em seu art. 25.¹²

⁹ Cf. Dimoulis e Martins, 2009: 42 s.

¹⁰ Cf. Dimoulis e Martins, 2009: 43 s.

¹¹ Defendida por Mendes, 2007: 663 e, sob influência do referido autor, membro do STF, parte da jurisprudência do STF. Cf., por último, RE 466.343-SP, DJe nº 104, publicado em 05/06/2009, disp. em <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>> (18/10/2010).

¹² Art. 25 da *Grundgesetz*: “As regras gerais do direito internacional público são parte integrante do direito federal. Elas prevalecem sobre as leis e criam imediatamente direitos e obrigações aos habitantes do território federal”.

A solução de tais problemas pressupõe o exame a seguir da natureza do controle de convencionalidade, sendo que seu encaminhamento como contribuição ao debate deverá resultar da exposição do terceiro tópico.

3. O controle de convencionalidade

3.1. Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos como norma-parâmetro de compatibilidade vertical no ordenamento jurídico

Em relação à compatibilização vertical das normas no ordenamento jurídico, a Constituição do Estado deixou de ser a exclusiva norma-parâmetro de controle com potencial de supremacia. Desenvolve-se um novo parâmetro de controle vertical das normas estatais: os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Por isso, urge uma adequação do direito estatal às tratativas internacionais celebradas - sobretudo as que versem sobre os direitos humanos - (uma dupla compatibilização vertical de normas aprovadas internamente, porque tais normas devem ser compatíveis tanto com a Constituição, como com os tratados internacionais de direitos humanos, oriundos do direito internacional¹³).

Não se trata de uma rediscussão acerca das teorias que abordam a relação entre o direito interno e o internacional, mas de apresentar as linhas gerais da quebra do monopólio da Constituição como norma-parâmetro de controle com a fundamentação do Controle de Convencionalidade¹⁴ como instrumento de devida adequação pelos Estados aos normativos internacionais pactuados.

Na tentativa de buscar soluções para problemas e desafios comuns, os Estados celebram tratados internacionais entre si ou com organizações internacionais, pretendendo disciplinar as relações interestatais, tanto em nível global como regional. No mundo globalizado em que vivemos, no qual podem ser observados diferentes graus de maturação democrática e institucional, a proteção dos direitos humanos não pode ser perpetrada exclusivamente pela produção legislativa estatal. Numa perspectiva histórica recente, os vilipêndios mais fundamentais a todos os direitos humanos ocorridos no chamado holocausto e, mais recentemente, nos Bálcãs,¹⁵ servem de aviso à comunidade internacional dos Estados e à sua opinião pública.

¹³ Sobre o conceito de direito internacional público, cf. Mazzuoli (2010-a: 55).

¹⁴ “[...] para além do clássico ‘controle de constitucionalidade’, deve ainda existir (doravante) um ‘controle de convencionalidade’ das leis, que é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.” Mazzuoli (2010-b: 64).

¹⁵ “Por otra parte, el desarrollo de las comunicaciones, la creciente interdependencia entre Estados y los avances tecnológicos han propuesto nuevos ámbitos materiales de regulación y cooperación internacional. Se extiende así el contenido normativo del orden jurídico internacional. Nacen normas reguladoras de la cooperación y el desarrollo internacional en el campo económico y social; [...]. Problemas tales como el de la contaminación ambiental, la utilización de la energía nuclear, el de la integración física y económica regional, etc., aparecen como novísimas materias consideradas por un dinámico y evolutivo derecho internacional contemporáneo. La

As violações aos direitos humanos rompem fronteiras, sendo problema que de fato assola a humanidade em nível global. Necessário se faz que os Estados, dentro de determinado padrão e apesar de eventuais ou recorrentes dissensos, pactuem acerca da proteção do ser humano, estabelecendo mecanismos de defesa, independentemente da nacionalidade, contra a violação dos direitos.

Os tratados, após a ratificação pelos Estados, passam a ser de observância obrigatória por todos os poderes e instituições nacionais, não podendo, *v.g.*, o legislador nacional, na perspectiva do direito internacional público, elaborar leis que sejam contrárias às tratativas internacionais, sob pena de responsabilização internacional do Estado pelos Tribunais e Cortes Internacionais, a cuja jurisdição tenha voluntariamente aderido, cedendo uma parcela de sua soberania à jurisdição de caráter supranacional.

Independentemente do nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico estatal ou do procedimento de incorporação, o que fora pactuado tem que ser cumprido em respeito aos princípios gerais da boa-fé e do *pacta sunt servanda*. Não cabe evocar a tese da soberania absoluta para justificar o não cumprimento dos tratados internacionais, pois a atual concepção do conceito de soberania destaca como uma de suas principais características a relatividade. O Estado pode,¹⁶ no exercício da própria soberania, ceder parte dela (soberania) ao celebrar tratados internacionais.¹⁷

O chamado controle de convencionalidade surge nesse contexto da exigibilidade do cumprimento das disposições pactuadas nos tratados internacionais de direitos humanos como seu instrumento de verificação. Apesar de a origem ser controversa, MAZZUOLI (2010: 70) sustenta que “a ideia de ‘controle de convencionalidade’ tem origem francesa e data do início da década de 1970”.¹⁸

No plano do sistema interamericano de direitos humanos, tem-se uma construção pretoriana do controle de convencionalidade. É o que se constata a partir da análise de alguns julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), principalmente quando estabelece um comparativo entre o direito doméstico de certo

preocupación por el hombre lleva a la jerarquización de sus derechos y libertades fundamentales a través de normas internacionales que tienden a su reconocimiento y protección.” Moncayo (1990: 17).

¹⁶ Sobre a hodierna configuração do conceito de soberania, cf Ferrajoli (2007), que atribui ao povo a titularidade da soberania.

