

**O CONTROLE JURISDICIONAL DA
CONVENCIONALIDADE DAS LEIS**

volume 4

Obras publicadas nesta Série

- VOLUME 1 – *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade* (Luiz Flávio Gomes)
- VOLUME 2 – *As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista* (Fábio André Guaragni)
- VOLUME 3 – *Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro* (Valerio de Oliveira Mazzuoli)
- VOLUME 4 – *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis* (Valerio de Oliveira Mazzuoli)
- VOLUME 5 – *Direito supraconstitucional: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito* (Luiz Flávio Gomes e Valerio de Oliveira Mazzuoli)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Mazzuoli, Valerio de Oliveira

O controle jurisdicional da convencionalidade das leis / Valerio de Oliveira Mazzuoli; prefácio Luiz Flávio Gomes. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011. – (Coleção direito e ciências afins ; v. 4 / coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira)

Bibliografia
ISBN 978-85-203-

1. Controle jurisdicional – Brasil 2. Constituição 3. Direito constitucional 4. Leis – I. Constitucionalidade 5. Supremacia do direito III. Gomes, Luiz Flávio. II Bianchini, Alice. Oliveira, William Terra de. IV. Título. V. Série.

09-07943

CDU-340.131.5

Índices para catálogo sistemático: 1. Constitucionalidade das leis : Controle jurisdicional : Direito 340.131.5

Direito e Ciências Afins

volume 4

Coordenação

ALICE BIANCHINI

LUIZ FLÁVIO GOMES

WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA

VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI

O CONTROLE JURISDICIONAL DA CONVENCIONALIDADE DAS LEIS

Prefácio de
LUIZ FLÁVIO GOMES

2.^a edição revista, atualizada e ampliada

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Direito e Ciência Afins

volume 4

Coordenação

ALICE BIANCHINI

LUIZ FLÁVIO GOMES

WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA

O CONTROLE JURISDICIONAL DA CONVENCIONALIDADE DAS LEIS

2.^a EDIÇÃO REVISTA, ATUALIZADA E AMPLIADA

VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI

Prefácio de

LUIZ FLÁVIO GOMES

© desta edição [2011]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

ANTONIO BELINELO

Diretor responsável

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda

Tel. 11 3613.8400 – Fax 11 3613.8450

CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal) com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT

(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)

Tel. 0800.702.2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Visite nosso site: www.rt.com.br

Impresso no Brasil [00-2011]

Profissional

Fechamento desta edição [00-00-2011]



ISBN 978-85-203-

Este livro é dedicado ao amigo
LUIZ FLÁVIO GOMES
pela troca de ideias constante
e amizade incondicional.

“Proponho que se reconheça natureza constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, submetendo, em consequência, as normas que integram o ordenamento positivo interno e que dispõem sobre a proteção dos direitos e garantias individuais e coletivos a um duplo controle de ordem jurídica: o controle de constitucionalidade e, também, o controle de convencionalidade, ambos incidindo sobre as regras jurídicas de caráter doméstico”.

(Ministro CELSO DE MELLO, no HC 87.585/TO, Tribunal Pleno do STF, j. 03.12.2008, fls. 341)

NOTA DO AUTOR À 2.^a EDIÇÃO

O tema do controle jurisdicional da convencionalidade das leis não havia sido tratado sistematicamente entre nós antes da 1.^a edição desta monografia (impressa em agosto de 2009). Sem falsa modéstia, este livro foi pioneiro, tanto no Brasil como nos demais países do nosso Continente. Antes dele, nenhuma referência na doutrina havia sobre aquilo que chamamos de *controle difuso e concentrado de convencionalidade* e de *controle de supralegalidade*.^{*} Rapidamente a nossa tese foi tomada por vários juristas (nacionais e estrangeiros) e pela jurisprudência pátria. Na academia, por sua vez, jamais se viu número tão grande de alunos (de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado) interessados em investigar o assunto. Enfim, depois da publicação deste livro parece que o tema do controle da convencionalidade emergiu no Direito Brasileiro, não obstante ter vindo à luz entre nós desde a promulgação da Constituição de 1988 (em sua modalidade *difusa*), como se explicará no Capítulo 2, item 2.5.2.

Depois do lançamento deste livro – tido hoje como o estudo mais completo sobre o art. 5.^º, § 3.^º, da Constituição Brasileira – fomos convidados por universidades, escolas da magistratura e cursos jurídicos dos mais diversos, de norte a sul do país, para expor o presente tema (que até então soava estranho aos ouvidos do público em geral). Essas palestras seguramente ajudaram a divulgar as teses que se propõem no livro. E o nosso propósito sempre foi muito claro: fazer chegar tais ideias ao Poder Judiciário, que é o responsável maior por controlar a convencionalidade das leis dentro do Estado (conforme tem decidido a Corte Interamericana de Direitos Humanos desde 2006). Para a nossa alegria, pouquíssimo tempo depois de publicado, já havia este livro angariado o respeito de juízes e tribunais de todo o país. Hoje, pode-se dizer que os magistrados brasileiros *já controlam* a convencionalidade das leis nas sentenças e acórdãos que diuturnamente proferem.

Passado mais de um ano da publicação desta monografia, e de maneira muito próxima daquilo que desenvolvemos (especialmente sobre o controle *difuso* de convencionalidade), apareceu um artigo do professor mexicano EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT, intitulado “El control

* V. explicação na nota de rodapé n. 14, do Capítulo 2.

difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional” (publicado na obra *Formación y perspectiva del Estado mexicano*, coordenada por HÉCTOR FIX-ZAMUDIO e DIEGO VALADÉS, México: El Colegio Nacional-UNAM, 2010, pp. 151-188). Ali entendeu o autor que o controle difuso de convencionalidade deve ser exercido por todos os juízes nacionais dos Estados-partes na Convenção Americana (exatamente como já defendíamos, sem qualquer outra novidade). Quanto ao controle “concentrado” de convencionalidade, diz o mesmo autor que somente a Corte Interamericana o realiza (pp. 173-175). Não conseguiu ele visualizar que as Cortes Supremas internas *também* realizam o dito controle concentrado, quando invalidam as normas internas *erga omnes* em processos de arguição de inconstitucionalidade iniciados pelas ações constitucionais do controle abstrato (v.g., no caso do Brasil, uma ADIn). A nossa monografia, assim, propõe a existência dos controles *difuso* e *concentrado* de convencionalidade exercitados pelo Poder Judiciário *interno*. Que a Corte Interamericana realiza o controle de convencionalidade de forma *concentrada* não se tem qualquer dúvida (aliás, o controle exercido por qualquer tribunal internacional é *sempre* concentrado, dado não haver no direito das gentes juízes internacionais espalhados pelo Planeta e sem vinculação a uma determinada Corte, cujo modo de julgamento é tão só o *colegiado*). Portanto, a novidade está (e esse é o objeto deste livro) em demonstrar a maneira pela qual o nosso Poder Judiciário deve controlar essa mesma convencionalidade, em suas modalidades *difusa* e *concentrada*.

Enfim, cumpre aqui dizer que esta 2.^a edição vem ao público totalmente revista e ampliada, mas sem descaracterizar ou modificar as ideias postas na edição anterior. O livro, em sua essência, não mudou em nada. Continua a ser o mesmo e o seu autor mantém as mesmas convicções da primeira estampa.

São Paulo, fevereiro de 2011.

O AUTOR

PREFÁCIO

Todas as vezes que somos honrados com o convite para prefaciar um livro temos que logo eleger por onde começar: pelo autor ou pela obra. Neste caso, vamos desde logo ao autor, VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, que conheci numa fila de aeroporto, logo depois de ter recebido a notícia (do nosso amigo comum JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA ROBALDO) de que estávamos juntos aguardando o mesmo voo. Nos conhecemos, falamos e a partir daí minha admiração pelo seu trabalho nunca mais teve teto. VALERIO, hoje, no Brasil, é, sem sombra de dúvida, o nosso internacionalista mais atualizado e mais produtivo.

É professor emérito, que se doutorou (com o grau *summa cum laude*) em Direito Internacional, pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Antes já havia conquistado o título de Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade Estadual Paulista – UNESP, tendo sido aprovado com nota máxima e com voto de louvor pela banca examinadora.

Depois de aprovado em primeiro lugar, tornou-se professor efetivo de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Para nosso orgulho e honra também é professor de Direito Internacional e Direitos Humanos na nossa Rede de Ensino – Rede LFG, em São Paulo. Leciona, ademais, em vários cursos de pós-graduação, tanto no Brasil como no exterior.

Pela sua contribuição ao estudo do Direito Internacional na América Latina, recebeu em 2004 o título de *Professor Honorário* da Faculdade de Direito e Ciências Políticas da Universidade de Huánuco, no Peru. É autor de incontáveis artigos e livros, destacando-se, dentre tantos outros, *Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica*, Rio de Janeiro: Forense, 2002; *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002; *Tratados internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969*, 2.^a ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004; *Natureza jurídica e eficácia dos acordos stand-by com o FMI*, São Paulo: RT, 2005; *Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro*, 2.^a ed. rev. e atual., Coleção *Direito e Ciências Afins*, vol. 3, São Paulo: RT, 2009; *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica* (com Luiz Flávio Gomes), 3.^a ed. rev., atual. e

ampl., *Coleção Ciências Criminais*, vol. 4, São Paulo: RT, 2010; e *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, São Paulo: Saraiva, 2010 (que é a versão revista de sua Tese de Doutorado em Direito Internacional da UFRGS). É, ademais, autor do já consagrado *Curso de direito internacional público*, 5.^a ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2011.

No que diz respeito à obra, inédita no nosso país, que cuida do *controle de convencionalidade das leis*, creio que bastante apropriado seja comparar a doutrina de VALERIO MAZZUOLI (que coincide, no STF, com o pensamento do Min. CELSO DE MELLO) com a posição majoritária (por ora) na nossa Corte Suprema, conduzida pelo voto do Min. GILMAR MENDES. Antes de VALERIO, no Brasil, nada se escreveu sobre o controle jurisdicional da convencionalidade das leis. Agora, depois da decisão do STF proferida no RE 466.343/SP (e no HC 87.585/TO), no dia 3 de dezembro de 2008, cabe evidenciar duas formas distintas de entender o tema. Vamos às diferenças.

Posição de VALERIO MAZZUOLI

Para VALERIO MAZZUOLI todos os tratados internacionais de direitos humanos (reitere-se: *todos*) ratificados pelo Estado brasileiro e em vigor entre nós têm índole e nível de normas constitucionais, quer seja uma hierarquia somente material (o que ele chama de “*status* de norma constitucional”), quer seja tal hierarquia material e formal (que ele nomina de “*equivalência* de emenda constitucional”). Não importa o *quorum* de aprovação do tratado. Cuidando-se de documento relacionado com os direitos humanos, todos possuem, no mínimo, *status* constitucional (por força do art. 5.^o, § 2.^o, da CF).

Disso resulta, como enfatiza o autor, “que os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil são também (assim como a Constituição) paradigma de controle da produção normativa doméstica. É o que se denomina de controle de convencionalidade das leis, o qual pode se dar tanto na via de ação (controle concentrado) quanto pela via de exceção (controle difuso), como veremos logo mais”. Assim, “para que haja o controle pela via de ação (controle concentrado) devem os tratados de direitos humanos ser aprovados pela sistemática do art. 5.^o, § 3.^o, da Constituição (ou seja, devem ser *equivalentes* às emendas constitucionais), e para que haja o controle pela via de exceção (controle difuso) basta sejam esses tratados ratificados e estarem em vigor no plano interno, pois, por força do art. 5.^o, § 2.^o, da mesma Carta, já têm eles *status* de norma constitucional”.

Os demais tratados internacionais, não relacionados com os direitos humanos, possuem *status* de supralegalidade. Com isso, “o sistema brasileiro de controle da produção normativa doméstica também conta (especialmente depois da EC 45/04) com um controle jurisdicional da convencionalidade das leis (para além do clássico controle de constitucionalidade) e ainda com um controle de supralegalidade das normas infraconstitucionais”.

A Constituição (no caso do direito brasileiro atual) deixou de ser o único paradigma de controle das normas do direito interno. Além do texto constitucional, também são paradigma de controle da produção normativa doméstica os tratados internacionais de direitos humanos (controles difuso e concentrado de convencionalidade), bem assim os instrumentos internacionais comuns (controle de supralegalidade).

Para VALERIO MAZZUOLI, temos então que distinguir quatro modalidades de controle: de legalidade, de supralegalidade, de convencionalidade (difuso e concentrado) e de constitucionalidade (difuso e concentrado).

Sua conclusão final é a seguinte: o direito brasileiro está integrado com um novo tipo de controle das normas infraconstitucionais, que é o controle de convencionalidade das leis, tema que antes da Emenda Constitucional 45/2004 era totalmente desconhecido entre nós.

Para VALERIO, pode-se também concluir que, doravante, a produção normativa doméstica conta com um duplo limite vertical material: *a*) a Constituição e os tratados de direitos humanos (1.º limite) e *b*) os tratados internacionais comuns (2.º limite) em vigor no país. No caso do primeiro limite, relativo aos tratados de direitos humanos, estes podem ter sido ou não aprovados com o *quorum* qualificado que o art. 5.º, § 3.º, da Constituição prevê. Caso não tenham sido aprovados com essa maioria qualificada, seu *status* será de norma (somente) materialmente constitucional, o que lhes garante serem paradigma apenas do controle difuso de convencionalidade; caso tenham sido aprovados (e entrado em vigor no plano interno, após sua ratificação) pela sistemática do art. 5.º, § 3.º, tais tratados serão materialmente e *formalmente* constitucionais, e assim servirão também de paradigma do controle concentrado (para além, é claro, do difuso) de convencionalidade.

Os tratados de direitos humanos paradigma do controle concentrado autorizam que os legitimados para a propositura das ações do controle abstrato (ADIn, ADECON, ADPF etc.), previstos no art. 103 da Consti-

tuição de 1988, proponham tais medidas no STF como meio de retirar a validade de norma interna (ainda que compatível com a Constituição) que viole um tratado internacional de direitos humanos em vigor no país.

Quanto aos tratados internacionais comuns, VALERIO entende que eles servem de paradigma do controle *de supralegalidade* das normas infraconstitucionais, de sorte que a incompatibilidade destas com os preceitos contidos naqueles invalida a disposição legislativa em causa em benefício da aplicação do tratado.

Doravante, como destaca VALERIO, o profissional do direito tem a seu favor um arsenal enormemente maior do que havia anteriormente para poder invalidar as normas de direito interno que materialmente violam ou a Constituição ou algum tratado internacional ratificado pelo governo e em vigor no país. Essa enorme novidade do direito brasileiro representa um seguro avanço do constitucionalismo pátrio rumo à concretização do almejado Estado Constitucional e Humanista de Direito.

Posição majoritária do STF

No dia 3 de dezembro de 2008 foi proclamada, pelo Pleno do STF (HC 87.585/TO e RE 466.343/SP), uma das decisões mais históricas de toda sua jurisprudência. Finalmente nossa Corte Suprema reconheceu que os tratados de direitos humanos valem mais do que a lei ordinária. Duas correntes estavam em pauta: a do Min. GILMAR MENDES, que sustentava o valor *supralegal* desses tratados, e a do Min. CELSO DE MELLO, que lhes conferia valor *constitucional*. Por cinco votos a quatro (dois Ministros não participaram do julgamento), foi vencedora (por ora) a primeira tese.

Caso algum tratado venha a ser devidamente aprovado pelas duas casas legislativas com maioria qualificada (de três quintos, em duas votações em cada casa) e ratificado pelo Presidente da República, terá ele valor de Emenda Constitucional (CF, art. 5.º, § 3.º, acrescentado pela EC 45/2004). Fora disso, todos os (demais) tratados de direitos humanos vigentes no Brasil contam com valor supralegal (ou seja: valem mais do que a lei e menos que a Constituição). Isto possui o significado de uma verdadeira revolução na pirâmide jurídica de Kelsen, que era composta (apenas) pelas leis ordinárias (na base) e a Constituição formal (no topo).

Consequência prática: doravante, toda lei (que está no patamar inferior) que for contrária aos tratados mais favoráveis não possuirá validade. Como nos diz FERRAJOLI, são vigentes, mas não possuem validade (isso corresponde, no plano formal, à derrogação da lei). O STF, no julgamento

citado, sublinhou o não cabimento no Brasil de mais nenhuma hipótese de prisão civil do depositário infiel, porque foram “derrogadas” (pelo art. 7.º, n. 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969) todas as leis ordinárias em sentido contrário ao tratado internacional. Depois desse julgamento o STF editou, inclusive, uma Súmula Vinculante (n. 25) para impedir a prisão de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

Assim, toda lei ordinária, doravante, para ser válida, deve (então) contar com dupla compatibilidade vertical material, ou seja, deve ser compatível com a Constituição brasileira bem como com os tratados de direitos humanos em vigor no país. Se a lei (de baixo) entrar em conflito (isto é: se for antagônica) com qualquer norma de valor superior (Constituição ou tratados) ela não vale (não conta com eficácia prática). A norma superior irradia uma espécie de “eficácia paralisante” da norma inferior (como diria o Min. GILMAR MENDES).

Duplo controle de verticalidade: do ponto de vista jurídico a consequência natural do que acaba de ser exposto é que devemos distinguir com toda clareza o controle de constitucionalidade do controle de convencionalidade das leis. No primeiro é analisada a compatibilidade do texto legal com a Constituição. No segundo o que se valora é a compatibilidade do texto legal com os tratados de direitos humanos. Todas as vezes que a lei atritar com os tratados mais favoráveis ou com a Constituição, ela não vale.

Tese de doutoramento de VALERIO MAZZUOLI: no Brasil quem defendeu, pela primeira vez, a teoria do controle de convencionalidade foi VALERIO MAZZUOLI, em sua tese de doutoramento (sustentada na Faculdade de Direito Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre, em 4 de novembro de 2008) aprovada *summa cum laude*. O que ali defendeu (a exato um mês antes da decisão do STF no RE 466.343/SP e no HC 87.585/TO, de 3 de dezembro de 2008) foi rapidamente tomado pela doutrina e jurisprudência brasileiras (inclusive, como se viu, a do Supremo Tribunal Federal).

O autor, nesta sua original tese (de onde provêm as ideias centrais contidas na presente obra, que temos a honra de prefaciar) assim leciona:

“Para realizar o controle de convencionalidade das leis os tribunais locais não requerem qualquer autorização internacional. Tal controle passa, doravante, a ter também caráter difuso, a exemplo do controle difuso de constitucionalidade, em que qualquer juiz ou tribunal pode se

manifestar a respeito. À medida que os tratados forem sendo incorporados ao direito pátrio os tribunais locais – estando tais tratados em vigor no plano internacional – podem, desde já e independentemente de qualquer condição ulterior, compatibilizar as leis domésticas com o conteúdo dos tratados (de direitos humanos ou comuns) vigentes no país. Em outras palavras, os tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro passam a ter eficácia paralisante (para além de derogatória) das demais espécies normativas domésticas, cabendo ao juiz coordenar essas fontes (internacionais e internas) e escutar o que elas dizem. Mas, também, pode ainda existir o controle de convencionalidade concentrado no Supremo Tribunal Federal, como abaixo se dirá, na hipótese dos tratados (neste caso, apenas os de direitos humanos) internalizados pelo rito do art. 5.º, § 3.º, da Constituição” (p. 227-228).

(...)

“Ora, se a Constituição possibilita sejam os tratados de direitos humanos alçados ao patamar constitucional, com equivalência de emenda, por questão de lógica deve também garantir-lhes os meios que garante a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional” (p. 235).

Em relação aos tratados internacionais *comuns* (que versam temas alheios aos “direitos humanos”), segundo VALERIO MAZZUOLI, o entendimento é de que eles serão paradigma do controle de *supralegalidade* das leis (que também é um controle do tipo *difuso*).

Conclusões

Fazendo-se a devida adequação da inovadora doutrina de VALERIO MAZZUOLI (que entende que todos os tratados de direitos humanos possuem valor constitucional) com a histórica decisão do STF de 3 de dezembro de 2008 (que reconheceu valor supralegal para os tratados de direitos humanos, salvo se aprovados por maioria qualificada) cabe concluir o seguinte:

a) os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e vigentes no Brasil – mas não aprovados com *quorum* qualificado – possuem nível (apenas) supralegal (posição do Min. GILMAR MENDES, por ora vencedora, no RE 466.343/SP) [para VALERIO MAZZUOLI todos os tratados de direitos humanos teriam nível constitucional, independentemente do *quorum* de aprovação congressual];

b) admitindo-se a tese de que, em regra, os tratados de direitos humanos não contam com valor constitucional, eles servem de paradigma

(apenas) para o *controle difuso de convencionalidade* (ou de supralegalidade) [para VALERIO MAZZUOLI há uma distinção entre controle de convencionalidade – que se aplica apenas aos tratados *de direitos humanos* – e controle de supralegalidade – que diz respeito aos demais tratados (acordos internacionais *comuns*)];

c) o controle difuso de convencionalidade (ou o de supralegalidade) não se confunde com o *controle de legalidade* (entre um decreto e uma lei, v.g.) nem com o *controle de constitucionalidade* (que ocorre quando há antinomia entre uma lei e a Constituição) [para VALERIO MAZZUOLI teríamos que distinguir quatro tipos de controle: de legalidade, de supralegalidade, de convencionalidade e de constitucionalidade];

d) o controle difuso de convencionalidade dos tratados de direitos humanos deve ser levantado em linha de preliminar, em cada caso concreto, cabendo ao juiz ou tribunal respectivo a análise dessa matéria antes do exame do mérito do pedido principal. Em outras palavras: o controle difuso de convencionalidade pode ser invocado perante qualquer juízo e deve ser feito por qualquer juiz [para VALERIO MAZZUOLI existe ainda o controle *de supralegalidade* das normas internas, que diz respeito aos tratados internacionais *comuns*, que igualmente pode ser invocado em preliminar perante qualquer juiz ou tribunal];

e) os tratados aprovados pela maioria qualificada do § 3.º do art. 5.º, da Constituição (precisamente porque contam com “equivalência de emenda constitucional”) servirão de paradigma ao controle de convencionalidade *concentrado* (perante o STF) ou *difuso* (perante qualquer juiz, incluindo-se os do STF) [foi VALERIO MAZZUOLI quem, pela primeira vez na doutrina, nominou tais controles de *difuso* e *concentrado* de convencionalidade, explicando a diferença entre os dois, como o leitor poderá observar no Capítulo 2 deste livro];

f) o controle de convencionalidade concentrado (perante o STF) tem o mesmo significado do controle de constitucionalidade concentrado (porque os tratados com aprovação qualificada equivalem a uma Emenda Constitucional) [para VALERIO MAZZUOLI todos os tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais e, quando aprovados por *quorum* qualificado, são formal e materialmente constitucionais];

g) em relação ao *controle de convencionalidade concentrado* (só cabível, repita-se, quando observado o § 3.º do art. 5.º da CF) cabe admitir o uso de todos os instrumentos do controle abstrato perante o STF, ou seja, é

plenamente possível defender a possibilidade de ADIn (para eivar a norma infraconstitucional de inconstitucionalidade e inconvenção), de ADECON (para garantir à norma infraconstitucional a compatibilidade vertical com a norma internacional com valor constitucional), ou até mesmo de ADPF (para exigir o cumprimento de um “preceito fundamental” encontrado em tratado de direitos humanos formalmente constitucional). Embora de difícil concepção, também não se pode desconsiderar a chamada “ADIn por omissão”;

h) o jurista do terceiro milênio, em conclusão, não pode deixar de reconhecer e de distinguir os seguintes controles: (1) controle de legalidade; (2) controle difuso de convencionalidade (ou de suprallegalidade); (3) controle concentrado de convencionalidade; e (4) controle de constitucionalidade (difuso e concentrado) [para VALERIO MAZZUOLI teríamos: (a) controle de legalidade, (b) de suprallegalidade, (c) de convencionalidade difuso, (d) de convencionalidade concentrado e (e) de constitucionalidade (difuso e concentrado)].

A diferença fundamental, em síntese, entre a tese de VALERIO MAZZUOLI e a posição vencedora (por ora) no STF está no seguinte: a primeira está um tom acima. Para o STF (tese majoritária, conduzida pelo Min. GILMAR MENDES) os tratados de direitos humanos não aprovados pela maioria qualificada do art. 5.º, § 3.º, da Constituição seriam suprallegais (VALERIO discorda e os eleva ao patamar constitucional); para o STF os tratados não relacionados com os direitos humanos possuem valor legal (para VALERIO eles são todos *suprallegais*, com fundamento no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, ratificada pelo Brasil em 25.09.2009 e promulgada pelo Decreto 7.030, de 14.12.2009). VALERIO MAZZUOLI e CELSO DE MELLO estão no tom maior. GILMAR MENDES (e a maioria votante do STF) está no tom menor. A diferença é de tom. De qualquer modo, todos fazem parte de uma orquestra jurídica espetacular: porque finalmente tornou-se realidade no Brasil a terceira onda (internacionalista) do Direito, do Estado e da Justiça.

São Paulo, 26 de janeiro de 2011.

LUIZ FLÁVIO GOMES

Doutor em Direito Penal pela Universidade Complutense de Madri.
Mestre em Direito Penal pela USP. Diretor-Presidente da Rede de Ensino LFG.
Foi Promotor de Justiça (1980 a 1983), Juiz de Direito (1983 a 1998) e Advogado (1999 a 2001).

OBRAS DO AUTOR

- Coletânea de direito internacional* (Coleção RT Mini Códigos). Organizador. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2011.
- Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica* (com Luiz Flávio Gomes). 3. ed. rev., atual. e ampl. Coleção “Ciências Criminais”, vol. 4. São Paulo: RT, 2010.
- Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados* (com Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha). São Paulo: RT, 2009.
- Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.
- Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Coordenação (com Aldir Guedes Soriano). Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- Direito internacional dos direitos humanos: estudos em homenagem à Professora Flávia Piovesan*. Coordenação (com Maria de Fátima Ribeiro). Curitiba: Juruá, 2004.
- Direito internacional público: parte geral*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.
- Direito internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.
- Direitos humanos e cidadania à luz do novo direito internacional*. Campinas: Minelli, 2002.
- Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- Direito supraconstitucional: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito* (com Luiz Flávio Gomes). São Paulo: RT, 2010.
- Natureza jurídica e eficácia dos acordos stand-by com o FMI*. São Paulo: RT, 2005.
- Novas perspectivas do direito ambiental brasileiro: visões interdisciplinares*. Organização (com Carlos Teodoro José Hugueneu Irigaray). Cuiabá: Cathedral, 2009.
- Novas vertentes do direito do comércio internacional*. Coordenação (com Jete Jane Fiorati). Barueri: Manole, 2003.
- Novos estudos de direito internacional contemporâneo*, vols. I e II. Organização (com Helena Aranda Barrozo e Márcia Teshima). Londrina: EDUEL, 2008.
- O Brasil e os acordos econômicos internacionais: perspectivas jurídicas e econômicas à luz dos acordos com o FMI*. Coordenação (com Roberto Luiz Silva). São Paulo: RT, 2003.
- O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. rev. e ampl. Coleção “Direito e Ciências Afins”, vol. 4. São Paulo: RT, 2011.
- Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Tratados internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno. São Paulo: Saraiva, 2010.

Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro. 3. ed. rev. e atual. Coleção “Direito e Ciências Afins”, vol. 3. São Paulo: RT, 2011.

SUMÁRIO

NOTA DO AUTOR À 2. ^a EDIÇÃO	9
PREFÁCIO	11
OBRAS DO AUTOR	19
INTRODUÇÃO.....	23
CAPÍTULO 1 – TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO	25
1.1. O <i>status</i> constitucional dos tratados de direitos humanos no Brasil	25
1.2. As incongruências do § 3.º do art. 5.º da Constituição	34
1.3. Em que momento do processo de celebração de tratados tem lugar o § 3.º do art. 5.º da Constituição?	41
1.4. Hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos independentemente da entrada em vigor da Emenda 45/2004.....	50
1.5. Hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos independentemente da data de sua ratificação (se anterior ou posterior à entrada em vigor da Emenda 45/2004)	66
1.6. Aplicação imediata dos tratados de direitos humanos independentemente da regra do § 3.º do art. 5.º da Constituição	69
1.7. Conclusão do Capítulo 1	70
CAPÍTULO 2 – CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE (DIFUSO E CENTRADO) E DE SUPRALEGALIDADE	73
2.1. Introdução	73
2.2. Ineditismo da teoria no Brasil	76
2.3. Decisões da Corte Interamericana em matéria de controle de convencionalidade	83
2.4. Vigência, validade e eficácia das leis.....	95
2.5. A teoria da dupla compatibilidade vertical material	116
2.5.1. O respeito à Constituição e o consequente controle de constitucionalidade	119
2.5.1.1. A obediência aos direitos expressos na Constituição...	121
2.5.1.2. A obediência aos direitos implícitos na Constituição ..	124

2.5.2. O respeito aos tratados internacionais e os controles de convencionalidade (difuso e concentrado) e de supralegalidade das normas infraconstitucionais	131
2.5.2.1. Os direitos previstos nos tratados de direitos humanos	138
2.5.2.2. Os direitos previstos nos tratados comuns	154
2.6. Caso prático contra o Brasil (“Guerrilha do Araguaia” e a Lei de Anistia).....	160
2.7. Conclusão do Capítulo 2	165
CONCLUSÃO GERAL	167
BIBLIOGRAFIA	169

INTRODUÇÃO

Este livro propõe uma teoria do controle jurisdicional da convencionalidade das leis no Brasil, tema até então jamais desenvolvido por qualquer jurista pátrio. Aliás, é bom frisar, o tema do controle da convencionalidade (mesmo sob outra ótica que não propriamente a *jurisdicional*) nunca foi, até o presente momento, realmente *desenvolvido* na doutrina brasileira, não obstante já ter sido suscitado por alguns (poucos) autores nacionais que têm no tema “direitos humanos” o seu objeto principal de estudo.

Falar em controle da *convencionalidade* significa falar em compatibilidade vertical das normas do direito interno com as convenções internacionais *de direitos humanos* em vigor no país. Significa, também, falar em técnica *judicial* de compatibilização vertical das leis com tais preceitos internacionais de direitos humanos.

O aparecimento do tema entre nós não é novo, pois nasceu com a Constituição de 1988, não obstante ser o presente livro o primeiro a fazer tal constatação. Desde a promulgação do texto constitucional (em 05.10.88) afigura-se possível a um juiz ou tribunal controlar a convencionalidade (a partir de 1988, apenas pela via *difusa* e, desde a EC 45/04, também pela via *concentrada*) das normas de direito interno em confronto com os tratados de direitos humanos em vigor no país. Ocorre que não obstante ser possível controlar-se a convencionalidade das leis desde a entrada em vigor da Constituição, jamais tal fato foi suscitado em qualquer obra de direito constitucional ou internacional no Brasil. E mais: a partir da Emenda 45/2004 passou a ser possível controlar-se a convencionalidade das leis também pela via *abstracta*, e tampouco esse fato foi percebido pela doutrina brasileira até o momento.* Portanto, sequer um autor brasileiro

* Fomos nós os primeiros a tratar do assunto no Brasil, originalmente versado no Capítulo II, Seção II, da nossa Tese de Doutorado em Direito Internacional da UFRGS, defendida em 4 de novembro de 2008. V., por tudo, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes*, Tese de Doutorado em Direito, Porto Alegre: UFRGS/Faculdade de Direito, 2008, publicada sob o título *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, São Paulo: Saraiva, 2010, 251p.

(constitucionalista ou internacionalista) havia percebido, até o presente momento, a amplitude e a importância dessa nova temática, capaz de modificar todo o sistema de controle no direito pátrio. Qual o motivo para tanto? Falta de atenção às alterações constitucionais? Desconhecimento da temática internacional? Seja qual for o motivo, o nosso intuito aqui é contribuir para com o avanço do tema no Brasil.

Dividimos a obra em dois Capítulos. No primeiro buscaremos demonstrar que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil (e em vigor no plano internacional) têm *nível* de normas constitucionais, independentemente de aprovação congressual por *quorum* qualificado. E no segundo – partindo do acerto da tese do nível constitucional dos tratados de direitos humanos e do nível supralegal dos tratados internacionais comuns – desenvolveremos o que se chama de *dupla compatibilidade vertical material* como condição de *validade* das normas de direito interno em confronto com aquelas (Constituição e tratados) que lhe são superiores.

Enfim, a novidade que este estudo apresenta diz respeito à possibilidade de se proceder à compatibilização vertical das leis não só tendo como parâmetro de controle a *Constituição*, senão também os *tratados internacionais* (notadamente os de direitos humanos, mas não só eles, como se verá) ratificados pelo governo e em vigor no país.

CAPÍTULO 1

TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO

1.1 O *STATUS* CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Antes de desenvolvermos a nossa teoria sobre o controle jurisdicional da convencionalidade das leis é necessário estudar o *status* hierárquico dos tratados de direitos humanos no direito brasileiro, pois quando se falar em *controle de convencionalidade*, a referência à expressão designará tão somente a compatibilização vertical das leis com os tratados *de direitos humanos* em vigor no país. À compatibilidade das leis com os instrumentos internacionais *comuns* chamaremos de controle *de supralegalidade*, como se explicará oportunamente (v. Capítulo 2, *infra*).

Assim, antes de mais nada, é bom fique nítido que a expressão *controle de convencionalidade* é reservada, neste estudo, apenas aos tratados de direitos humanos e a mais nenhum outro. Ocorre que antes de teorizarmos sobre o controle jurisdicional da convencionalidade das leis no Brasil, temos que provar (e esse é o objetivo deste Capítulo 1) que os tratados de direitos humanos em vigor no país têm índole e nível de normas constitucionais. Trata-se de fazer um estudo conjugado dos §§ 2.º e 3.º do art. 5.º da Constituição Federal de 1988.¹ Esse entendimento prévio (que estudaremos em

1. V., por tudo, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, O novo § 3.º do art. 5.º da Constituição e sua eficácia. *Revista Forense*, vol. 378, ano 101, Rio de Janeiro, mar./abr./2005, p. 89-109, republicado na *Revista da AJURIS*, ano XXXII, n. 98, Porto Alegre, jun. 2005, p. 303-331, e na *Revista de Informação Legislativa*, ano 42, n. 167, Brasília: Senado Federal, jul.-set. 2005, p. 93-114. Este nosso texto foi um dos primeiros a serem publicados logo após a reforma constitucional relativa à Emenda 45/2004 (*Reforma do Judiciário*). As teses ali expostas (as quais também serão

profundidade nas linhas que seguem) é *conditio sine qua non* para que depois sejam compreendidos os controles *difuso* e *concentrado* de convencionalidade das leis.

Vamos, então, ao estudo da internalização e do *status* hierárquico dos tratados de direitos humanos no Brasil.

Primeiramente, é necessário atentar para o fato de que a promulgação da Constituição de 1988 foi um marco significativo para o início do processo de redemocratização do Estado brasileiro e de institucionalização dos direitos humanos no país. Mas se é certo que a promulgação do texto constitucional significou a abertura do nosso sistema jurídico para essa chamada *nova ordem* estabelecida a partir de então, também não é menos certo que todo esse processo desenvolveu-se concomitantemente a cada vez mais intensa ratificação, pelo Brasil, de inúmeros tratados internacionais globais e regionais protetivos dos direitos da pessoa humana, os quais perfazem uma imensa gama de normas diretamente aplicáveis pelo Judiciário e que agregam vários novos direitos e garantias àqueles já constantes do nosso ordenamento jurídico interno.

Atualmente, já se encontram ratificados pelo Brasil (estando em pleno vigor entre nós) praticamente todos os tratados internacionais significativos sobre direitos humanos pertencentes ao sistema global de proteção dos direitos humanos (também chamado de sistema das Nações Unidas). São exemplos desses instrumentos (já incorporados ao direito brasileiro) a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1966), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Protocolo Facultativo Relativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas

repetidas neste Capítulo) foram rapidamente tomadas por trabalhos de vários outros juristas publicados posteriormente (em muitos deles sem citação da fonte).

de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1999), a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Referentes à Venda de Crianças, à Prostituição Infantil e à Pornografia Infantil (2000), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativo ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados (2000) e, ainda, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, conhecida como *Convenção de Mérida* (2003). Isso tudo sem falar nos tratados sobre direitos sociais (v.g., as convenções da OIT) e em matéria ambiental, também incorporados ao direito brasileiro e em vigor no país.