¹⁷ “É verdade, professa o sábio publicista alemão (Jellinek), que a soberania é uma vontade que não se determina jamais senão por si mesma, sem obedecer a influências estranhas. Mas o Estado não determina arbitrariamente a sua competência, porque ele não pode dilatar livremente o âmbito de sua ação. A competência do Estado encontra seus limites internamente na personalidade reconhecida do indivíduo e externamente no direito internacional por ele reconhecido. O Estado, por força desse reconhecimento, impõe limites a si mesmo, sem que possa, em seguida, juridicamente, libertar-se, por um ato de vontade própria e exclusiva, das obrigações que a si mesmo impôs.” Batista Martins (1998: 20).

¹⁸ Cf. Mazzuoli (2010-b: 71): “... o Conselho Constitucional francês, na Decisão n. 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975, entendeu não ser competente para analisar a convencionalidade preventiva das leis (ou seja: a compatibilidade destas com os tratados ratificados pela França, notadamente - naquele caso concreto - Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950), pelo fato de não se tratar de um controle de *constitucionalidade* propriamente dito, o único em relação ao qual teria competência o dito Conselho para se manifestar a respeito”.

Estado que aceitou a sua jurisdição contenciosa com as disposições, notadamente, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (*Pacto de San José de Costa Rica*).¹⁹

No caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*,²⁰ iniciou-se, na jurisdição contenciosa da CIDH, o controle de convencionalidade do direito estatal, independentemente da hierarquia normativa, com base nos parâmetros do CADH, com a finalidade de responsabilizar o Estado pelo descumprimento de seus preceitos.²¹

Após o citado *leading case*, outras decisões desenvolveram o controle de convencionalidade. Consolidado o controle do direito interno tendo como parâmetro o CADH, passou-se a novas etapas, com um alargamento cada vez maior do controle e a definição de seus preceitos fundamentais. Dessa forma, além do controle efetivado pela Corte, entenderam os membros do Tribunal que as jurisdições internas são submetidas também às disposições da CADH, devendo todo magistrado nacional realizar o exame e, em se constando incompatibilidade, declarar a invalidez/inconvencionalidade de leis e atos normativos. De outro modo, compete ao Poder Judiciário o exercício de ofício do controle da compatibilidade vertical do direito estatal com os tratados internacionais de direitos humanos, no caso em tela, com a Convenção.²²

Assim, o controle de convencionalidade antes exercido somente pela própria CIDH, estendido pela própria Corte a todos os órgãos de jurisdição interna, continuou sendo desenvolvido pela Corte que assumiu notória postura ativista. Em recente decisão,²³ a Corte elevou sua própria interpretação do CADH, i.e., sua jurisprudência, ao lado daquele, ao patamar de co-parâmetro para o exame de convencionalidade. Como fundamento, apresenta a vaga tese de ser a última intérprete da Convenção Americana.²⁴

¹⁹ No texto a seguir: CADH. Cf Hitters (2009: 109): “Pero como lo vienen sosteniendo desde hace no mucho tiempo algunos de los Magistrados de la Corte Interamericana, dicho cuerpo ejercita lo que ha dado en llamar a partir del caso Myrna Mack Chang el “Control de Convencionalidad”, lo que obviamente significa una comparación entre el Pacto de San José de Costa Rica y otras convenciones a las que nuestro país se ha plegado [...] y las disposiciones del derecho interno de las naciones adheridas al modelo”.

²⁰ Corte IDH, Caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C N° 101, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez.

²¹ Cf. art. 2 do CADH: Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo no art. 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes se comprometem a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outras naturezas que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

²² CIDH, Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C No. 158, párr. 128.

²³ Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154, párr. 124.

²⁴ Esse ativismo judicial da CIDH é, porém, pouco nocivo ou pelo menos significativamente menos nocivo ou, sob determinada perspectiva - a política -, até mesmo bem-vindo quando nos lembramos de que a Organização dos Estados Americanos não é dotada de uma instância legislativa ordinária, não havendo, portanto, que se falar em violação da separação de funções estatais. Esta ousada decisão lembra muito uma afirmação feita em 1993 pelo Ex-Presidente Federal da RFA e do Tribunal Constitucional Federal alemão, segundo a qual o direito constitucional alemão se comporia de 146 artigos da *Grundgesetz* e de mais aproximadamente 15 a 16 mil páginas publicadas de decisões daquela corte. Cf. Martins, 2005: 35 s.

Prosseguindo na construção do controle de convencionalidade, a Corte decidiu que ele não é possível apenas em um determinado caso concreto, mas também em abstrato, conforme observa HITTERS:

Conviene poner de resalto que en los primeros tiempos tal Tribunal Interamericano sostenía que era improcedente la revisión supranacional si el precepto atacado no había sido aplicado. Empero últimamente el órgano aludido cambió de tornas destacando su potestad de controlar la convencionalidad de las normas locales, aún en abstracto.²⁵

Apesar de o controle de convencionalidade ter se consolidado nas decisões provenientes da jurisdição contenciosa da Corte, já vinha sendo realizado quando do exercício da jurisdição consultiva. Diante dos contornos jurisprudenciais, doutrinários e do próprio texto do CADH, tecem-se as seguintes considerações:

Trata-se de controle que deve ser, inicialmente, exercido pela jurisdição estatal, seja mediante juízos singulares ou órgãos colegiados. Em caso de omissão da jurisdição interna, caberá à CIDH efetuar o controle.

Não só o CADH, mas também os demais tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelos Estados e as decisões das cortes supranacionais, a cuja jurisdição se aderiu, servem de parâmetro para a verificação de compatibilidade vertical do ordenamento jurídico interno (leis, atos normativos, decisões dos tribunais etc.), independentemente da hierarquia normativa e da fonte de produção. Porém, não caberá à CIDH revogar a lei inconveniente ou regram abstratamente a situação levada a julgamento, substituindo o legislador estatal, mas declarar a inconveniência do ato e determinar que o Estado o adapte ao tratado internacional de direitos humanos sob pena de responsabilização internacional.