No que tange ao sistema interamericano de direitos humanos a situação (felizmente) não é diferente. O Brasil também já é parte de praticamente todos os tratados existentes nesse contexto, a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988), do Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte (1990), da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985), da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994), da Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994) e da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999).²

2. V. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. The Inter-American human rights protection system: structure, functioning and effectiveness in Brazilian law. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, México: UNAM, 2011, p. 337-338.

A Constituição Brasileira de 1988, segundo essa ótica internacional marcadamente humanizante e protetiva, erigiu a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III) e a prevalência dos direitos humanos (art. 4.º, II) a princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. Este último passou a ser, inclusive, princípio pelo qual o Brasil deve rege-se no cenário internacional. A Carta de 1988, dessa forma, instituiu no país novos princípios jurídicos que conferem suporte axiológico a todo o sistema normativo brasileiro e que devem ser sempre levados em conta quando se trata de interpretar quaisquer normas do ordenamento jurídico pátrio. Dentro dessa mesma trilha, que começou a ser demarcada desde a Segunda Guerra Mundial, em decorrência dos horrores e atrocidades cometidos pela Alemanha Nazista no período sombrio do Holocausto, a Constituição brasileira de 1988 deu um passo extraordinário rumo à abertura do nosso sistema jurídico ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, quando, no § 2.º do seu art. 5.º, deixou bem estatuído que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos *tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*” [grifo nosso].³

Com base neste dispositivo, que segue a tendência do constitucionalismo contemporâneo, sempre defendemos que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior. E a nossa interpretação sempre foi a seguinte: se a Constituição estabelece que os *direitos e garantias* nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais “em que a República Federativa do Brasil seja parte”, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil “se incluem” no nosso ordenamento jurídico

3. Registre-se, por oportuno, que a cláusula do § 2.º do art. 5.º da Constituição, resultou de proposta do Prof. Antônio Augusto Cançado Trindade, na audiência pública à Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais da Assembleia Nacional Constituinte, em 29 de abril de 1987.

interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, a Constituição “os inclui” no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade”.⁴

Da análise do § 2.º do art. 5.º da Carta brasileira de 1988, percebe-se que três são as vertentes, no texto constitucional brasileiro, dos direitos e garantias individuais: *a*) direitos e garantias *expressos* na Constituição, a exemplo dos elencados nos incisos I ao LXXVIII do seu art. 5.º, bem como outros fora do rol de direitos, mas dentro da Constituição, como a garantia da anterioridade tributária, prevista no art. 150, III, *b*, do Texto Magno; *b*) direitos e garantias *implícitos*, subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios pela Constituição adotados, e *c*) direitos e garantias *inscritos nos tratados internacionais* em que a República Federativa do Brasil seja parte.⁵

A Carta de 1988, com a disposição do § 2.º do seu art. 5.º, de forma inédita, passou a reconhecer claramente, no que tange ao

4. São inúmeros os outros argumentos em favor da índole e do nível constitucionais dos tratados de direitos humanos no nosso ordenamento jurídico interno, que preferimos não tratar aqui, por já terem sido detalhadamente estudados em vários outros dos nossos trabalhos sobre o tema. Cf., especialmente sobre o assunto, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 233-252; *Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 109-176; e ainda, *Tratados Internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969*, 2. ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 357-395.

5. V., assim, VELLOSO, Carlos Mário da Silva, Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *Revista de Informação Legislativa*, ano 41, n. 162, Brasília: Senado Federal, abr.-jun. 2004, p. 38-39.

seu sistema de direitos e garantias, uma *dupla fonte normativa*: a) aquela advinda do direito interno (direitos *expressos* e *implícitos* na Constituição, estes últimos subentendidos nas regras de garantias ou decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados), e; b) aquela outra advinda do direito internacional (decorrente dos *tratados internacionais* de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte). De forma expressa, a Carta de 1988 atribuiu aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos devidamente ratificados pelo Estado brasileiro a condição de *fontes* do sistema constitucional de proteção de direitos. É dizer, tais tratados passaram a ser fontes do sistema constitucional de proteção de direitos no mesmo plano de eficácia e igualdade daqueles direitos, expressa ou implicitamente, consagrados pelo texto constitucional, o que justifica o *status* de norma constitucional que detêm tais instrumentos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. E esta dualidade de fontes que alimenta a completude do sistema significa que, em caso de conflito, deve o intérprete *optar* preferencialmente pela fonte que proporciona a norma *mais favorável* à pessoa protegida (princípio internacional *pro homine*), pois o que se visa é a *otimização* e a *maximização* dos sistemas (interno e internacional) de proteção dos direitos e garantias individuais.⁶ Poderá, inclusive, o intérprete, aplicar *ambas* as normas aparentemente antinômicas conjuntamente, cada qual naquilo que tem de melhor à proteção do direito da pessoa, sem que precise recorrer aos conhecidos (e, no âmbito dos direitos humanos, ultrapassados) métodos *tradicionais* de solução de antinomias (o *hierárquico*, o da *especialidade* e o *cronológico*).⁷

Segundo o nosso entendimento, a cláusula aberta do § 2.º do art. 5.º da Carta de 1988, sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no *mesmo grau*

6. Cf. BIDART CAMPOS, German J. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Tomo III (El derecho internacional de los derechos humanos y la reforma constitucional de 1994). Buenos Aires: Ediar, 1995, p. 282.

7. Cf. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne, *Recueil des Cours*, vol. 251 (1995), p. 60-61.

hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa. Portanto, segundo sempre defendemos, o fato de esses direitos se encontrarem em tratados internacionais jamais impediu a sua caracterização como direitos de *status* constitucional.

Ainda em sede doutrinária, também não faltaram vozes que, dando um passo mais além do nosso, defenderam cientificamente o *status* supraconstitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos, levando-se em conta toda a principiologia internacional marcada pela força expansiva dos direitos humanos e pela sua caracterização como normas de *jus cogens* internacional.⁸ Em sede jurisprudencial, entretanto, a matéria nunca foi pacífica em nosso país, tendo o Supremo Tribunal Federal tido a oportunidade de, em mais de uma ocasião, analisar o assunto, sem, contudo, ter chegado

8. V., nesse exato sentido, MELLO, Celso D. de Albuquerque, que se dizia “ainda mais radical no sentido de que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada” (O § 2.º do art. 5.º da Constituição Federal, in: TORRES, Ricardo Lobo [org.], *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 25). Defendendo a supraconstitucionalidade da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, v. SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*, *Estudios constitucionales*, año 8, n. 1, Universidad de Talca, 2010, p. 124, citando o caso “Última Tentação de Cristo”, em que a Corte Interamericana condenou o Chile a modificar sua própria Constituição. Para nós, só têm *status* supraconstitucional os tratados de direitos humanos *centrifugos*, como é o caso (até hoje único) do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional de 1998, e não os demais instrumentos de direitos humanos (que são somente *centrípetos*, a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, cujo *status* é de norma constitucional). Para detalhes sobre a natureza do Estatuto de Roma como tratado centrífugo e o conceito desse tipo de tratado, v. GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Direito supraconstitucional: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito*, São Paulo: RT, 2010, p. 149-153.

a uma solução uniforme e tampouco satisfatória.⁹ Esse quadro insatisfatório levou a doutrina mais abalizada a qualificar de “lamentável falta de vontade” do Poder Judiciário a não aplicação devida do § 2.º do art. 5.º da Constituição.¹⁰ Felizmente, a Constituição brasileira

9. V., sobre a posição majoritária do STF até então – segundo a qual os tratados internacionais ratificados pelo Estado (inclusos os de direitos humanos) têm nível de lei ordinária –, o julgamento do HC 72.131-RJ, de 22.11.1995, que teve como relator o Min. Celso de Mello, tendo sido vencidos os votos dos Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence. Em relação à posição minoritária do STF, destacam-se os votos dos Ministros Carlos Velloso, em favor do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos (v. HC 82.424-2/RS, relativo ao famoso “caso Ellwanger”, e ainda seu artigo “Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, cit., p. 39), e Sepúlveda Pertence, que, apesar de não admitir a hierarquia constitucional desses tratados, passou a aceitar, entretanto, o *status* de norma supralegal desses instrumentos, tendo assim se manifestando: “(...) parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5.º, § 2.º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil à inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos. Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim (...) a aceitar a outorga de força supra-legal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes” (v. RHC 79.785-RJ, *Informativo do STF* 187, de 29.03.2000).

10. V. CAÑADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 623, nota n. 71. Nas palavras de Cañado Trindade: “A tese da equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional – tal como ainda seguida por alguns setores em nossa prática judiciária – não só representa um apego sem reflexão a uma postura anacrônica, já abandonada em vários países, mas também contraria o disposto no art. 5.º (2) da Constituição Federal brasileira. Se se encontrar uma formulação mais adequada – e com o mesmo propósito – do disposto no art. 5.º (2) da Constituição Federal, tanto melhor; mas enquanto não for encontrada, nem por isso está o Poder Judiciário eximido de aplicar

de 1988 já prevê em seu texto uma gama imensa de direitos e garantias fundamentais idênticos aos previstos nesses vários tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Em virtude das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais existentes até então no Brasil, e com o intuito de pôr fim às discussões relativas à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio, acrescentou-se um parágrafo subsequente ao § 2.º do art. 5.º da Constituição, por meio da Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, com a seguinte redação: “(...) § 3.º 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.”

A redação do dispositivo, como se percebe, é materialmente semelhante à do art. 60, § 2.º, da Constituição, segundo o qual toda proposta de emenda à Constituição “será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros”. A semelhança dos dispositivos está ligada ao fato de que, antes da entrada em vigor da Emenda 45/2004, os tratados internacionais de direitos humanos, anteriormente à sua ratificação pelo Presidente da República, eram exclusivamente aprovados (por meio de Decreto Legislativo) por maioria simples, nos termos do art. 49, I, da Constituição, o que gerava inúmeras controvérsias jurisprudenciais (a nosso ver infundadas) sobre a aparente hierarquia *infraconstitucional* (nível de normas ordinárias) desses instrumentos internacionais no nosso direito interno.

A inspiração do legislador constitucional brasileiro talvez tenha sido o art. 79, §§ 1.º e 2.º, da Lei Fundamental alemã, que

o art. 5.º (2) da Constituição. Muito ao contrário, se alguma incerteza houver, encontra-se no dever de dar-lhe a interpretação correta, para assegurar sua aplicação imediata; não se pode deixar de aplicar uma disposição constitucional sob o pretexto de que não parece clara” (Idem, p. 624, nota n. 73).

prevê que os tratados internacionais, sobretudo os relativos à paz (com a observação de que a Lei Fundamental alemã não se refere expressamente aos tratados “sobre direitos humanos” como faz agora o texto constitucional brasileiro), podem *complementar* a Constituição, desde que aprovados por dois terços dos membros do Parlamento Federal e dois terços dos votos do Conselho Federal, nestes termos: “Artigo 79 [Emendas à Lei Fundamental] 1. A Lei Fundamental só poderá ser emendada por uma lei que *altere* ou *complemente* expressamente o seu texto. Em matéria de tratados internacionais que tenham por objeto regular a paz, prepará-la ou abolir um regime de ocupação, ou que objetivem promover a defesa da República Federal da Alemanha, será suficiente, para esclarecer que as disposições da Lei Fundamental não se opõem à conclusão e à entrada em vigor de tais tratados, *complementar*, e tão somente isso, o texto da Lei Fundamental. 2. Essas leis precisam ser aprovadas por dois terços dos membros do Parlamento Federal e dois terços dos votos do Conselho Federal” [grifo nosso].

Dado esse panorama geral sobre a regra constitucional em análise, pode-se então proceder ao estudo mais pormenorizado do art. 5.º, § 3.º, da Constituição de 1988. Em primeiro lugar, deve-se verificar as incongruências presentes nesta norma constitucional.

1.2 AS INCONGRUÊNCIAS DO § 3.º DO ART. 5.º DA CONSTITUIÇÃO

Não obstante ter tido o art. 5.º, § 3.º, da Constituição um aparente bom propósito, o certo é que se trata de dispositivo incongruente. Se a sua intenção foi colocar termo às controvérsias (doutrinárias e jurisprudenciais) sobre o nível hierárquico dos tratados de direitos humanos no Brasil, parece que a tal desiderato não conseguiu chegar. Nós também sempre entendemos inevitável a mudança do texto constitucional brasileiro, a fim de se eliminar as controvérsias a respeito do grau hierárquico conferido pela Constituição aos tratados internacionais de direitos humanos pelo Brasil ratificados. Mas a nossa ideia era outra, em nada semelhante à da Emenda Constitucional 45. Entendíamos ser premente, mais do que nunca, incluir em nossa Carta Magna não um dispositivo

hierarquizando os tratados de direitos humanos, como fez a EC 45, mas sim um dispositivo que reforçasse o significado do § 2.º do art. 5.º, dando-lhe verdadeira interpretação autêntica. Por esse motivo, havíamos proposto, como alteração constitucional, a introdução de mais um parágrafo no art. 5.º da Carta de 1988, mas não para contrariar o espírito inclusivo que o § 2.º do mesmo artigo já tem. A redação que propusemos, publicada em nosso livro *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais*, foi a seguinte: “§ 3º. Os tratados internacionais referidos pelo parágrafo anterior, uma vez ratificados, incorporam-se automaticamente na ordem interna brasileira com hierarquia constitucional, prevalecendo, no que forem suas disposições mais benéficas ao ser humano, às normas estabelecidas por esta Constituição”.¹¹

Como se vê, a redação que pretendíamos, já há algum tempo, para um terceiro parágrafo ao rol dos direitos e garantias fundamentais, não invalidava a interpretação doutrinária relativa aos §§ 1.º e 2.º do art. 5.º da Carta de 1988, que tratam, conjugadamente, da hierarquia constitucional e da aplicação imediata dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. Neste caso, a inserção de um terceiro parágrafo ao rol dos direitos e garantias fundamentais do art. 5.º da Constituição, valeria tão somente como *interpretação autêntica* do parágrafo anterior, ou seja, do § 2.º do elenco constitucional dos direitos e garantias.

Essa proposta que fizemos, inspirada no legislador constitucional venezuelano de 1999, teria a vantagem de evitar os graves inconvenientes sofridos pela atual doutrina, no que tange à interpretação do efetivo grau hierárquico conferido pela Constituição aos tratados de proteção dos direitos humanos. Afastaria, ademais, as controvérsias até então existentes em nossos tribunais superiores, notadamente no Supremo Tribunal Federal, relativamente ao assunto. Tal mudança, a nosso ver, era o mínimo que poderia ter sido feito pelo legislador constitucional brasileiro, retirando

11. Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais...*, cit., p. 348.

a Constituição do atrasado de muitos anos em relação às demais Constituições dos países latino-americanos e do resto do mundo, no que diz respeito à eficácia interna das normas internacionais de proteção dos direitos humanos.

A Emenda Constitucional 45, entretanto, não seguiu essa orientação, e estabeleceu, no § 3.º do art. 5.º da Carta de 1988, que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos serão equivalentes às emendas constitucionais, uma vez aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus respectivos membros (que é exatamente o *quorum* para a aprovação de uma emenda constitucional).

Essa alteração do texto constitucional, que pretendeu pôr termo ao debate quanto ao *status* dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro, é um exemplo claro da falta de compreensão e de interesse (e, sobretudo, de boa-vontade) do nosso legislador relativamente às conquistas já alcançadas pelo direito internacional dos direitos humanos nessa seara. Como magistralmente destaca CANÇADO TRINDADE, em um desabafo público de reflexão obrigatória a todos, esse “retrocesso provinciano põe em risco a interrelação ou indivisibilidade dos direitos protegidos em nosso país (previstos nos tratados que o vinculam), ameaçando-os de fragmentação ou atomização, em favor dos excessos de um formalismo e hermetismo jurídicos eivados de obscurantismo”. E continua: “Os triunfalistas da recente Emenda Constitucional 45/2004, não se dão conta de que, do prisma do direito internacional, um tratado ratificado por um Estado o vincula *ipso jure*, aplicando-se de imediato, quer tenha ele previamente obtido aprovação parlamentar por maioria simples ou qualificada. Tais providências de ordem interna – ou, ainda menos, de *interna corporis*, – são simples *factos* do ponto de vista do ordenamento jurídico internacional, ou seja, são, do ponto de vista jurídico internacional, inteiramente irrelevantes. A responsabilidade internacional do Estado por violações comprovadas de direitos humanos permanece intangível, independentemente dos malabarismos pseudo-jurídicos de certos publicistas (como a criação de distintas modalidades de prévia

aprovação parlamentar de determinados tratados, a previsão de pré-requisitos para a aplicabilidade direta de tratados no direito interno, dentre outros), que nada mais fazem do que oferecer subterfúgios vazios aos Estados para tentar evadir-se de seus compromissos de proteção do ser humano no âmbito do contencioso internacional dos direitos humanos”.¹² Como se percebe, o legislador brasileiro que concebeu o § 3.º do art. 5.º em comento, além de demonstrar total desconhecimento dos princípios do contemporâneo direito internacional público, notadamente das regras basilares da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em especial as de *jus cogens*, traz consigo o velho e arraigado ranço da já ultrapassada noção de soberania absolutista, que todos fazemos questão de esquecer.

A redação do dispositivo induz à conclusão de que apenas as convenções aprovadas pela maioria qualificada que estabelece teriam valor hierárquico de norma constitucional, o que traz a possibilidade de alguns tratados, relativamente a essa matéria, serem aprovados sem esse *quorum*, passando a ter (aparentemente) valor de norma infraconstitucional, ou seja, de mera lei ordinária. Como o texto proposto, ambíguo que é, não define quais tratados deverão ser assim aprovados, poderá ocorrer que determinados instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, aprovados por processo legislativo não qualificado, acabem por subordinar-se à legislação ordinária, quando de sua efetiva aplicação prática pelos juízes e tribunais nacionais (que poderão preterir o tratado a fim de aplicar a legislação “mais recente”), o que certamente acarretaria a responsabilidade internacional do Estado brasileiro. Surgiria, ainda, o problema em saber se os tratados de direitos humanos ratificados anteriormente à entrada em vigor da Emenda 45, a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, do Pacto Internacional dos Direitos

12. CAÑADO TRINDADE, Antônio Augusto. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI, in CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Desafios do direito internacional contemporâneo*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, p. 209, nota n. 6.

Econômicos, Sociais e Culturais e tantos outros, perderiam o *status* de norma constitucional que aparentemente detinham em virtude do § 2.º do art. 5.º da Constituição, caso agora não sejam aprovados pelo *quorum* do § 3.º do mesmo art. 5.º (v. item 1.5, *infra*).

Como se deduz da leitura do novo § 3.º do art. 5.º do Texto Magno, basta que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos sejam *aprovados* pela maioria qualificada ali prevista, para que possam equivaler às emendas constitucionais. Não há, no citado dispositivo, qualquer menção ou ressalva dos compromissos assumidos anteriormente pelo Brasil e, assim sendo, poderá ser interpretado no sentido de que, não obstante um tratado de direitos humanos tenha sido ratificado há vários anos, pode o Congresso Nacional novamente aprová-lo, mas agora pelo *quorum* do § 3.º, para que esse tratado mude de *status*. Mas de qual *status* mudaria o tratado? Certamente daquele que o nosso Pretório Excelso entende que têm os tratados de direitos humanos – o *status* de lei ordinária (em sua antiga jurisprudência) ou, mais recentemente, de norma supralegal (a partir de 3 de dezembro de 2008 no julgamento do RE 466.343-1/SP) –, para passar a deter o *status* de norma constitucional. O Congresso Nacional teria, assim, o poder de, a seu alvedrio e a seu talante, decidir qual a hierarquia normativa que devem ter determinados tratados de direitos humanos em detrimento de outros, violando a completude material do bloco de constitucionalidade. É claro que as discussões sobre para qual *status* mudaria o tratado levam a uma incerteza premente, que somente pode ser analisada de acordo com o que pensam a jurisprudência e a doutrina a respeito. Ainda que tenha o STF passado a atribuir aos tratados de direitos humanos (quando não aprovados pela sistemática do art. 5.º, § 3.º, da Constituição) o nível de norma *supralegal*,¹³

13. V. o citado RE 466.343-1/SP, j. em 03.12.08, especialmente o Voto-vista do Min. GILMAR MENDES. Frise-se que, nesse mesmo julgamento, e também no anterior HC 87.585-TO, o Min. CELSO DE MELLO aceitou a tese do nível constitucional dos tratados de direitos humanos, mas não foi acompanhado pela maioria dos Ministros. Daí ter sido vencedora (por ora) a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos,

o certo é que a doutrina mais abalizada entende (corretamente) que tais tratados têm *status* de “norma constitucional”. Por isso que, ao responder a pergunta acima formulada, dissemos que o *status* de que mudaria o tratado seria certamente o de norma infraconstitucional, *status* este que o nosso Pretório Excelso sempre entendeu que têm os tratados de direitos humanos. Esse *imbróglio* causado pela Emenda 45/2004 é, segundo CANÇADO TRINDADE, típico “de nossos publicistas estatocêntricos, insensíveis às necessidades de proteção do ser humano”.¹⁴ Deve-se frisar, no entanto, que o próprio Supremo Tribunal já ilumina a possibilidade de grande mudança jurisprudencial nesta seara, devendo-se concordar inteiramente com o Min. GILMAR MENDES, para quem é preciso ponderar se, “no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência [que atribui *status* de lei ordinária aos tratados de direitos humanos] não teria se tornado completamente defasada”.¹⁵

Ademais, parece claro que o nosso poder reformador, ao conceber este § 3.º, parece não ter percebido que ele, além de subverter a ordem do processo constitucional de celebração de tratados, uma vez que não ressalva (como deveria fazer) a fase do *referendum* congressual do art. 49, I, da Constituição (que diz competir exclusivamente ao Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”), também rompe a harmonia do sistema de integração dos tratados de direitos humanos

defendida pelo Min. GILMAR MENDES (para as nossas críticas a essa posição, v. Capítulo 2, item 2.4, *infra*). De qualquer forma, não há como não reconhecer que essa nova posição do STF em matéria de tratados sobre direitos humanos já representa um grande avanço da Corte, se comparada à sua jurisprudência anterior.

14. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI, cit., p. 209, nota n. 6.

15. Voto-vista do Min. Gilmar Mendes no RE 466.343-1/SP do STF, p. 14.

no Brasil, uma vez que cria “categorias” jurídicas entre os próprios instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados pelo governo, dando tratamento diferente para normas internacionais que têm o mesmo fundamento de validade, ou seja, hierarquizando diferentemente tratados que têm o mesmo conteúdo ético, qual seja, a proteção internacional dos direitos humanos. Assim, essa “desigualação de iguais” que permite o § 3.º ao estabelecer ditas “categorias de tratados”, é totalmente injurídica por violar o princípio (também constitucional) da *isonomia*.

Por tudo isto, pode-se inferir que o § 3.º do art. 5.º da Constituição, acrescentado pela EC 45, seria mais condizente com a atual realidade das demais Constituições latino-americanas, bem como de diversas outras Constituições do mundo, se determinasse expressamente que todos os tratados de direitos humanos pelo Brasil ratificados têm hierarquia constitucional, aplicação imediata e, ainda, prevalência sobre as normas constitucionais no caso de serem suas disposições mais benéficas ao ser humano. Isso faria com que se evitassem futuros problemas de interpretação constitucional, bem como contribuiria para afastar de vez o arraigado equívoco que assola boa parte dos constitucionalistas brasileiros, no que diz respeito à normatividade internacional de direitos humanos e seus mecanismos de proteção. Na verdade, tal fato não seria necessário se fosse aplicável no Brasil o princípio de que a jurisprudência seria a lei escrita, atualizada e lida com olhos das necessidades prementes de uma sociedade. Apesar de já existirem os “princípios” do art. 4.º da Constituição, a nosso ver, para parte da jurisprudência nada valem, mesmo que tenham sido colocados pelo legislador constituinte em nosso texto constitucional.

Perceba-se, ainda, uma diferença redacional entre os §§ 2.º e 3.º do art. 5.º da Constituição. O segundo se refere aos tratados e convenções “sobre *direitos humanos*”, enquanto o primeiro fala em “direitos e garantias”, seguindo a mesma denominação usada pelo Título II da Constituição (“*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*”). Caberia, aqui, indagar o que são tratados de “direitos humanos” e se haveria diferença destes para os tratados sobre “direitos e garantias”. É claro que a expressão *direitos humanos* (utilizada pelo § 3.º)

é expressão ampla, na qual indubitavelmente se incluem todos os tratados – quer de caráter global, quer de caráter regional – que, de alguma maneira, consagram direitos às pessoas, protegendo-as de qualquer ato atentatório à sua dignidade. Da mesma forma, não se pode também excluir da expressão “direitos e garantias” os direitos de caráter humanitário, os direitos dos refugiados e os direitos internacionais do ser humano *stricto sensu*, que compõem o universo daquilo que se chama direito internacional dos direitos humanos.

1.3 EM QUE MOMENTO DO PROCESSO DE CELEBRAÇÃO DE TRATADOS TEM LUGAR O § 3.º DO ART. 5.º DA CONSTITUIÇÃO?

Caberia, agora, indagar em qual “momento” do processo de celebração de tratados tem lugar esta disposição constitucional. Mas frise-se, preliminarmente, que esta indagação quanto *momento* em que deve se manifestar o Congresso Nacional relativamente ao § 3.º do art. 5.º, exclui, à evidência, as hipóteses do art. 60, § 1.º do texto constitucional, segundo o qual a Constituição “não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio”.

Pois bem, como se sabe, a Constituição de 1988 cuida do processo de celebração de tratados em tão somente dois de seus dispositivos,¹⁶ que assim dispõem: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; (...)”; e “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; (...)”

Este procedimento estabelecido pela Constituição vale para todos os tratados e convenções internacionais de que o Brasil pretende ser parte, sejam eles tratados comuns ou de direitos humanos. Nem

16. Para um estudo completo do assunto, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, 5. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 326-364.

se diga que a referência aos “encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” exclui da apreciação parlamentar os tratados de direitos humanos, uma vez que o art. 84, VIII, da Constituição, é claro em submeter *todos* os tratados internacionais assinados pelo Presidente da República ao referendo do Parlamento.

Assim, uma primeira interpretação que poderia ser feita é no sentido de que a competência do Congresso Nacional para referendar os tratados internacionais assinados pelo Executivo (constante do art. 49, I, da Constituição), autorizando este último à ratificação do acordo, não fica suprimida pela regra do atual § 3.º do art. 5.º da Carta de 1988, uma vez que a participação do Parlamento no *processo de celebração* de tratados internacionais no Brasil é uma só: aquela que aprova ou não o seu conteúdo, e mais nenhuma outra. Não há que se confundir o *referendo* dos tratados internacionais, de que cuida o art. 49, I, da Constituição, materializado por meio de um Decreto Legislativo (aprovado por maioria simples) promulgado pelo Presidente do Senado Federal, com a segunda eventual manifestação do Congresso para fins de pretensamente decidir sobre qual *status* hierárquico deve ter certo tratado internacional de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, de que cuida o § 3.º do art. 5.º da Constituição.

Frise-se, por oportuno, que tanto no caso da primeira interpretação que estamos a propor, quanto no caso da segunda (que comentaremos mais à frente), o *decreto legislativo* do Congresso Nacional (que *aprova* o tratado internacional e *autoriza* o Presidente da República a ratificá-lo) faz-se *necessário*. Não há que se confundir a *equivalência às emendas*, de que trata o art. 5.º, § 3.º, com as próprias *emendas constitucionais* previstas no art. 60 da Constituição. A relação entre tratado de direitos humanos e as emendas constitucionais é de *equivalência*, não de *igualdade*. O art. 5.º, § 3.º, não disse que “A é igual a B”, mas que “A é equivalente a B”, sendo certo que duas coisas só se “equivalem” se forem *diferentes*.¹⁷ Por isso, é inconfundível a

17. Cf. BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário: instituições de direito comunitário comparado – União Europeia e Mercosul*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 313-314.

norma do tratado *equivalente* a uma emenda constitucional com uma emenda *propriamente dita*, sendo também inconfundível o processo de formação de um (tratado) e de outra (emenda). Como a relação entre ambos não é de *igualdade*, mas de *equivalência* (ou *equiparação*), não se aplicam aos tratados os procedimentos estabelecidos pela Constituição para a aprovação das *emendas*, tampouco a regra constitucional sobre a iniciativa da proposta de emenda (art. 60, incs. I a III). Enfim, a Constituição não diz que se estará aprovando uma *emenda*, mas um ato (nesse caso, um *decreto legislativo*) que possibilitará tenha o tratado (depois de ratificado) uma *equivalência de emenda* constitucional. Assim, tudo continua da mesma forma como antes da EC 45/2004, devendo o tratado ser aprovado pelo Congresso por *decreto legislativo*, mas podendo o Parlamento decidir se com o *quorum* (e somente o *quorum...*) de emenda constitucional ou sem ele. Aliás, foi exatamente dessa forma que agiu o Congresso Nacional brasileiro ao aprovar os dois primeiros tratados de direitos humanos com equivalência de emenda constitucional depois da EC 45/2004, que foram a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, aprovados conjuntamente pelo Decreto Legislativo 186, de 9 de julho de 2008.¹⁸ Perceba-se que o Congresso Nacional, obviamente, não se utilizou do processo próprio das propostas de *emenda* constitucional,¹⁹ tendo apenas editado

18. Publicado no *DOU* de 10.07.2008; republicado em 20.08.2008. A Convenção e seu Protocolo Facultativo tiveram seu instrumento brasileiro de ratificação depositado no Secretariado da ONU em 01.08.2008, tendo seus textos sido promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25.08.2009. Frise-se que apenas a partir desta última data (25.08.2009), e não da data de promulgação do Decreto Legislativo citado, que a Convenção e seu Protocolo Facultativo efetivamente *entraram em vigor* com equivalência de emenda constitucional no Brasil.

19. Defendendo a necessidade do processo das emendas, assim aduz André Ramos Tavares: “Cumpra-se saber, agora, se o processo próprio das propostas de emenda incidirá sobre o § 3.º do art. 5.º da CB [Constituição do Brasil]. A necessidade de coerência faz com que a resposta seja

(como realmente tem de fazer) um *decreto legislativo* por maioria qualificada, e nada mais do que isso. Daí o equívoco daqueles que lecionam no sentido de não mais haver necessidade de *ratificação* do tratado pelo Presidente da República e de *promulgação e publicação* posteriores,²⁰ pelo fato de o Chefe do Executivo não participar da edição das emendas constitucionais, sancionando-as. Aqueles que assim pensam não entenderam que a relação estabelecida pela Constituição entre os tratados de direitos humanos e as emendas não é de *igualdade*, mas de *equivalência*. Não é porque o Presidente da República não sanciona as emendas constitucionais que ele não irá *ratificar* um tratado internacional aprovado nos termos do § 3.º do art. 5.º da Constituição. Uma coisa não tem nada a ver com a outra: a aprovação parlamentar do tratado de direitos humanos (com ou

positiva. Isto porque, se suas vestes são as de uma emenda constitucional, as formalidades impingidas a esta deverão ser, também, impostas na novel previsão processual” (*Reforma do judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 46). Ocorre que a Constituição não diz que as vestes do § 3.º do art. 5.º serão de uma emenda constitucional, dizendo apenas que os tratados aprovados pela maioria qualificada que estabelece serão *equivalentes* às emendas constitucionais.

20. Nesse sentido, mas sem razão, afirma ainda ANDRÉ RAMOS TAVARES que a “ratificação pelo Presidente, constante do modelo anteriormente enunciado, *simplesmente não existirá* neste novo formato, pelas próprias características de aprovação e promulgação de proposta de emenda constitucional, que sempre descartou a atuação presidencial. (...) Sendo assim, essa conclusão leva a outra: a presença do Presidente da República, enquanto chefe de Estado, reduzir-se à celebração do tratado internacional (fica excluído do ato de promulgação e publicação e do posterior controle por meio de decreto presidencial, como ocorre em relação aos tratados gerais)” [grifo nosso] (*Reforma do judiciário no Brasil pós-88...*, cit., p. 45-46). Equivocadamente também lecionam DIMITRI DIMOULIS e LEONARDO MARTINS, para quem não há “mais justificativa para edição de decreto do Presidente da República, já que as emendas são promulgadas sem a sua participação” (*Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 47).

sem o *quorum* de emenda) é uma coisa, totalmente diferente dos atos posteriores de *ratificação*, *promulgação* e *publicação* daquele. Não há que se comparar o processo de celebração de tratados com o processo legislativo de edição das emendas constitucionais no país. É, inclusive, impossível (mais à frente voltaremos a esse tema) ter um tratado internacional valor *interno* sem que, anteriormente, tenha sido *ratificado* e já se encontre *em vigor* no plano externo.

Feito esse parênteses explicativo, voltemos à segunda interpretação que poderia ser seguida para o entendimento do o § 3.º do art. 5.º da Carta de 1988.

Pois bem, a segunda interpretação que poderia ser feita é no sentido de que o § 3.º do art. 5.º da Carta de 1988 excepcionou a regra do art. 49, I, da Constituição e, dessa forma, poderia, no caso da celebração de um tratado de direitos humanos, *fazer as vezes* desse último comando constitucional. Mas caso seja este o entendimento adotado, deve-se fazer a observação de que o referido § 3.º foi mal colocado ao final do rol dos direitos e garantias fundamentais do art. 5.º da Constituição, uma vez que seria mais preciso incluí-lo como uma segunda parte do próprio art. 49, I. Poderia objetar-se, contudo, que a entender como correta esta interpretação o processo de celebração de tratados ficaria com a ordem desvirtuada, uma vez que o § 3.º do art. 5.º não diz que cabe ao Congresso Nacional *decidir* sobre os tratados assinados pelo Chefe do Executivo, como faz o art. 49, I, deixando entender que a *aprovação* ali constante serve tão somente para equiparar os tratados de direitos humanos às emendas constitucionais, o que poderia ser feito após o tratado já estar ratificado pelo Presidente da República e depois de já se encontrar em vigor internacional.

Perceba-se que o § 3.º do art. 5.º não *obriga* o Poder Legislativo a aprovar eventual tratado de direitos humanos pelo *quorum* qualificado que estabelece. O que o parágrafo faz é tão somente *autorizar* o Congresso Nacional a dar, quando lhe convier, a seu alvedrio e a seu talante, a “equivalência de emenda” aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Isto significa que tais instrumentos internacionais poderão continuar sendo aprovados

por maioria simples no Congresso Nacional (segundo a regra do art. 49, I, da Constituição), deixando-se para um momento futuro (depois da ratificação) a decisão do povo brasileiro em atribuir a equivalência de emenda a tais tratados internacionais. Sequer de passagem a Constituição obriga o Parlamento a dar cabo ao procedimento referendatário pela maioria qualificada estabelecida no art. 5.º, § 3.º, sendo discricionário do Poder Legislativo a aprovação do tratado com ou sem este *quorum* especial.²¹ E mesmo que a Constituição obrigasse o Congresso a aprovar os tratados de direitos humanos com *quorum* qualificado (o que ela absolutamente não faz), tal aprovação seria inútil em caso da não ratificação do acordo pelo Presidente da República, a qual continua sendo discricionária do Chefe do Executivo.

Assim, o *iter* procedimental de celebração dos tratados de direitos humanos, nos termos da nova sistemática introduzida pelo § 3.º do art. 5.º da Constituição, poderia, em princípio, dar-se de duas formas, eleitas à livre escolha do Poder Legislativo, quais sejam:

1.^a) Depois de assinados pelo Executivo, os tratados de direitos humanos seriam aprovados pelo Congresso nos termos do art. 49, I, da Constituição (maioria simples) e, uma vez ratificados, promulgados e publicados no *Diário Oficial da União*, poderiam, mais tarde, quando o nosso Parlamento Federal decidisse por bem atribuir-lhes a equivalência de emenda constitucional, serem novamente apreciados pelo Congresso, para serem dessa vez aprovados pelo *quorum* qualificado do § 3.º do art. 5.º, ou;

2.^a) Depois de assinados pelo Executivo, tais tratados já seriam imediatamente aprovados (seguindo-se o rito das propostas

21. Não assiste razão novamente a ANDRÉ RAMOS TAVARES, quando assim leciona: “Ao contrário dos demais tratados e convenções internacionais, aqueles que versarem direitos humanos – e este é um pressuposto (*material*) para se poder falar do novo *processo* – uma vez que tenham sido celebrados pelo Estado, quando submetidos ao CN [Congresso Nacional], *deverão* ser aprovados por três quintos dos votos de seus membros, conforme as novas determinações da Reforma” [grifos do original] (*Reforma do judiciário no Brasil pós-88...*, cit., p. 43).

de emenda constitucional) por três quintos dos votos dos membros de cada uma das Casas do Congresso em dois turnos, suprimindo-se, em face do critério da especialidade, a fase do art. 49, I, da Constituição, autorizando-se a futura ratificação do acordo já com a aprovação necessária para que o tratado, *uma vez ratificado* pelo Presidente da República e já se encontrando em vigor internacional, ingresse no nosso ordenamento jurídico interno equivalendo a uma emenda constitucional, dispensando-se, portanto, segunda manifestação congressual após o tratado já se encontrar concluído e produzindo seus efeitos.