Diante do quadro que se revela, os magistrados devem estar preparados para a reatuação do controle. Por isso, mister se faz que haja um razoável conhecimento do teor dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro, tanto no plano global (ONU), quanto no regional (OEA), e da interpretação²⁶ conferida pelos Tribunais e Cortes Internacionais acerca das tratativas, além do seu acompanhamento pela pesquisa jurídica especializada; vale dizer: os magistrados devem dominar a dogmática dos tratados internacionais.

Por óbvio, o controle de convencionalidade não é tarefa simples, pois, apesar da já aludida irrelevância do *status* hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos para fins de tal controle, muitos Tribunais e Cortes Constitucionais impõem obstáculos à aplicação das normas previstas em tratados internacionais, seja pelo desconhecimento da matéria, seja pela tentativa de manutenção do dogma da soberania estatal não mitigável, principalmente no que tange ao exercício da jurisdição.

²⁵ Hitters (2009: 118).

²⁶ “[...] es profundamente importante advertir que la Corte Interamericana destaca que el material controlante no consiste exclusivamente en las normas del Pacto, sino también en la *interpretación* dada a esas reglas por la Corte Interamericana.” Sagüés (2010: 125).

Também a fim de se evitar a responsabilização internacional do Estado pela prática de atos inconventionais e, ao mesmo tempo, escapar-se da controversa declaração de nulidade de lei em face de tratado internacional, deve-se utilizar a técnica da interpretação conforme o CADH, a exemplo do que já ocorre há tempos em âmbito estatal interno, no controle de constitucionalidade.²⁷

Mesmo com a possibilidade de exercer um controle prévio de convencionalidade por parte dos atores do processo legislativo, e mesmo com a possibilidade de afastar interpretações inconventionais da lei e atos normativos diversos, casos são levados à CIDH. Parte deles resulta em condenações dos Estados, normalmente com a aplicação de sanções de caráter indenizatório, bem como com a declaração de inconventionalidade e determinação de adequação do ordenamento jurídico estatal.

De forma técnica, vê-se que, para uma lei ser considerada válida, há de se satisfazer dois crivos: no plano interno, a compatibilidade com a Constituição; e no externo, com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado. Mesmo em se passando no primeiro exame de compatibilidade, ou seja: mesmo sendo a lei vigente, caso não esteja materialmente conforme os tratados, deverá ser declarada - seja pela jurisdição doméstica ou pelos tribunais e cortes internacionais - como inconventional, dada a existência de vício material de inconventionalidade. Segundo uma opinião, para se lidar com leis inconventionais, dever-se-ia distinguir entre vigência e validade da seguinte maneira:

[...] a compatibilidade da lei com o texto constitucional não mais lhe garante *validade* no plano do direito interno. Para tal, deve a lei ser compatível com a Constituição e com os tratados internacionais (de direitos humanos e comuns) ratificados pelo governo. Caso a norma esteja de acordo com a Constituição, mas não com eventual tratado já ratificado e em vigor no plano interno, poderá ela ser até considerada *vigente* [...] mas não poderá ser tida como *válida* [...].²⁸

O CADH foi aprovado em 22 de outubro de 1969, tendo sido incorporado ao direito estatal brasileiro apenas em 1992 e o Brasil aderido à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos somente em 1998. Não se trata apenas de um controle jurisdicional, pois também pode e deve ser realizado pelo Executivo e pelo Legislativo.²⁹ A atuação do Poder Executivo em matéria de controle de convencionalidade é bastante relevante. O Presidente da República pode exercer o controle tanto de forma preventiva quanto repressiva. Na modalidade de controle prévio, o chefe do Executivo poderia, ao decidir pela inconventionalidade de um projeto de lei, vetá-lo por considerá-lo inconventional, e por isso, “contrário ao interesse público” (art. 66,

²⁷ Cf. Sagüés (2010: 130).

²⁸ Mazzuoli (2010-b: 76).

²⁹ Hitters, 2009: 124: “Como consecuencia de lo expresado, va de suyo que no sólo el Poder Judicial debe cumplir con las disposiciones del derecho supranacional, sino también el Ejecutivo y el Legislativo, tanto en el orden nacional, como provincial y municipal, bajo aperebimiento de generar responsabilidad internacional del Estado (arts. 1.1 y 2 de la CADH)”.

§ 1º da CF, ao lado do veto da inconstitucionalidade), uma vez que honrar os compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro constitui notório imperativo pertinente ao interesse público de não pejar a imagem internacional do Estado. Uma vez promulgada a lei, poderia propor, se prevista, uma ação direta de inconvencionalidade ou de convencionalidade de acordo com a proposta *de constitutione ferenda* a ser abaixo apresentada.

Em relação ao Poder Legislativo, há a possibilidade de exercício do controle em estudo, tanto em caráter preventivo, quanto repressivo. Preventivamente, pode o Legislativo não aprovar leis inconventionais e revogar as que atualmente violam o CADH, bem como editar leis com a finalidade de tornar efetivos os direitos previstos no Pacto.³⁰

Em caráter normativo repressivo, consoante uma arrojada interpretação, que não poderá ser aqui além de afirmada, poder-se-ia até mesmo defender a possibilidade de aplicação de uma adaptação do disposto no art. 52, X da CF às decisões da CIDH, que seriam comunicadas ao Senado Federal, sendo que este poderia exercer sua discricionariedade de suspender a execução da lei inconventional como tal declarada em decisão definitiva daquela Corte, paralelamente à sua competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva (em sede, portanto, de controle concreto) do Supremo Tribunal Federal.

Nada obstante a supra-referida enfática defesa da exigibilidade do controle de convencionalidade pelos especialistas do direito internacional público, que tem origens pretorianas, tal controle ainda se encontra em processo de maturação, principalmente em países de constitucionalismos mais fechados, onde a relação entre o direito interno e o internacional é muito difícil.