Perceba-se que esta segunda hipótese é perigosa e pode ser mal interpretada lendo-se friamente o § 3.º do art. 5.º, que, à primeira vista, leva o intérprete a entender que a partir da aprovação congressual, pelo *quorum* que ali se estabelece, os tratados de direitos humanos já passam a equivaler às emendas constitucionais, o que não é verdade, uma vez que, para que um tratado entre em vigor é imprescindível a sua futura *ratificação* pelo Presidente da República e, também, que já tenha a potencialidade de produzir efeitos na órbita interna, não se concebendo que um tratado de direitos humanos passe a ter efeitos de emenda constitucional – e, conseqüentemente, passe a ter o poder de reformar a Constituição – antes de ratificado e, muito menos, antes de ter entrado em vigor internacionalmente. Esta falsa ideia surge da leitura desavisada do texto do referido parágrafo, 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*”. A colocação que se pode fazer é a seguinte: uma vez *aprovado* eventual tratado de direitos humanos, logo depois de sua assinatura, nos termos do § 3.º do art. 5.º da Constituição (suprimindo-se, portanto, a fase do art. 49, I), já seria ele *equivalente* a uma emenda constitucional? É evidente que não. Jamais uma convenção internacional, aprovada neste momento do *iter* procedimental de celebração de tratados poderá, desde já, ter o efeito que pretende atribuir-lhe o § 3.º em exame, a menos que se queira subverter a ordem constitucional por completo, pois é impossível que um tratado tenha efeitos internos

antes de ratificado e antes de começar a vigorar internacionalmente. E não há falar-se, por absoluta impropriedade, que não dependendo as emendas constitucionais de sanção do Presidente da República, os tratados de direitos humanos aprovados com *quorum* qualificado ficariam dispensados de ratificação (na medida em que se poderia fazer um paralelo entre esta última e a sanção das leis no processo legislativo ordinário). Imagine-se como seria possível um tratado internacional entrar em vigor no plano interno sem sequer ter sido ratificado! Frise-se, mais uma vez, que a Constituição, no § 3.º do art. 5.º, não criou nova espécie de emenda constitucional. Apenas *autorizou* o Parlamento a aprovar os tratados de direitos humanos *com a mesma maioria* com que aprova uma Emenda Constitucional, o que não exige que essa aprovação parlamentar tenha forma de emenda. O instrumento aprobatório do tratado de direitos humanos será o mesmo *decreto legislativo* usado em todos os demais tratados referendados pelo Parlamento, mas com a diferença de poder este mesmo *decreto* ser aprovado com a maioria de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação. Aprovado com esta maioria, o tratado ainda *não integra* o acervo normativo nacional, dependendo de ser *ratificado* pelo Chefe do Estado, quando somente então poderá ter efeitos na órbita do ordenamento jurídico interno (e, mesmo assim, caso já esteja em vigor no plano internacional).

Como se já não bastasse esse fato constatado, pode-se agregar ainda outro: um tratado, mesmo já ratificado, poderá jamais entrar em vigor dependendo de determinadas circunstâncias, como, por exemplo, nos casos dos tratados condicionais ou a termo, em que se estabelece um número mínimo de ratificações para a sua entrada em vigor internacional. Imagine-se, então, que o Brasil aprove determinado instrumento internacional de direitos humanos, pelo *quorum* do § 3.º do art. 5.º, na fase que seria, em princípio, do art. 49, I, da Constituição, e que o ratifique, promulgue o seu texto e o publique no *Diário Oficial da União*. Esse tratado já pode ser aplicado no Brasil? A resposta somente poderá ser dada verificando-se o que dispõe o próprio tratado. Tomando-se como exemplo o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional de 1998, lê-se

no seu art. 126, § 1.º que o “presente Estatuto entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de 60 dias após a data do depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas”. Assim, mesmo que o Brasil tenha sido o primeiro país a ratificar dito tratado, caso ainda não tivessem sido depositados os sessenta instrumentos de ratificação exigidos para sua entrada em vigor internacional, não haveria que se falar que o seu texto já equivale a uma emenda constitucional em nosso país, uma vez que não se concebe (por absurda que é esta hipótese) que algo que sequer vigora enquanto norma jurídica (e que poderá levar anos para vir a vigorar como tal) já tenha valor interno em nosso ordenamento jurídico, inclusive com o poder de reformar a Constituição.

Em suma, *pode* o Congresso Nacional aprovar o tratado pela sistemática do art. 5º, § 3º, em supressão à fase do art. 49, I, da Constituição,²² mas tal aprovação *não coloca* o tratado em vigor no plano interno com equivalência de emenda constitucional, o que somente irá ocorrer após ser o tratado ratificado e desde que este já vigore no plano internacional. A fim de que não parem dúvidas quanto a isso, a nossa sugestão é a de que se deixe expresso no instrumento congressual aprobatório do tratado que o mesmo apenas terá o efeito que prevê o § 3º do art. 5º depois de ter sido o instrumento ratificado e depois de o mesmo se encontrar em vigor externo, para que se evite uma subversão completa da ordem constitucional e dos princípios gerais do Direito dos Tratados universalmente reconhecidos.

22. Existe, contudo, um argumento de índole *política* em desfavor da aplicação do § 3º do art. 5º em supressão da fase do art. 49, inc. I, que é a possibilidade de um Presidente da República insensível à causa dos direitos humanos, deixar de ratificar o tratado (anteriormente aprovado pelo Congresso por maioria qualificada) com o receio de, a partir daí, estar colocando uma norma em vigor no plano interno que já ingressa em nosso ordenamento jurídico com hierarquia formalmente constitucional.

Como se vê, esse tipo de procedimento de aparência dúplice agora estabelecido pelo texto constitucional não é salutar nem ao princípio da segurança jurídica, que deve reger todas as relações sociais, nem aos princípios que regem as relações internacionais do Brasil. Seria muito melhor que a jurisprudência tivesse se posicionado a favor da índole constitucional e da aplicação imediata dos tratados de direitos humanos, nos termos do § 2.º do art. 5.º da Constituição, do que ter criado um terceiro parágrafo que só traz insegurança às relações sociais e, ademais, estabelece distinção entre instrumentos internacionais que têm o mesmo fundamento ético.

Ademais, deixar à livre escolha do Poder Legislativo a atribuição (aos tratados de direitos humanos) de *equivalência* às emendas constitucionais é permitir que se trate de maneira diferente instrumentos com igual conteúdo principiológico, podendo ocorrer de se atribuir equivalência de emenda constitucional a um *Protocolo* de um tratado de direitos humanos (que é suplementar ao tratado principal) e deixar sem esse efeito o seu respectivo *Tratado-quadro*. Admitir tal interpretação seria consagrar um verdadeiro paradoxo no sistema, correspondente à total inversão de valores e princípios no nosso ordenamento jurídico.

1.4 HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS INDEPENDENTEMENTE DA ENTRADA EM VIGOR DA EMENDA 45/2004

Transita-se, agora, ao momento da análise do § 3.º do art. 5.º da Constituição em que se buscará compreendê-lo conjuntamente com o § 2.º desse mesmo artigo, uma vez que ambos os parágrafos encontram-se dentro de um mesmo *contexto* jurídico, devendo então sob esse mesmo aspecto (contextualmente) ser interpretados.

Tecnicamente, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil já têm *status* de norma constitucional, em virtude do disposto no § 2.º do art. 5.º da Constituição, segundo o qual os direitos e garantias expressos no texto constitucional “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”, pois na medida em que a Consti-

tuição *não exclui* os direitos humanos provenientes de tratados, é porque ela *própria os inclui* no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade” e atribuindo-lhes hierarquia de norma constitucional, como já assentamos anteriormente. Portanto, já se exclui, desde logo, o entendimento de que os tratados de direitos humanos não aprovados pela maioria qualificada do § 3.º do art. 5.º equivaleriam hierarquicamente à lei ordinária federal, pelo fato (aparente) de os mesmos terem sido aprovados apenas por maioria simples (nos termos do art. 49, I, da Constituição) e não pelo *quorum* que lhes impõe o referido parágrafo. À evidência, não se pode utilizar da tese da paridade hierárquico-normativa para tratados que tenham conteúdo materialmente constitucional, como é o caso de todos os tratados de direitos humanos.²³ Aliás, o § 3.º do art. 5.º em nenhum momento atribui *status* de lei ordinária (ou, que seja, de norma supralegal, como pensa atualmente a maioria dos Ministros do STF) aos tratados não aprovados pela maioria qualificada por ele estabelecida. Dizer que os tratados de direitos humanos aprovados por esse procedimento especial passam a ser “equivalentes às emendas constitucionais” não significa obrigatoriamente dizer que os demais tratados terão valor de lei ordinária, ou de norma supralegal, ou do que quer que seja. O que se deve entender é que o *quorum* que o § 3.º do art. 5.º estabelece serve tão somente para atribuir eficácia *formal* a esses tratados no nosso ordenamento jurídico interno, e não para atribuir-lhes a índole e o nível *materialmente* constitucionais que eles já têm em virtude do § 2.º do art. 5.º da Constituição.²⁴

O que é necessário atentar é que os dois referidos parágrafos do art. 5.º da Constituição cuidam de coisas similares, mas diferentes.

23. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 821.

24. No mesmo sentido do texto, v. LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*, Barueri: Manole, 2005, p. 16-18; e PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 72-73.

Quais coisas diferentes? Então para quê serviria a regra insculpida no § 3.º do art. 5.º da Carta de 1988, senão para atribuir *status* de norma constitucional aos tratados de direitos humanos? A diferença entre o § 2.º, *in fine*, e o § 3.º, ambos do art. 5.º da Constituição, é bastante sutil: nos termos da parte final do § 2.º do art. 5.º, os “tratados internacionais [de direitos humanos] em que a República Federativa do Brasil seja parte” são, *a contrario sensu*, incluídos pela Constituição, passando consequentemente a deter o “*status* de norma constitucional” e a ampliar o rol dos direitos e garantias fundamentais (“bloco de constitucionalidade”); já nos termos do § 3.º do mesmo art. 5.º, uma vez aprovados tais tratados de direitos humanos pelo *quorum* qualificado ali estabelecido, esses instrumentos internacionais, uma vez ratificados pelo Brasil, passam a ser “*equivalentes* às emendas constitucionais”.

Mas, há diferença em dizer que os tratados de direitos humanos têm “*status* de norma constitucional” e dizer que eles são “*equivalentes* às emendas constitucionais”? No nosso entender a diferença existe e nela está fundada a única e exclusiva serventia do imperfeito § 3.º do art. 5.º da Constituição, fruto da Emenda Constitucional 45/2004. A relação entre tratado e emenda constitucional estabelecida por esta norma (já falamos) é de *equivalência* e não de *igualdade*, exatamente pelo fato de “tratado” e “norma interna” serem coisas desiguais, não tendo a Constituição pretendido dizer que “A é igual a B”, mas sim que “A é *equivalente* a B”, em nada influenciando no *status* que tais tratados podem ter independentemente de aprovação qualificada. Falar que um tratado tem “*status* de norma constitucional” é o mesmo que dizer que ele integra o bloco de constitucionalidade material (e não formal) da nossa Carta Magna, o que é *menos amplo* que dizer que ele é “*equivalente* a uma emenda constitucional”, o que significa que esse mesmo tratado já integra formalmente (além de materialmente) o texto constitucional. Assim, o que se quer dizer é que o regime *material* (menos amplo) dos tratados de direitos humanos não pode ser confundido com o regime *formal* (mais amplo) que esses mesmos tratados podem ter, se aprovados pela maioria qualificada ali estabelecida. Perceba-se que, neste último caso, o tratado assim aprovado será, além de material-

mente constitucional, também formalmente constitucional. Assim, fazendo-se uma interpretação sistemática do texto constitucional em vigor, à luz dos princípios constitucionais e internacionais de garantismo jurídico e de proteção à dignidade humana, chega-se à seguinte conclusão: o que o texto constitucional reformado quis dizer é que esses tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que já têm *status* de norma constitucional, nos termos do § 2.º do art. 5.º, poderão ainda ser formalmente constitucionais (ou seja, ser *equivalentes* às emendas constitucionais), desde que, a qualquer momento, depois de sua entrada em vigor, sejam aprovados pelo *quorum* do § 3.º do mesmo art. 5.º da Constituição.

Mas, quais são esses efeitos *mais amplos* em se atribuir a tais tratados *equivalência de emenda* para além do seu *status* de norma constitucional? São três os efeitos:

1) eles passarão a *reformar* a Constituição, o que não é possível tendo apenas²⁵ o *status* de norma constitucional;

2) eles não poderão ser *denunciados*, nem mesmo com Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, podendo ser o Presidente da República responsabilizado em caso de descumprimento dessa regra (o que não é possível fazer – responsabilizar o Chefe de Estado – tendo os tratados somente *status* de norma constitucional); e

3) eles serão paradigma do controle *concentrado* de convencionalidade, podendo servir de fundamento para que os legitimados do art. 103 da Constituição (v.g., o Presidente da República, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB etc.) proponham no STF as ações do controle abstrato (v.g., ADIn,

25. A utilização dessa expressão não tem a finalidade de menosprezar o *status* material dos tratados de direitos humanos. O fato de uma norma internacional de direitos humanos ter *nível constitucional* é motivo de júbilo. A expressão “apenas” (que será repetida no texto) visou demonstrar que tais tratados não serão *formalmente* constitucionais, como são aqueles instrumentos aprovados pela sistemática do art. 5.º, § 3.º da Constituição.

ADECON, ADPF etc.) a fim de invalidar *erga omnes* as normas infraconstitucionais com eles incompatíveis.

Os números 1 e 2 acima merecem ser agora detalhadamente explicados, a fim de se demonstrar que o § 3.º do art. 5.º não prejudica o entendimento de que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil já têm *status* de norma constitucional, nos termos do § 2.º do mesmo art. 5.º da Constituição. Do número 3 citado (referente ao controle concentrado de convencionalidade) cuidará o Capítulo 2 deste livro (*v. infra*) e, por isso, não cuidaremos dele neste tópico.

Pois bem, a primeira consequência de se atribuir equivalência de emenda constitucional a um tratado de direitos humanos, exposta no número 1 acima, é a de que eles passarão a *reformular* a Constituição, o que não é possível quando se tem somente o *status* de norma constitucional. Ou seja, uma vez aprovado certo tratado pelo *quorum* previsto pelo § 3.º, opera-se a imediata reforma do texto constitucional conflitante, o que não ocorre pela sistemática do § 2.º do art. 5.º, em que os tratados de direitos humanos (que têm *nível* de normas constitucionais, sem, contudo, serem *equivalentes* às emendas constitucionais) serão aplicados atendendo ao *princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano* (ou “princípio internacional *pro homine*”, expressamente consagrado pelo art. 4.º, II, da Carta de 1988, segundo o qual o Brasil deve se reger nas suas relações internacionais pelo princípio da “prevalência dos direitos humanos”).

Esta diferença entre *status* e *equivalência* já tinha sido por nós estudada em trabalho anterior, onde escrevemos: “E isto significa, na inteligência do art. 5.º, § 2.º, da Constituição Federal, que o *status* do produto normativo convencional, no que tange à proteção dos direitos humanos, não pode ser outro que não o de verdadeira norma materialmente constitucional. Diz-se ‘materialmente constitucional’, tendo em vista não integrarem os tratados, formalmente, a Carta Política, o que demandaria um procedimento de emenda à Constituição, previsto no art. 60, § 2.º, o qual prevê que tal proposta ‘será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em

dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros”.²⁶

Assim, nunca entendemos que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil *integram formalmente* a Constituição. O que sempre defendemos é que eles têm *status* de norma constitucional por integrarem *materialmente* a ordem jurídica estabelecida pela Carta Política (o que é absolutamente normal em quase todas as democracias modernas).²⁷ Nem se argumente que a aprovação legislativa dos tratados internacionais se dá por maioria relativa de votos no Congresso Nacional e, por isso, não se poderia atribuir a um tratado de direitos humanos assim aprovado o *status* de norma constitucional. Objeta-se que se estaria a permitir que a Constituição, que é rígida, pudesse ser modificada pela aprovação de decretos legislativos, já que tais espécies normativas é que são as necessárias para a aprovação e ingresso de um tratado internacional no plano interno (o que não é verdade no que diz respeito ao *ingresso*). Já tivemos a oportunidade de rechaçar este tipo de colocação em outro lugar.²⁸ Basta aqui argumentar que se a legitimidade da reforma constitucional é encontrada na maioria qualificada necessária para a aprovação de uma emenda constitucional, a legitimidade de um instrumento internacional de direitos humanos provém do complexo procedimento de negociação e aprovação dos tratados no plano internacional, o que demonstra que ambos os processos (o de alteração interna da Constituição e o de celebração de tratados) são absolutamente distintos e têm âmbitos de validade que não podem ser confundidos.²⁹ Mas agora, uma vez apro-

26. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais...*, cit., p. 241.

27. Nesse mesmo sentido, v. WEIS, Carlos, *Direitos humanos contemporâneos*, São Paulo: Malheiros, 1999, p. 28-29.

28. V. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais...*, cit., p. 295-303.

29. V., assim, WEIS, Carlos, *Direitos humanos contemporâneos*, cit., p. 34-35. Destaque-se, a propósito, a seguinte colocação de WEIS: “Realmente, o valor protegido pela norma jurídica não depende do procedimento legislativo previsto para seu ingresso no sistema jurídico; e se para a

vados pelo *quorum* que estabelece o § 3.º do art. 5.º da Constituição, os tratados de direitos humanos ratificados *integrarão formalmente* a Constituição, uma vez que serão equivalentes às emendas constitucionais. Contudo, frise-se que essa integração *formal* dos tratados de direitos humanos no ordenamento brasileiro não abala a integração *material* que esses mesmos instrumentos já apresentam desde a sua ratificação e entrada em vigor no Brasil. Assim, quer tenham sido ratificados anterior ou posteriormente à Emenda Constitucional 45/2004, os tratados de direitos humanos em vigor no país têm *status* de norma (materialmente) constitucional, mas somente os aprovados pelo *quorum* qualificado do art. 5.º, § 3.º, terão *status material e formalmente* constitucional.³⁰

Dizer que um tratado equivale a uma emenda constitucional significa dizer que ele tem a mesma potencialidade jurídica que

incorporação de tratados de direitos humanos ele é mais simplificado que o previsto para que seja a Constituição emendada, tal decorre da vontade manifesta do Poder Constituinte, que assim determinou, talvez com prejuízo da congruência, mas tendo em conta a peculiaridade daquela espécie normativa que decorre do consenso global – no caso das Nações Unidas – ou regional – no da Organização dos Estados Americanos” (Idem, p. 35).

30. FLÁVIA PIOVESAN entende que os tratados ratificados pelo Brasil *antes* do advento do § 3.º do art. 5.º (ou seja, antes da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004), “são normas *material e formalmente constitucionais*” [grifo nosso], sendo que os ratificados posteriormente à EC 45 seriam apenas *materialmente* constitucionais, devendo então ser aprovados pelo § 3.º do art. 5.º para serem – repita-se: *após* o advento da EC 45 – também *formalmente* constitucionais (Cf. seu *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, cit., p. 73-74). Para nós, não se pode dizer que um tratado é *formalmente* constitucional por deter *status* de norma constitucional antes da EC 45/2004. Se estamos de acordo com Flávia Piovesan, no sentido de serem os tratados de direitos humanos – anteriores *ou posteriores* à EC 45/2004 – *materialmente* constitucionais, não aceitamos atribuir *status* formal aos tratados ratificados anteriormente à EC 45, o que somente poderá ocorrer no caso da aprovação qualificada nos termos do art. 5.º, § 3.º.

uma emenda. E o que faz uma emenda? Uma emenda *reforma* a Constituição, para melhor ou para pior. Portanto, o detalhe que poderá passar despercebido de todos (e até agora também não vimos ninguém cogitá-lo) é que atribuir *equivalência de emenda* aos tratados internacionais de direitos humanos, às vezes, pode ser perigoso, bastando imaginar o caso em que a nossa Constituição é *mais benéfica* em determinada matéria que o tratado ratificado. Neste caso, seria muito mais salutar, inclusive para a maior completude do nosso sistema jurídico, se se admitisse o “*status de norma constitucional*” desse tratado, nos termos do § 2.º do art. 5.º – e, neste caso, não haveria que se falar em reforma da Constituição, sendo o problema resolvido aplicando-se o *princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano* (ou “*princípio internacional pro homine*) –, do que atribuir-lhe uma equivalência de emenda constitucional, o que poderia fazer com que o intérprete aplicasse o tratado em detrimento da norma constitucional mais benéfica.

Poderia se objetar que a Constituição, no art. 60, § 4.º, IV, proíbe qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais e, assim sendo, os tratados de direitos humanos (aprovados por maioria qualificada) conflitantes com a Constituição seriam inconstitucionais. Seria imenso o trabalho em se verificar, nas várias comissões do Congresso Nacional responsáveis pela análise preliminar da compatibilidade do tratado com o direito brasileiro vigente, quais dispositivos de cada tratado poderiam eventualmente conflitar com a Constituição. Às vezes, certo dispositivo de determinado tratado não *abole* nenhum direito ou garantia individual previsto no texto constitucional, mas traz tal direito ou tal garantia de forma *menos protetora*, como é o caso, por exemplo, da prisão civil do devedor de alimentos que, segundo a Constituição brasileira de 1988 (art. 5.º, LXVII), somente pode ter lugar quando o inadimplemento da obrigação alimentar for *voluntário e inescusável*. Atente-se bem: a Carta de 1988 somente permite seja preso o devedor de alimentos se for ele responsável pelo inadimplemento “*voluntário e inescusável*” da obrigação alimentar. Não é, pois, qualquer obrigação alimentar inadimplida que deve gerar a prisão do devedor. O inadimplemento pode ser *voluntário*, mas *escusável*, no que não se haveria falar em

prisão nesta hipótese. Pois bem. Esta redação atribuída pela nossa Constituição em relação à prisão civil por dívida alimentar difere da redação dada pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que, depois de estabelecer a regra genérica de que “ninguém deve ser detido por dívidas”, acrescenta que “este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar” (art. 7, n. 7). Como se percebe, o Pacto de San José permite que sejam expedidos mandados de prisão pela autoridade competente, em virtude de *inadimplemento de obrigação alimentar*. Não diz mais nada: basta o simples *inadimplemento* da obrigação para que seja autorizada a prisão do devedor. Neste caso, é a nossa Constituição *mais benéfica* que o Pacto, pois contém uma adjetivação restrigente não encontrada no texto deste último e, por isso, seria prejudicial ao nosso sistema de direitos e garantias reformá-la em benefício da aplicação do tratado.³¹

Aplicando-se o princípio da *primazia da norma mais favorável* (princípio internacional *pro homine*) nada disso ocorre, pois ao se atribuir aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil o *status* de norma constitucional, não se pretende *reformular* a Constituição, mas sim aplicar, em caso de conflito entre o tratado e o texto constitucional, a norma que, no caso, mais proteja os direitos da pessoa humana, posição esta que tem em CANÇADO TRINDADE o seu maior expoente.³² Trata-se de aplicar aquilo que ERIK JAYME chamou no seu Curso da Haia de 1995 de “diálogo das fontes” (*dialogue des sources*). Nesse sentido, em vez de simplesmente excluir do sistema certa norma jurídica, deve-se buscar a convivência entre

31. Para um estudo detalhado da matéria, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica...*, cit., p. 160-162.

32. Cf., por tudo, CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto Cançado Trindade, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 401-402; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais...*, cit., p. 272-295; e PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, cit., p. 99-100.

essas mesmas normas por meio de um *diálogo*. Segundo JAYME, a solução para os conflitos normativos que emergem no direito pós-moderno é encontrada na harmonização (coordenação) entre fontes heterogêneas que não se excluem mutuamente (normas de direitos humanos, os textos constitucionais, os tratados internacionais e os sistemas nacionais), mas, ao contrário, “falam” umas com as outras. Essa “conversa” entre fontes diversas permite encontrar a verdadeira *ratio* de ambas as normas em prol da proteção do ser humano (em geral) e dos menos favorecidos (em especial).³³ É bom fique nítido que os próprios tratados de direitos humanos já contêm cláusulas de compatibilização das normas internacionais com as de direito interno, as quais chamamos de “cláusulas de diálogo”, “cláusulas dialógicas” ou “vasos comunicantes” (ou ainda “cláusulas de retroalimentação”). Tais cláusulas interligam a ordem jurídica internacional com a ordem jurídica interna, retirando a possibilidade de prevalência de um ordenamento sobre o outro em quaisquer casos, mas fazendo com que tais ordenamentos (o internacional e o interno) “dialoguem” e intentem resolver qual norma deve prevalecer no caso concreto (ou, até mesmo, se *as duas* prevalecerão concomitantemente no caso concreto) quando presente uma situação de antinomia.³⁴

33. V. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne, cit., p. 259, nestes termos: “Desde que evocamos a comunicação em direito internacional privado, o fenômeno mais importante é o fato que a solução dos conflitos de leis emerge como resultado de um diálogo entre as fontes mais heterogêneas. Os direitos do homem, as constituições, as convenções internacionais, os sistemas nacionais: todas essas fontes não se excluem mutuamente; elas ‘falam’ uma com a outra. Os juízes devem coordenar essas fontes escutando o que elas dizem”. Sobre esse tema, v. MARQUES, Claudia Lima & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, O consumidor-depositário infiel, os tratados de direitos humanos e o necessário diálogo das fontes nacionais e internacionais: a primazia da norma mais favorável ao consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 70, ano 18, São Paulo: RT, abr.-jun. 2009, p. 93-138.

34. Para um estudo completo dessas cláusulas nos tratados de direitos humanos, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Tratados internacionais de*

A segunda consequência em se atribuir aos tratados de direitos humanos equivalência às emendas constitucionais, exposta no número 2 visto acima, significa que tais tratados não poderão ser denunciados nem mesmo com Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, podendo o Presidente da República ser responsabilizado caso o denuncie (o que não ocorria à égide em que o § 2.º do art. 5.º encerrava sozinho o rol dos direitos e garantias fundamentais do texto constitucional brasileiro). Assim sendo, mesmo que um tratado de direitos humanos preveja expressamente a sua denúncia, esta não poderá ser realizada pelo Presidente da República unilateralmente (como é a prática brasileira atual em matéria de denúncia de tratados internacionais), e nem sequer por meio de Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, uma vez que tais tratados equivalem às emendas constitucionais, que são (em matéria de direitos humanos) *cláusulas pétreas* do texto constitucional.

A responsabilidade do Presidente da República, neste caso, decorre da regra constitucional que diz serem crimes de responsabilidade os atos presidenciais “que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais” (art. 85, III).³⁵ Perceba-se a fórmula genérica

direitos humanos e direito interno, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116-128. Na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, v.g., a “cláusula de diálogo” respectiva encontra-se no art. 29, *b*, segundo o qual nenhuma das disposições da Convenção pode ser interpretada no sentido de “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”.

35. A Lei 1.079, de 10 de abril de 1950, define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Frise-se, contudo, que não obstante a Constituição de 1988 (art. 85) e a Lei 1.079/50 falarem em “crimes de responsabilidade”, o que ali se apresenta (a exemplo do *impeachment*) não são propriamente crimes no sentido *penal*. Trata-se, em verdade, de infrações político-administrativas, que atentam contra a dignidade, a honra e o decoro do cargo.

utilizada pelo texto constitucional quando se refere (no *caput* do dispositivo) aos atos do Presidente que “atentem contra a Constituição Federal”. Em outras palavras, *todo ato presidencial* que atente contra a Constituição é passível de responsabilização, ainda mais (*especialmente...*) aqueles que vão de encontro ao “exercício dos direitos políticos, individuais e sociais”, como é o caso da denúncia dos tratados de direitos humanos internalizados de acordo com a sistemática do art. 5.º, § 3.º, da Constituição.

Há que se enfatizar que vários tratados de proteção dos direitos humanos preveem expressamente a *possibilidade* de sua denúncia. Contudo, trazem eles disposições no sentido de que, eventual denúncia por parte dos Estados-partes não terá o efeito de desligá-los das obrigações contidas no respectivo tratado, no que diz respeito a qualquer ato que, podendo constituir violação dessas obrigações, houver sido cometido por eles anteriormente à data na qual a denúncia produziu seu efeito.³⁶

A impossibilidade de denúncia dos tratados de direitos humanos já tinha sido por nós defendida anteriormente, com base no *status* de norma materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, que passariam a ser também cláusulas pétreas constitucionais.³⁷ Sob esse ponto de vista, a denúncia dos tratados de direitos humanos é *tecnicamente possível* (sem a possibilidade de se responsabilizar o Presidente da República neste caso), mas totalmente *ineficaz* sob o aspecto prático, uma vez que os *efeitos* do

36. Cf. nesse sentido, art. 21 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965); art. 12 do Protocolo Facultativo relativo ao Pacto Internacional dos Direitos civis e Políticos (1966); art. 78, n. 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969); art. 31, n. 2 da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984); e art. 52 da Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).

37. V. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais...*, cit., p. 315. Fomos, aliás, o primeiro autor a defender esse ponto de vista, o que hoje já é largamente aceito em inúmeras doutrinas (em muitas delas sem citação da fonte).

tratado denunciado continuam a operar no nosso ordenamento jurídico, pelo fato de eles serem cláusulas péticas do texto constitucional.³⁸

No que tange aos tratados de direitos humanos aprovados pelo *quorum* do § 3.º do art. 5.º da Constituição, esse panorama muda, não se admitindo sequer a interpretação de que a denúncia desses tratados seria *possível*, mas *ineficaz*, pois agora ela será *impossível* do ponto de vista técnico, existindo a possibilidade de responsabilização do Presidente da República caso este venha pretender operá-la. Seria como o Presidente da República pretender, por meio de ato administrativo (um *decreto* etc.), revogar uma emenda constitucional e, o que é mais absurdo, uma *cláusula pétrea* da Constituição.

Quais os motivos da impossibilidade técnica de tal denúncia? De acordo com o § 3.º do art. 5.º, uma vez aprovados os tratados de direitos humanos, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão eles “equivalentes às emendas constitucionais”. Passando a ser *equivalentes* às emendas constitucionais, isto significa que não poderão esses tratados ser denunciados mesmo com base em Projeto de Denúncia encaminhado pelo Presidente da República ao Congresso Nacional. Caso o Presidente entenda por bem denunciar o tratado e realmente o denuncie (perceba-se que o direito internacional *aceita* a denúncia feita pelo Presidente, não importando se, de acordo com o seu direito interno, está ele autorizado ou não a denunciar o acordo), poderá ser responsabilizado por violar disposição expressa da Constituição, o que não ocorria à égide em que o § 2.º do art. 5.º encerrava sozinho

38. Em sentido contrário, v. PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, cit., p. 77, que admite a *eficácia* da denúncia dos tratados materialmente constitucionais “em virtude das peculiaridades do regime de direito internacional público”, complementando apenas ser de rigor “a democratização do processo de denúncia, com a necessária participação do Legislativo”. Somente os tratados material e *formalmente* constitucionais é que a autora entende serem insuscetíveis de denúncia (cf. *Op. cit.*, p. 77), como não poderia deixar de ser em face da superveniência do § 3.º do art. 5.º da Constituição.

o rol dos direitos e garantias fundamentais. Poderia se objetar que mesmo no caso dos tratados de direitos humanos internalizados pela sistemática do art. 5.º, § 2.º, caberia a responsabilidade do Presidente da República decorrente de sua denúncia, também pelo argumento de que tal seria um ato do Presidente que atenta “contra a Constituição Federal” (art. 85, *caput*) e, especialmente, “contra o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais” (inciso III). Parece-nos que não se pode ir tão longe, uma vez que na sistemática do art. 5.º, § 2.º, os tratados de direitos humanos não passam a integrar *formalmente* a Constituição – integrando apenas o seu *bloco de constitucionalidade* –, não havendo então que se falar que a denúncia do tratado, neste caso, seria um ato do Presidente que atenta propriamente “contra a Constituição Federal”. Mas, no caso dos tratados internalizados pela sistemática do art. 5.º, § 3.º, na medida em que tais instrumentos internacionais passam a integrar formalmente *a própria Constituição*, não há como negar que a sua denúncia ofende tanto o próprio texto constitucional, como “o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais” referidos pelo art. 85, III, da Constituição. Daí entendermos que, apesar de em ambos os casos (isto é, tanto no caso do § 2.º como no do § 3.º do art. 5.º) os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil serem *cláusulas pétreas* constitucionais, apenas quando aprovados por três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, é que tais instrumentos serão impossíveis de denunciar, fazendo operar (somente nesta hipótese) a responsabilidade do Presidente da República caso tal venha a ocorrer.

Assim sendo, mesmo que um tratado de direitos humanos preveja expressamente sua denúncia, esta não poderá ser realizada pelo Presidente da República unilateralmente (como autoriza a prática brasileira atual em matéria de denúncia de tratados internacionais), e nem sequer por meio de Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, uma vez que tais tratados equivalem às emendas constitucionais (sendo então normas constitucionais *formais*), o que impede, aliás, a interpretação que se poderá fazer, no sentido de que seria possível a denúncia do tratado caso o Congresso aprovasse tal Projeto pela mesma maioria qualificada com que aprovou o acordo.

No Brasil, apesar de forte divergência doutrinária, a prática em relação à matéria tem sido no sentido de que a conjugação de vontades dos Poderes Executivo e Legislativo é obrigatória somente em relação à *ratificação* dos tratados internacionais. Pela prática brasileira a respeito, a *denúncia* de tratados, infelizmente, ainda continua sendo ato exclusivo do Chefe do Poder Executivo, tão somente. Sem embargo dessa prática, sempre estivemos com Pontes de Miranda, para quem, “aprovar tratado, convenção ou acordo, permitindo que o Poder Executivo o denuncie, sem consulta, nem aprovação, é subversivo dos princípios constitucionais”.³⁹ Do mesmo modo que o Presidente da República necessita da aprovação do Congresso Nacional, dando a ele permissão para ratificar o acordo, o mais correto, consoante as normas constitucionais em vigor, seria que idêntico procedimento parlamentar fosse aplicado em relação à denúncia.

Este, aliás, o sistema adotado pela Constituição espanhola de 1978, que submete eventual denúncia de tratados sobre direitos humanos fundamentais ao requisito da prévia autorização ou aprovação do Legislativo (arts. 96, n. 2 e 94, n. 1, *c*). O mesmo se diga em relação às Constituições da Suécia (art. 4.º, com as emendas de 1976-1977), da Dinamarca de 1953 (art. 19, n. 1), da Holanda de 1983 (art. 91, n. 1), além da Constituição da República Argentina que, a partir da reforma de 1994, passou a exigir que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos sejam denunciados pelo Executivo mediante a prévia aprovação de dois terços dos membros de cada Câmara. A Constituição do Paraguai, por sua vez, determina que os tratados internacionais relativos a direitos humanos “não poderão ser denunciados senão pelos procedimentos que vigem para a emenda desta Constituição” (art. 142).

Entretanto, nos termos da nova sistemática constitucional brasileira, aprovado um tratado de direitos humanos nos termos do

39. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*, Tomo III, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 109.

§ 3.º do art. 5.º da Constituição, nem sequer por meio de Projeto de Denúncia votado com o mesmo *quorum* exigido para a conclusão do tratado (votação nas duas Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus respectivos membros) será possível o país desengajar-se desse seu compromisso, quer no âmbito interno, quer no plano internacional.

Agora, portanto, será preciso distinguir se o tratado que se pretende denunciar equivale a uma emenda constitucional (ou seja, se é *material e formalmente constitucional*, nos termos do art. 5.º, § 3.º) ou se somente detém *status* de norma constitucional (é dizer, se é somente *materialmente constitucional*, em virtude do art. 5.º, § 2.º). Caso o tratado de direitos humanos se enquadre apenas nesta última hipótese, com o ato da denúncia (para os que admitem sua possibilidade neste caso) o Estado brasileiro passa a não mais ter responsabilidade em responder pelo descumprimento do tratado tão somente no âmbito internacional e não no âmbito interno. Ou seja, nada impediria que, tecnicamente, fosse denunciado um tratado de direitos humanos que tem somente *status* de norma constitucional, pois internamente nada mudaria, uma vez que eles já se encontrarão petrificados no nosso sistema de direitos e garantias, importando tal denúncia apenas em livrar o Estado brasileiro de responder pelo cumprimento do tratado no âmbito internacional. Mas caso o tratado de direitos humanos tenha sido aprovado nos termos do § 3.º do art. 5.º, o Brasil não pode mais desengajar-se do tratado, quer no plano internacional, quer no plano interno (o que não ocorre quando o tratado detém apenas *status* de norma constitucional), podendo o Presidente da República ser responsabilizado caso o denuncie (devendo tal denúncia ser declarada ineficaz). Assim, repita-se, quer nos termos do § 2.º, quer nos termos do § 3.º do art. 5.º, os tratados de direitos humanos são insuscetíveis de denúncia por serem cláusulas pétreas constitucionais. O que difere é que, uma vez aprovado o tratado pelo *quorum* do § 3.º, sua denúncia acarreta a responsabilidade do Presidente da República, o que não ocorre na sistemática do § 2.º do art. 5.º.

Portanto, a afirmação antes correntemente utilizada, no sentido de que anteriormente à entrada em vigor da Emenda 45 existia um

paradoxo, na medida em que os tratados de direitos humanos eram aprovados por maioria simples, o que autorizava o Presidente da República, a qualquer momento, denunciar o tratado, desobrigando o país ao cumprimento daquilo que assumiu no cenário internacional desde o momento da ratificação do acordo, não será mais válida a partir do momento em que o tratado que pretende ser denunciado (repita-se, para os que admitem a possibilidade de denúncia dos tratados não aprovados com *quorum* qualificado) passe a *equivaler* a uma emenda constitucional.

Por fim, a terceira consequência em se atribuir aos tratados de direitos humanos equivalência às emendas constitucionais, referida no *número 3* acima citado, significa que eles passarão a ser paradigma do controle *concentrado* das normas de direito interno (o que chamamos ineditamente de *controle concentrado* – ou *abstrato* – *de convencionalidade*, como se verá no momento oportuno), podendo servir de fundamento para que os legitimados do art. 103 da Constituição proponham no STF as ações do controle abstrato a fim de invalidar (com efeito *erga omnes*) as leis internas com eles incompatíveis. Como dissemos acima, o estudo dessa terceira consequência será feito no desenrolar do Capítulo 2, *infra*.

1.5 HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS INDEPENDENTEMENTE DA DATA DE SUA RATIFICAÇÃO (SE ANTERIOR OU POSTERIOR À ENTRADA EM VIGOR DA EMENDA 45/2004)

A tese que acabamos de defender páginas acima – segundo a qual os tratados de direitos humanos têm *status* de norma constitucional independentemente da regra do § 3.º do art. 5.º da Constituição – vale tanto para os tratados já ratificados pelo Brasil antes da entrada em vigor da Emenda 45/2004, quanto para aqueles ratificados depois dela.

À primeira vista, com o advento da Emenda 45/2004, poder-se-ia defender a tese (como já fizeram alguns) de que, tendo o § 3.º do art. 5.º estabelecido *quorum* qualificado para a atribuição de equivalência de emenda constitucional aos tratados de direitos humanos, os tratados anteriores seriam *recebidos* pela ordem constitucional

vigente com esse mesmo *status* de emenda.⁴⁰ Aplicar-se-ia ao caso o fenômeno da “recepção de normas” com mudança de *status*, cujo exemplo clássico, no Brasil, é o Código Tributário Nacional que, tendo sido à época de sua edição aprovado com *quorum* de lei ordinária, fôra recepcionado pela Constituição de 1988 com *status* de lei complementar, por ter a nova Carta (art. 146, III) estabelecido que as normas gerais em matéria de legislação tributária só poderão ser criadas mediante a edição de tal espécie normativa. Assim também pensa REZEK, para quem “é sensato crer que ao promulgar esse parágrafo na Emenda constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, sem nenhuma ressalva abjuratória dos tratados sobre direitos humanos outrora concluídos mediante processo simples, o Congresso constituinte os elevou à categoria dos tratados de nível constitucional”, equação esta “da mesma natureza daquela que explica que nosso Código Tributário, promulgado a seu tempo como lei ordinária, tenha-se promovido a lei complementar à Constituição desde o momento em que a carta disse que as normas gerais de direito tributário deveriam estar expressas em diploma dessa estatura”.⁴¹ Os tratados de direitos humanos ratificados posteriormente a Emenda 45/2004, segundo esse raciocínio, teriam hierarquia infraconstitucional (nível de lei ordinária – como sustenta a maioria dos Ministros do STF – ou supralegal, como pensam os Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE e GILMAR MENDES, este último no voto do RE 466.343-1/SP).

Para nós, é equivoco comparar o § 3.º do art. 5.º com a chamada recepção com mudança de *status*, como no se dá caso do Código Tributário Nacional. No caso do CTN, a Constituição expressamente exige lei complementar para a criação de normas gerais em matéria de legislação tributária, sendo então legítimo o raciocínio segundo o

40. Nesse sentido, v. TAVARES, André Ramos, *Reforma do judiciário no Brasil pós-88...*, cit., p. 47-48. Adotando também ao presente caso, mas sem razão, “a teoria geral da recepção acolhida no direito brasileiro”, v. PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, cit., p. 73.

41. REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*, 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 103.

qual as normas tributárias anteriores à Constituição sejam obrigatoriamente recepcionadas com o *status* que doravante a Constituição lhes atribui (qual seja, o *status* de lei complementar). Tal não é o caso do § 3.º do art. 5.º, que *não exige* sejam os tratados de direitos humanos aprovados pelo *quorum* qualificado que estabelece. O que a disposição constitucional em comento faz é *autorizar* sejam os tratados de direitos humanos aprovados pela maioria qualificada ali prevista, mas sem *obrigar* o Congresso Nacional a proceder dessa maneira. Portanto, não faz sentido a tese (ainda com seus bons propósitos) de que os tratados de direitos humanos ratificados antes da Emenda 45/2004 teriam sido recepcionados pelo § 3.º do art. 5.º com equivalência às normas constitucionais, e aqueles outros instrumentos – também de direitos humanos – ratificados após a referida Emenda ingressariam na ordem jurídica brasileira com *status* infraconstitucional.

Em verdade, não importa o momento em que o tratado de direitos humanos foi ratificado, se antes ou depois da Emenda 45/2004. Entender que os tratados ratificados anteriormente à reforma constitucional serão recepcionados como normas constitucionais, ao passo que os ratificados posteriormente valerão como normas infraconstitucionais, enquanto não aprovados pela maioria qualificada estabelecida pelo § 3.º do art. 5.º, é prestigiar a incongruência. Em ambos os casos (ratificação anterior ou posterior à Emenda 45) o tratado terá *status* de norma constitucional, por integrar o núcleo material do *bloco de constitucionalidade*, como já dissemos por mais de uma vez. O tratado ratificado após a Emenda 45 não perde o *status* de norma materialmente constitucional que ele já tem em virtude do art. 5.º, § 2.º, da Constituição. Apenas o que poderá ocorrer é ser ele aprovado com o *quorum* qualificado do art. 5.º, § 3.º e, a partir dessa aprovação, integrar *formalmente* o texto constitucional brasileiro (caso em que será, para além de materialmente constitucional, também formalmente constitucional).

Em resumo: *materialmente constitucionais* os tratados de direitos humanos (sejam eles anteriores ou posteriores à Emenda 45) já são, independentemente de qualquer aprovação qualificada;

formalmente constitucionais somente serão se aprovados pela maioria de votos estabelecida pelo art. 5.º, § 3.º, da Constituição de 1988 (caso em que serão *material e formalmente constitucionais*), quando então tornar-se-ão, *de facto e de jure*, insuscetíveis de denúncia pelo Presidente da República. No primeiro caso (tratados apenas *materialmente* constitucionais), serão eles paradigma do controle *difuso* de convencionalidade, ao passo que no segundo caso (tratados *material e formalmente* constitucionais), serão ainda paradigma do controle *concentrado* (ou da fiscalização *abstrata*) de convencionalidade, como se verá no Capítulo 2 deste livro.

1.6 APLICAÇÃO IMEDIATA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS INDEPENDENTEMENTE DA REGRA DO § 3.º DO ART. 5.º DA CONSTITUIÇÃO

Por fim, registre-se ainda que, além de o novo § 3.º do art. 5.º da Constituição não prejudicar o *status* constitucional que os tratados de direitos humanos em vigor no Brasil já têm de acordo com o § 2.º desse mesmo artigo, ele também não prejudica a aplicação imediata dos tratados de direitos humanos já ratificados ou que vierem a ser ratificados pelo nosso país no futuro.⁴² Isso porque a regra constitucional que garante aplicação imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, insculpida no § 1.º do art. 5.º da Carta (*verbis*: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”), sequer remotamente induz a pensar que os tratados de direitos humanos só terão tal aplicabilidade imediata (pois eles também são normas *definidoras dos direitos e garantias fundamentais*) depois de aprovados pelo Congresso Nacional pelo *quorum* estabelecido no § 3.º do art. 5.º. Pelo contrário: a Constituição é expressa em dizer que as “*normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais*” têm aplicação imediata, mas não diz quais são ou quais deverão ser es-

42. Sobre a aplicação direta dos tratados de direitos humanos, v. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, vol. III, cit., p. 622-625.

sas normas. A Constituição não especifica se elas devem provir do direito interno ou do direito internacional (v.g., dos tratados internacionais de direitos humanos), mas apenas diz que todas elas têm aplicação imediata, independentemente de serem ou não aprovadas por maioria qualificada.

Tal significa que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil podem ser imediatamente aplicados pelo Poder Judiciário, com *status* de norma constitucional, independentemente de promulgação e publicação no *Diário Oficial da União* e independentemente de serem aprovados de acordo com a regra do § 3.º do art. 5.º da Constituição. Tais tratados, de forma idêntica à que se defendia antes da entrada em vigor da EC 45/2004, continuam dispensando a edição de decreto de execução presidencial para que irradiem seus efeitos tanto no plano interno como no plano internacional, uma vez que têm aplicação imediata no ordenamento jurídico brasileiro.⁴³ Quaisquer outros problemas relativos à aplicação dos tratados de direitos humanos no Brasil não são problemas de direito, mas sim – como diz CANÇADO TRINDADE – de falta de vontade (*animus*) por parte dos poderes públicos, notadamente do Poder Judiciário.⁴⁴

1.7 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO I

Do exposto no presente Capítulo 1 foi possível concluir que *todos* os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro e em vigor entre nós têm *nível* de normas constitucionais, quer seja uma hierarquia somente *material* (o que chamamos de “*status* de norma constitucional”), quer seja tal hierarquia *material e formal* (que nominamos de “equivalência de emenda constitucional”).

Disso resulta que os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil são também (assim como a Constituição)

43. Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais...*, cit., p. 253-259.

44. Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, vol. III, cit., p. 625.

paradigma de controle da produção normativa doméstica. É o que se denomina de controle *de convencionalidade* das leis, o qual pode se dar tanto na via de ação (controle *concentrado*) quanto pela via de exceção (controle *difuso*), como se verá no Capítulo seguinte.

Portanto, deve-se agora verificar a maneira como se processa (judicialmente) tal controle de convencionalidade no direito pátrio.

CAPÍTULO 2

CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE (DIFUSO E CONCENTRADO) E DE SUPRALEGALIDADE

2.1 INTRODUÇÃO

Como estudamos no Capítulo anterior, a Emenda Constitucional 45/2004, que acrescentou o § 3.º ao art. 5.º da Constituição, trouxe a possibilidade de os tratados internacionais de direitos humanos serem aprovados com um *quorum* qualificado, a fim de passarem (desde que *ratificados e em vigor* no plano internacional) de um *status* materialmente constitucional para a condição (formal) de tratados “equivalentes às emendas constitucionais”. E tal acréscimo constitucional trouxe ao direito brasileiro um novo tipo de controle à normatividade interna, até hoje desconhecido entre nós: o controle *de convencionalidade*¹ das leis. Ora, à medida que os tratados de direitos humanos ou são *materialmente* constitucionais (art. 5.º, § 2.º) ou *material e formalmente* constitucionais (art. 5.º, § 3.º), é lícito entender que, para além do clássico “controle de constitucionalidade”, deve ainda existir (doravante) um “controle de convencionalidade” das leis, que é a compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.

Poderia se objetar tratar-se de controle *de constitucionalidade* daquele exercido em razão dos tratados de direitos humanos internalizados pela sistemática do art. 5.º, § 3.º, por ostentarem *equivalência* de emenda constitucional. Para nós, apenas quando existe afronta à Constituição mesma é que pode haver controle *de constitucionalidade* propriamente dito. Ainda que os tratados de

1. A expressão reflete um neologismo talvez pouco elegante, mas é a melhor já encontrada até o momento para designar a conformidade de uma norma interna com um tratado internacional de direitos humanos.

direitos humanos (material e formalmente constitucionais) sejam *equivalentes* às emendas constitucionais, tal não autoriza a chamar de controle “de constitucionalidade” o exercício de compatibilidade vertical que se exerce em razão deles, notadamente no caso de o texto constitucional permanecer incólume de qualquer violação legislativa (ou seja, no caso de a lei *não violar* a Constituição propriamente, mas apenas *o tratado* de direitos humanos). Em suma, doravante se falará em controle de constitucionalidade apenas para o estrito caso de (in)compatibilidade vertical das leis com a Constituição, e em controle de convencionalidade para os casos de (in) compatibilidade legislativa com os tratados de direitos humanos (formalmente constitucionais ou não) em vigor no país.

Portanto, a ideia que se irá defender nas páginas abaixo é a seguinte: quer tenham os tratados de direitos humanos “*status* de norma constitucional” (nos termos do art. 5.º, § 2.º, da Constituição), quer sejam “equivalentes às emendas constitucionais” (posto que aprovados pela maioria qualificada prevista no art. 5.º, § 3.º), em ambos os casos serão eles paradigma de controle das normas infraconstitucionais no Brasil, ao que se nomina de controle de convencionalidade das leis (em suas modalidades *difusa* e *concentrada*). Ocorre que os tratados internacionais *comuns* (que versam temas alheios aos direitos humanos) também têm *status* superior ao das leis internas no Brasil.² Se bem que não equiparados às normas constitucionais, os instrumentos convencionais comuns têm *status* supralegal em nosso país, por não poderem ser revogados por lei interna posterior, como estão a demonstrar vários dispositivos da própria legislação infraconstitucional brasileira, dentre eles o art. 98 do Código Tributário Nacional,³ e as normas internacionais que regem a matéria (em especial o art. 27 da Convenção de Viena

2. Não é aqui o lugar de estudarmos a hierarquia dos tratados internacionais *comuns*. Sobre o assunto, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, cit., p. 366-384.

3. Para uma análise do art. 98 do CTN à luz da supremacia do direito internacional, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, cit., p. 385-393.

sobre o Direito dos Tratados de 1969, ratificada pelo Brasil em 25.09.2009, e promulgada pelo Decreto n.º 7.030, de 14.12.2009). Nesse último caso, tais tratados (comuns) também servem de paradigma ao controle das normas infraconstitucionais, por estarem situados acima delas, com a única diferença (em relação aos tratados de direitos humanos) que não servirão de paradigma do controle *de convencionalidade* (expressão reservada aos tratados com nível constitucional), mas do controle *de suprallegalidade* das normas infraconstitucionais.

Isso tudo somado demonstra que, doravante, todas as normas infraconstitucionais que vierem a ser produzidas no país devem, para a análise de sua compatibilidade com o sistema do atual Estado Constitucional e Humanista de Direito,⁴ passar por dois níveis de aprovação: (1) a *Constituição* e os *tratados de direitos humanos* (material ou formalmente constitucionais) ratificados pelo Estado; e (2) os *tratados internacionais comuns* também ratificados e em vigor no país. A compatibilidade das leis com a *Constituição* é feita por meio do clássico e bem conhecido *controle de constitucionalidade*, e com os tratados internacionais em vigor no país (sejam ou não de direitos humanos) por meio dos controles *de convencionalidade* (em relação aos tratados de direitos humanos) e de *suprallegalidade* (no que toca aos tratados comuns), tema até então inédito na doutrina brasileira.

Em Portugal, mesmo a melhor doutrina não percebeu essa diferença entre o controle *de convencionalidade* e o *de suprallegalidade*. CANOTILHO, v.g., em todo o tópico destinado ao estudo da compatibilidade das leis com os tratados internacionais (tópico intitulado *Processo de Verificação da Contrariedade de uma Norma Legislativa com uma Convenção Internacional*), não se utiliza das expressões citadas, chamando de “relação de contrariedade” o que, em verdade, deveria ser chamado de “controle” (de convencionalidade ou de suprallegalidade). Mesmo quando admite que alguns tratados

4. Sobre esse novo modelo de Estado, v. GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Direito supraconstitucional: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito*, São Paulo: RT, 2010, p. 188-198.

possam ter “valor constitucional”, o autor nomina a possível relação de contrariedade com as leis de “inconstitucionalidade indireta” (e também aqui não aparece a expressão “controle de convencionalidade”). Por fim, ao explicar o procedimento de aferição dessa “contrariedade” perante o Tribunal Constitucional português, diz CANOTILHO que o Tribunal não julga os atos legislativos como “inconstitucionais” (a expressão correta, no nosso entender, seria “inconvençãois”) ou como “ilegais”, mas profere “uma sentença de natureza declaratória através da qual se reconhece a justeza ou não justeza da decisão do tribunal *a quo*, que recusou a aplicação de uma norma em desarmonia com anteriores sentenças do Tribunal Constitucional”.⁵

Em suma, depois de estudado o *status* hierárquico dos tratados de direitos humanos no Brasil (v. Capítulo 1, *supra*) já se pode começar a entender essa nova teoria jurídica que tem nos compromissos internacionais assumidos pelo Estado – especialmente os compromissos relativos a *direitos humanos* – um novo e mais racional paradigma de controle da legislação interna.

2.2 INEDITISMO DA TEORIA NO BRASIL

A teoria que se irá defender nas páginas seguintes é inédita no Brasil. Antes, porém, de nos debruçarmos sobre ela, é necessário mencionar que os autores que, antes de nós,⁶ fizeram referência à expressão “controle de convencionalidade”, versaram o assunto sob outro ângulo, notadamente o da responsabilidade internacional

5. V., por tudo, CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1042-1047.

6. Quando falamos “antes de nós”, queremos nos referir aos autores que *publicaram* algo (sempre muito pouca coisa, é certo...) sobre o tema em apreço antes que nós. Mas, não obstante ser este o nosso primeiro estudo (e o primeiro sobre o tema a ser publicado no Brasil) sobre o modelo de controle de convencionalidade brasileiro, o certo é que há vários anos (em aulas, conferências e orientações acadêmicas) nos ocupamos desse tema como uma de nossas linhas de pesquisa.

do Estado por violação de direitos humanos em razão de atos do Poder Legislativo.⁷ Nesse sentido, o controle de convencionalidade seria o método a impedir o Parlamento local de adotar uma lei que viole (mesmo que abstratamente) direitos humanos previstos em tratados internacionais já ratificados pelo Estado. Em outras palavras, seria a técnica *legislativa* pela qual o Parlamento, tendo em conta um tratado de direitos humanos em vigor no país, deixaria de adotar uma lei que com dito tratado conflitasse, a fim de não dar causa à responsabilidade internacional do Estado por ato do Poder Legislativo.⁸ Também já se empregou a expressão “controle de convencionalidade” para aferir a compatibilidade das normas locais diante das normas internacionais de direitos humanos, não pela via judiciária *interna* (tal como estamos a desenvolver aqui), mas pelos mecanismos *internacionais* (unilaterais ou coletivos) de apuração do respeito por parte de um Estado de suas obrigações internacionais.⁹

7. Nesse sentido, v. RAMOS, André de Carvalho, *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 169-170; e também RAMOS, André de Carvalho, Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos, *Revista CEJ*, n. 29, Brasília, abr.-jun. 2005, p. 56. A utilização da expressão “controle de convencionalidade” por este autor é baseada pura e simplesmente na adoção que faz do termo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, além de sua explanação sobre tal controle não passar de poucas linhas.

8. Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos...*, cit., p. 169-170.

9. V. RAMOS, André de Carvalho. Tratados internacionais: novos espaços de atuação do Ministério Público, *Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União*, ano II, n. 7, Brasília, abr.-jun. 2003, p. 86-88. Nesse exato sentido, v. CANTOR, Ernesto Rey, Controles de convencionalidad de las leyes, in MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer & LELLO DE LARREA, Arturo Zaldívar (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM/Marcial Pons, 2008, p. 225-262; e PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o*

Vale transcrever a lição de ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS, quando se refere àquilo entende por controle de convencionalidade:

“Esse controle de convencionalidade pode ser feito de modo unilateral pelos demais Estados participantes da sociedade internacional, o que é o modo tradicional de apuração do respeito por um Estado de suas obrigações internacionais, uma vez que a sociedade internacional é uma sociedade ainda marcada pelo voluntarismo, sendo paritária e descentralizada.

Contudo, o modo unilateral é questionável, tendo em vista que estabelece o *judex in causa sua*.

Um segundo modo de controle de convencionalidade é aquele feito por mecanismos coletivos, nos quais é apurado se determinada conduta do Estado (por exemplo, a edição de lei, a prolação de uma sentença ou um ato administrativo) é compatível com as normas internacionais.

Como já expus em obra anterior, ‘As diferenças são claras: no mecanismo unilateral prevalece o princípio do *judex in causa sua*, o que é substituído, nos mecanismos coletivos, por procedimentos onde a imparcialidade e o devido processo legal imperam no processamento da responsabilidade internacional do Estado’.

direito constitucional internacional, cit., p. 239, que diz tão somente que a Corte Interamericana “ainda pode opinar sobre a compatibilidade de preceitos da legislação doméstica em face dos instrumentos internacionais, efetuando, assim, o ‘controle da convencionalidade das leis’”, sem qualquer outro desdobramento mais aprofundado sobre o tema. V. também, CIDH, *Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso Vs. Peru*, voto fundamentado do juiz SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, de 24.11.2006, parágrafo 5, nestes termos: “De manera semejante a la descrita en el párrafo anterior, existe un ‘control de convencionalidad’ depositado en tribunales internacionales – o supranacionales –, creados por convenciones de aquella naturaleza, que encomienda a tales órganos de la nueva justicia regional de los derechos humanos interpretar y aplicar los tratados de esta materia y pronunciarse sobre hechos supuestamente violatorios de las obligaciones estipuladas en esos convenios, que generan responsabilidad internacional para el Estado que ratificó la convención o adhirió a ella”.

Cite-se, pela importância da temática de direitos humanos, o reconhecimento, pelo Brasil, da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998. De fato, exemplo marcante do controle de convencionalidade efetuado por mecanismo coletivo, afetando o Brasil, é aquele feito pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, quer na sua jurisdição contenciosa, quer na sua jurisdição consultiva.

Desde o final de 1998, aceitou-se que um órgão internacional, a Corte Interamericana, passe a ser o intérprete definitivo de direitos constantes da Convenção Americana de Direitos Humanos”.¹⁰

Perceba-se que em nenhum momento o autor citado faz referência à possibilidade de um juiz ou tribunal *nacional* controlar essa convencionalidade das leis, tampouco ao fato de os legitimados do art. 103 da Constituição poderem propor, no Supremo Tribunal Federal, uma das ações do controle abstrato de constitucionalidade (v.g., ADIn, ADECON, ADPF etc.). Em outras palavras, a doutrina que se acaba de citar chama prioritariamente de “controle de convencionalidade” o exercício de compatibilidade normativa realizado pelas instâncias *internacionais* de proteção dos direitos humanos, não o comparando (como estamos a fazer neste estudo) com o “controle de constitucionalidade” existente no plano do nosso direito interno. Assim, a utilização da expressão em comento, na doutrina citada, nada tem que ver com o problema que ora nos

10. RAMOS, André de Carvalho. Tratados internacionais: novos espaços de atuação do Ministério Público, cit., p. 86-87. No que tange ao afirmado pelo autor no penúltimo parágrafo do trecho citado, de que o controle de convencionalidade efetuado pela Corte Interamericana se dá “quer na sua jurisdição contenciosa, quer na sua jurisdição consultiva”, uma observação deve ser feita. Não é correto dizer que a Corte *controla* a convencionalidade das leis no âmbito de sua competência *consultiva*. Somente no plano *contencioso* é que há efetivo *controle* da convencionalidade das leis. No âmbito da competência *consultiva* o que existe é (segundo nominamos) uma *aferição de convencionalidade*, posto não serem vinculantes aos Estados as manifestações da Corte no exercício da competência consultiva. Para detalhes, v. item 2.3, *infra*.

ocupa, que é o estudo do controle *jurisdicional* da convencionalidade das leis.

O tema já havia sido suscitado anteriormente (talvez pela primeira vez no Brasil) no jornal da *Associação Juízes para a Democracia*, em julho de 2000, em pequena nota sem indicação de autoria, intitulada “Direito ao duplo grau de jurisdição e o controle da convencionalidade das leis”, tal como segue:

“Em junho passado, o Grupo de Trabalho de Direitos Humanos da PGE/SP e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) submeteram à apreciação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos um caso envolvendo o conflito normativo entre os arts. 594 e 595 do Código de Processo Penal e o art. 8.º, (2), ‘h’, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Os peticionários sustentaram que condicionar o processamento de recurso ao prévio recolhimento do réu ao cárcere revela-se requisito inadmissível em face da garantia judicial mínima ao duplo grau de jurisdição, consagrada no art. 8.º, (2), ‘h’, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Isto é, o não processamento do recurso em face da fuga do réu estaria em implicar em expressa ofensa à normatividade internacional acolhida pela Brasil. O caso foi admitido pela Comissão Interamericana no último mês de setembro.

Três argumentos foram desenvolvidos ao longo da petição internacional: *a)* o Brasil, no livre e pleno exercício da sua soberania, ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos, sem a formulação de qualquer reserva sobre a matéria; *b)* em face do princípio da boa-fé, cabe ao Estado brasileiro conferir plena observância aos direitos internacionais nela enunciados; e *c)* em face do princípio da prevalência de norma mais benéfica, em caso de conflito entre a norma internacional e a norma interna, prevalece (*sic*) sempre a norma mais favorável, em consonância com o disposto no art. 29 da Convenção Americana. Daí a necessidade de conferir prevalência ao art. 8.º, (2), ‘h’, da Convenção Americana, em detrimento do disposto nos arts. 594 e 595 do Código de Processo Penal, já que não cabe ao Estado brasileiro suprimir, limitar ou restringir o alcance de direitos previstos na Convenção.

Há que se ressaltar que os instrumentos internacionais contemplam sempre parâmetros mínimos de proteção aos direitos humanos, cabendo aos Estados-partes o dever de harmonizar sua legislação interna à luz dos parâmetros internacionais mais protetivos à pessoa humana. Inaugura-se, assim, no campo dos direitos humanos, a advocacia voltada ao ‘controle da convencionalidade das leis’, em prol da melhor e mais eficaz proteção à dignidade humana”.¹¹

Como se pode depreender dos textos acima transcritos, não obstante a expressão *controle de convencionalidade* já ter sido empregada entre nós anteriormente, o certo é que em nenhum dos casos explicou-se “como funciona” esse controle no Brasil e quais são os meios de se exercer a advocacia a ele voltada.

É ainda necessário deixar claro, notadamente ao leitor brasileiro e interamericano, que a ideia de “controle de convencionalidade” tem origem francesa e data do início da década de 1970. Não foram os autores pátrios citados, tampouco a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que por primeiro se utilizaram dessa ideia de controle e o seu consequente (e já conhecido) neologismo. Tal se deu originariamente quando 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 – a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950¹²), pelo fato de não se tratar de um controle de *constitucionalidade* propriamente dito, o único

11. *Jornal Juizes para a Democracia*, ano 5, n. 21, São Paulo: AJD, jul.-set. 2000, p. 9. Frise-se, por oportuno, que o art. 594 citado no texto transcrito foi ao final revogado pela Lei 11.719/2008. Por um lapso do legislador, esqueceu-se de revogar também o art. 595 do mesmo *codex*.

12. Sobre a Convenção Europeia de Direitos Humanos, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, O sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos, *Revista Forense*, vol. 406, ano 105, Rio de Janeiro, nov./dez./2009, p. 325-347.

em relação ao qual teria competência dito Conselho para se manifestar a respeito.¹³

Assim, a teoria do controle de convencionalidade que apresentaremos nas linhas que seguem é inédita no Brasil, não tendo sido desenvolvida por nenhum jurista (constitucionalista ou internacionalista) anteriormente entre nós. Não se trata de técnica *legislativa* de compatibilização dos trabalhos do Parlamento com os instrumentos de direitos humanos ratificados pelo governo, nem de mecanismo *internacional* de apuração dos atos do Estado em relação ao cumprimento de suas obrigações internacionais, mas sim de meio *judicial* de declaração de invalidade de leis incompatíveis com tais tratados, tanto por via de exceção (controle *difuso* ou *concreto*) como por meio de ação direta (controle *concentrado* ou *abstrato*). Na doutrina brasileira, fomos nós os primeiros a empregar as expressões “controle difuso de convencionalidade”, “controle concentrado de convencionalidade” e “controle de suprallegalidade” (também não vimos na doutrina estrangeira qualquer utilização, ainda que similar, dessas expressões antes da publicação desta monografia).¹⁴

13. V. ALLAND, Denis (coord.). *Droit international public*. Paris: PUF, 2000, p. 370-371, nestes termos: “Cette décision très importante et amplement commentée pose une distinction fondamentale entre la ‘conventionnalité’ (néologisme peu elegant mais commode pour designer la conformité au traité) et la constitutionnalité des lois”. No mesmo sentido, v. MARTINS, Thomas Passos, A implementação do constitucionalismo na França, *Revista da AJURIS*, ano XXXIV, n. 108, Porto Alegre, dez. 2007, p. 320-321. Ainda sobre o caso francês, mas sem referência direta à expressão “convencionalidade” das leis, v. DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick & PELLET, Alain, *Direito internacional público*, 2. ed., trad. Vítor Marques Coelho, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 292-297.

14. O emprego pioneiro de tais expressões ocorreu originalmente em nossa Tese de Doutorado em Direito Internacional da UFRGS, já citada (publicada sob o título *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, São Paulo: Saraiva, 2010, 251p). Para o texto original, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao*

2.3 DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA EM MATÉRIA DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

É importante frisar que esse controle de convencionalidade por parte dos tribunais internos, da maneira como estamos a defender neste estudo, tem sido ordenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos desde 2006,¹⁵ cujas decisões o Brasil se com-

diálogo das fontes, Tese de Doutorado em Direito, Porto Alegre: UFRGS/ Faculdade de Direito, 2008, p. 201-241. Posteriormente, desenvolvemos a mesma ideia (e utilizamos a mesma terminologia) em um texto menor, publicado em veículos de maior acesso público. V. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, O controle de convencionalidade das leis, *Jornal O Estado do Paraná* (Caderno “Direito e Justiça”) de 18.01.2009, p. 5, republicado no *Jornal Tribuna do Direito*, ano 16, n. 190, São Paulo, fev. 2009, p. 8, e na *Revista Jurídica Consulex*, ano XIII, n. 290, Brasília, fev. 2009, p. 42-43. A ideia foi também incorporada em nossos *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)*, 3. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2010, p. 21-22. Por fim, um estudo mais aprofundado (que serviu de base à revisão deste Capítulo 2) foi ainda publicado em revista jurídica especializada. V. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro, *Revista da AJURIS*, ano XXXVI, n. 113, Porto Alegre, mar. 2009, p. 333-370. O certo é que, antes dessas publicações, nenhum autor brasileiro (e, de nosso conhecimento, tampouco um autor estrangeiro) havia feito menção aos controles *difuso* e *concentrado* de convencionalidade, bem assim ao que chamamos de *controle de supralegalidade*; também não havia nada na doutrina brasileira que teorizasse sobre o controle *jurisdicional* da convencionalidade das leis.

15. V. *Síntese do Relatório Anual da Corte Interamericana sobre Direitos Humanos referente ao Exercício de 2006* (Washington, D.C., 29 de março de 2007), reproduzido no documento da Assembleia-Geral da OEA (AG/doc.4761/07) de 2 de junho de 2007 (*Observações e Recomendações dos Estados Membros sobre o Relatório Anual da Corte Interamericana de Direitos Humanos*), p. 12, nestes termos: “No que diz respeito a deveres judiciais e meios de proteção, cabe mencionar: impugnabilidade dos efeitos da interpretação ou aplicação de uma norma; ‘controle de convencionalidade’ por parte dos tribunais internos; leis que excluem o processo penal de crimes de lesa-humanidade” [grifo nosso].

prometeu (desde 1998, pelo Decreto Legislativo 89) a respeitar e a fielmente cumprir.¹⁶

É importante desde já esclarecer que, no Continente Americano, a obrigação de controlar a convencionalidade das leis remonta à entrada em vigor da Convenção Americana (em 18 de julho de 1978, nos termos do seu art. 74, 2). Ocorre que mais de vinte anos depois é que foi o termo “controle de convencionalidade” efetivamente aparecer, especialmente nas sentenças da Corte Interamericana. Esta (desde 2006) tem entendido devam os juízes e tribunais internos proceder ao exame da compatibilidade das leis com a Convenção Americana, levando em conta não somente a Convenção, mas também a interpretação que dela faz a Corte Interamericana, intérprete última e mais autorizada do Pacto de San José. Será também, sob esse enfoque, que definiremos os contornos do controle de convencionalidade das leis nos termos do direito brasileiro atual.

Nesse exato sentido, assim decidiu a Corte Interamericana no *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, julgado em 26 de setembro de 2006: “A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao ímpeto da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Porém, quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e fim, e que desde o seu início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário *deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’* entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção

16. v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, cit., p. 324-325.

Americana” [grifo nosso].¹⁷ Frise-se que este julgamento da Corte (*Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*) é considerado o caso que inaugura a doutrina do controle de convencionalidade no Continente Americano.¹⁸ É também o caso a partir do qual se verifica

17. CIDH, *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 26 de setembro de 2006, Série C, n. 154, parágrafo 124. Frise-se que a referência feita pela Corte Interamericana ao “Poder Judiciário” não exclui o dever de controle pelos chamados “Tribunais Constitucionais”. Veja-se, a propósito, a lição de Néstor Sagüés: “Aparentemente, la Corte Interamericana encomienda el control de convencionalidad a los jueces del Poder Judicial. Sin embargo, razones derivadas del principio de analogía, del argumento teleológico y del argumento ‘a fortiori’, llevan a concluir que esa directriz obliga también a los jueces de un Tribunal Constitucional extra-poder (cuando así ha sido diseñado por la constitución), en las causas sometidas a su decisión. Si de lo que se trata es de asegurar el ‘efecto útil’ del Pacto de San José de Costa Rica, contra normas internas que se le opongan, en los procesos respectivos, esa misión de aplicar sin cortapisas el derecho del Pacto tiene que involucrar, igualmente, a las cortes y tribunales constitucionales, aunque en algunos casos no pertenezcan al Poder Judicial y operen como entes constitucionales autónomos, o extra-poder” (El “control de convencionalidad”, en particular sobre las Constituciones nacionales, *La Ley*, año LXXIII, n° 35, Buenos Aires, fev./2009, p. 2).

18. Cf. SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad, cit., p. 118. Observe-se, porém, que a expressão “controle de convencionalidade” já havia sido utilizada individualmente (na própria Corte) antes de 2006. Credita-se a utilização primeira desta expressão (no sistema regional interamericano) ao voto concorrente do Juiz SÉRGIO GARCÍA RAMÍREZ, no *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, julgado em 25 de novembro de 2003, parágrafo 27, assim colocado: “Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio – sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su

ser intenção da Corte que o controle difuso de convencionalidade seja tido como questão de *ordre public* internacional.