Espera-se que se desenvolva mais um instrumento a serviço do cidadão para a proteção de seus direitos, sobretudo em face das dificuldades de boa parte dos membros da comunidade estatal em fazê-lo autonomamente. Independentemente da jurisdição e da norma-parâmetro de controle, o que se busca é a máxima proteção do indivíduo, o que só ocorrerá com a possibilidade de aplicação paralela às normas estatais de proteção das normas internacionais protetivas dos direitos humanos, para que estas tenham o condão de suprir as lacunas de proteção daquelas.

3.2. Controle de Convencionalidade concreto e abstrato

Uma vez fundamentado acima o duplo controle de compatibilidade vertical, passa-se à análise das peculiaridades dos ensejos do controle: da lei ou ato normativo em abstrato ou de sua interpretação e aplicação pelos órgãos jurisdicionais e administrativo-governamentais. Acresça-se a esta análise do ensejo do controle de convencionalidade,

³⁰ “Aliás, à maneira do que ocorre na teoria do controle de constitucionalidade, a inconventionalidade de uma norma interna (melhor dizendo: do seu *projeto*) pode ser aferida preventivamente pelo próprio Parlamento Federal, em suas Comissões de Constituição e Justiça, ou pelo Presidente da República, quando veta (na modalidade do veto *jurídico*) os projetos de lei inconventionais, segundo a regra do art. 66, § 1º, da Constituição.” Mazzuoli (2010-b: 126).

como já visto, que ele pode ser realizado não só pelo Poder Judiciário, mas também pelo Poder Executivo e Legislativo.

Em primeiro lugar, o controle jurisdicional de convencionalidade pode ser efetuado, em face de uma lide, tanto pela via principal e de exceção, quanto poderia, em face do controle normativo abstrato, por ação direta. Ainda sobre o controle concreto de convencionalidade, HITTERS afirma que “esta verificación de convencionalidad tiene un carácter difuso, ya que cada uno de los magistrados locales puede y debe cumplir la tarea, sin perjuicio de la postrera intervención de la Corte Interamericana”.³¹ Depreende-se das decisões da CIDH e da literatura jurídica especializada ser possível aos magistrados estatais efetuarem o controle jurisdicional de convencionalidade em face de um caso concreto. Questionável é saber se estão obrigados *ex officio* a tal dever, tal qual o estão em face da Constituição no caso do controle de constitucionalidade. MAZUOLLI (2010: 74) defende a obrigação em pauta com os seguintes argumentos:

“[...] o Poder Judiciário interno não deve se prender à solicitação das partes, mas controlar a convencionalidade das leis *ex officio* sempre que estiver diante de um caso concreto cuja solução possa ser encontrada em tratado internacional de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte: *iura novit curia*. Assim, a negativa do Poder Judiciário em controlar a convencionalidade [...] é motivo suficiente para acarretar a responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos”.

A afirmação do referido poder-dever do magistrado de realizar o controle concreto de convencionalidade no contexto de um sistema difuso de controle normativo, apesar de carecer de expresse fundamento convencional ou constitucional é, com efeito, plausível. Merece aquiescência a menção pelo citado autor do princípio *iura novit curiae*, pelo qual as partes litigantes podem confiar ao magistrado do feito o conhecimento dos tratados internacionais relevantes à solução da lide. Se isso já representa uma sobrecarga aos magistrados que eventualmente não os estudaram nos bancos universitários e em cursos de atualização, é uma questão que não pode ser tratada nos limites da presente exposição.

Não só relevante, mas incontornável, é a seguinte questão: Como reconhecer a inconvencionalidade de uma norma? No caso de lei anterior à ratificação do tratado internacional de direitos humanos e com ele incompatível, aplicar-se-á a regra da *lex posterior derogat priori*. Dessa forma, o citado tratado irá revogar todo e qualquer dispositivo normativo em sentido contrário previsto na legislação ordinária, não havendo que se falar na primazia do direito interno sobre o direito internacional. De outra feita, não há que se aplicar a teoria da recepção indicada para o exame de compatibilização de direito pré-constitucional à nova ordem constitucional, porque os tratados internacionais em princípio (salvo disposição em contrário da Constituição estatal ou interpretação sistemática da mesma que o permita) têm grau hierárquico igual à lei ordinária, não representando cada qual o surgimento de uma nova ordem fundamental

³¹ Hitters (2009: 124).

estatal, cuja missão cabe à Constituição. Em se tratando de lei posterior ao tratado internacional de direitos humanos e com ele incompatível, deverá, segundo a opinião dominante, ser declarada inconvencional e, portanto, inválida.³²

Portanto, no exercício do controle jurisdicional de convencionalidade, qualquer juiz ou tribunal pode e deve declarar a invalidade de lei ou ato com fundamento na verificação de sua inconvencionalidade. Na espécie, ao contrário do que parece ocorrer com o controle de constitucionalidade, não existe no Brasil a chamada “cláusula da reserva de plenário” do art. 97 da CF, segundo a qual somente por maioria absoluta pode um tribunal declarar a inconstitucionalidade de lei.³³ Dessa forma, qualquer órgão fracionário de Tribunal deve e pode declarar expressamente a inconvencionalidade de lei ou ato normativo do poder público. Mesmo na hipótese acima de órgão do Poder Judiciário não poder declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, terá competência para proceder ao controle de compatibilidade vertical, tomando como parâmetro os tratados internacionais de direitos humanos, porque, para a CIDH que interpreta cogentemente as regras abstratas do CADH, qualquer órgão jurisdicional poderá efetuar o controle de convencionalidade.