Pouco tempo depois voltou a Corte a referir-se ao controle de convencionalidade, no *Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso Vs. Peru*, reforçando o seu entendimento anterior e destacando algumas especificidades desse controle: “Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que o efeito útil da Convenção não se veja diminuído ou anulado pela aplicação de leis contrárias às suas disposições, objeto e fim. Em outras palavras, os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não somente um controle de constitucionalidade, senão também ‘de convencionalidade’ *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e dos regulamentos processuais correspondentes. Esta função não deve se limitar exclusivamente às manifestações ou atos dos postulantes em cada caso concreto...”¹⁹

Perceba-se a redação imperativa da Corte no sentido de ser um *dever* do Poder Judiciário interno o de controlar a convencionalidade de suas leis em face dos tratados de direitos humanos em vigor no país. Na frase derradeira do primeiro trecho citado, segundo a qual o Poder Judiciário “deve ter em conta não somente o tratado, *senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana*, intérprete última da Convenção Americana”, fica claro que o controle de convencionalidade exercido pelos juízes e tribunais nacionais deverá também pautar-se pelos padrões estabelecidos pela “intérprete última” da Convenção. Isso tem reflexos no chamado controle *difuso* de convencionalidade, pois se a Corte Interamericana (repita-se: a “intérprete última” da Convenção) não limita o

conjunto – y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del ‘control de convencionalidad’ que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional”.

19. CIDH, *Caso Trabajadores Demitidos del Congreso (Aguado Alfaro e otros) Vs. Peru*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 24 de novembro de 2006, Série C, n. 158, parágrafo 128.

dito controle a um *pedido expreso* das partes em um caso concreto, e se, ao seu turno, os juízes e tribunais nacionais “devem” levar em conta a interpretação que do tratado faz a Corte Interamericana, tal significa que 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*. Destaque-se que *todo e qualquer* tratado de direitos humanos é paradigma para o controle de convencionalidade, e não somente a Convenção Americana (o que a própria Corte também tem entendido, ao referir-se sempre a “um tratado internacional *como a* Convenção Americana”).²⁰ Enfim, a negativa do Poder Judiciário em controlar a convencionalidade pela via difusa, sob o argumento de que não solicitado pelas partes ou de que não é possível exercê-lo *ex officio*, é motivo suficiente para acarretar a responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos.²¹ Frise-se, ademais, que essa obrigação dos juízes internos em controlar a convencionalidade das leis (na modalidade *difusa*) passa a existir mesmo naqueles países em que os juízes singulares não têm competência para realizar o controle de constitucionalidade (países que reservam tal controle apenas à Corte Suprema ou a uma Sala Constitucional da Corte Suprema, a exemplo do Uruguai, México e Costa Rica).²²

20. A Corte Interamericana, no *Caso Gómez Palomino V. Peru* de 22 de novembro de 2005, pela primeira vez controlou a convencionalidade de outro tratado que não a Convenção Americana; no caso em tela, utilizou-se para fins de controle a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, aprovada em Belém do Pará (Brasil) em 1994.

21. Cf. HITTERS, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios Constitucionales*, año 7, n. 2, Universidad de Talca, 2009, p. 124-125.

22. Nestes casos, mesmo não tendo os juízes internos competência para controlar a constitucionalidade das leis, deverão eles (ainda assim)

Foi, porém, no *Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México*, julgado em 26 de novembro de 2010, que a Corte Interamericana (por unanimidade de votos) afirmou em definitivo sua doutrina jurisprudencial sobre o “controle de convencionalidade” (tal qual propusemos desde a primeira edição desta monografia, anterior à decisão da Corte). Dos parágrafos 225 a 233 da sentença, a Corte reafirma sua jurisprudência consolidada sobre o tema e cita (como reforço à sua tese) decisões de várias Cortes Supremas de países latinoamericanos que atribuíram obrigatoriedade interna à interpretação que tem feito a Corte Interamericana dos dispositivos da Convenção (o que ainda está longe de ocorrer no Brasil, lamentavelmente).

Veja-se, nos trechos abaixo, as decisões das Cortes Supremas citadas, tal como referidas na sentença de 26.11.2010:

- *Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica*: “...debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...], la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá – de principio – el mismo valor de la norma interpretada”.²³

- *Tribunal Constitucional da Bolívia*: “En efecto, el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, est[á] constituido por tres partes esenciales,

encontrar o meio adequado (“...no âmbito de suas respectivas competências e dos regulamentos processuais correspondentes”, como destaca a Corte Interamericana) de se proceder a esse controle, eles próprios, ou por meio de encaminhamento do processo ao Tribunal competente. Tudo o que não pode o Judiciário interno é *deixar de controlar* a convencionalidade das leis, em desrespeito às decisões da Corte Interamericana nesse sentido.

23. CIDH, *Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 26 de novembro de 2010, Série C, n. 220, parágrafo 226.

estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la C[orte] Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional ‘sistémico’, debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad. Esto es así por dos razones jurídicas concretas a saber: 1) el objeto de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, 2) la aplicación de la doctrina del efecto útil de las sentencias que versan sobre Derechos Humanos”.²⁴

- *Suprema Corte de Justiça da República Dominicana*: “... en consecuencia, es de carácter vinculante para el Estado dominicano, y, por ende, para el Poder Judicial, no sólo la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales, creados como medios de protección, conforme el artículo 33 de ésta, que le atribuye competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes”.²⁵

- *Tribunal Constitucional do Peru*: “La vinculatoriedad de las sentencias de la C[orte Interamericana] no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT)] de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la Corte Interamericana, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las

24. Idem, parágrafo 227.

25. Idem, parágrafo 228.

disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal”.²⁶

- *Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina*: “... [las decisiones de la Corte Interamericana] ‘resulta[n] de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH)’, por lo cual dicha Corte ha establecido que ‘en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional’. Igualmente, dicha Corte Suprema estableció ‘que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos’ ya que se ‘trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos’”.²⁷

- *Corte Constitucional da Colômbia*: “... [en virtud de que la Constitución colombiana señala que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse] ‘de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia’, se deriva ‘que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales’”.²⁸

Todas essas manifestações de tribunais internos (lamentavelmente, repita-se, o Judiciário brasileiro não figura – e não figurará tão cedo – entre os exemplos citados) demonstram já existir no Continente Americano uma interação inter-cortes (ou, para falar como o Juiz DIEGO GARCÍA-SAYÁN, uma “viva interação” entre a Corte Interamericana e os tribunais internos) para a promoção e proteção

26. Idem, parágrafo 229.

27. Idem, parágrafo 231.

28. Idem, parágrafo 232.

dos direitos humanos.²⁹ Essa interação (ou “diálogo inter-cortes”) que deve existir entre as instâncias internacionais e internas reforça a tese de que o controle de convencionalidade das leis *deve* ser realizado, para além dos próprios tribunais internacionais, pelos órgãos judiciários dos Estados. Esta monografia tem exatamente a finalidade de compreender como se dá o controle jurisdicional da convencionalidade das leis no Estado brasileiro.

Ainda nesse primeiro momento, antes de nos embrenharmos no estudo do controle (difuso e concentrado) de convencionalidade das leis no Brasil, é necessário lembrar que a Corte Interamericana, no seu papel de “intérprete última” da Convenção Americana, emite pareceres consultivos que devem ser (para além também das sentenças) respeitados na órbita do direito interno, exatamente com o fim de auxiliar os juízes e tribunais nacionais a controlar a convencionalidade das leis em face dos tratados internacionais de direitos humanos. Nesse sentido, assim já expusemos em outra obra: “Os Estados têm a responsabilidade de recepcionar tais pareceres consultivos (chamados no sistema interamericano de *opiniones consultivas*) para aplicação no âmbito de seu direito interno, evitando sejam responsabilizados no plano internacional por violação da Convenção. Alguns tribunais de Estados interamericanos já têm o hábito de se fundamentar com base nas opiniões consultivas da Corte (v.g., como ocorre na Suprema Corte da Costa Rica), o que está bem longe de ocorrer no Brasil, infelizmente. Outros países (como a Argentina) têm também seguido as manifestações da Corte como paradigma aos julgamentos de seus juízes e tribunais. Já dissemos (nos comentários ao art. 33) que a Suprema Corte argentina, nos casos *Simón* (2005) e *Mazzeo* (2007), trilhou no sentido de ser obrigatória a adoção dos entendimentos da Corte Interamericana no plano do direito interno daquele país”.³⁰

29. Cf. GARCÍA-SAYÁN, Diego. Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos, in *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José, CIDH, 2005, p. 323-384.

30. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, cit., p. 335.

Uma observação, porém, deve ser feita. A Corte Interamericana, no exercício de sua competência consultiva não *controla* propriamente a convencionalidade das leis (uma vez que tais *pareceres* não têm força vinculante perante os Estados-partes).³¹ O que ela faz, neste caso, é *aferir* a convencionalidade de determinada norma ou ato administrativo interno, tendo como paradigma a Convenção Americana ou outro tratado de direitos humanos, conforme dispõe o art. 64, 1, da Convenção, segundo o qual os Estados-membros da OEA “poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no Capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires”.³² Mas como se dá essa *aferição* de convencionalidade?

-
31. Na terceira edição dos nossos *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, defendemos tratar-se de controle de convencionalidade *preventivo* o exercício de compatibilidade (das leis internas com a Convenção Americana) realizado pela Corte Interamericana no exercício de sua competência consultiva (p. 220). Depois de melhor refletir, pensamos que chamar de controle *preventivo* de convencionalidade a verificação que faz a Corte no plano *consultivo* não é correto, pois o *controle* da convencionalidade, ainda que *preventivo*, traz sempre efeitos juridicamente vinculantes (o que não ocorre no plano *consultivo* da Corte, que não vincula o Estado). No item 2.5.2.1 (*infra*) falaremos ser possível o controle *preventivo* da convencionalidade (no plano do direito interno brasileiro) exercido pelo Congresso Nacional. Neste caso, sim, há *controle*, dado que a lei que não passa pelo crivo da convencionalidade não é *aprovada* pelo Parlamento. Em suma, quando se fala em *controle* de convencionalidade entende-se que deve haver resultado juridicamente obrigatório (tal como em qualquer tipo de controle exercido no âmbito da constitucionalidade). Por isso é que pensamos (no momento atual) tratar-se não de *controle*, mas de *aferição* de convencionalidade a verificação que faz a Corte no exercício de sua competência consultiva.
32. Diz o art. 64, 1, *in fine*, da Convenção, que também poderão deflagrar a competência consultiva da Corte Interamericana, no que lhes compete, “os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da OEA, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires”. Ocorre que a Carta da OEA (que entrou

O art. 64, 2, da Convenção, assim responde: “A Corte, a pedido de um Estado-Membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais”. Portanto, essa verificação da compatibilidade das leis internas com os tratados internacionais de direitos humanos, no âmbito da competência consultiva da Corte, é que se deve nominar de *aferição de convencionalidade*, reservando-se à expressão *controle de convencionalidade* apenas o exercício de compatibilidade das leis domésticas com a Convenção (ou outro tratado de direitos humanos) realizado no âmbito *contencioso* do mesmo Tribunal.

De qualquer forma, o que se pretende dizer aqui é que todo esse *corpus* jurisprudencial *lato sensu* da Corte Interamericana (sentenças e opiniões consultivas) forma aquilo que se chama de “bloco de convencionalidade” (em paralelo ao conhecido “bloco de constitucionalidade”), que deve servir de paradigma e referencial ético aos juízes e tribunais nacionais quando do exercício de

em vigor internacional em 13 de dezembro de 1951) já foi também reformada (para além do Protocolo de Buenos Aires) pelo Protocolo de Cartagena das Índias, em 1985, pelo Protocolo de Washington, em 1992, e pelo Protocolo de Manágua, em 1993. Assim, com a realocação dos dispositivos da Carta da OEA, em virtude das subseqüentes alterações ao texto original, o capítulo agora relativo aos órgãos da OEA é o Capítulo VIII da Carta e não mais o Capítulo X a que faz referência a Convenção Americana. Nos termos do Capítulo VIII da Carta da OEA em vigor (art. 53), “a Organização dos Estados Americanos realiza os seus fins por intermédio dos seguintes órgãos: a) Assembléia-Geral; b) Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores; c) Conselhos; d) Comissão Jurídica Interamericana; e) Comissão Interamericana de Direitos Humanos; f) Secretaria-Geral; g) Conferências Especializadas; e h) Organismos Especializados”. Até o presente momento, o único órgão que tem se utilizado da faculdade de solicitar pareceres consultivos à Corte Interamericana é a Comissão Interamericana sobre Direitos Humanos. Frise-se que esta enumeração de órgãos com direito de solicitar opiniões consultivas à Corte é *numerus clausus* e corresponde à limitação *ratione personae* às atribuições consultivas da Corte.

compatibilização das normas domésticas com as do sistema interamericano de direitos humanos.

Por fim, é também importante destacar que o *Institut de Droit International*, na sua sessão de Milão de 1993, na Resolução sobre *A atividade do juiz interno e as relações internacionais do Estado*, da qual foi relator o Sr. BENEDETTO CONFORTI, propôs que os juízes internos apliquem com total independência as normas provindas do direito internacional e as interpretem segundo os métodos seguidos pelos tribunais internacionais. Falando de outra maneira, o que o *Institut* pretendeu foi que os juízes internos interpretem e apliquem o direito internacional da mesma maneira que um tribunal internacional o faria, ou seja, como se uma jurisdição internacional fosse.³³ E no art. 5º da mesma Resolução o *Institut* autorizou os juízes nacionais a recusar a aplicação de tratados que considerem, no todo ou em parte, inválidos por qualquer razão, ainda que o Estado em causa não o tenha denunciado.³⁴ Neste caso, o *Institut*, ainda que sem referência expressa à terminologia “controle de convencionalidade”, autorizou que os juízes internos controlem a convencionalidade *material* de

33. No original: “*Article premier*. 1. Les juridictions nationales devraient être habilitées par leur ordre juridique interne à interpréter et appliquer le droit international en toute indépendance. 2. Lorsqu’elles déterminent l’existence ou le contenu du droit international, soit à titre principal, soit à titre préalable ou incident, les juridictions nationales devraient disposer de la même liberté d’interprétation et d’application que pour d’autres règles juridiques, en s’inspirant des méthodes suivies par les tribunaux internationaux. 3. Rien ne devrait s’opposer à ce que les juridictions nationales sollicitent l’avis du pouvoir exécutif à condition que cette consultation soit dépourvue d’effets contraignants”.

34. No original: “*Article 5*. 1. Les juridictions nationales compétentes devraient pouvoir constater en toute indépendance l’existence, la modification ou la terminaison d’un traité dont il est allégué qu’il lie l’Etat du for. 2. Dans une affaire portée devant elles, les juridictions nationales devraient refuser d’appliquer un traité, en tout ou en partie, si elles estiment qu’il est à considérer, pour quelque raison que ce soit, comme non valable ou ayant pris fin, en tout ou en partie, même lorsque l’Etat du for ne l’a pas dénoncé”.

um tratado (v.g., de um tratado comum) em relação a outro (v.g., um tratado de direitos humanos), dando prevalência a interesses substancialmente maiores (como quando se trata do tema “direitos humanos”) em detrimento de questões sem esse grau de abrangência.

2.4 VIGÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DAS LEIS

Depois de compreendidos os elementos básicos a envolver o controle de convencionalidade, bem assim as manifestações da Corte Interamericana sobre o tema, pode-se então iniciar o seu estudo à luz do Direito Brasileiro atual. Para tanto, deve-se começar estudando os conceitos de *vigência*, *validade* e *eficácia* das leis no Brasil, especialmente em face dos tratados internacionais de direitos humanos. Vamos ao tema.

Como se sabe e já se estudou durante todo o Capítulo 1, a Emenda Constitucional 45/2004, que acrescentou o § 3.º ao art. 5.º da Constituição, trouxe a possibilidade de os tratados internacionais de direitos humanos serem aprovados com um *quorum* qualificado, a fim de passarem (desde que *ratificados* e *em vigor* no plano internacional) de um *status* materialmente constitucional para a condição (formal) de tratados “equivalentes às emendas constitucionais”. Como já se falou, tal acréscimo constitucional trouxe ao direito brasileiro um novo tipo de controle das normas de direito interno, até hoje desconhecido entre nós: o controle *de convencionalidade* das leis. Assim, à medida que os tratados de direitos humanos ou são *materialmente* constitucionais (art. 5.º, § 2.º) ou *material e formalmente* constitucionais (art. 5.º, § 3.º), é lícito entender que, para além do clássico “controle de constitucionalidade”, deve ainda existir (doravante) um “controle de convencionalidade” das leis, que é a compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país. Portanto, a ideia a ser desenvolvida (v. item 2.5, *infra*) é a de que as normas domésticas também se sujeitam a um controle de convencionalidade (compatibilidade vertical do direito doméstico com os tratados de direitos humanos em vigor no país), para além do clássico e já bem conhecido controle de constitucionalidade.

Antes, porém, de ingressarmos no âmago do tema, mister esclarecer o que se deve atualmente entender por “vigência”, “validade” e “eficácia” das leis. É fundamental, para a correta compreensão do nosso objeto de estudo, que se demonstre o verdadeiro (e atual) significado dessas expressões em contraposição ao que (ainda...) pensa o positivismo legalista clássico, que confunde *vigência* com *validade* das normas do ordenamento jurídico.

Pois bem, a primeira ideia a fixar-se, para o correto entendimento do que doravante será exposto, é a de que 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* (pois, repita-se, está *de acordo* com o texto constitucional e não poderia ser de outra forma) – e ainda continuará perambulando nos compêndios legislativos publicados –, mas não poderá ser tida como *válida*, por não ter passado imune a um dos limites verticais materiais agora existentes: os tratados internacionais em vigor no plano interno. Ou seja, a incompatibilidade da produção normativa doméstica com os tratados internacionais em vigor no plano interno (ainda que tudo seja compatível com a Constituição) torna *inválidas* (ou *ilegítimas*³⁵) as normas jurídicas de direito interno.

A essa conclusão somente se chega quando se diferencia o que é “vigência”, “validade” e “eficácia” das normas jurídicas, como iremos expor em seguida.

Como se sabe, a dogmática positivista clássica confunde *vigência* com a *validade* da norma jurídica. Kelsen já dizia que uma norma vigente é válida e aceitava o mesmo reverso, de que uma norma válida é também vigente: em certo momento falava em “uma ‘norma válida’ (‘vigente’)” e, em outro, na “vigência (validade) de

35. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999, p. 29.

uma norma”.³⁶ Porém, na perspectiva do Estado Constitucional e Humanista de Direito esse panorama muda, e nem toda norma vigente deverá ser tida como *válida*. Não são poucos os autores atuais que rechaçam a concepção positivista legalista de vigência e validade das normas jurídicas (v. *infra*).³⁷

De nossa parte, também entendemos que não se poderá mais confundir *vigência* com *validade* (e a consequente *eficácia*) das normas jurídicas. Devemos seguir, a partir de agora, a lição de FERRAJOLI, que bem diferencia ambas as situações.³⁸⁻³⁹ Para FERRAJOLI, a identifi-

36. V. o trecho ao qual aludimos: “Então, e só então, o dever-ser, como dever-ser ‘objetivo’, é uma ‘norma válida’ (‘vigente’), vinculando os destinatários. É sempre este o caso quando ao ato de vontade, cujo sentido subjetivo é um dever-ser, é emprestado esse sentido objetivo por uma norma, quando uma norma, que por isso vale como norma ‘superior’, atribui a alguém competência (ou poder) para esse ato”. E, mais à frente, leciona: “Se, como acima propusemos, empregarmos a palavra ‘dever-ser’ num sentido que abranja todas estas significações, podemos exprimir a *vigência (validade) de uma norma* dizendo que certa coisa deve ou não deve ser, deve ou não ser feita” [grifos nossos] (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 7. ed. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 11).

37. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, cit., p. 20; GOMES, Luiz Flávio, *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 75; GOMES, Luiz Flávio; VIGO, Rodolfo Luis, *Do Estado de direito constitucional e transnacional: riscos e precauções (navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do direito e da justiça)*, São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 19; e GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Direito supraconstitucional...*, cit., p. 60-64.

38. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, cit., p. 20-22. Cf. também, FERRAJOLI, Luigi, *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, 2. ed. rev. e ampl., trad. Ana Paula Zomer Sica (*et all.*), São Paulo: RT, 2006, p. 329-331.

39. A dificuldade de precisão desses conceitos já foi objeto dos comentários de KELSEN, nestes termos: “A determinação correta desta relação é um dos problemas mais importantes e ao mesmo tempo mais difíceis de uma teoria jurídica positivista. É apenas um caso especial da relação entre o dever-ser da norma jurídica e o ser da realidade natural. Com efeito, também o ato com o qual é posta uma norma jurídica positiva

cação da *validade* de uma norma com a sua *existência* (determinada pelo fato de se pertencer a certo ordenamento e estar conforme as normas que regulam sua produção) é fruto “de uma simplificação, que deriva, por sua vez, de uma incompreensão da complexidade da legalidade no Estado constitucional de direito que se acaba de ilustrar”.⁴⁰ Com efeito, continua FERRAJOLI, “o sistema das normas sobre a produção de normas – habitualmente estabelecido, em nossos ordenamentos, com nível constitucional – não se compõe somente de normas formais sobre a competência ou sobre os procedimentos de formação das leis”, incluindo também “normas substanciais, como o princípio da igualdade e os direitos fundamentais, que de modo diverso limitam e vinculam o poder legislativo, excluindo ou impondo-lhe determinados conteúdos”, o que faz com que “uma norma – por exemplo, uma lei que viola o princípio constitucional da igualdade – por mais que tenha existência formal ou vigência, possa muito bem ser inválida e, como tal, suscetível de anulação por contrastar com uma norma substancial sobre sua produção”.⁴¹

Com efeito, a existência de normas *inválidas*, ainda segundo FERRAJOLI, “pode ser facilmente explicada distinguindo-se duas dimensões da regularidade ou legitimidade das normas: a que se pode chamar ‘vigência’ ou ‘existência’, que faz referência à *forma* dos atos normativos e que depende da conformidade ou correspondência com as *normas formais* sobre sua formação; e a ‘validade’ propriamente dita ou, em se tratando de leis, a ‘constitucionalidade’ [e, podemos acrescentar, também a ‘*convencionalidade*’], que, pelo contrário, têm que ver com seu *significado* ou conteúdo e que depende da coerência com as *normas substanciais* sobre sua produção”.⁴² Nesse

é – tal como a eficácia da norma jurídica – um fato da ordem do ser. Uma teoria jurídica positivista é posta perante a tarefa de encontrar entre os dois extremos, ambos insustentáveis, o meio-termo correto” (*Teoria pura do direito*, cit., p. 235).

40. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, cit., p. 20.

41. FERRAJOLI, Luigi. *Idem*, p. 20-21.

42. FERRAJOLI, Luigi. *Idem*, p. 21.

sentido, a *vigência* (ou *existência*) de determinada norma guardaria relação com a *forma* dos atos normativos, enquanto a sua *validade* seria uma questão de *coerência* ou de *compatibilidade* das normas produzidas pelo direito doméstico com aquelas de caráter *substancial* (a Constituição e/ou os tratados internacionais em vigor no país) sobre sua produção.⁴³ Como explica FERRAJOLI, deve-se chamar de *vigência* “a validade apenas *formal* das normas tal qual resulta da regularidade do *ato normativo*”, devendo-se limitar “o uso da palavra ‘validade’ à validade também *material* das normas produzidas, quer dizer, dos seus significados ou conteúdos normativos”.⁴⁴ Daí se entender que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma tal (e isso é bastante visível no controle *difuso* de constitucionalidade) afeta a *validade* dessa norma,⁴⁵ e não sua *vigência* (uma vez que ela

43. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Idem*, p. 21-22. Nesse mesmo sentido, v. FERRAJOLI, Luigi, *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*, trad. Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 32 e 44. Essa discussão remete também às observações de Otto Bachof acerca da distinção entre Constituição em sentido *formal* e em sentido *material*. V. BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2008, p. 38-40.

44. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, cit., p. 330-331.

45. Nesse exato sentido, v. BACHOF, Otto, *Normas constitucionais inconstitucionais?*, cit., p. 17 e 51, para quem uma norma *inconstitucional* é, em qualquer caso, uma norma *inválida*. Veja-se, igualmente, a exata lição de BARROSO, Luís Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13, nestes termos: “Dentro da ordem de ideias aqui expostas, uma lei que contrarie a Constituição, por vício formal ou material, não é *inexistente*. Ela ingressou no mundo jurídico e, em muitos casos, terá tido aplicação efetiva, gerando situações que terão de ser recompostas. Norma inconstitucional é norma *inválida*, por desconformidade com regramento superior, por desatender os requisitos impostos pela norma maior. Atente-se que validade, no sentido aqui empregado, não se confunde com validade técnico-formal, que designa a *vigência* de uma norma, isto é sua existência jurídica e aplicabilidade” [grifos do original]. Cf. ainda, GOMES, Luiz Flávio, *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., p. 76-77.

continuará a operar em outros casos concretos, num processo entre outras partes etc.).⁴⁶

Em nosso país, é certo que toda lei vigora formalmente até que seja revogada por outra ou até alcançar o seu termo final de vigência (no caso das leis excepcionais ou temporárias). A vigência pressupõe a publicação da lei na imprensa oficial e seu eventual período de *vacatio legis*; se não houver *vacatio*, segue-se a regra do art. 1.º da LIDB,⁴⁷ ou seja, a lei entra em vigor após quarenta e cinco dias. Então, tendo sido aprovada pelo Parlamento e sancionada pelo Presidente da República (com promulgação e publicação ulteriores), a lei é *vigente*⁴⁸ (ou seja, *existente*⁴⁹) em território nacional (podendo

46. Deve-se admitir, contudo, uma hipótese excepcional, que ocorre quando a lei é declarada inconstitucional em seu aspecto *formal*. Nesse caso, como aponta Luiz Flávio Gomes, “não há como negar que essa declaração de inconstitucionalidade afeta (desde logo) o plano da validade da norma, mas, além disso, também o da vigência. Uma lei que não tenha seguido o procedimento legislativo correto, após a declaração da sua inconstitucionalidade formal (embora publicada no Diário Oficial), deixa de possuir vigência. Se é certo que a declaração de inconstitucionalidade material não toca nesse aspecto formal (vigência), não se pode dizer a mesma coisa em relação à inconstitucionalidade formal” (*Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., p. 77).

47. Trata-se da antiga LICC (Lei de Introdução ao Código Civil), que conforme a Lei 12.376/2010 passou a se chamar “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro” – LIDB.

48. Perceba-se o conceito de *vigência* do ordenamento jurídico formulado por ALF ROSS: “O ponto de que partimos é a hipótese de que um sistema de normas será *vigente* se for capaz de servir como um esquema interpretativo de um conjunto correspondente de ações sociais, de tal maneira que se torne possível para nós compreender esse conjunto de ações como um todo coerente de significado e motivação e, dentro de certos limites, predizê-las. Esta capacidade do sistema se baseia no fato das normas serem efetivamente acatadas porque são sentidas como socialmente obrigatórias. (...) Conclui-se disso que os fenômenos jurídicos que constituem a contrapartida das normas têm que ser as decisões dos tribunais. É aqui que temos que procurar a efetividade que constitui a *vigência* do direito”. Perceba-se que, em tal conceito, se está a vincular

ter que respeitar, repita-se, eventual período de *vacatio legis*),⁵⁰ o que não significa que será materialmente *válida* (e, tampouco, *eficaz*).⁵¹ Perceba-se a própria redação da LIDB, segundo a qual (art. 1.º): “Salvo disposição contrária, a lei começa a *vigorar* em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada” [grifo nosso]. Portanto, ser *vigente* é ser *existente* no plano legislativo. Lei

a *vigência* da norma à sua capacidade de ser *socialmente obrigatória*, no que se poderia dizer ter ALF ROSS estabelecido um conceito de *vigência social* do ordenamento jurídico. E assim conclui Ross: “Em conformidade com isso, um ordenamento jurídico nacional, considerado como um sistema vigente de normas, pode ser definido como o conjunto de normas que efetivamente operam na mente do juiz, porque ele as sente como socialmente obrigatórias e por isso as acata”. V. Ross, Alf. *Direito e justiça*. Trad. de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000, p. 59.

49 Para nós, *existência* (formal) e *vigência* têm o mesmo significado. Cf., nesse exato sentido, FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, cit., p. 21; FERRAJOLI, Luigi, *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, cit., p. 330; e FERRAJOLI, Luigi, *A soberania no mundo moderno...*, cit., p. 32 e 44.

50. Para um panorama das discussões quanto ao início de *vigência* da lei, v. TELLES JUNIOR, Goffredo, *Iniciação na ciência do direito*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 193-197.

51. A esse respeito, assim (e corretamente) leciona ARTUR CORTEZ BONIFÁCIO: “Válida é a norma de lei ordinária cuja produção e conteúdo material se conforma à Constituição [e, para nós, também aos *tratados* em vigor no país], à legitimidade conferida pelos princípios constitucionais [e internacionais] político ou ético-filosóficos. Afora isso, a norma terá uma validade eminentemente formal, de relação de pertinência com o sistema jurídico. Vigente é a norma que existe [perceba-se a equiparação entre *vigência* e *existência*, como querendo significar a mesma coisa, concepção com a qual também concordamos], em função da qual se pode exigir algum comportamento: é a norma promulgada e ainda não derogada, respeitadas questões como a *vacatio legis*. É de se perceber que toda norma vigente, assim tratada, tem validade formal; a sua validade material repousará no *quantum* de legitimidade que venha a expressar” (*O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008, p. 121).

vigente é aquela que já existe,⁵² por ter sido elaborada pelo Parlamento e sancionada pelo Presidente da República,⁵³ promulgada e publicada no *Diário Oficial da União*.

Depois de verificada a *existência* (vigência) da lei é que se vai aferir sua *validade*, para, em último lugar, perquirir sobre sua *eficácia*.⁵⁴ Esta última (a eficácia legislativa) está ligada à realidade social que a norma almeja regular; conota também um meio de se dar “aos jurisdicionados a confiança de que o Estado exige o cumprimento da norma, dispõe para isso de mecanismos e força, e os tribunais vão aplicá-las”.⁵⁵ Mas vigência e eficácia não coincidem cronologicamente, uma vez que a lei que existe (que é *vigente*) e que também é *válida* (pois de acordo com a Constituição e com os tratados – de direitos humanos ou comuns – em vigor no país) já pode ser aplicada pelo Poder Judiciário, o que não significa que possa

52. Perceba-se que o próprio Kelsen aceita essa assertiva, quando leciona: “Com a palavra ‘vigência’ designamos a *existência* específica de uma norma. Quando descrevemos o sentido ou o significado de um ato normativo dizemos que, com o ato em questão, uma qualquer conduta humana é preceituada, ordenada, prescrita, exigida, proibida; ou então consentida, permitida ou facultada” (*Teoria pura do direito*, cit., p. 11).

53. Em caso de veto do Presidente, pode o Congresso *derrubá-lo* em sessão conjunta e por maioria absoluta de votos (CF, art. 66, § 4.º), devendo ser novamente enviado ao Presidente da República, agora para promulgação (art. 66, § 5.º). Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos §§ 3.º e 5.º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo (art. 66, § 7.º). Após a promulgação, a lei é *publicada*, devendo entrar em *vigência* a partir desse momento, se assim dispuser expressamente. Se não o fizer e não houver período de *vacatio legis*, vigorará em quarenta e cinco dias (LIDB, art. 1.º).

54. Cf. TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*, cit., p. 193.

55. SCHNAID, David. *Filosofia do direito e interpretação*, cit., p. 62-63. O mesmo autor, páginas à frente, conclui: “A *eficácia* de uma norma está na sua obrigatoriedade, tanto para os sujeitos passivos como para os órgãos estatais, que devem aplicá-la efetivamente” (Idem, p. 93).

vir a ter *eficácia*.⁵⁶ Não há como dissociar a eficácia das normas à realidade social ou à produção de efeitos concretos no seio da *vida social*. O distanciamento (ou inadequação) da eficácia das leis com as realidades sociais e com os valores vigentes na sociedade gera a falta de produção de efeitos concretos, levando à falta de *efetividade* da norma e ao seu conseqüente *desuso* social.

Portanto, deve ser afastada, doravante, a confusão que ainda faz o positivismo clássico (legalista, do modelo kelseniano) que atribui *validade* à lei *vigente*,⁵⁷ desde que tenha seguido o procedimento formal da sua elaboração.⁵⁸ Como explica Luiz Flávio Gomes, o positivismo legalista não compreende “a complexidade do sistema constitucional e humanista de Direito, que conta com uma pluralidade de fontes normativas hierarquicamente distintas (Constituição, Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito ordinário). As normas que condicionam a produção da legislação ordinária não são só formais (maneira de aprovação de

56. Nesse sentido, v. a posição coincidente de Kelsen, Hans, *Teoria pura do direito*, cit., p. 12, nestes termos: “Um tribunal que aplica uma lei num caso concreto imediatamente após a sua promulgação – portanto, antes que tenha podido tornar-se eficaz – aplica uma norma jurídica válida [para nós, uma norma *vigente*, que poderá não ser *válida*, a depender da conformidade com o texto constitucional e com os tratados internacionais (de direitos humanos ou comuns) em vigor no país]. Porém, uma norma jurídica deixará de ser considerada válida quando permanece duradouramente ineficaz”. Depois, contudo, Kelsen afirma: “A eficácia é, nesta medida, condição da vigência, visto ao estabelecimento de uma norma se ter de seguir a sua eficácia para que ela não perca a sua vigência”. Perceba-se, nesta parte final, a confusão kelseniana mais uma vez estampada. Trataremos de reforçar as diferenças atuais entre *vigência*, *validade* e *eficácia* logo mais à frente.

57. Cf. Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p. 9.

58. Para o conceito de lei sob o aspecto formal, v. Martín, Carlos de Cabo, *Sobre el concepto de ley*, Madrid: Trotta, 2000, p. 29-35. É de atentar, também, para a observação desse mesmo autor de que “la posición de Kelsen sobre el concepto de ley (formal o material) tiene cierta ambigüedad...” (Idem, p. 51).

uma lei, competência para editá-la, *quorum* de aprovação etc.), senão também, e sobretudo, substanciais (princípio da igualdade, da intervenção mínima, preponderância dos direitos fundamentais, respeito ao núcleo essencial de cada direito etc.).⁵⁹ Daí dever-se afastar, também, os conceitos de “vigência”, “validade” e “eficácia” do positivismo (legalista, contratualista) civilista, que confunde a *validade* (formal) com *vigência* (em sentido amplo).⁶⁰ Esta (a *vigência* ou *existência* da norma, sendo ambas as expressões sinônimas) nada tem a ver com a *validade* das leis, que se afere com o exercício de compatibilidade vertical do texto normativo com os princípios substanciais da Constituição e dos tratados de direitos humanos em vigor no país.

Veja-se, a esse respeito, a crítica de FERRAJOLI ao pensamento de NORBERTO BOBBIO, sobre os conceitos de vigência e validade das leis:

“Também BOBBIO, como Kelsen, identifica a validade com a ‘existência’ e se priva assim da possibilidade de dar conta da existência de normas inválidas. É certo que distingue entre ‘validade formal’ e ‘validade material’, identificando esta última com a coerência lógica da norma ‘com outras normas válidas do ordenamento’ (‘Sul ragionamento dei giuristi’: *Rivista di Diritto Civile* I [1955], agora em P. COMANDUCCI e R. GUASTINI, *Lanalisi del ragionamento giuridico* II, Giappichelli, Torino, 1989, pp. 167-169). Sem embargo, sua identificação da validade com a existência, e portanto da invalidade com a inexistência, o constrange, a propósito da norma formalmente mas não substancialmente válida por ser ‘incompatível com uma norma hierarquicamente superior’, a falar de ‘ab-rogação implícita’ da primeira por parte da segunda no mesmo sentido em que se afirma que uma norma é implicitamente ab-rogada por outra sucessiva de

59. GOMES, Luiz Flávio. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., p. 75. No mesmo sentido, v. ROSA, Alexandre Morais da, *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*, Florianópolis: Habitus, 2002, p. 59-67.