No controle normativo concreto incidental, típico do sistema difuso de controle, a inconvencionalidade deverá ser alegada como questão preliminar. O magistrado, constatando a inconvencionalidade da lei ou ato do poder público, deverá declarar com efeitos *inter partes* sua invalidade. Caso haja omissão do magistrado em efetuar o controle de convencionalidade, o Estado deverá ser responsabilizado internacionalmente pelo descumprimento das obrigações impostas nos tratados e pela omissão do dever de proteção dos direitos humanos.

Tendo em vista a relativa novidade da matéria, a legislação nacional deve passar por uma adaptação em face da promoção do controle de convencionalidade. Enquanto tal adaptação não se efetiva, cabe aplicação analógica das regras inerentes ao controle de constitucionalidade.

Em síntese, o controle de convencionalidade:

- a. tem como parâmetro um tratado internacional que verse sobre direitos humanos, regularmente ratificado pelo Estado;
- b. faz parte da competência de qualquer órgão jurisdicional, mesmo que tal órgão não tenha competência para o controle de constitucionalidade;
- c. deverá ser suscitado como questão preliminar no caso concreto;
- d. mesmo diante de ausência de sua alegação, poderá o órgão julgador declarar *ex officio* a inconvencionalidade de lei ou ato do poder público;
- e. poderá implicar declaração de inconvencionalidade, acarretando a invalidação da norma ou ato com efeitos *inter partes*;
- f. realizado concreta ou incidentalmente, poderá ter efeitos *erga omnes* quando ele for efetuado via Recurso Extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal

³² Essa opinião dominante ainda carece de fundamento jurídico-dogmático, que será oferecido no último tópico do presente artigo (sob 3.).

³³ Cf. acima, nota de rodapé 3.

- [art. 102, III, “b)” CF] e o Senado Federal, nos termos do art. 52, X da CF, suspender a execução da lei inconvenional;
- g. poderá ser realizado sempre de forma repressiva; e
 - h. poderá ser requerido por qualquer pessoa titular do direito humano (legitimidade *ad causam* ativa);
 - i. fará parte, em última instância, da competência do STF independentemente do rito de incorporação do tratado;

Com relação ao controle abstrato de convencionalidade, algumas considerações devem ser feitas:

A primeira indagação a ser respondida diz respeito à possibilidade de o controle de convencionalidade ser realizado pelo STF em caráter abstrato e com efeitos *erga omnes*. Poderia o STF, guardião da Constituição Federal, ser também um protetor dos tratados internacionais de direitos humanos? Que tratados internacionais de direitos humanos serviriam como parâmetro para tal controle pelo STF? Quais os meios processuais adequados para o controle de convencionalidade?

Antes de darmos respostas às indagações formuladas, mister se faz lembrar que à CIDH compete o exercício do controle de convencionalidade das normas e atos estatais, tendo como parâmetro os tratados internacionais de direitos humanos. Aqui, porém, além de descrever o controle de convencionalidade exercido pelas cortes ou tribunais internacionais, admite-se como possível e devido um controle por cortes supremas de um Estado ou tribunais constitucionais, responsáveis, em geral, pela “guarda da Constituição”. Nesse sentido, o controle abstrato de convencionalidade se dá pela investigação de compatibilidade do direito estatal com os tratados internacionais de direitos humanos, realizado perante o respectivo órgão judicial ou constitucional competente pela via de uma ação direta, em caráter abstrato, com efeitos *erga omnes* e *ex tunc*.³⁴

Segundo a incipiente literatura jurídica especializada brasileira, somente os tratados internacionais de direitos humanos internalizados após a EC 45/2004 que forem incorporados seguindo o rito do art. 5º, § 3º poderão servir como parâmetro no controle abstrato de convencionalidade exercido pelo STF, uma vez que tais tratados têm o *status* formal e material de norma constitucional.³⁵ Nesse sentido, torna-se³⁶ imperativa *de constituione ferenda* uma releitura de alguns incisos do art. 102 da CF. Porque o STF

³⁴ Sagüés (2010: 127 s.) afirma que “Dicha “inconvenionalidad” (o, si se prefiere, “anticonvenionalidad”) importaría una causal de invalidez de la norma así descalificada, por carecer “desde un inicio” de “efectos jurídicos” (doctrina de “Almonacid Arellano”). La inconvenionalidad produce un deber judicial concreto de inaplicación del precepto objetado. Y si éste no tiene, desde su inicio, vigor jurídico, equivaldría a reputarlo inexistente, *ex tunc*, con efectos retroactivos, para la solución del litigio donde es así enjuiciado”.

³⁵ Após a edição da EC 45/2004, somente um tratado internacional que versou sobre direitos humanos foi incorporado ao direito doméstico brasileiro seguindo o rito especial do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal. O Presidente da República, após a aprovação pelo Congresso Nacional do Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, conforme o procedimento do dispositivo constitucional citado, promulgou, via Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, a Convenção Internacional sobre o Direito das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

³⁶ Mazzuoli (2010-b: 111 s.).

tem o poder-dever de declarar a inconvenção de norma ou ato contrário a tratado internacional de direitos humanos incorporado pelo rito especial do § 3º do art. 5º da CF, o art. 102, merece uma nova redação condizente com os preceitos do controle de convencionalidade.

Defende-se, aqui, enquanto nova redação do aludido dispositivo constitucional brasileiro, que compete ao STF a guarda da Constituição *e dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos*, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente:

- a. a ação direta de inconstitucionalidade *ou inconvenção* de lei ou ato normativo federal ou estadual e
- b. a ação declaratória de constitucionalidade *ou convencionalidade* de lei ou ato normativo federal;

Nada obstante, as necessárias alterações do texto constitucional para uma possível adaptação dos preceitos do controle de convencionalidade à ordem constitucional brasileira não se esgotam nas anteriormente apontadas. Acresçam-se o necessário reconhecimento da produção de efeitos *erga omnes* e vinculantes das decisões proferidas pelo STF em sede das ações declaratórias de inconvenção e de convencionalidade, a alteração do “caput” do art. 103 da CF para que os legitimados para proporem ação direta de inconvenção também o sejam para a ação de inconvenção, bem como a declaração da inconvenção por omissão de medida para tornar efetiva norma prevista em tratados internacionais de direitos humanos incorporados pelo rito especial do § 3º do art. 5º da CF.