60. Cf. DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 51.

significado incompatível (*Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino, 1958, pp. 37-38; trad. espanhola de E. ROZO ACUÑA *Teoría general del derecho*, Debate, Madrid, 1991). Desse modo, não fica claro se para BOBBIO uma norma semelhante, cuja incompatibilidade se produz com uma norma superior a ela e geralmente precedente, existe (como para Kelsen) até sua implícita ab-rogação pelo intérprete, ou não existe (como para HART) por resultar implicitamente ab-rogada *ab origine*. Em ambos os casos fica sem explicar o fenômeno de a norma inválida e não obstante vigente (ou existente) até o pronunciamento que determina sua invalidez: que não consiste, com efeito, em uma ab-rogação implícita por via de interpretação semelhante à da norma em contradição com outra norma sucessiva de nível equivalente, senão em um ato jurisdicional com o qual a (existência da) norma inválida fica formalmente anulada”.⁶¹

Assim, afastando-se tal confusão (entre “vigência” e “validade” das leis) optamos por dar prevalência à democracia *substancial* do que à democracia meramente *formal*,⁶² o que é condição *sine qua non* para que se compreenda o atual Estado Constitucional e Humanista de Direito. Em suma, no constitucionalismo (e internacionalismo) da pós-modernidade jurídica existem *duas classes* de normas sobre a produção jurídica: as *formais*, que condicionam a *vigência* (ou *existência*) da lei; e as *substanciais* (ou *materiais*), que condicionam sua *validade*.⁶³ Sem o respeito da produção normativa doméstica a tais limites *substanciais* não se pode dizer que há norma *eficaz* no caso concreto, por inexistir a *validade* jurídica que lhe dá suporte.

Em suma, a validade das normas jurídicas, nesse novo contorno que o constitucionalismo contemporâneo lhe traz, não é mais uma conotação meramente formal, a depender somente da regularidade do seu processo de produção (conforme defendido por HOBBS, posteriormente por BENTHAM e AUSTIN, até chegar a Kelsen

61. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, cit., p. 34-35, nota n. 4.

62. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Idem*, p. 19.

63. V. FERRAJOLI, Luigi. *Idem*, p. 23.

e BOBBIO). Tornou-se ela também (como explica FERRAJOLI) um fato *substancial*, dependente dos *conteúdos* das decisões, as quais serão inválidas se contrastarem com os novos princípios positivos do direito internacional.⁶⁴

Doravante, para que uma norma seja *eficaz*, dependerá ela de também ser *válida*, sendo certo que para ser *válida* deverá ser ainda *vigente*. A recíproca, contudo, não é verdadeira, como pensava o positivismo clássico, que confundia lei vigente com lei válida. Em outras palavras, a *vigência* (*existência*) não depende da *validade*, mas esta depende daquela, assim como a *eficácia* depende da validade⁶⁵ (trata-se de uma escala de valores em que, em primeiro lugar, encontra-se a *vigência*, depois a *validade* e, por último, a *eficácia*).⁶⁶ Por isso, não aceitamos os conceitos de *validade* e *vigência* de TERCIO

64. V. FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno...*, cit., p. 61; FERRAJOLI, Luigi, *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, cit., p. 330-331; e GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Direito supraconstitucional...*, cit., p. 60-64.

65. Daí a afirmação de MIGUEL REALE de que quando se declara “que uma norma jurídica tem *eficácia*, esta só é jurídica na medida em que pressupõe a validade [ou *validade*] da norma que a insere no mundo jurídico, por não estar em contradição com outras normas do sistema, sob pena de tornar-se inconsistente” (*Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 4). Em outro momento, contudo, Reale coloca a expressão *vigência* entre parênteses depois de falar em *validade*, no seguinte trecho: “A exigência trina de *validade* (*vigência*) de *eficácia* (*efetividade*) e de *fundamento* (*motivação axiológica*) milita em favor da compreensão da vida jurídica em termos de *modelos jurídicos*, desde a instauração da fonte normativa até a sua *aplicação*, passando pelo momento de *interpretação*, pois o ato hermenêutico é o laço de comunicação ou de mediação entre validade e *eficácia*” (Idem, p. 33).

66. Cf., por tudo, FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, cit., p. 20-22. V., também, GOMES, Luiz Flávio & MOLINA, Antonio García-Pablos de, *Direito penal: parte geral*, vol. 2, São Paulo: RT, 2007, para quem: “A lei ordinária incompatível com o tratado não possui validade”.

SAMPAIO FERRAZ JR., para quem norma *válida* é aquela que cumpriu o processo de formação ou de produção normativa⁶⁷ (que, para nós, é a lei vigente), e *vigente* a que já foi *publicada*.⁶⁸ O autor conceitua vigência como “um termo com o qual se demarca o tempo de validade de uma norma” ou, em outras palavras, como “a norma válida (pertencente ao ordenamento) cuja autoridade *já* pode ser considerada imunizada, sendo exigíveis os comportamentos prescritos”, arrematando que uma norma “pode ser válida sem ser vigente, embora a norma vigente seja sempre válida”.⁶⁹ Não concordamos (também com base em FERRAJOLI⁷⁰) com essa construção, segundo a qual uma norma “pode ser válida sem ser vigente”, e de que “a norma vigente seja sempre válida”.⁷¹

67. GOFFREDO TELLES JUNIOR elenca *duas* condições de validade das leis: *a) o seu correto domínio; e b) a sua correta elaboração*. Quanto à primeira “condição de validade, assinale-se que o *domínio das leis* compreende seu *domínio geográfico* e seu *domínio de competência*”, e quanto “à segunda condição de validade, cumpre observar que, da *correta elaboração* das leis, depende, não só a *validade* delas, mas, também, fundamentalmente, a própria *qualidade de lei*, alcançada pela norma jurídica. De fato, *não é lei* a norma jurídica que não tenha sido elaborada em conformidade com o processo instituído para a produção delas” [grifos do original] (*Iniciação na ciência do direito*, cit., p. 162).

68. Idêntica lição é encontrada em DINIZ, Maria Helena, *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, cit., p. 51-52. Nesse caso, a autora nomina a *vigência* de vigência em sentido estrito, para diferenciar da *vigência* em sentido amplo, que (segundo ela) se confunde com a validade formal. Em outra passagem, a mesma autora diz que mesmo a *vigência* em sentido estrito pode se confundir com a validade formal, à exceção do caso da *vacatio legis* do art. 1.º da LIDB, segundo a qual, embora válida, “a norma não vigorará durante aqueles quarenta e cinco dias, só entrando em vigor posteriormente” (Idem, p. 52).

69. V. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003, p. 198.

70. V. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, cit., p. 20-22.

71. Leia-se, a propósito, o que diz LUIZ FLÁVIO GOMES, para quem: “...nem toda lei vigente é válida” (*Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., p. 75).

Para nós, lei formalmente *vigente* é aquela elaborada pelo Parlamento, de acordo com as regras do processo legislativo estabelecidas pela Constituição,⁷² editadas pelo Poder Executivo, promulgadas e publicadas no *Diário Oficial da União*,⁷³ tendo já condições de *estar em vigor*; lei *válida*, por sua vez, é a lei vigente compatível com o texto constitucional⁷⁴ e com os tratados internacionais (de direitos humanos ou não) ratificados pelo governo, ou seja, é a lei que tem sua autoridade respeitada e protegida contra qualquer ataque (porque compatível com a Constituição e com os tratados em vigor no país). Daí não ser errôneo dizer que a norma *válida* é a que respeita o princípio da hierarquia.⁷⁵ Apenas havendo compatibilidade vertical material com ambas as normas – a Constituição e os tratados – é que a norma infraconstitucional em questão será *vigente e válida* (e, pos-

72. Destaque-se, em particular, a opinião de CARLOS ALBERTO LÚCIO BITTENCOURT para a situação em que a elaboração da lei *não obedeceu* o procedimento constitucionalmente previsto para tanto. Nesse caso, segundo Bittencourt, a lei seria *inexistente* no mundo jurídico: “A lei, no caso, não é nula ou ineficaz, mas, simplesmente, *inexistente como lei*. Se o ato a que se atribui este nome não se apresenta sob a forma estabelecida pela Constituição, ou não foi baixado pelos órgãos competentes para fazê-lo, ou não obedeceu na sua elaboração ao rito e ao processo prescritos, não se trata, na hipótese, de uma lei” (*O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 2. ed. atual. por José Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 133).

73. Assim também, ROSS, Alf, *Direito e justiça*, cit., p. 128, nestes termos: “Geralmente admite-se como ponto pacífico que uma lei que foi devidamente sancionada e promulgada é, por si mesma, *direito vigente*, isto é, independentemente de sua ulterior aplicação nos tribunais” [grifo nosso]. Nesse sentido, também seguindo Ferrajoli, v. ROSA, Alexandre Moraes da, *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*, cit., p. 63.

74. V., assim, Kelsen, Hans, *Teoria pura do direito*, cit., p. 218, para quem: “Esta norma [a Constituição], pressuposta como norma fundamental, fornece não só o fundamento de validade como o conteúdo de validade das normas dela deduzidas através de uma operação lógica”.

75. Cf. SCHNAID, David. *Filosofia do direito e interpretação*, cit., p. 123.

sivelmente, *eficaz*). Caso contrário, não passando a lei pelo exame da compatibilidade vertical material com os tratados (segunda análise de compatibilidade), não terá ela qualquer validade (e eficácia) no plano do direito interno brasileiro, devendo ser rechaçada pelo juiz no caso concreto.

Muito antes de qualquer discussão sobre o tema entre nós, MIGUEL REALE já havia alertado – no exato sentido do que agora acabamos de propor, embora sem se referir aos tratados internacionais *comuns* – “que todas as fontes operam no *quadro de validade* traçado pela Constituição de cada país, e já agora nos limites permitidos por certos valores jurídicos transnacionais, universalmente reconhecidos como *invariantes jurídico-axiológicas*, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem”,⁷⁶ à qual se pode aditar todos os tratados de direitos humanos, tal como acabamos de expor. De qualquer forma, o que pretendeu mostrar o professor REALE é que a *validade* de certa fonte do direito é auferida pela sua compatibilidade com o texto constitucional e com as *normas internacionais*, as quais ele mesmo alberga sob a rubrica dos “valores jurídicos transnacionais, universalmente reconhecidos...”⁷⁷

Daí o equívoco, no nosso entender, da afirmação de KELSEN segundo a qual a “norma criada com ‘violação’ do Direito internacional permanece válida, mesmo do ponto de vista do Direito internacional”, uma vez que “este não prevê qualquer processo através do qual a norma da ordem jurídica estadual ‘contrária ao Direito internacional’ possa ser anulada”⁷⁸ (o que não é verdade atualmente e, tampouco, quando KELSEN escreveu a 2.^a edição de sua *Teoria pura do direito*, em 1960). É evidente que os tribunais internacionais (tome-se como exemplo a Corte Interamericana de Direitos Humanos) têm competência para *anular* a norma estatal contrária ao direito internacional, caso em que o Estado (responsável

76. REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito...*, cit., p. 13.

77. REALE, Miguel. *Idem*, *ibidem*.

78. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p. 367-368.

pela edição da combatida lei) deve ser responsabilizado no plano internacional por ato de seu Poder Legislativo.⁷⁹

Segundo LUIZ FLÁVIO GOMES, o modelo kelseniano (ou positivista legalista, ou positivista clássico) de ensino do direito, “confunde a vigência com a validade da lei, a democracia formal com a substancial, não ensina a verdadeira função do juiz no Estado constitucional e garantista de Direito (que deve se posicionar como garante dos direitos fundamentais), não desperta nenhum sentido crítico no jurista e, além de tudo, não evidencia com toda profundidade necessária o sistema de controle de constitucionalidade das leis”.⁸⁰ Ainda para GOMES, o “equivoco metodológico-científico [do modelo kelseniano] decorre do pensamento do Estado Moderno, da revolução francesa, do código napoleônico, onde reside a origem da confusão entre lei e Direito; os direitos e a vida dos direitos valeriam pelo que está escrito (exclusivamente) na lei, quando o correto é reconhecer que a lei é só o ponto de partida de toda interpretação (que deve sempre ser conforme a Constituição). Deriva também da doutrina positivista legalista (KELSEN, SCHMITT etc.) o entendimento de que toda lei vigente é, automaticamente, lei válida. A lei pode até ser, na atividade interpretativa, o ponto de chegada, mas sempre que conflita com a Carta Magna ou com o Direito humanitário internacional perde sua relevância e primazia, porque, nesse caso, devem ter incidência (prioritária) as normas e os princípios constitucionais ou internacionais”.⁸¹

Mais à frente, na mesma obra, LUIZ FLÁVIO GOMES assim arre-mata a concepção garantista de validade das leis: “De acordo com

79. Para um estudo da responsabilidade internacional do Estado por atos do Legislativo, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, cit., p. 569-570.

80. GOMES, Luiz Flávio. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., p. 27. No mesmo sentido, v. ROSA, Alexandre Morais da, *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*, cit., p. 25-35.

81. GOMES, Luiz Flávio. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., p. 27.

a lógica positivista clássica (KELSEN, HART etc.), lei vigente é lei válida, e mesmo quando incompatível com a Constituição ela (lei vigente) continuaria válida até que fosse revogada por outra. O esquema positivista clássico não transcendia o plano da legalidade (e da revogação). Confundia-se invalidade com revogação da lei e concebia-se uma presunção de validade de todas as leis vigentes. Não se reconhecia a tríplice dimensão normativa do Direito, composta de normas constitucionais, internacionais e infraconstitucionais. Pouca relevância se dava para os limites (substanciais) relacionados com o próprio conteúdo da produção do Direito. A revogação de uma lei, diante de tudo quanto foi exposto, é instituto coligado com o plano da 'legalidade' e da 'vigência'. Ou seja: acontece no plano formal e ocorre quando uma lei nova elimina a anterior do ordenamento jurídico. A revogação, como se vê, exige uma sucessão de leis (sendo certo que a posterior revoga a anterior expressamente ou quando com ela é incompatível – revogação tácita). A declaração de invalidade de uma lei, por seu turno, que não se confunde com sua revogação, é instituto vinculado com a nova pirâmide normativa do Direito (acima das leis ordinárias acham-se a CF assim como o DIDH), ou seja, deriva de uma relação (antinomia ou incoerência) entre a lei e a Constituição ou entre a lei e o Direito Internacional dos Direitos Humanos e relaciona-se com o plano do conteúdo substancial desta lei”.⁸²

Certo avanço do Supremo Tribunal Federal, relativamente ao tema do conflito entre tratados e normas internas, deu-se com o voto do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, em 29 de março de 2000, no RHC 79.785/RJ, no qual entendeu ser possível considerar os tratados de direitos humanos como documentos de caráter *supralegal*. Mas a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos ficou ainda mais clara, no Supremo Tribunal, com o Voto-vista do Min. GILMAR MENDES, na sessão plenária do dia 22 de novembro de 2006, no julgamento do RE 466.343-1/SP, em que se discutia a questão da prisão civil por dívida nos contratos de alienação fiduciária em

82. GOMES, Luiz Flávio. *Idem*, p. 76-77.

garantia.⁸³ Apesar de continuar entendendo que os tratados internacionais *comuns* ainda guardam relação de paridade normativa com o ordenamento jurídico doméstico, defendeu o Min. GILMAR MENDES a tese de que os tratados internacionais de *direitos humanos* estariam num nível hierárquico intermediário: abaixo da Constituição, *mas acima* de toda a legislação infraconstitucional. Segundo o seu entendimento, “parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos”, segundo a qual “os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*”. E continua: “Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção da pessoa humana”.⁸⁴

De nossa parte, há muitos anos defendemos que os tratados internacionais de direitos humanos incorporados à ordem jurídica brasileira têm *status* de norma constitucional, independentemente de maioria aprobatória no Congresso Nacional,⁸⁵ pelo simples fato

83. O julgamento do RE 466.343-SP (rel. Min. CEZAR PELUSO) foi encerrado na sessão plenária de 03.12.2008, data em que se considera extinto no Brasil o instituto da prisão civil por dívida de depositário infiel. Frise-se que a tese da impossibilidade de prisão civil por dívida por infidelidade depositária, com fulcro nos tratados internacionais de direitos humanos, foi pioneiramente defendida por MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica...*, cit., especialmente p. 109-181. Antes da publicação deste livro citado o que havia entre nós eram apenas trabalhos menores (artigos, resenhas, comentários, etc.) sem muita amplitude ou profundidade científica.

84. V. o Voto-vista do Min. Gilmar Mendes, no RE 466.343-1/SP, p. 21.

85. V., por tudo, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, cit., p. 768-776 e a bibliografia ali citada. Para o nosso posicionamento *antes* da Emenda Constitucional 45/2004, também no sentido

de entendermos que tais instrumentos têm um fundamento ético que ultrapassa qualquer faculdade que queira o Estado ter (em seu domínio reservado) de alocá-los em “níveis” previamente definidos. Daí termos sempre entendido que o único “nível” que poderia ter um instrumento internacional dessa natureza (ou seja, que veicula normas de *direitos humanos*) era o nível das normas constitucionais, exatamente por serem estas últimas as que mais altas se encontram dentro da escala hierárquica da ordem jurídica interna.

Assim, para nós, a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos não aprovados por maioria qualificada (defendida, v.g., pelo Min. GILMAR MENDES, no RE 466.343-SP) peca por desigualar tais instrumentos em detrimento daqueles internalizados pela dita maioria, criando uma “duplicidade de regimes jurídicos” imprópria para o atual sistema (interno e internacional) de proteção de direitos, uma vez que estabelece “categorias” de tratados que têm o mesmo fundamento ético. E este fundamento ético lhes é atribuído não pelo direito interno ou por qualquer poder do âmbito interno (v.g., o Poder Legislativo), mas pela própria ordem internacional de onde tais tratados provêm. Ao criar as “categorias” dos tratados de nível *constitucional e supralegal* (caso sejam ou não aprovados pela dita maioria qualificada), a tese da supralegalidade acabou por regular instrumentos *iguais* de maneira totalmente *diferente* (ou seja, desigualou os “iguais”), em franca oposição ao princípio constitucional da *isonomia*.⁸⁶ Daí ser equivocado alocar certos tratados

de serem os tratados de direitos humanos instrumentos que têm (no mínimo) *status* materialmente constitucional, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais...*, cit., p. 233-252; *idem*, *Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica...*, cit., p. 109-176; e ainda, *Tratados internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969*, cit., p. 357-395.

86. Na doutrina brasileira, fomos nós os primeiros a criticar a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos com lastro no princípio da isonomia. V. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, *Revista Jurídica Consulex*, ano XIII, n. 195, Brasília, abr. 2009, p. 54-55.

de direitos humanos *abaixo* da Constituição e outros (também de direitos humanos) no *mesmo nível* dela, sob pena de se subverter toda a lógica convencional de proteção de tais direitos, a exemplo daquela situação em que um instrumento acessório teria equivalência de uma emenda constitucional, enquanto o principal estaria em nível hierárquico inferior.⁸⁷

Portanto, mesmo a posição de vanguarda do STF, expressa no Voto-vista do Min. GILMAR MENDES acima citado, ainda é, a nosso ver, insuficiente. No nosso entender, os tratados internacionais *comuns* ratificados pelo Estado brasileiro é que se situam num nível hierárquico *intermediário*, estando abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser revogados por lei posterior (por não se encontrarem em situação de paridade normativa com as demais leis nacionais). Quanto aos tratados de direitos humanos, entendemos que estes ostentam o *status* de norma constitucional, independentemente do seu eventual *quorum* qualificado de aprovação.⁸⁸ A um resultado similar pode-se chegar aplicando o princípio – hoje cada vez mais difundido na jurisprudência interna de outros países, e consagrado em sua plenitude pelas instâncias internacionais – da supremacia do direito internacional e da prevalência de suas normas em relação a toda normatividade interna, seja ela anterior ou posterior.⁸⁹

Na Alemanha, esse é também o critério adotado para a generalidade dos tratados ratificados por este país (art. 59 da Lei Fundamental: “Os tratados que regulem as relações políticas da Federação ou se referem a matérias da legislação federal requerem a aprovação ou a participação, sob a forma de uma lei federal, dos órgãos competentes na respectiva matéria da legislação federal”), que passam

87. Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, cit., p. 827.

88. V. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Idem*, p. 817-847.

89. Cf. VIGNALI, Heber Arbuét & ARRIGHI, Jean Michel. Os vínculos entre o direito internacional público e os sistemas internos, *Revista de Informação Legislativa*, ano 29, n. 115, Brasília: Senado Federal, jul.-set. 1992, p. 420.

a prevalecer (inclusive com aplicação imediata, se eles contêm direitos individuais) sobre toda a normatividade inferior ao direito federal, a exemplo das normas provenientes dos Estados Federados e dos decretos expedidos pelo governo. Esse entendimento vale, na Alemanha, inclusive para os tratados de direitos humanos, o que é criticável, por permitir a aplicação do brocardo *lex posterior derogat legi priori* ao caso de conflito entre tratado e lei federal posterior⁹⁰; mas é bom fique nítido que, naquele país, também se encontram correntes doutrinárias tendentes a atribuir nível constitucional ao menos à Convenção Europeia de Direitos Humanos.⁹¹

Na França, o Conselho Constitucional, na Decisão n. 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975 (já citada páginas atrás), entendeu ser incompetente para analisar a convencionalidade preventiva das leis, pelo fato de não se tratar de um controle de *constitucionalidade* propriamente dito. Nesse julgamento, indagava-se se a recém-criada lei relativa à interrupção voluntária da gestação estaria em contradição com a Constituição, uma vez que violaria a garantia do “direito à vida” prevista na Convenção Europeia de Direitos Humanos, ratificada pela França.⁹² A inconstitucionalidade não foi declarada e a lei,

90. Cf. SCHWEITZER, Michael. *Staatsrecht III: Staatsrecht, Völkerrecht, Europarecht*, 9.^a Aufl. Heidelberg: C.F Müller, 2008, p. 164.

91. V., por tudo, BANK, Roland, Tratados internacionales de derechos humanos bajo el ordenamiento jurídico alemán, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 10.º año, Tomo II, Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004, p. 721-734. Sobre o tema, v. ainda GROS ESPIELL, Hector, La Convention américaine et la Convention européenne des droit de l'homme: analyse comparative, *Recueil des Cours*, vol. 218 (1989-VI), p. 167-412; e FACCHIN, Roberto, *L'interpretazione giudiziaria della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova: CEDAM, 1990. Para um estudo do papel da União Europeia em matéria de direitos humanos, v. RIDEAU, Joel, Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme, *Recueil des Cours*, vol. 265 (1997), p. 9-480.

92. Cf. ALLAND, Denis (coord.). *Droit international public*, cit., p. 301-371. V. também, CONSTANTINESCO, Vlad & JACQUÉ, Jean-Paul, L'application du droit international et communautaire au regard de la Constitution française, in KOENIG, Pierre & RÜFNER, Wolfgang (Ed.), *Die Kontrolle*

ao final, foi editada. O Conselho Constitucional também descartou o argumento de que seria competente para a análise prévia da convencionalidade pelo silogismo de que toda lei que viola um tratado também viola a Constituição, uma vez que a própria Constituição francesa, no art. 55, prevê a superioridade dos tratados em relação às leis.⁹³ Não obstante as críticas que poderiam ser formuladas à citada decisão do Conselho Constitucional francês, o certo é que, para os fins que interessam ao nosso estudo, ali se reconheceu que uma lei interna tem de passar por *dois crivos* de compatibilidade para que seja *válida* e, em última análise, *eficaz*: (1) a Constituição e (2) os tratados internacionais em vigor no país.

2.5 A TEORIA DA DUPLA COMPATIBILIDADE VERTICAL MATERIAL

Sob o ponto de vista de que, em geral, os tratados internacionais têm superioridade hierárquica em relação às demais normas de estatura infraconstitucional (quer seja tal superioridade

der Verfassungsmäßigkeit in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, Köln: Carl Heymanns Verlag, 1985, p. 175-213; e DUTHEILLET DE LAMOTHE, Olivier, *Contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité en France, Visite au Tribunal Constitutionnel Espagnol (Madrid, 2-4 avril 2009)*, Paris: Conseil Constitutionnel, 2009, p. 1-2.

93. Para o *Conseil Constitutionnel*, na citada Decisão: "...une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution" (item n. 5). Assim, o silogismo de que uma lei contrária a um tratado também contraria a Constituição, pelo fato de esta ter alçado os tratados ao *status* supralegal, foi rechaçado pelo Conselho Constitucional. Cf. *Décision n. 74-54 DC, Journal Officiel*, de 16.01.1975, p. 671. No direito francês atual, as leis internas não apenas se subordinam ao controle de constitucionalidade do Conselho Constitucional, senão também ao controle de convencionalidade das instâncias administrativas e judiciárias pela via difusa, tal como explica DUTHEILLET DE LAMOTHE: "Contrôler la conformité des lois à la Convention européenne des droits de l'homme est donc désormais une tâche quotidienne des juridictions judiciaires et administratives. Celles-ci n'hésitent plus à écarter la loi ou le règlement qu'elles estiment contraire à la convention" (*Contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité en France*, cit., p. 2-3).

constitucional, como no caso dos tratados de direitos humanos, quer *supralegal*, como no caso dos demais tratados, chamados de *comuns*) é lícito concluir que a produção normativa estatal deve contar não somente com limites *formais* (ou *procedimentais*), senão também com dois limites verticais *materiais*, quais sejam: *a*) a Constituição e os tratados de direitos humanos alçados ao nível constitucional; e *b*) os tratados internacionais comuns de estatura supralegal. Assim, uma determinada lei interna poderá ser até considerada *vigente* por estar (formalmente) de acordo com o texto constitucional, mas não será *válida* se estiver (materialmente) em desacordo ou com os tratados de direitos humanos (que têm estatura constitucional) ou com os demais tratados dos quais a República Federativa do Brasil é parte (que têm *status supralegal*).⁹⁴ Para que exista a *vigência* e a concomitante *validade* das leis, necessário será respeitar-se uma dupla compatibilidade vertical material, qual seja, a compatibilidade da lei (1) com a Constituição e os tratados de direitos humanos em vigor no país e (2) com os demais instrumentos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro. Portanto, a inexistência de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em controle tanto concentrado quanto difuso de constitucionalidade (neste último caso, com a possibilidade de comunicação ao Senado Federal para que este – nos termos do art. 52, X, da Constituição – suspenda, no todo ou

94. Cf. GOMES, Luiz Flávio. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., p. 34. Este autor, contudo, não obstante aceitar o *status* constitucional dos tratados de direitos humanos (cf. *Op. cit.*, p. 32), ainda entende que a discussão sobre o *status* hierárquico dos tratados internacionais *comuns* “é uma questão aberta”, uma vez tratar-se “de uma zona do Direito (ainda) indefinida” (Idem, p. 36). Para nós, seguindo o que já é pacífico na doutrina internacionalista, quaisquer tratados ratificados e em vigor no país já têm *status supralegal*, com fundamento no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. Sobre essa posição, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, cit., p. 366-384. Voltaremos nesse tema mais à frente (v. *infra*, item 2.5.2.2).

em parte, os efeitos da lei declarada inconstitucional pelo STF), mantém a *vigência* das leis no país, as quais, contudo, não permanecerão *válidas* se incompatíveis com os tratados internacionais (de direitos humanos ou comuns) de que o Brasil é parte.⁹⁵

Doravante, é imperioso deixar claras quatro situações que podem vir a existir em nosso direito interno, segundo a tese que aqui estamos a defender: *a*) se a lei conflitante é anterior à Constituição, o fenômeno jurídico que surge é o da *não recepção*, com a consequente revogação da norma a partir daí,⁹⁶ quando então se fala em *revogação por ausência de recepção*; *b*) se a lei antinômica é posterior à Constituição, nasce uma *inconstitucionalidade*, que pode ser combatida pela via do controle difuso de constitucionalidade (caso em que o controle é realizado num processo subjetivo entre partes *sub judice*) ou pela via do controle concentrado (com a propositura de uma ADIn no STF pelos legitimados do art. 103 da Constituição); *c*) quando a lei anterior conflita com um tratado (comum – com *status* supralegal – ou de direitos humanos – com *status* de norma constitucional) ratificado pelo Brasil e já em vigor no país, ela é revogada (derrogada ou ab-rogada) de forma imediata (uma vez que o tratado que lhe é posterior, e a ela também é *superior*); e *d*) quando a lei é posterior ao tratado e incompatível com ele (não obstante ser eventualmente *compatível* com a Constituição) tem-se que tal norma é *inválida* (apesar de *vigente...*) e, conseqüentemente, totalmente *ineficaz*.⁹⁷

Do exposto, vê-se que a produção normativa doméstica depende, para sua *validade* e consequente *eficácia*, estar materialmente de acordo tanto com a Constituição como com os tratados internacionais (de direitos humanos ou não) ratificados pelo governo. E

95. Cf. GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito supraconstitucional...*, cit., p. 68-71.

96. Cf. BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O contrôle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, cit., p. 131-133.

97. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, cit., p. 22-23.

aqui, segundo FERRAJOLI, aparece “uma inovação na própria estrutura da legalidade, que é talvez a conquista mais importante do direito contemporâneo: a regulação jurídica do direito positivo mesmo, não somente no que tange às formas de produção, senão também no que se refere aos conteúdos produzidos”.⁹⁸

Para a melhor compreensão dessa *dupla compatibilidade vertical material*, faz-se necessário, primeiro, entender como se dá (1) o respeito à Constituição (e aos seus direitos expressos e implícitos) e (2) aos tratados internacionais (em matéria de direitos humanos ou não) ratificados e em vigor no país. O respeito à *Constituição* faz-se por meio do que se chama de *controle de constitucionalidade* das leis; o respeito *aos tratados* que sejam de *direitos humanos* faz-se pelo até agora pouco conhecido (pelo menos no Brasil) *controle de convencionalidade* das leis; e o respeito *aos tratados* que sejam *comuns* faz-se por meio do controle de *supralegalidade* das leis, conforme abaixo veremos com detalhes.

2.5.1 O respeito à Constituição e o conseqüente controle de constitucionalidade

Primeiramente, para a vigência e validade da produção doméstica de um direito, faz-se necessária a sua compatibilidade com o texto constitucional em vigor, sob pena de incorrer em vício de inconstitucionalidade, o qual pode ser combatido pela via *difusa* (de *exceção* ou *defesa*) ou pela via concentrada (ou *abstrata*) de controle, a primeira podendo ser realizada por qualquer cidadão (sempre quando se fizer presente um caso *concreto*) em qualquer juízo ou tribunal do país, e a segunda, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, por um dos legitimados do art. 103 da Constituição.⁹⁹

98. FERRAJOLI, Luigi. *Idem*, p. 19.

99. Assim dispõe a referida norma: “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembleia Legislativa ou

Então, a primeira ideia a fixar-se aqui é a de que a produção normativa doméstica deve ser compatível, em primeiro lugar, com a Constituição do Estado. A incompatibilidade das normas domésticas com o texto constitucional torna *inválidas* as leis assim declaradas. Contudo, como explica LUIZ FLÁVIO GOMES, “não se deve observar exclusivamente limites formais, senão também materiais, que são constituídos, sobretudo, pelos conteúdos essenciais de cada direito positivado. A lei que conflita com a Constituição é inconstitucional e inválida; se se trata de lei antinômica anterior à Constituição de 1988 fala-se em não-recepção (ou invalidade); a lei que conflita com o DIDH [Direito Internacional dos Direitos Humanos], pouco importando se anterior ou posterior, também é inválida. Como se vê, qualquer que seja a antinomia entre a lei e as ordens jurídicas superiores (Constituição ou DIDH), tudo se conduz para a invalidade”. E o mesmo jurista arremata: “Na era do ED [Estado de Direito] a produção da legislação ordinária (da lei) achava-se cercada tão somente de limites formais (legitimidade para legislar, *quorum* mínimo de aprovação de uma lei, procedimento para sua edição, forma de publicação etc.). De acordo com o novo paradigma do ECD [Estado Constitucional de Direito] a produção legislativa (agora) encontra limites formais e materiais, ou seja, não pode violar o núcleo essencial de cada direito, não pode fazer restrições desarrazoadas aos direitos fundamentais etc”.¹⁰⁰

A compatibilidade das leis com a Constituição deve ser aferida em dois âmbitos: (a) relativamente aos direitos *expressos* no texto constitucional e (b) também em relação aos direitos *implícitos* na Constituição. Vejamos cada um deles.

da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

100. GOMES, Luiz Flávio. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., p. 65.

2.5.1.1 A obediência aos direitos expressos na Constituição

Como se sabe, existe dispositivo na Constituição de 1988 que demonstra claramente existir três vertentes dos direitos e garantias fundamentais na ordem jurídica brasileira.¹⁰¹ Trata-se do art. 5.º, § 2.º, da Constituição, segundo o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição [1.ª vertente] não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados [2.ª vertente], ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte [3.ª vertente]”. Assim, desmembrando esse dispositivo, o que dele se extrai é que, além dos direitos expressos na Constituição (*primeira vertente*), existem também os direitos nela implícitos (*segunda vertente*), que decorrem do regime (primeira subdivisão da segunda vertente) e dos princípios (segunda subdivisão da segunda vertente) por ela adotados, e os direitos provenientes de tratados (*terceira vertente*), que não estão nem expressa nem implicitamente previstos na Constituição, mas provêm ou podem vir a provir dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil.¹⁰² Ademais, dessas três vertentes dos direitos e garantias fundamentais também fica claro que, no nosso sistema atual de proteção de direitos, aceitam-se *duas fontes* (que dialogam entre si) de proteção desses mesmos direitos: *a*) uma interna (que compreende os direitos e garantias expressa ou implicitamente consagrados pelo texto constitucional); e *b*) uma internacional (decorrente da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento brasileiro).

O quadro abaixo desmembra as *três vertentes* dos direitos e garantias fundamentais referidas pelo art. 5.º, § 2.º, da Constituição de 1988:

101. V., assim, VELLOSO, Carlos Mário da Silva, Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cit., p. 38-39.

102. Sobre essas três vertentes dos direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, cit., p. 820-821.

Fontes do sistema constitucional de proteção de direitos, na forma do art. 5.º, § 2.º, da Constituição de 1988	1) Direitos e garantias <i>expressos</i> na Constituição	
	2) Direitos e garantias constitucionais <i>implícitos</i>	2.1) decorrentes do regime adotado pela Constituição
		2.2) decorrentes dos princípios constitucionais
3) Direitos e garantias decorrentes dos <i>tratados internacionais</i> de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte		

Quadro 1 – as três vertentes dos direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988.¹⁰³

Interessa-nos, neste momento, a análise da *primeira* dessas três vertentes dos direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988, que é a referente aos direitos *expressos* no texto constitucional. Efetivamente, são tais direitos os primeiros que devem ser respeitados pela produção normativa doméstica, até mesmo pelo princípio segundo o qual as leis devem respeito à sua fonte criadora, que no nosso sistema é a Constituição.

Os direitos e garantias constitucionais fazem parte do núcleo intangível da Constituição, protegidos pelas *cláusulas pétreas* do art. 60, § 4.º, IV, da Constituição de 1988, segundo o qual “[n]ão será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais”. Perceba-se a referência aos “direitos e garantias *individuais*” pelo dispositivo citado, o que deixa entrever, *a priori*, que a respectiva cláusula não alcança os demais direitos fundamentais não individuais (v.g., os *sociais*, os *econômicos* e os *culturais*) e todos os outros de cunho *coletivo*. Contudo, a dúvida plantada pelo texto constitucional, sobre a inclusão de *outros direitos* ao rol das chamadas “cláusulas pétreas”, não obteve o necessário esclarecimento da doutrina até o momento. Para nós – seguindo-se a lição de INGO SARLET –, não é aceitável que os direitos não individuais (v.g., um direito trabalhista) e toda a gama de direitos coletivos prevista pelo texto constitucional fiquem excluídos da proteção

103. V. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969*, cit., p. 360.

outorgada pela norma do art. 60, § 4.º, IV, da Constituição.¹⁰⁴ Uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição, em contraposição à interpretação literal do referido dispositivo, indica ser mais que sustentável a tese segundo a qual a Constituição (no art. 60, § 4.º, IV) disse menos do que pretendia (*lex minus dixit quam voluit*). Ao se ler o citado dispositivo constitucional deve-se substituir a expressão “direitos e garantias individuais” pela expressão “direitos e garantias fundamentais”, subtraindo a expressão-espécie para inserir a expressão-gênero.

Seja como for, o que aqui se pretende dizer é que a produção normativa doméstica, para aferir a *validade* necessária à sua posterior *eficácia*, deve primeiramente ser compatível com os direitos expressos no texto constitucional, sendo este o primeiro limite (em verdade, a *primeira parte* desse primeiro limite) vertical material do qual estamos a tratar.