Ter-se-ia, dessa forma, uma Ação Direta de Inconvenção, uma Ação Declaratória de Convencionalidade, bem como uma Ação Declaratória de Inconvenção por Omissão.³⁷

Resta, ainda, esclarecer que os tratados internacionais de direitos humanos serão utilizados como parâmetro de compatibilidade vertical das normas e atos advindos do direito doméstico no controle de convencionalidade. Se tais tratados forem incorporados pelo rito especial previsto no inserido § 3º do art. 5º da CF, servirão tanto para o controle abstrato como para o controle concreto ou incidental de convencionalidade, enquanto que para os tratados incorporados pelo rito comum somente será cabível o controle de convencionalidade concreto ou incidental, já que aqueles não são formalmente constitucionais, sendo protegidos tão somente no plano infraconstitucional da lei ordinária.

4. Coexistência entre os controles de constitucionalidade e convencionalidade

A descrição acima dos controles de constitucionalidade e convencionalidade, que contemplou, ainda que obliquamente, o sistema geral de controle normativo de acordo

³⁷ É o que também preceitua Mazzuoli (2010-b: 124 s.).

com a competência difusa ou concentrada em uma corte para os controles concreto (via principal ou incidental, provocado ou não por parte interessada) e abstrato, deixou em aberto a constatação de possíveis colisões e/ou concorrências normativas. No caso brasileiro, a situação jurídica é bem mais complexa, devido ao referido duplo sistema de incorporação de tratados internacionais sobre direitos humanos, segundo o qual poderão ser (ou não) equivalentes às emendas constitucionais, passando a fazer parte do chamado bloco de constitucionalidade, dependendo de o procedimento de ratificação parlamentar ser (ou não) idêntico ao da EC.

A seguir, busca-se colocar os dois controles em um sistema com vistas a viabilizar sua coexistência, explicitando seus limites segundo a ordem jurídico-constitucional brasileira.

4.1. Tratados recepcionados com e sem equivalência às emendas constitucionais: colisão ou concorrência normativa?

Há muita confusão sobre os conceitos de colisão e concorrência normativas, tanto no que se refere à respectiva constatação de uma ou outra quanto na forma de sua solução. Sob alusão a um dos princípios que devem reger o Estado brasileiro, qual seja: ao princípio da “prevalência dos direitos humanos” (art. 4º, II CF), parte da doutrina internacionalista³⁸ vê fundamentada a tese de que não há possibilidade de choque jurídico-material entre as normas definidoras de direitos humanos em tratados internacionais e direitos fundamentais na ordem constitucional interna. Para essa doutrina só poderia haver, portanto, concorrência e não colisão entre as duas espécies normativas.³⁹ Mas basta um breve olhar sobre o tratado internacional consignado pelo Brasil que prevê a possibilidade de “entrega” de brasileiros e de aplicação da prisão perpétua - medidas explicitamente vedadas pela Constituição Federal (art. 5º, LI e XLVII, *b*) - conhecido como Estatuto de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional, para refutar peremptoriamente essa tese.⁴⁰

Isso ainda não esclarece o conceito de colisão.⁴¹ Ela estará presente toda vez que o tratado internacional, a despeito de proteger direitos humanos, criar obrigações ou até mesmo penas rigorosas; vale dizer: autorizar intervenções estatais no livre exercício de um direito fundamental previsto na Constituição do Estado. Desta há de se distinguir a hipótese na qual o tratado internacional *protege mais uma mesma conduta ou tutela - mais precisamente uma mesma situação jurídica* - do que o faz a Constituição do Estado. Nesse caso, estar-se-á diante sequer de uma colisão aparente, mas de uma má

³⁸ Cf Piovesan, 2005: 71 e a crítica a ela em Dimoulis e Martins, 2009: 39.

³⁹ A respeito da distinção colisão/concorrência e sua relevância para o controle de constitucionalidade: vide Dimoulis e Martins, 2009: 153.

⁴⁰ Referência e discussão deste caso em Dimoulis e Martins, 2009: 39 e 184 s.

⁴¹ A colisão entre direitos fundamentais só se atualiza quando do exercício de um direito que *in concreto* prejudica o direito fundamental colidente ensejando a intervenção estatal; não se trata, portanto, de uma antinomia a ser verificada no plano normativo-constitucional (abstrato). Cf Dimoulis e Martins, 2009: 154.

compreensão jurídico-dogmática do exame de compatibilidade normativa vertical e, consequentemente, do conceito de colisão.

Tendo em vista a ordem constitucional brasileira, o equívoco pode ser observado na comumente afirmada colisão que, em verdade não existe, entre o art. 5º, LXVII CF e o art. 7º, § 7º do CADH, que veda qualquer prisão por dívida, excetuando-se a dívida alimentícia inescusável. A colisão é enxergada no fato de o dispositivo constitucional brasileiro trazer a reserva legal qualificada⁴² também para o caso do depositário infiel. Essa visão parte de uma concepção equivocada do sistema de direitos e liberdades fundamentais e seus limites previstos no art. 5º CF. No seu inciso LXVII, o constituinte brasileiro consagrou o direito fundamental de resistência contra prisão civil por dívidas. Essa é a hipótese normativa. As duas exceções dizem respeito às reservas legais pelas quais o legislador penal está autorizado (discricionariedade, não obrigação) a prever inclusive a pena restritiva de liberdade para a proteção do credor e do alimentando, discricionariedade essa que deverá ser limitada pela correta aplicação do critério da proporcionalidade. Isso porque, salvo poucas exceções, o art. 5º CF não institui deveres de criminalização, mas sempre liberdades (ao lado de direitos prestacionais, difusos, garantias e outros) que, entretanto, foram, em boa parte dos casos, relativizadas pelos limites implícitos em tais reservas legais.