Contudo, não é neste estudo o lugar de se dissertar sobre os efeitos do desrespeito (formal ou material) da lei à Constituição, que enseja o chamado *controle de constitucionalidade*.¹⁰⁵ Apenas cumpre aqui informar que, neste primeiro momento de compatibilidade das leis com o Texto Magno, a falta de *validade* normativa daquelas e sua expulsão do ordenamento jurídico contribui para o *diálogo das fontes*, na medida em que se retira da “conversa” normativa a lei que não tem *argumentos válidos* que a autorizem a continuar no diálogo (pois ela é *inconstitucional* e, portanto, *inválida*). Assim, retira-se

104. V., por tudo, SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 6. ed. rev. atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 422-428.

105. Sobre o tema, v. KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, cit., p. 300-306. Na doutrina brasileira, v. especialmente MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 64-94 e p. 146-250, respectivamente; e BARROSO, Luís Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro...*, já cit., 333p. Para um estudo clássico do controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil, v. ainda BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, já cit., 164p.

da lei a possibilidade de continuar “conversando” e “dialogando” com as outras fontes jurídicas, autorizando-se a participação (nessa “conversa”) apenas de fontes válidas e eficazes.

Somente a declaração de inconstitucionalidade *formal* afeta (desde logo) o plano de *vigência* da norma (e, conseqüentemente, os da *validade e eficácia*), como já se falou anteriormente.¹⁰⁶ Salvo essa hipótese excepcional, quando se trata do caso de declaração de inconstitucionalidade do “programa abstrato de aplicação” da norma, esta continua *vigente*, mas será *inválida* (porque inconstitucional), deixando de contar com qualquer incidência concreta.¹⁰⁷

2.5.1.2 A obediência aos direitos implícitos na Constituição

Nos termos do citado art. 5.º, § 2.º, segunda parte, os direitos implícitos são aqueles que provêm ou podem vir a provir “do regime e dos princípios por ela [Constituição] adotados”. Trata-se – segundo os autores constitucionalistas – de direitos de difícil caracterização *a priori*.¹⁰⁸

106. Cf. GOMES, Luiz Flávio. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., p. 77.

107. Não é outra a lição de LUIZ FLÁVIO GOMES, nestes termos: “... toda norma, que tem como fonte um texto legal, conta com seu ‘programa abstrato de aplicação’. Mas isso não se confunde com o seu programa concreto de incidência. Quando uma lei é julgada inconstitucional (totalmente inconstitucional) seu ‘programa normativo’ desaparece, ou seja, passa a não contar com nenhuma incidência concreta. O § 1 do art. 2 da Lei 8.072/90 proibia a progressão de regime nos crimes hediondos. Esse era o programa abstrato da norma. Depois de declarada pelo STF a invalidade (inconstitucionalidade) do dispositivo legal citado (HC 82.959), nenhuma incidência prática (eficácia) podia ter tal norma (mesmo antes da Lei 11.464/2007)” (*Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., p. 77).

108. V. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 88; e SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, 26. ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 194.

A legislação infraconstitucional, ao ensejo da primeira compatibilidade vertical material (compatibilidade da norma com a Constituição), deverá observar, além dos direitos expressos na Constituição, também os direitos que nela se encontram implícitos. Tais direitos implícitos, não obstante de difícil visualização apriorística, também limitam a produção do direito nesse desdobramento da primeira etapa da compatibilização vertical material. São eles, também, paradigma do controle de constitucionalidade das leis tal como os direitos que no texto constitucional se fazem expressos.

Os direitos implícitos na Constituição, também chamados de direitos *decorrentes*, provêm ou podem vir a provir do *regime* ou dos *princípios* adotados pela Carta. E, aqui, teríamos então mais uma subdivisão: (a) a obediência ao direito implícito proveniente do *regime* adotado pela Constituição; e (b) a obediência ao direito implícito decorrente dos *princípios* constitucionais por ela adotados.

Deve-se perquirir, neste momento, se não está o princípio internacional *pro homine* a integrar os princípios adotados pela Constituição. Segundo entendemos, quer no plano do direito interno, quer no plano internacional, o princípio internacional *pro homine* pode ser considerado um *princípio geral de direito*. Seu conteúdo expansivo atribui primazia à norma que, no caso concreto, mais proteja os interesses da pessoa em causa. Em outras palavras, por meio dele fica assegurada ao ser humano a aplicação da norma mais protetiva e mais garantidora dos seus direitos, encontrada como resultado do “diálogo” travado entre as fontes no quadro de uma situação jurídica real. Esse exercício, capaz de encontrar um princípio geral que albergue os elementos normativos antitéticos, é papel que compete ao aplicador do direito.¹⁰⁹

109. Cf. DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*, 6. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406/2002). São Paulo: Saraiva, 2005, p. 58-59. Sobre os princípios gerais de direito, assim leciona Diniz: “Os princípios gerais de direito são normas de valor genérico que orientam a aplicação jurídica, por isso se impõem com validade normativa onde

Antes de verificarmos a consagração do princípio internacional *pro homine* pelo texto constitucional brasileiro, duas palavras devem ser ditas sobre alguns dos princípios regentes do nosso sistema constitucional.¹¹⁰

houver inconsistência de normas. Esses princípios gerais de direito têm natureza múltipla, pois são: *a*) decorrentes das normas do ordenamento jurídico, ou seja, da análise dos subsistemas normativos. Princípios e normas não funcionam separadamente, ambos têm caráter prescritivo. Atuam os princípios, diante das normas como fundamento de atuação do sistema normativo e como fundamento criteriológico, isto é, como limite da atividade jurisdicional; *b*) derivados das ideias políticas, sociais e jurídicas vigentes, ou melhor, devem corresponder aos subconjuntos axiológico e fático que compõem o sistema jurídico, constituindo um ponto de união entre consenso social, valores predominantes, aspirações de uma sociedade com o sistema jurídico, apresentando uma certa conexão com a ideologia imperante que condiciona até sua dogmática: daí serem princípios informadores; de maneira que a supracitada relação entre norma e princípio é lógico-valorativa. Apóiam-se estas valorações em critérios de valor objetivo; e *c*) reconhecidos pelas nações civilizadas [sobre esse conceito de “nações civilizadas” e as críticas que lhe faz a doutrina contemporânea, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, cit., p. 126-127] se tiverem *abstractum* comum a todos os povos ou a alguns deles em dadas épocas históricas, não como pretendem os jusnaturalistas, que neles vislumbram princípios jurídicos de validade absolutamente geral” (Idem, p. 59).

110. Para um panorama geral dos valores e princípios constitucionais fundamentais da Constituição brasileira, v. BONIFÁCIO, Artur Cortez, *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*, cit., p. 131-180. Merece destaque, contudo, a seguinte passagem: “Os princípios passaram, com efeito, ao grau de norma constitucional, modelando e conduzindo a interpretação e aplicação das demais normas e atos normativos, conferindo a fundamentação material imprescindível à ordem jurídica. De sua força normativa decorre o seu caráter diretivo e a eficácia derogatória e invalidatória das demais normas para além de sua função informadora. O conjunto desses predicados confere aos princípios um caráter de fonte das fontes do direito, disposições normativas que qualificam o sistema, dando-lhe especial feição. Se a Constituição é o fundamento superior da unidade

Primeiramente, é necessário dizer que a Constituição brasileira de 1988 representou a abertura do sistema jurídico nacional à consagração dos direitos humanos, rompendo com a lógica totalitária que imperava no Brasil até então, implementando o valor dos direitos humanos junto à redemocratização do Estado. Assim, logo depois de 1988, pareceu “haver um consenso sobre o valor positivo da democracia e sobre o valor positivo dos direitos humanos”, não obstante, na prática, ser ele “mais aparente do que real”.¹¹¹ De qualquer forma, a partir dessa abertura, ao menos no plano do desejável, o texto constitucional passou a consagrar valores e princípios até então inexistentes no sistema jurídico nacional.

No direito interno, o princípio internacional *pro homine* compõe-se de dois conhecidos princípios jurídicos de proteção de direitos: o da *dignidade da pessoa humana* e o da *prevalência dos direitos humanos*.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é o primeiro pilar (junto à prevalência dos direitos humanos) da

de um sistema jurídico, e a observância dos seus valores e princípios são os fatores possibilitadores do equilíbrio constitucional, infere-se por transitividade que os princípios são fatores decisivos à manutenção do sistema de direito. O direito não é, pois, um conjunto de regras tomadas aleatoriamente: estas têm uma conexão de sentidos, uma lógica, uma coerência e uma adequação de valores e princípios que o alimentam, e lhe dão a sua dinamicidade e consistência, fazendo-o subsistir. Quando existe um hiato entre esses fatores, é possível a implantação de uma nova estrutura política no Estado, refratária dos valores e princípios dissociados da compreensão do tecido social. Os princípios, dessa forma, são disposições nas quais se radicam a origem dos enunciados normativos; são pontos de partida para a assimilação do sistema jurídico e seus desígnios de justiça. Ostentam um maior grau de indeterminação, abstração e um baixo grau de concretização, apresentando-se como *Standards*, padrões de observância obrigatória no sistema de direito” (Idem, p. 133-134).

111. Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. Da efetividade dos direitos econômicos, culturais e sociais, *Direitos humanos: visões contemporâneas*, São Paulo: Associação Juízes para a Democracia, 2001, p. 92.

primazia da norma mais favorável.¹¹² Por *dignidade da pessoa humana* pode-se considerar, segundo MARIA GARCIA, a “compreensão do ser humano na sua integridade física e psíquica, como autodeterminação consciente, garantida moral e juridicamente”.¹¹³

Trata-se de um bem soberano e essencial a todos os direitos fundamentais do homem, que atrai todos os demais valores constitucionais para si. Considerando ser a Constituição uma ordem sistêmica de valores, que são sopesados pelo legislador constituinte na *medida* e para o *fim* de preservar sua força normativa, pode-se afirmar que o texto constitucional brasileiro erigiu a dignidade da pessoa humana a valor fundante da ordem normativa doméstica, impacto certo do movimento expansionista dos direitos humanos iniciado no período pós-Segunda Guerra e em plena desenvoltura até hoje.¹¹⁴ Daí a consideração de ser esse princípio um princípio aberto, que chama para si toda a gama dos direitos fundamentais, servindo, ainda, de parâmetro à interpretação de todo o sistema constitucional.¹¹⁵ Por isso, pode-se dizer que os direitos fundamen-

112. Cf. HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*, *Revista IIDH*, vol. 39, San José: IIDH, 2004, p. 92-96.

113. GARCIA, Maria. *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana, a ética da responsabilidade*. São Paulo: RT, 2004, p. 211. Aceito o conceito exposto, diz Artur Cortez Bonifácio, “importa reforçar um conteúdo ético que é anterior e inerente ao ser humano, e que faz da dignidade da pessoa humana um supervalor, um predicado da personalidade, ao lado de um componente normativo, jurídico-constitucional e de direito internacional público, a reclamar a sua concretização internamente e no espaço público internacional” (*O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*, cit., p. 174).

114. Cf. GONZÁLEZ PEREZ, Jesus. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986, p. 200-203.

115. Como anota Artur Cortez Bonifácio, o princípio da dignidade da pessoa humana “é um dos princípios de maior grau de indeterminação e também uma das fontes mais recorridas da Constituição, especialmente por: justificar as ações do Estado Democrático de Direito em favor dos direitos fundamentais, consolidando um encadeamento lógico-jurídico de um

tais são *conditio sine qua non* do Estado Constitucional e Humanista de Direito, ocupando o grau superior da ordem jurídica.¹¹⁶

A Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*) deu ao princípio da dignidade humana significado tão importante que o colocou no topo da Constituição, em seu primeiro artigo. Segundo esse dispositivo, inserido no capítulo primeiro da Carta alemã, intitulado *Os Direitos Fundamentais*, “a dignidade do homem é inviolável”, estando os Poderes Públicos “obrigados a respeitá-la e a protegê-la” (art. 1, n. 1). Assim estatuinto, passa a dignidade humana a ser declarada como o pressuposto último e o fundamento mais ético da realização da *missão constitucional*. Esse fundamento ético é “anterior ao direito e à sua positivação na ordem jurídica, representado no valor do homem em si e na sua existência, esta afirmada com autonomia e respeito à natureza humana, mas, sobretudo, plantada na consciência do reconhecimento de que todos são iguais”.¹¹⁷

Dessa forma, com base na própria Carta da República de 1988, é de se entender que, em se tratando de *direitos humanos* provenientes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, há de ser sempre aplicado, no caso de conflito entre o produto normativo convencional e a Lei Magna Fundamental, o princípio (de hermenêutica internacional) *pro homine*, expressamente assegurado pelo art. 4.º, II, da Constituição.

modelo de democracia voltada para a justiça social; conferir um sentido unitário à Constituição; ou realizar uma ponderação de valores tendo em conta as normas e valores constitucionais” (*O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*, cit., p. 174-175).

116. V. GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito supra-constitucional...*, cit., p. 188-198.

117. BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*, cit., p. 175. Ainda segundo Bonifácio: “Mais do que isso, a dignidade da pessoa humana é o valor que conduz ao caráter universal dos direitos fundamentais, o elo e o sentido de toda uma construção dogmática histórica que vem ganhando força e efetividade nos processos de afirmação do constitucionalismo e do direito internacional público recente” (Idem, p. 175).

Não se pode esquecer a lição de PETER HÄBERLE, para quem se tem que caracterizar a Constituição como um “sistema de valores”, impedindo-se entender os “valores” no sentido de um firmamento abstrato de valores. Segundo HÄBERLE, os valores não são “impuestos desde fuera, o por encima, de la Constitución y el ordenamiento jurídico. No imponen ninguna pretensión de validez apriorística, que esté por encima del espacio y el tiempo. Ello contradiría el espíritu de la Constitución, que es una amplia ordenación de la vida del presente, que debe fundarse en la ‘singular índole’ de este presente y coordinar las fuerzas vitales de una época a fin de lograr una unidad. Si se impusiera un reino de valores desde arriba, se desconocería también el valor intrínseco y la autonomía de lo jurídico”.¹¹⁸ Em outras palavras, como leciona BIDART CAMPOS, num sistema de normas “que comparten una misma jerarquía jamás puede interpretarse en el sentido de que unas deroguen, cancelem, neutralicen, excluyan o dejen sin efecto a otras, porque *todas* se integran coherentemente, y deben mantener su significado y su alcance en armonía recíproca y en compatibilidad dentro del conjunto”.¹¹⁹

O outro princípio a complementar a garantia *pro homine* é o da prevalência dos direitos humanos, consagrado expressamente pelo art. 4.º, II, da Constituição brasileira de 1988. Este princípio faz comunicar a ordem jurídica internacional com a ordem interna, estabelecendo um critério hermenêutico de solução de antinomias que é a consagração do próprio princípio da norma mais favorável, a determinar que, em caso de conflito entre a ordem internacional e a ordem interna, a “prevalência” – ou seja, a norma que terá primazia – deve ser sempre do ordenamento que melhor proteja os direitos humanos.¹²⁰

118. HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003, p. 9-10.

119. BIDART CAMPOS, German J. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Tomo III, cit., p. 277.

120. Como leciona ARTUR CORTEZ BONIFÁCIO, o art. 4.º da Constituição “pontua um elo entre o direito constitucional internacional e o direito interna-

Percebe-se, portanto, que o princípio internacional *pro homine* tem autorização constitucional para ser aplicado entre nós como resultado do diálogo entre fontes internacionais (tratados de direitos humanos) e de direito interno.

2.5.2 O respeito aos tratados internacionais e os controles de convencionalidade (difuso e concentrado) e de supralegalidade das normas infraconstitucionais

Como já se falou anteriormente, não basta que a norma de direito doméstico seja compatível apenas com a Constituição Federal, devendo também estar apta para integrar a ordem jurídica internacional sem violação de qualquer dos seus preceitos. *A contrario sensu*, não basta a norma infraconstitucional ser compatível com a Constituição e incompatível com um tratado ratificado pelo Brasil (seja de direitos humanos, que tem a mesma hierarquia do texto constitucional, seja um tratado comum, cujo *status* é de norma supralegal), pois, nesse caso, operar-se-á de imediato a terminação

cional e deve ser interpretado sob a ótica consensual que aproxima os sistemas, mas devemos admitir uma leve prevalência em favor do direito internacional público”, pois nele temos “a declaração de vários princípios de direito internacional geral, verdadeiras normas de *jus cogens*, tais como o princípio da independência nacional, a prevalência dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos, a não-intervenção, a igualdade entre os Estados, a defesa da paz, a solução pacífica dos conflitos, o repúdio ao terrorismo, a concessão de asilo político e a integração” e, assim sendo, todos eles compõem “um conjunto normativo e axiológico que o Constituinte brasileiro tratou de assegurar, diante da fragilidade das instituições democráticas do Estado brasileiro recém-saído do arbítrio” (*O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*, cit., p. 201). Daí se entender, junto a OTTO BACHOF, que um Estado até poderá desrespeitar tais princípios, ou mesmo fazer passar também por “direito” as prescrições e os atos estaduais que os desrespeitem, podendo impor a observância destes pela força, porém “um tal direito aparente nunca terá o suporte do consenso da maioria dos seus cidadãos e não pode, por conseguinte, reivindicar a obrigatoriedade que o legitimaria” (*Normas constitucionais inconstitucionais?*, cit., p. 2).

da *validade* da norma (que, no entanto, continuará *vigente*, por não ter sido expressamente revogada por outro diploma congêneres de direito interno).

A compatibilidade do direito doméstico com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país faz-se por meio do *controle de convencionalidade*, que é complementar e coadjuvante (jamais *subsidiário*) do conhecido controle de constitucionalidade.¹²¹ A expressão “controle de *convencionalidade*” ainda é pouco conhecida no Brasil, não tendo sido objeto de qualquer estudo entre nós até o presente momento. O controle de convencionalidade tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, *lato sensu*, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional. Já o *controle de supralegalidade*, que estudaremos mais à frente, é a compatibilização das leis com os tratados internacionais *comuns* que se situam acima delas, por deterem *status* supralegal.¹²²

121. Para um paralelo entre os controles de convencionalidade e de constitucionalidade na França, v. SILVA IRARRAZAVAL, Luis Alejandro, El control de constitucionalidad de los actos administrativos en Francia y el control indirecto de constitucionalidad de la ley: la teoría de la ley pantalla, *Ius et Praxis*, vol. 12, n. 2 (2006), p. 201-219.

122. Frise-se, por oportuno, que nos trabalhos anteriores que publicamos (v.g., MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro, cit., p. 364-366) chamávamos de controle de *legalidade* (em sentido *lato*) a compatibilidade vertical das leis com os tratados internacionais comuns. Neste livro, com o estudo já mais maduro, avançamos em nosso pensamento e atribuímos o nome mais técnico (“controle de *supralegalidade*”) ao referido controle, reservando a expressão “controle de *legalidade*” ao estrito caso da compatibilidade das normas infralegais (v.g., um decreto) com as leis internas. Assim, no nosso pensamento atual existem *quatro* tipos de controle da produção normativa doméstica: *a*) controle de constitucionalidade (difuso e concentrado); *b*) controle de convencionalidade (difuso e concentrado); *c*) controle de supralegalidade (para os tratados internacionais comuns); e *d*) controle de legalidade. Para detalhes, v. item 2.5.2.2, *infra*.

Nesse sentido, entende-se que o controle de convencionalidade (ou o de supralegalidade) deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional relativamente aos tratados aos quais o país se encontra vinculado. Trata-se de *adaptar* ou *conformar* os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para este deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano do seu direito interno.¹²³ Doravante, não somente os tribunais internacionais (ou supranacionais)¹²⁴ devem realizar esse tipo de controle, mas também os tribunais internos.¹²⁵ O fato de serem os tratados internacionais (notadamente os de direitos humanos) imediatamente aplicáveis no âmbito do direito doméstico, garante a legitimidade dos controles de convencionalidade e de supralegalidade das leis no Brasil.¹²⁶

123. V., assim, a lição de ALCALÁ, Humberto Nogueira, Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales, *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, año 5, n. 1, 2007, p. 87: “Los órganos que ejercen jurisdicción constitucional e interpretan el texto constitucional, Tribunal Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Cortes de Apelaciones, deben realizar sus mejores esfuerzos en armonizar el derecho interno con el derecho internacional de los derechos humanos. Asimismo, ellos tienen el deber de aplicar preferentemente el derecho internacional sobre las normas de derecho interno, ello exige desarrollar un control de convencionalidad sobre los preceptos legales y administrativos en los casos respectivos, como ya lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid”.

124. Tais tribunais são aqueles criados por convenções entre Estados, em que estes se comprometem, no pleno e livre exercício de sua soberania, a cumprir tudo o que ali fôra decidido e a dar sequência, no plano do seu direito interno, ao cumprimento de suas obrigações estabelecidas na sentença, sob pena de responsabilidade internacional.

125. Cf. SAGÜÉS, Néstor Pedro. El “control de convencionalidad”, en particular sobre las Constituciones nacionales, cit., p. 2-3.

126. Cf., nesse sentido, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso v. Peru*, de 24 de novembro de 2006, voto apartado do Juiz SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, parágrafos 1-13.

Para realizar o controle de convencionalidade (ou o de supra-legalidade) das normas de direito interno, os tribunais locais não requerem qualquer autorização internacional. Tal controle passa, doravante, a ter também caráter *difuso*, a exemplo do controle difuso de constitucionalidade, em que qualquer juiz ou tribunal pode (e deve) se manifestar a respeito. Desde um juiz singular (estadual ou federal) até os tribunais estaduais (Tribunais de Justiça dos Estados) ou regionais (v.g., Tribunais Regionais Federais) ou mesmo os tribunais superiores (STJ, TST, TSE, STF etc.), todos eles podem (e devem) controlar a convencionalidade ou supralegalidade das leis pela via incidente. À medida que os tratados forem sendo incorporados ao direito pátrio os tribunais locais – estando tais tratados em vigor no plano internacional – podem, desde já e independentemente de qualquer condição ulterior, compatibilizar as leis domésticas com o conteúdo dos tratados (de direitos humanos ou comuns) vigentes no país.¹²⁷ Em outras palavras, os tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro passam a ter eficácia paralisante (para além de derogatória) das demais espécies normativas domésticas, cabendo ao juiz coordenar essas fontes (internacionais e internas) e escutar o que elas dizem.¹²⁸ Mas, também, pode ainda existir o controle de

127. A esse respeito, assim se expressou o Juiz SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, no seu voto citado: “Si existe esa conexión clara y rotunda – o al menos suficiente, inteligible, que no naufrague en la duda o la diversidad de interpretaciones –, y en tal virtud los instrumentos internacionales son inmediatamente aplicables en el ámbito interno, los tribunales nacionales pueden y deben llevar a cabo su propio ‘control de convencionalidad’. Así lo han hecho diversos órganos de la justicia interna, despejando el horizonte que se hallaba ensombrecido, inaugurando una nueva etapa de mejor protección de los seres humanos y acreditando la idea – que he reiterado – de que la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, pero no sustituto, el internacional” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso v. Peru*, de 24 de novembro de 2006, voto apartado do Juiz Sergio García Ramírez, parágrafo 11).

128. V. JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, cit., p. 259.

convencionalidade *concentrado*¹²⁹ no Supremo Tribunal Federal, como abaixo se dirá, na hipótese dos tratados de direitos humanos (e somente destes) aprovados pelo rito do art. 5.º, § 3.º, da Constituição¹³⁰ (uma vez ratificados pelo Presidente, após essa aprovação qualificada). Tal demonstra que, de agora em diante, os parâmetros de controle concentrado (de constitucionalidade/convencionalidade) no Brasil são a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.

Assim, é bom deixar claro que o controle de convencionalidade *difuso* existe entre nós desde a promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988, e desde a entrada em vigor dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil após essa data, não obstante nenhuma doutrina pátria (até o momento) ter feito referência a esta terminologia. Tanto é certo que o controle de convencionalidade difuso existe desde a promulgação da Constituição, que o texto do art. 105, III, *a*, da Carta de 1988 – tomando-se como exemplo o controle no Superior Tribunal de Justiça – diz expressamente que a este tribunal compete “julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida *contrariar tratado* ou lei federal, ou negar-lhes vigência” [grifo nosso].¹³¹ Já o controle de convencionalidade

129. Nesse caso, não se fala em controle de *supralegalidade*. Ou seja, o controle de convencionalidade *concentrado* só diz respeito aos tratados de *direitos humanos*, e mesmo assim somente àqueles aprovados (e em vigor) pela sistemática do art. 5.º, § 3.º da Constituição.

130. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional...*, cit., p. 239.

131. O art. 105, III, *a*, da Constituição também serve para que o STJ realize o *controle de supralegalidade* das leis internas em relação aos tratados internacionais *comuns* que estão acima delas. No exemplo que acabamos de dar, chamamos o controle realizado no STJ de controle difuso de *convencionalidade* (expressão reservada aos tratados com hierarquia constitucional) por supor-se tratar da compatibilidade das leis com um tratado de *direitos humanos*. Porém, caso a análise pelo STJ diga respeito a um tratado *comum*, neste caso o controle ali realizado é de *supralegalidade*.

concentrado, este sim, nascera apenas em 8 de dezembro de 2004, com a promulgação da Emenda Constitucional 45.

O controle de *supralegalidade* é sempre exercido pela via de exceção, ou seja, é sempre *difuso*; já o controle de *convencionalidade* poderá ser *difuso* ou *concentrado*, neste último caso quando o tratado de direitos humanos for aprovado pela sistemática do art. 5.º, § 3.º, da Constituição e entrar em vigor no Brasil (entenda-se, após *ratificado*...) com equivalência de emenda constitucional.

Doravante, nossa atenção se voltará apenas ao controle de *convencionalidade* das leis, quer na modalidade *difusa* ou na *concentrada*. Sobre o tema do controle de *supralegalidade* voltaremos no item 2.5.2.2, *infra*.

Pois bem, como já falamos acima, o chamado controle de *convencionalidade* é coadjuvante do controle de constitucionalidade das leis, jamais *subsidiário* deste. Iludem-se aqueles que bifurcam os controles de *convencionalidade* e *constitucionalidade* e entendem que o primeiro é somente exercido por tribunais *internacionais*, ao passo que o segundo é somente exercido por tribunais *internos*. Da mesma forma, iludem-se os que aceitam o exercício do controle de *convencionalidade* por parte de tribunais *internos*, mas o entendem somente assimilável ao controle de *constitucionalidade* quando o conteúdo das disposições *convencional* e *constitucional* for materialmente idêntico.¹³² Como o leitor atento já pôde perceber, segundo a tese que estamos a desenvolver, o controle de *convencionalidade das leis* terá lugar exatamente quando os conteúdos da Constituição e dos tratados de direitos humanos *não forem idênticos*. Se forem, não há que se falar em passar a lei por qualquer outro exame de compatibilidade vertical material além daquele que tem por paradigma a Constituição. É evidente que *não sendo idênticos* os conteúdos do texto constitucional e do tratado de direitos humanos,

132. Nesse sentido, v. DOKHAN, David, *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*, Paris: LGDJ, 2001, p. 301; e GOHIN, Olivier, *Le Conseil d'État et le contrôle de la constitutionnalité de la loi*, *Revue Française de Droit Administratif*, 16(6), nov.-dec. 2000, p. 1183-1184.

a antinomia existente *entre eles* (ou seja, entre a própria Constituição e o tratado internacional em questão) será resolvida pela aplicação do princípio internacional *pro homine*, segundo o qual a primazia deve ser da norma que, no caso concreto, mais proteja os direitos da pessoa em causa. Contudo, o problema que estamos a tratar neste momento é outro, pois diz respeito à incompatibilidade *das leis*, ou seja, das normas *infraconstitucionais* (e, porque não dizer, *infraconvencionais*, uma vez que também estão abaixo dos tratados *comuns*) com os tratados de direitos humanos (os quais têm sempre, como já se estudou, *status* de norma constitucional, tenham ou não sido aprovados por maioria qualificada no Congresso Nacional). É exatamente nesta última hipótese – leis *compatíveis* com a Constituição, mas *violadoras* das normas internacionais de direitos humanos em vigor – que tem lugar o “controle de convencionalidade”, tanto o difuso como o concentrado.

É interessante ainda observar que o controle de convencionalidade das leis tem um *plus* em relação ao seu controle de constitucionalidade. Isto porque enquanto o controle de constitucionalidade só é possível de ser exercido por parte de tribunais internos, o de convencionalidade tem lugar tanto no plano internacional como no plano interno. Em outras palavras, o controle de constitucionalidade das leis é *menos amplo* que o seu controle de convencionalidade, o qual pode ser exercido tanto por parte de tribunais internacionais como por parte de tribunais internos.

Neste estudo, ênfase especial se está a atribuir ao controle de convencionalidade a ser exercido pelo Poder Judiciário *interno* (ou seja, pelo Judiciário *estatal*), tema que até a publicação da 1.^a edição deste livro jamais havia sido versado na doutrina brasileira (e, de nosso conhecimento, também na doutrina interamericana).

Enfim, esta compatibilidade do direito doméstico (infraconstitucional) com os tratados em vigor no Brasil, da mesma forma que no caso da compatibilidade com a Constituição, também deve ser realizada, simultaneamente, em dois âmbitos: (1) relativamente aos direitos previstos nos tratados de direitos humanos pelo Brasil ratificados (controle de convencionalidade) e (2) em

relação àqueles direitos previstos nos tratados *comuns* em vigor no país, tratados estes que se encontram *abaixo* da Constituição, mas *acima* de toda a normatividade infraconstitucional (controle de supralegalidade).

Vejamos, então, cada qual dessas duas hipóteses nos itens 2.5.2.1 e 2.5.2.2 seguintes.

2.5.2.1 Os direitos previstos nos tratados de direitos humanos

Como se disse, deve haver *dupla* compatibilidade vertical material para que a produção do direito doméstico seja vigente e válida dentro da ordem jurídica brasileira. A *primeira* compatibilidade vertical desdobra-se em duas: a da Constituição e a dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. A compatibilidade com a Constituição (com seus direitos expressos e implícitos) já estudamos. Resta agora verificar a compatibilidade das leis com os tratados de direitos humanos em vigor no país. Esta segunda parte da primeira compatibilidade vertical material diz respeito somente aos tratados de *direitos humanos*, sem a qual nenhuma lei na pós-modernidade sobrevive. Versaremos, aqui, a compatibilidade que têm de ter as leis relativamente aos direitos expressos nos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

São de fácil visualização os direitos *expressos* nos tratados dos quais a República Federativa do Brasil é parte. Todos se encontram publicados no *Diário Oficial da União* desde sua promulgação pelo Presidente da República, após ratificados e após terem sido seus instrumentos respectivos depositados no Secretariado da Organização das Nações Unidas.¹³³

A falta de compatibilização do direito infraconstitucional com os direitos previstos nos tratados de que o Brasil é parte *inválida* a norma doméstica respectiva,¹³⁴ fazendo-a cessar de operar no mundo

133. V. o art. 102 da Carta da ONU.

134. V., nesse sentido, ROSA, Alexandre Morais da, *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*, cit., p. 97, quando aduz: “O processo de aferição de validade do ordenamento infraconstitucional,

jurídico. Frise-se que tais normas domésticas infraconstitucionais, que não passaram incólumes à segunda etapa da primeira compatibilização vertical material, deixam de ser *válidas* no plano jurídico, mas ainda continuam *vigentes* nesse mesmo plano, uma vez que sobreviveram ao primeiro momento da primeira compatibilidade vertical material (a compatibilidade com a Constituição). Por isso, a partir de agora, dever-se-á ter em conta que nem toda lei *vigente* é uma lei *válida*,¹³⁵ e o juiz estará obrigado a deixar de aplicar a lei inválida (contrária a um direito previsto em tratado em vigor no país), não obstante ainda vigente (porque de acordo com a Constituição).

Esse exercício que o juiz doravante deverá fazer na aplicação (ou inaplicação) de uma lei infraconstitucional deverá basear-se no *diálogo das fontes*, uma vez que para se chegar à justiça da decisão deverá o magistrado compreender a lógica (*logos*) da dupla (*dia*) compatibilidade vertical material, a fim de dar ao caso concreto a melhor solução. Essa tese foi aceita pelo Min. CELSO DE MELLO em antológico voto (HC 87.585-8/TO¹³⁶) lido no plenário do Supremo Tribunal Federal no dia 12 de março de 2008, no qual reconheceu o valor constitucional dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira, independentemente da aprovação legislativa qua-

então, deixa de ser algo realizado somente em 06 de outubro de 1988 ou mesmo da edição das emendas constitucionais, passando a ter caráter plenamente dinâmico, advindo da expedição de diplomas de *Direitos Humanos* na ordem internacional. Importa perceber que desde a Constituição de 1988 o rol de normas de *Direitos Fundamentais*, em decorrência do art. 5.º, § 2.º, engloba, também, os tratados antecedentes em que a República Federativa do Brasil era parte”. E conclui, mais à frente: “Em sendo, os *Direitos Humanos*, normas de *status* constitucional, todas as disposições infraconstitucionais devem passar pelo seu conteúdo material e formal de validade, de viés garantista” (*Op. cit.*, p. 140), o que nada mais é que o *controle de convencionalidade difuso* das leis que estamos a propor neste estudo.

135. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, cit., p. 20-22.

136. O caso dizia respeito à sempre debatida questão da impossibilidade de prisão civil de depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia.

lificada (pelo § 3.º do art. 5.º da Constituição). Ficou ali assentado, pelo Min. CELSO DE MELLO, que as fontes internas e internacionais devem “dialogar” entre si a fim de resolver a questão antinômica entre o tratado e a lei interna brasileira. Nas suas palavras: “Posta a questão nesses termos, a controvérsia jurídica remeter-se-á ao exame do conflito entre as fontes internas e internacionais (ou, mais adequadamente, *ao diálogo entre essas mesmas fontes*), de modo a se permitir que, tratando-se de convenções internacionais de direitos humanos, estas guardem primazia hierárquica em face da legislação comum do Estado brasileiro, sempre que se registre situação de antinomia entre o direito interno nacional e as cláusulas decorrentes de referidos tratados internacionais” [grifo nosso].¹³⁷

O que se nota com total clareza no voto do ilustre Ministro é que o seu novo entendimento – que revogara sua própria orientação anterior, que era no sentido de atribuir aos tratados de direitos humanos *status* de lei ordinária (v. HC 77.631-5/SC, DJU 158-E, de 19.08.1998, Seção I, p. 35) – aceita agora a tese do “diálogo das fontes” e a aplicação do princípio internacional *pro homine*. Referido princípio é um dos mais notáveis frutos da pós-modernidade jurídica, que representa a fluidez e a dinâmica que devem existir no âmago da questão relativa aos conflitos normativos. O que fez o Min. CELSO DE MELLO no HC 87.585-8/TO – para negar aplicação das leis que impõem prisão civil de depositário infiel – foi *controlar a convencionalidade* de tais normas em face da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) e do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (1966). Referido controle ficou claro quando reconheceu o Ministro que “existe evidente *incompatibilidade material superveniente* entre referidas cláusulas normativas [que impõem a prisão civil] e o Pacto de São José da Costa Rica” [grifo nosso].¹³⁸

137. V. STF, HC 87.585-8/TO, Voto-vista do Min. CELSO DE MELLO, de 12.03.2008, p. 19.

138. STF, HC 87.585-8/TO, Voto-vista do Min. CELSO DE MELLO, de 12.03.2008, p. 54.

É alentador perceber o avanço da jurisprudência brasileira no que tange à aplicação do *diálogo das fontes* e do princípio internacional *pro homine*. Tudo isso somado nos leva a concluir que a recente jurisprudência brasileira dá mostras de que já aceita as soluções pós-modernas para o problema das antinomias entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno. Dá mostras, também, de que tais problemas devem ser encarados não como uma via de mão única, mas como uma rota de várias vias possíveis. Essa nova concepção jurídica atribui à força expansiva dos direitos humanos um especial realce: o de servir ao direito como instrumento da paz. Esse valor *paz* reconhecido pela força expansiva dos princípios em geral e, em especial, dos direitos humanos, é sempre *anterior* às normas jurídicas que o absorvem, além de sempre *mais amplo* que elas.