Assim, por não ser a incorporação do CADH equivalente à EC, justifica-se plenamente a aplicação concomitante do controle de convencionalidade ao lado do controle de constitucionalidade, podendo a previsão e aplicação da pena privativa de liberdade ser considerada constitucional (se observar o controle reflexo da proporcionalidade), mas inconveniente em face do CADH. Não se relativiza com isso o controle de convencionalidade. Trata-se de colocá-lo no seu devido *locus*.

Se a solução da colisão respeita, em primeira linha, o critério hierárquico, resta a dúvida quanto à solução de colisões envolvendo direitos humanos assegurados por tratados equivalentes às EC e, destarte, também aos direitos fundamentais previstos na Constituição. Nesse caso, há de se seguir a dogmática jusfundamental dos limites aos direitos humanos ou fundamentais e da justificação da imposição concreta de tais limites baseada na aplicação correta do critério da proporcionalidade.⁴³

Por fim, a possível concorrência entre direitos humanos e fundamentais deverá, igualmente, seguir as regras gerais criadas para a solução da concorrência entre direitos

⁴² Sobre o conceito, cf Dimoulis e Martins, 2009: 139. Na decisão do STF acima citada (RE 466.343-SP – cf nota 11), entretanto, o Min. Mendes defende a inexistência de uma reserva legal implícita da seguinte forma “No caso do inciso LXVII do art. 5º da Constituição, estamos diante de um direito fundamental com âmbito de proteção estritamente normativo. Cabe ao legislador dar conformação/limitação à garantia constitucional contra a prisão por dívida e regular as hipóteses em que poderão ocorrer suas exceções” (p. 43 do voto cit.). Trata-se de equívoco quanto ao conceito de área ou âmbito de proteção de cunho “estritamente” normativo. Não é porque a garantia constitucional do inciso LXVII tem como destinatário primeiro o legislador que está impedido de cominar condutas não tipificadas como crime com pena privativa de liberdade (“prisão civil”), que se trata de um direito fundamental, cuja área de proteção tenha cunho normativo. Este estará presente somente quando o constituinte garantir um aparato jurídico institucional, uma situação jurídica. Cabe, por exemplo, nos direitos fundamentais de propriedade e sucessão. No mais, ou se está diante de uma lei limitadora ou conformadora. Cf a seguir no texto.

⁴³ A respeito dessa dogmática, vide a exposição em Dimoulis e Martins, 2009: 151-153; 159 ss.

fundamentais,⁴⁴ precipuamente no caso de *concorrência de direito humano que integra o bloco de constitucionalidade*, caso no qual o controle de convencionalidade em rigor não traz nada específico em relação ao tradicional controle de constitucionalidade, uma vez que os parâmetros têm igual dignidade hierárquica: aplica-se o parâmetro que for mais específico ou, no caso de concorrência ideal (quando não houver relação de especificidade), os dois parâmetros separadamente.

Haverá concorrência entre direito fundamental e direito humano consagrado por tratado internacional que não integre o bloco de constitucionalidade, quando o direito humano hierarquicamente inferior puder ser considerado equivalente a uma lei configuradora ou conformadora da área de proteção do direito fundamental, i.e., quando não houver incompatibilidade. No exemplo do suposto choque entre a permissão constitucional da prisão por dívida do depositário infiel (precisamente falando: não proteção contra) e o art. 7º, § 7º do CADH, a inconvenção do dispositivo penal que comina a conduta com pena de prisão seria reforçada por uma inversão de prevalência dos critérios da cronologia e especificidade consoante a exposição abaixo.

3.2. Especificidade ao invés de cronologia como fundamento constitucional do controle de convencionalidade em face de tratados não equivalentes às emendas constitucionais

O problema da solução de concorrências normativas, que, em tese, só pode estar presente entre normas de igual hierarquia, é elucidativo na busca de um fundamento constitucional para o imperativo, em âmbito normativo interno, do controle de convencionalidade de leis em face de *tratados e convenções que não fazem parte do bloco de constitucionalidade*.

Que o tratado revoga disposições legais a ele contrárias é óbvio em face do critério da *lex posterior*.⁴⁵ Por esta regra, o mesmo deveria valer para as leis revogadoras de tratados, o que implicaria dizer que o controle de convencionalidade só existiria em face de atos normativos infralegais, atos administrativos e governamentais, além

⁴⁴ Sobre o conceito e classificações de concorrência entre direitos fundamentais e sua delimitação em face do fenômeno da colisão: Dimoulis e Martins, 2009: 153 e 155-158.

⁴⁵ Dimoulis (2010: 212), após várias referências doutrinárias e jurisprudenciais, reconhece como sendo opinião majoritária na doutrina (ao contrário da por ele defendida, *ibid.*, p. 213) que em caso de choque entre os critérios cronológico e da especialidade (problema da antinomia de segundo grau), este último prevaleceria segundo o brocardo *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*. A opinião dominante não merece ser seguida, principalmente porque em regra o legislador na *lex posterior* deu nova disciplina a determinada matéria achando por bem não mais particularizar um caso pela via dos elementos especializantes. Dar prevalência à vontade tácita ou expressamente revogada é interpretar não mais na esteira do parâmetro normativo. Qualquer dissidência desse reconhecimento tem que ser devidamente fundamentado, esforço que perpetramos no texto. Por isso, filiamo-nos à conclusão de Dimoulis (2010:213) de que “prevalece a especial, havendo exceções”. A Lei Complementar 95/1998, a despeito de pretender maior segurança em face de revogações tácitas (Dimoulis, 2010: 194, 209 e 212), causou um impacto negativo do ponto de vista da política legislativa ao prescrever revogação expressa. O dispositivo do art. 9º da citada Lei Complementar diz respeito, todavia, à cláusula de revogação, nada determinando sobre existência ou efeitos da revogação tácita. Trata-se de uma norma diretriz sem repercussão prática.

de decisões judiciais não orientadas pelos tratados, mas não em face da lei ordinária aprovada pelo Poder Legislativo.

Além do plausível argumento de natureza político-internacional, segundo o qual o Brasil não pode quebrar seus compromissos internacionais sob pena de ser responsabilizado, ou na melhor das hipóteses sofrer um abalo em sua imagem internacional e do pseudo-jurídico, não convincente, argumento da prevalência da regra mais favorável ao ser humano titular do direito (*pro homine*),⁴⁶ a “concorrência” do direito humano convencional, por força da cláusula da não-exclusão dos direitos decorrentes de tratados internacionais do art. 5º, § 2º CF, *equivale à conformação legal infraconstitucional* de um direito fundamental e há de ser solucionada com base no critério da especificidade, e não no da anterioridade, que em regra tem prevalência sobre aquele.⁴⁷ Ocorre que a conformação infraconstitucional de um direito fundamental é substancialmente distinta de uma intervenção estatal na área de proteção de um direito, podendo ser considerada concretização da área de proteção.⁴⁸ Afastada a potencial colisão, o parâmetro convencional coexiste ao constitucional, sendo, materialmente falando, alçado ao plano constitucional.

Tal inversão de prevalência dos critérios só pode ser defendida, entretanto, nos casos em que o legislador não revogar expressamente direito humano protegido por tratado incorporado pelo procedimento tradicional, hipótese na qual o controle de convencionalidade serviria, segundo a situação jurídico-constitucional vigente, tão-somente para efeitos de responsabilização externa do Brasil, como ocorre em qualquer quebra contratual, mas não para a invalidação da lei revogadora.

Um bem-vindo fortalecimento do controle de convencionalidade só seria perpetrado por EC que inserisse no art. 59 da CF, o qual elenca as espécies normativas, o tratado internacional destacando expressamente a supralegalidade de todos os tratados ou pelo menos dos tratados que versem sobre direitos humanos, pois hoje a CF “fala uma língua clara” ao mencionar o tratado internacional ao lado da lei como *objeto* das ações do controle normativo concreto em sede de recurso extraordinário interposto perante o STF (art. 102, III, “b”) e, de novo, ao lado da lei como parâmetro do controle concreto de legalidade/convencionalidade em sede de recurso especial perante o STJ (art. 105, III, “a”).

⁴⁶ Esse argumento é falacioso. Tenta-se, com ele, fundamentar o aludido princípio *pro homine* segundo o qual haveria de se escolher o parâmetro (constitucional, legal ou convencional) mais favorável ao titular universal. A escolha de um parâmetro normativo, todavia, não pode ser submetida a tal ponderação de resultados, quase como se o operador do direito estivesse num “supermercado das normas”. Essa visão “consumista” do direito, pautada na suposta liberdade de escolha, pelo operador, de um parâmetro que convenha ao resultado por aquele pretendido, corrompe a ordem constitucional vigente. Seus adeptos, apoiados em parte da nova jurisprudência do STF, pretendem, com uma ingênua referência à diferença entre revogação e invalidação, dizer que a norma legal superveniente inconveniente não seria revogada, mas teria seus efeitos cassados. Tal efeito só pode se basear, por óbvio, na incompatibilidade da regra inferior com a superior, o que ainda não foi feito pelo constituinte brasileiro. Cf, também bastante crítico em face de tentativas de “amalgamar” ou “cumular” normas protetivas sem consideração pelo sistema normativo-constitucional vigente: Dreier, 2004: 136-138.

⁴⁷ Para referência às opiniões contrárias vide novamente Dimoulis, 2010: 212.

⁴⁸ Sobre os conceitos, cf. Dimoulis e Martins, 2009: 126-135.

Referências bibliográficas

- AMARAL Jr., José Levi Mello do. Comentários aos art. 93, inc. X ao [art.] 99 da Constituição Federal. In: AGRA, Walber de Moura; BONAVIDES, Paulo e MIRANDA, Jorge (coord.). Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1195-1126.
- BAPTISTA MARTINS, Pedro. Da unidade do direito e da supremacia do direito internacional [Atualizado por Luís Ivani de Amorim]. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- DIMOULIS, Dimitri. Manual de introdução ao estudo do direito. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- DREIER, Horst. “Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG”. In: DREIER, Horst. Grundgesetz-Kommentar, vol. 1 [Präambel, Artikel 1 – 19], 2ª ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, p. 39-138.
- FERRAJOLI, Luigi. A soberania no mundo moderno. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- HITTERS, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 7, N° 2, 2009, pp. 109-128.
- MARTINS, Leonardo. Introdução à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. In: MARTINS, Leonardo (Org.). Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., 2005, p. 33-126.
- “A retórica do processo constitucional objetivo no Brasil - Breves considerações de constitutione ferenda”. In: NOVELINO, Marcelo (org.). Leituras complementares de direito constitucional: Controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional. 2ª ed. rev. e atualizada. Salvador: JusPodium, 2008, p. 247-265.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional público. 4ª ed. São Paulo: RT, 2010-a.
- O Controle jurisdicional da convencionalidade das leis. São Paulo: RT, 2010-b.
- MENDES, Gilmar Ferreira et al. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MONCAYO, Guillermo R. et al. Derecho internacional público. 3ª ed. Buenos Aires: Zavalia
- PROVESAN, Flavia. “Reforma do judiciário e direitos humanos”. In TAVARES, André Ramos et al. (orgs.). Reforma do judiciário analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005, p. 67-81.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 8, N° 1, 2010, p. 117-136.
- TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 8ª ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.
- Reforma do judiciário no Brasil pós-88. (Des)estruturando a justiça. São Paulo: Saraiva, 2005.