Como se percebe, a aplicação desse critério não exclui mutuamente uma ou outra ordem jurídica, mas antes as complementa, fazendo com que a produção do direito doméstico também “escute” o diálogo entre a Constituição e os tratados de direitos humanos, que estão em mesmo pé de igualdade que ela. Em outras palavras, a Constituição não exclui a aplicação dos tratados, e nem estes excluem a aplicação dela, mas ambas as normas (Constituição e tratados) se unem para servir de obstáculo às normas infraconstitucionais que violem os preceitos ou da Constituição ou dos tratados de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte. As normas infraconstitucionais, doravante, para serem *vigentes e válidas*, deverão submeter-se a esse novo exame de compatibilidade vertical material, solução esta mais fluida (e, portanto, capaz de melhor favorecer a “evolução do direito”¹³⁹) e mais consentânea com os ditames da pós-modernidade jurídica.

Por meio dessa solução que se acaba de expor, repita-se, não será a Constituição que excluirá a aplicação de um tratado ou vice-

139. CARNELUTTI, FRANCESCO. *Teoria geral do direito*. Trad. de A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006, p. 188.

versa, mas ambas essas supernormas (Constituição e tratados) é que irão se *unir* em prol da construção de um direito infraconstitucional compatível com ambas, sendo certo que a incompatibilidade desse mesmo direito infraconstitucional com apenas uma das supernormas já o invalida por completo. Com isto, possibilita-se a criação de um Estado Constitucional e Humanista de Direito em que *todo* o direito doméstico guarde total compatibilidade tanto com a Constituição quanto com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado, chegando-se, assim, a uma ordem jurídica interna *perfeita*, que tem no valor dos direitos humanos sua maior racionalidade, principiologia e sentido.¹⁴⁰

É ainda importante esclarecer que, segundo a ótica do sistema internacional de direitos humanos (especialmente do sistema interamericano), o controle de convencionalidade pode ser exercido inclusive em face do texto constitucional, a fim de compatibilizá-lo com os instrumentos internacionais de direitos humanos.¹⁴¹ No caso *A Última Tentação de Cristo Vs. Chile*, entendeu a Corte Interamericana que a responsabilidade internacional de um Estado pode decorrer de atos ou omissões de qualquer um dos seus poderes ou órgãos, *independentemente de sua hierarquia*, mesmo que o fato violador provenha de uma norma constitucional (no caso, o art. 19, n. 12, da Constituição chilena, que estabelecia a censura prévia na produção cinematográfica, em flagrante violação ao art. 13 da Convenção Americana, que garante o direito de liberdade de pensamento e de expressão).¹⁴² Daí a importância do “diálogo das fontes” para as soluções de antinomias entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno, especialmente quando este último é

140. Cf. GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito supraconstitucional...*, cit., p. 188-198.

141. V. SAGÜES, Néstor Pedro. El “control de convencionalidad”, en particular sobre las Constituciones nacionales, cit., p. 2.

142. V. CIDH, *Caso A Última Tentação de Cristo (Olmedo Bustos e outros) Vs. Chile*, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 5 de fevereiro de 2001, Série C, n. 73, parágrafo 72. Sobre o tema, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, cit., p. 20-21.

versado em norma constitucional. Da mesma forma que existem normas constitucionais inconstitucionais,¹⁴³ existem normas constitucionais *inconvencionais*.¹⁴⁴ Mas para sanar tais incompatibilidades (antinomias) deve o operador do direito aplicar o princípio internacional *pro homine*, segundo o qual deve prevalecer a norma que, no caso concreto, mais proteja os direitos da pessoa em causa.

Não se pense que a teoria da dupla compatibilidade vertical material, bem como a do controle (difuso e concentrado) de convencionalidade, está a afastar o “diálogo das fontes”. De maneira alguma. Quando a norma infraconstitucional é *mais benéfica* que o texto constitucional ou que as normas internacionais de proteção, é *ela* que deve ser aplicada em detrimento daqueles (lembre-se que a permissão para tanto vem da própria normativa internacional, por meio das suas “cláusulas de diálogo”,¹⁴⁵ de que é exemplo o art. 29,

143. Cf. BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*, cit., p. 12-13 e 48-70, respectivamente. No nosso entender, a inconstitucionalidade das normas constitucionais só pode ter lugar relativamente às normas constitucionais derivadas (resultado de revisão constitucional), e não no que tange às normas constitucionais originárias. Sobre o tema, cf. o Acórdão n. 480/89, do Tribunal Constitucional português (originalmente publicado no *Diário da República*, 2ª série, n. 26, de 31/01/1990), in MIRANDA, Jorge, *Jurisprudência constitucional escolhida*, vol. III, Lisboa: Universidade Católica Editora, 1997, p. 825-840.

144. V. DOKHAN, David. *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs...*, cit., p. 210 e ss, sobre o “contrôle de conventionnalité” das próprias normas constitucionais. Frise-se que, para nós, a *inconvencionalidade* das normas constitucionais – diferentemente da hipótese anteriormente referida das normas constitucionais *inconstitucionais*, que são apenas possíveis em relação às normas constitucionais produto de *emenda* – pode se dar tanto em relação às normas constitucionais derivadas (provenientes do poder constituinte reformador) quanto em relação às próprias normas constitucionais *originárias* (principalmente pelo fato de ser a *Constituição* que está inserida em uma *ordem jurídica internacional*, e não o contrário).

145. A expressão (já se disse no Capítulo 1, item 1.4) é de nossa autoria. A mesma foi utilizada originalmente em nossa Tese de Doutorado da

b, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). O problema que surge – e aí se aplica a teoria da dupla compatibilidade vertical material e o consequente controle de convencionalidade – vai dizer respeito ao caso em que a *lei* interna é em tudo *compatível* com a Constituição, mas *viola* um tratado de direitos humanos por ser *menos benéfica* que este. Nesse caso, aplicando novamente o “diálogo das fontes”, é evidente que terá lugar a aplicação do tratado em detrimento tanto da Constituição (que autoriza algo *menos benéfico* que ele) como da lei interna (que operacionaliza essa *proteção a menor*). Ocorre que, diferentemente do conflito entre a Constituição e os tratados de direitos humanos, as leis internas menos benéficas (as quais têm garantia constitucional de sobrevivência, pois *compatíveis* com a Constituição) permanecem perambulando nos compêndios legislativos publicados. Assim, como já falamos por mais de uma vez, tais leis são *vigentes*, mas não podem ser tidas como *válidas* dentro da ordem interna. Por tal motivo é que devem ser declaradas *inválidas* pelo Poder Judiciário, o que é somente possível controlando sua *convencionalidade*, isto é, compatibilizando-as com as normas internacionais de direitos humanos que têm hierarquia (*material*, no mínimo) de normas constitucionais, podendo tal controle ser exercido quer pela via de exceção (controle difuso), quer por meio de ação direta (controle concentrado).

No que tange ao respeito que deve ter o direito doméstico em relação aos tratados de direitos humanos, surge, ainda, uma questão a ser versada. Trata-se daquela relativa aos tratados de direitos humanos aprovados por três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, tal como estabelece o art. 5.º, § 3.º, da Constituição de 1988. Nesse caso, ter-se-á no direito brasileiro a possibilidade de controle de convencionalidade *concentrado*, como passaremos a expor. Antes disso, porém, merece ser citada – para fins de críticas – a lição de JOSÉ

UFRGS (novembro de 2008). Sobre o tema, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, cit., p. 116-128.

AFONSO DA SILVA, para quem somente haverá inconstitucionalidade (*inconvencionalidade...*) se as normas infraconstitucionais “violarem as normas internacionais acolhidas na forma daquele § 3.º”, ficando então “sujeitas ao sistema de controle de constitucionalidade na via incidente [controle *difuso*] como na via direta [controle *concentrado*]”. Quanto às demais normas que não forem acolhidas pelo art. 5.º, § 3.º, segundo o mesmo José Afonso da Silva, elas “ingressam no ordenamento interno no nível da lei ordinária, e eventual conflito com as demais normas infraconstitucionais se resolverá pelo modo de apreciação da colidência entre *lei especial e lei geral* [que são os clássicos critérios de solução de antinomias]”.¹⁴⁶

No raciocínio do professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, apenas os tratados de direitos humanos acolhidos na forma do art. 5.º, § 3.º, seriam paradigma de controle de constitucionalidade (para nós, de *convencionalidade...*), tanto na via incidente (*controle difuso*) como na via direta (*controle concentrado*). Os demais tratados (de direitos humanos ou não) que forem incorporados sem a aprovação qualificada não valeriam como paradigma de compatibilização vertical, caso em que o conflito de normas seria resolvido pela aplicação dos critérios clássicos de solução de antinomias (segundo o autor, “pelo modo de apreciação da colidência entre *lei especial e lei geral*”¹⁴⁷).

Contrariamente a essa posição, da qual também outros autores já divergiram,¹⁴⁸ podemos lançar algumas observações.

146. V., por tudo, SILVA, José Afonso da, *Comentário contextual à Constituição*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 179. Cf. repetição da mesma lição em SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 183.

147. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 179; e SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 183.

148. V. as críticas de BONIFÁCIO, Artur Cortez, *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*, cit., p. 211-214, a esse pensamento de José Afonso da Silva, mas com fundamentos diferentes dos nossos.

A primeira delas é a de que se sabe que não é necessária a aprovação dos tratados de direitos humanos pelo *quorum* qualificado do art. 5.º, § 3.º, da Constituição, para que tais instrumentos tenham *nível* de normas constitucionais. O que o art. 5.º, § 3.º, do texto constitucional fez foi tão somente atribuir “equivalência de emenda” a tais tratados, e não o *status* de normas constitucionais que eles já detêm pelo art. 5.º, § 2.º, da Constituição. Portanto, dizer que os tratados são “equivalentes às emendas” não é a mesma coisa que dizer que eles “têm *status* de norma constitucional”.¹⁴⁹ Sem retomar essa discussão (feita no Capítulo 1 deste livro), importa dizer que, uma vez aprovado determinado tratado de direitos humanos pelo *quorum* qualificado do art. 5.º, § 3.º, da Constituição, tal tratado será *formalmente constitucional*, o que significa que ele passa a ser paradigma de controle (concentrado) de constitucionalidade/convencionalidade.¹⁵⁰ Assim, à medida que esses tratados passam a ser *equivalentes às emendas constitucionais*, fica autorizada a propositura (no STF) de todas as *ações constitucionais* existentes para garantir a estabilidade da Constituição e das normas a ela equiparadas, a exemplo dos tratados de direitos humanos formalmente constitucionais.

Em outras palavras, o que se está aqui a defender é o seguinte: quando o texto constitucional (no art. 102, I, *a*) diz competir precipuamente ao Supremo Tribunal Federal a “guarda da Constituição”, cabendo-lhe julgar originariamente as ações diretas de inconstitucionalidade (ADIn) de lei ou ato normativo federal ou estadual ou a ação declaratória de constitucionalidade (ADECON)

149. V. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, cit., p. 817-847; e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, O novo § 3.º do art. 5.º da Constituição e sua eficácia, cit., p. 89-109.

150. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno, in MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAÑADO TRINDADE, Antonio Augusto; PEREIRA, Antonio Celso Alves (coords.), *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 207.

de lei ou ato normativo federal, está autorizando que os legitimados próprios para a propositura de tais ações (constantes do art. 103 da Carta) ingressem com essas medidas sempre que a *Constituição* ou qualquer norma a ela equivalente (v.g., um tratado de direitos humanos internalizado com *quorum* qualificado) estiver sendo violada por quaisquer normas infraconstitucionais. A partir da Emenda 45/2004, é necessário entender que a expressão “guarda da Constituição”, utilizada pelo art. 102, I, *a*, alberga, além do texto da Constituição propriamente dito, também as normas constitucionais por equiparação, como é o caso dos tratados de direitos humanos formalmente constitucionais. Assim, ainda que a Constituição silencie a respeito de um determinado direito, mas estando esse mesmo direito previsto em tratado de direitos humanos *constitucionalizado* pelo rito do art. 5.º, § 3.º, passa a caber, no Supremo Tribunal Federal, o controle concentrado de constitucionalidade/convencionalidade (v.g., uma ADIn) para compatibilizar a norma infraconstitucional com os preceitos do tratado constitucionalizado.¹⁵¹ Aparece, aqui, a possibilidade de invalidação *erga omnes* das leis domésticas incompatíveis com as normas dos tratados de direitos humanos.

A rigor, não se estaria, aqui, diante de controle de *constitucionalidade* propriamente dito (porque, no exemplo dado, a lei infraconstitucional é *compatível* com a Constituição), mas sim diante do controle de *convencionalidade* das leis, o qual se operacionaliza no plano jurídico tomando-se por empréstimo uma ação do controle concentrado de constitucionalidade (v.g., uma ADIn, uma ADECON ou uma ADPF), na medida em que o tratado-paradigma em causa é *equivalente* a uma norma constitucional. O exercício do controle de convencionalidade deve paralisar a aplicação de uma lei mesmo

151. V., nesse exato sentido, MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição constitucional...*, cit., p. 239, que diz: “Independentemente de qualquer outra discussão sobre o tema, afigura-se inequívoco que o Tratado de Direitos Humanos que vier a ser submetido a esse procedimento especial de aprovação [nos termos do § 3.º do art. 5.º da Constituição] configurará, para todos os efeitos, parâmetro de controle das normas infraconstitucionais”.

quando ela seja constitucional.¹⁵² Neste caso em específico, a lei *constitucional* é, não obstante, totalmente *inconvenional*, e, por isso, *inválida* na ordem jurídica interna.

Ora, se a Constituição possibilita sejam os tratados de direitos humanos alçados ao patamar constitucional, com *equivalência de emenda*, por questão de lógica deve também garantir-lhes os meios que prevê a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional. Nesse sentido, é plenamente defensável a utilização das ações do controle concentrado, como a ADIn (que invalidaria *erga omnes* a norma infraconstitucional por *inconvenionalidade*), a ADECON (que garantiria à norma infraconstitucional a compatibilidade vertical com um tratado de direitos humanos formalmente constitucional), e até mesmo a ADPF (que possibilitaria o cumprimento de um “preceito fundamental” encontrado em tratado de direitos humanos formalmente constitucional), não mais baseadas exclusivamente no texto constitucional, senão também nos tratados de direitos humanos aprovados pela sistemática do art. 5.º, § 3.º, da Constituição e em vigor no país.

Dessa forma, a conhecida Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) transformar-se-ia em verdadeira Ação Direta *de Inconvenionalidade*. Da mesma maneira, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADECON) assumiria o papel de Ação Declaratória *de Convenionalidade* (seria o caso de propô-la quando a norma infraconstitucional não atinge a Constituição de qualquer maneira, mas se pretende desde já garantir sua *compatibilidade* com determinado comando de tratado de direitos humanos formalmente incorporado com equivalência de emenda constitucional). Em idêntico sentido, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) poderia ser utilizada para proteger “preceito fundamental” de um tratado de direitos humanos violado por normas infraconstitucio-

152. Cf. SUDRÉ, Frédéric. A propos du “dialogue des juges” et du contrôle de conventionnalité. *Mélanges Jean-Claude Gautron*. Paris: A. Pedone, 2004, p. 207-226.

nais, inclusive leis *municipais* e normas *anteriores* à data em que dito tratado fôra aprovado (e entrou em vigor) com equivalência de emenda constitucional no Brasil. Não se pode também esquecer da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), prevista no art. 103, § 2º, da Constituição, que poderá ser proposta sempre que *faltar lei interna* que se faria necessária a dar efetividade a uma norma convencional formalmente constitucional.¹⁵³ Nesse caso, pode o STF declarar a *inconvenionalidade por omissão* de medida para tornar efetiva norma internacional de direitos humanos em vigor no Brasil e anteriormente aprovada por maioria qualificada, dando ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Ainda no que tange às omissões legislativas, passa (doravante) a ser perfeitamente cabível o remédio constitucional do mandado de injunção para colmatar omissões normativas que impossibilitem o exercício de um direito ou liberdade presente em tratado de direitos humanos internalizado com *quorum* qualificado, uma vez que o comando constitucional garante a utilização de tal remédio “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades *constitucionais* [inclusive das normas constitucionais por equiparação, como é o caso dos tratados *equivalentes* às emendas constitucionais] e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (CF, art. 5º, inc. LXXI).

Mas não somente o direito infraconstitucional pode ser declarado inconvenional, senão também as próprias normas constitucionais, como já falamos. Ora, se existem normas constitucionais inconstitucionais, por violarem, v.g., o núcleo intangível (cláusulas pétreas) da Constituição, também é possível admitir que existam normas constitucionais inconvenionais,¹⁵⁴ por violarem direitos

153. Convém destacar que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão teve sua disciplina processual estabelecida pela Lei nº 12.063, de 27.10.2009, que acrescentou à Lei nº 9.868/99 o Capítulo II-A.

154. Nesse exato sentido, v. SAGÜES, Néstor Pedro, El “control de convencionalidad”, en particular sobre las Constituciones nacionales, cit.,

humanos provenientes de tratados, direitos estes que (justamente por terem *status* constitucional) também pertencem ao bloco das cláusulas pétreas. Seria o caso daquelas normas da Constituição, alocadas à margem do bloco de constitucionalidade,¹⁵⁵ ou seja, que não integram o núcleo intangível constitucional, que estão a violar normas de tratados de direitos humanos (as quais, por serem normas de “direitos humanos”, já detêm primazia sobre quaisquer outras, por pertencerem ao chamado “bloco de constitucionalidade”). É mais que necessário entender, no atual estágio em que se encontra o direito pós-moderno, que a Constituição não é um fim em si mesma, sempre absoluta e desonerada de qualquer outra vinculação jurídica, mas um documento que se encontra, ele próprio, sujeito à precedência de valores supra-ordenados, aceitos e reconhecidos por outras normas jurídicas (v.g., as de direito internacional) ou até mesmo pelo costume, capazes de lhe impor respeito e observância.¹⁵⁶ Aliás, é necessário repetir aqui o que a Corte Interamericana tem decidido há vários anos: a responsabilidade internacional de um Estado decorre de atos ou omissões de qualquer um dos seus poderes ou órgãos, *independentemente de sua hierarquia*, mesmo que o fato violador provenha de uma norma constitucional.¹⁵⁷

Enfim, tudo o que é possível fazer para garantir à norma constitucional sua eficácia, é também possível fazer em relação a um tratado internacional de direitos humanos incorporado ao direito brasileiro com equivalência de emenda constitucional nos termos do art. 5.º, § 3.º, da Constituição. Aliás, à maneira do que ocorre na

p. 2; e SAGÜES, Néstor Pedro, *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*, cit., p. 123.

155. Sobre o bloco de constitucionalidade, v. BIDART CAMPOS, German J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Tomo III, cit., p. 285.

156. V., nesse sentido, BACHOF, Otto, *Normas constitucionais inconstitucionais?*, cit., p. 30-31.

157. V. CIDH, *Caso A Última Tentação de Cristo (Olmedo Bustos e outros) Vs. Chile*, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 5 de fevereiro de 2001, Série C, n. 73, parágrafo 72. Cf. também, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, cit., p. 19-22.

teoria do controle de constitucionalidade, a inconvenção 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, § 1.º, da Constituição.¹⁵⁸ Quanto ao controle repressivo de convencionalidade, que é aquele que nos ocupa com prioridade neste livro, não se têm dúvidas que deve ser exercido (*ex officio* pelo juiz) em qualquer caso concreto *sub judice* ou por meio de ação direta no Supremo Tribunal Federal. Daí poder-se dizer, neste último caso, que os tratados de direitos humanos internalizados com *quorum* qualificado passam a servir de meio de controle concentrado (agora de *convencionalidade*) das normas de direito interno, para além de servirem como paradigma para o controle *difuso*. Quanto aos tratados de direitos humanos não internalizados pelo *quorum* qualificado, passam eles a ser paradigma apenas do controle *difuso* de constitucionalidade/convencionalidade. Em outras palavras, para que haja o controle pela via de ação (controle concentrado) devem os tratados de direitos humanos ser aprovados pela sistemática do art. 5.º, § 3.º, da Constituição (ou seja, devem ser *equivalentes* às emendas constitucionais), e para que haja o controle pela via de exceção (controle difuso) basta sejam esses tratados ratificados e estarem em vigor no plano interno, pois, por força do art. 5.º, § 2.º, da mesma Carta, já têm eles *status* de norma constitucional. Se o controle concentrado de convencionalidade é feito perante o STF por via de ação direta, o controle difuso de convencionalidade deve ser levantado, nos casos concretos *sub judice*, como questão preliminar, devendo o juiz da causa (tal como faz no controle difuso de constitucionalidade) analisar essa matéria antes do mérito

158. Assim dispõe a norma: “Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional [leia-se aqui: *inconvenção*] ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto”.

do pedido principal. Nesse caso, o juiz declara a incompatibilidade entre a lei e o tratado internacional de direitos humanos e, *ipso facto*, nega aplicação àquela, considerando-a *inválida (inconvencional)* para reger a questão jurídica submetida a seu julgamento.¹⁵⁹ Mas caso não levantada a questão preliminarmente, não fica o juiz desonerado (segundo entendimento da Corte Interamericana) de proclamar *ex officio* a inconvencionalidade da norma.¹⁶⁰

Portanto, para nós – contrariamente ao que pensa o ilustrado JOSÉ AFONSO DA SILVA – não se pode dizer que as antinomias entre os tratados de direitos humanos não incorporados pelo referido rito qualificado e as normas infraconstitucionais somente poderão ser resolvidas “pelo modo de apreciação da colidência entre *lei especial e lei geral*”.¹⁶¹ Os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil – independentemente de aprovação com *quorum* qualificado – têm nível de normas constitucionais e servem de paradigma ao controle de constitucionalidade/convencionalidade, sendo a única diferença a de que os tratados aprovados pela maioria qualificada do § 3.º do art. 5.º da Constituição servirão de paradigma ao controle *concentrado* (para além, evidentemente, do *difuso*), enquanto os demais (tratados de direitos humanos não internalizados com aprovação congressual qualificada) apenas servirão de padrão interpretativo ao controle *difuso* (via de *exceção ou defesa*) de constitucionalidade/convencionalidade.

159. V. SAGÜES, Néstor Pedro. El “control de convencionalidad”, en particular sobre las Constituciones nacionales, cit., p. 2, para quem: “Dicha ‘inconvencionalidad’ importaría una causal de invalidez de la norma así descalificada, por ‘carecer de efectos jurídicos’. La inconvencionalidad produce un deber judicial concreto de inaplicación del precepto objetado”.

160. CIDH, *Caso Trabajadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) Vs. Peru*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 24 de novembro de 2006, Série C, n. 158, parágrafo 128.

161. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 179; e SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 183.

Em suma, todos os tratados que formam o *corpus juris* convencional dos direitos humanos de que um Estado é parte servem como paradigma ao controle de constitucionalidade/convencionalidade das normas infraconstitucionais, com as especificações que se fez acima: *a)* tratados de direitos humanos internalizados com *quorum* qualificado (*equivalentes* às emendas constitucionais) são paradigma do controle *concentrado* (para além, obviamente, do controle *difuso*) de convencionalidade, cabendo, v.g., uma ADIn no STF a fim de invalidar norma infraconstitucional com eles incompatível; *b)* tratados de direitos humanos que têm somente “*status* de norma constitucional” (não sendo “*equivalentes* às emendas constitucionais”, dada a não aprovação pela maioria qualificada do art. 5.º, § 3.º) são paradigma apenas do controle *difuso* de convencionalidade, o qual pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal num caso concreto. Nesse último caso, os juízes e tribunais se fundamentam em tais tratados (de *status* constitucional) para declarar inválida uma lei que os afronte, da mesma maneira que se fundamentam na Constituição (no controle difuso de constitucionalidade) para invalidar norma infraconstitucional que contra o Texto Magno vem a se insurgir.

Frise-se que todos os tratados contemporâneos de direitos humanos já preveem “cláusulas de diálogo” (v.g., o já citado art. 29, *b*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) que possibilitam a intercomunicação e a retroalimentação entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno. Na medida em que tais tratados se internalizam no Brasil com nível de normas constitucionais (materiais ou formais), tais “cláusulas de diálogo” passam a também deter o mesmo *status* normativo no direito interno, garantindo o *diálogo das fontes*¹⁶² no sistema jurídico interno como garantia de índole e nível constitucionais.

Pode-se então dizer que o critério dialógico de solução de antinomias entre o sistema internacional de proteção dos direitos humanos e a ordem interna passa a ficar *constitucionalizado* em

162. V. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne, cit., p. 259.

nosso país à medida que os tratados de direitos humanos são ratificados pelo governo, independentemente de *quorum* qualificado de aprovação e de promulgação executiva suplementar. E nem se diga, por absoluta *aberratio juris*, que a internalização das “cláusulas de diálogo” dos tratados de direitos humanos (e, conseqüentemente, do *diálogo das fontes*) se dá em patamar *inferior* à nossa ordem constitucional e, por isso, não poderia ter aplicação imediata. Reconhecer a superioridade da ordem interna sobre o direito internacional dos direitos humanos, dando prevalência àquela, mesmo quando *protege menos* o ser humano sujeito de direitos, é admitir “a desvinculação [do Estado] do movimento internacional de direitos humanos reconhecidos regional e universalmente”.¹⁶³

Tudo o que acima foi dito, relativamente ao respeito que deve ter o direito doméstico aos direitos expressos nos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte, para que só assim possa ser vigente e *válido* juridicamente, também deve ser aplicado em relação aos direitos *implícitos* nesses mesmos tratados de direitos humanos. Os chamados direitos *implícitos* são encontrados, assim como na Constituição, também nos tratados internacionais. Não obstante serem direitos de difícil caracterização (e enumeração) apriorística, o certo é que eles também compõem os direitos previstos nos tratados no âmbito do segundo momento da primeira compatibilização vertical material, sendo um desdobramento dos direitos expressos pelos quais também tem que passar o direito doméstico para que, somente assim, este sobreviva.

2.5.2.2 Os direitos previstos nos tratados comuns

Para que a produção do direito doméstico crie norma jurídica hábil a valer no plano do direito interno, será necessária, para além da primeira compatibilização vertical material – (a) da Constituição e (b) dos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é parte –, uma *segunda* conformidade vertical, dessa vez da norma infraconstitucional com os tratados internacionais *comuns* em vigor no país. Esta segunda conformidade das leis com os tratados comuns

163. WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*, cit., p. 34.

deve existir pelo fato de estarem tais instrumentos internacionais alçados ao nível *supralegal* no direito brasileiro.¹⁶⁴ Norma *supralegal* é aquela que está acima das leis e abaixo da Constituição. Trata-se, justamente, da posição em que se encontram tais instrumentos (*comuns*) no nosso direito interno.

A compatibilização das normas infraconstitucionais com os tratados internacionais comuns faz-se por meio do chamado controle de *supralegalidade*. Não se trata de controle de *convencionalidade* pelo fato de se reservar esta última expressão à compatibilidade vertical que devem ter as normas de direito interno com os tratados de *direitos humanos*, que têm índole e nível constitucionais. No caso dos tratados internacionais comuns, estão eles *abaixo* da Constituição, mas *acima* das leis internas.¹⁶⁵ Assim, eles passam a servir de paradigma de *supralegalidade* das normas domésticas, as quais também serão *inválidas* se violarem suas disposições. Ora, se as normas constitucionais (normas do próprio texto constitucional) ou aquelas que lhe são niveladas (normas previstas nos tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado) são fundamento para o que se chama de controle de constitucionalidade/convencionalidade, é lógico admitir que as normas supralegais também são fundamento de algum controle. Qual controle? Evidentemente, o de *supralegalidade*. Se as normas constitucionais são paradigma de um controle de *constitucionalidade* (e as das convenções internacionais de direitos humanos de um controle de *convencionalidade*), as normas supralegais não podem ser outra coisa senão paradigma de um controle de (*supra*) legalidade.

164. Para detalhes, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, cit., p. 255 e 372-373.

165. V. o acerto dessa assertiva em MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Idem*, especialmente, p. 366-384. Nesse exato sentido, admitindo a supremacia da norma internacional (qualquer que seja ela...) sobre as leis internas, v. ACCIOLY, Hildebrando, *Tratado de direito internacional público*, vol. I, 2. ed., Rio de Janeiro: MRE, 1956, p. 547-548; e FRAGA, Mirto, *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 89-99.

É de boa técnica precisar o significado das expressões “constitucionalidade”, “convencionalidade”, “supralegalidade” e “legalidade” de acordo com a hierarquia que elas guardam no nosso sistema jurídico. Assim, os controles de “constitucionalidade” e “convencionalidade” dizem respeito à compatibilidade das normas do ordenamento interno com a Constituição e com os tratados de direitos humanos, respectivamente. À expressão “controle de convencionalidade” fica reservada – repita-se – a compatibilidade das normas de direito interno com os tratados internacionais *de direitos humanos*, por terem eles índole e nível constitucionais (lembrando sempre que tal controle pode ser *difuso* ou *concentrado*, nos moldes já estudados). Já o controle *de supralegalidade* seria o exercício de controle que tem como paradigma os tratados internacionais *comuns*, que guardam nível de norma supralegal no Brasil. E, por último, o controle *de legalidade* em sentido estrito seria o realizado tendo como paradigma as *leis ordinárias* (ou complementares), que estão abaixo dos tratados internacionais comuns na hierarquia das normas do direito brasileiro. Este último caso seria o relativo à compatibilização de um *decreto* em face de uma *lei ordinária*, por exemplo.

Dessa forma, no que interessa ao objeto deste estudo, deve-se doravante utilizar as duas expressões seguintes quando se trata de compatibilizar as normas de direito interno com um tratado internacional em vigor no país: *a) controle de convencionalidade* (relativa à compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos, quer apenas materialmente constitucionais, quer material e formalmente constitucionais); e *b) controle de supralegalidade* (atinente à compatibilização das leis internas com os tratados internacionais comuns que lhe são superiores).

De qualquer sorte, o certo é que não há na Constituição brasileira de 1988 qualquer menção expressa ao nível hierárquico dos tratados internacionais comuns. Os únicos dispositivos que existem no texto constitucional de 1988 a consagrar uma prevalência hierárquica a tratado internacional são os §§ 2.º e 3.º do art. 5.º. De resto, a Constituição brasileira fica no silêncio, não obstante consagrar a declaração de inconstitucionalidade de tratados (art. 102, III, *b*).

Pelo fato de não existir na Constituição qualquer menção expressa sobre o grau hierárquico dos tratados internacionais comuns, a outra solução não se pode chegar senão atribuir valor infraconstitucional (mas *supralegal*) a tais instrumentos.¹⁶⁶ Assim, em relação aos tratados comuns o entendimento passa a ser o de que a lei interna não sucumbe ao tratado por ser ele *posterior* ou *especial* em relação a ela, mas sim em decorrência do *status* de supralegalidade desses tratados no plano doméstico. Nessa ordem de ideias, a *lei posterior* seria *inválida* (e, conseqüentemente, *ineficaz*) em relação ao tratado internacional que, não obstante *anterior*, é hierarquicamente *superior* a ela.¹⁶⁷

São vários os dispositivos da legislação brasileira que garantem a autenticidade da afirmação de estarem os tratados comuns alçados ao nível supralegal no Brasil. Tomemos como exemplo o art. 98 do Código Tributário Nacional, que assim dispõe: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.¹⁶⁸

166. V., nesse exato sentido, ACCIOLY, Hildebrando, *Tratado de direito internacional público*, vol. I, cit., p. 547: “Como compromissos assumidos pelo Estado em suas relações com outros Estados, eles [os tratados] devem ser colocados em plano superior ao das leis internas dos que os celebram. Assim, (...) eles revogam as leis anteriores, que lhes sejam contrárias; as leis posteriores não devem estar em contradição com as regras ou princípios por eles estabelecidos; e, finalmente, qualquer lei interna com eles relacionada deve ser interpretada, tanto quanto possível, de acordo com o direito convencional anterior”.

167. V., por tudo, PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de, *Manual de direito internacional público*, 3. ed. rev. e aum. (reimpressão), Coimbra: Almedina, 2001, p. 121-123.

168. Para uma análise detalhada desse dispositivo, no que tange à questão das isenções de tributos estaduais e municipais pela via dos tratados, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, cit., p. 391-393. Cf., ainda, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, Eficácia e aplicabilidade dos tratados em matéria tributária no direito brasileiro, *Revista Forense*, vol. 390, ano 103, Rio de Janeiro, mar.- abr. 2007, p. 583-590.

Na redação do art. 98 do CTN os tratados em matéria tributária *revogam ou modificam* a legislação tributária interna, mas não poderão ser revogados por legislação tributária posterior, devendo ser *observados* por aquela (legislação tributária) *que lhes sobrevenha*. A disposição versa sobre tratados em matéria tributária, que são tratados *comuns*, salvo o evidente caso de o instrumento internacional em matéria tributária ampliar uma garantia do contribuinte, quando então poderá (mas esta hipótese é excepcional) ser considerado como tratado veiculador de direitos fundamentais.

De qualquer forma, o certo é que os tratados internacionais ratificados e em vigor no Brasil têm hierarquia *superior* às leis (sejam elas ordinárias ou complementares): *a*) os tratados de direitos humanos têm nível de normas constitucionais (podendo ser apenas *materialmente constitucionais* – art. 5.º, § 2.º – ou *material e formalmente constitucionais* – art. 5.º, § 3.º); e *b*) os tratados comuns têm nível *supralegal* por estarem abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional.

O problema que visualizamos em relação aos tratados *comuns* diz respeito à falta de “cláusulas de diálogo” em seus textos, à diferença do que ocorre com os tratados de direitos humanos, que sempre trazem dispositivos no sentido de *não excluir* a aplicação do direito doméstico (ainda que em detrimento do próprio tratado) quando a norma interna for *mais benéfica* aos direitos da pessoa em causa, em consagração ao princípio internacional *pro homine*. Nesse caso, parece estar comprovado que os critérios tradicionais de solução de antinomias (*hierárquico*, da *especialidade* e o *cronológico*) não têm aptidão para resolver os conflitos entre normas internacionais de *direitos humanos* e as normas de direito interno veiculadoras de *direitos fundamentais*, na medida em que eles devem ser resolvidos pela aplicação do *diálogo das fontes*, quando o juiz “escuta” o que as fontes (internacionais e internas) dizem e as “coordena” para aplicá-las (com *coerência*) ao caso concreto. E esta “conversa” entre as fontes internacionais de direitos humanos e as fontes internas sobre direitos fundamentais é veiculada por meio dos próprios “vasos comunicantes” (ou *cláusulas de diálogo*) previstos tanto nas

normas internacionais (v.g., o art. 29, *b*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) quanto nas normas internas (v.g., o art. 5.º, § 2.º, c/c art. 4, II, ambos da Constituição de 1988).

Portanto, de volta ao caso dos tratados *comuns*, pensamos que os conflitos entre eles e as normas infraconstitucionais devem ser resolvidos pelo critério *hierárquico*.¹⁶⁹ Dessa forma, havendo conflito entre tratados comuns (que têm nível *supralegal* no Brasil) e leis internas, os juízes e tribunais nacionais deverão recusar-se a aplicar a norma infraconstitucional violadora do tratado, enquanto este vincular o Estado.¹⁷⁰ Eis aqui a aplicação do *controle de supra-legalidade* das normas de direito doméstico em relação aos tratados internacionais comuns.

A solução para esse caso é encontrada no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, segundo o qual uma parte “não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.¹⁷¹ O “direito interno” referido pela Convenção de Viena de 1969 é, evidentemente, *todo* o direito interno (inclusive a Constituição) do Estado.¹⁷² Contudo, na medida em que se entende que os tratados comuns *cedem* ante a Constituição, tal dispositivo passa a ser interpretado com os temperamentos que o Direito Constitucional atualmente lhe impõe.¹⁷³

169. Muitos autores que versaram a *teoria geral do direito* não cuidaram desse problema quando do estudo da hierarquia das fontes jurídicas. Assim, com nenhuma palavra sequer a esse respeito, CARNELUTTI, Francesco, *Teoria geral do direito*, cit., p. 162-167.

170. Cf. PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*, cit., p. 123.

171. Não cabe aqui um estudo desse dispositivo. Para tal, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, cit., p. 251-256.

172. Cf. PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*, cit., p. 120.

173. Sobre tais temperamentos já escrevemos em outra obra: “...a regra do art. 27 da Convenção de Viena continua a valer em sua inteireza, não podendo uma parte em um tratado internacional invocar as disposições de seu Direito interno (qualquer delas, inclusive as normas da

2.6 CASO PRÁTICO CONTRA O BRASIL (“GUERRILHA DO ARAGUAIA” E A LEI DE ANISTIA)

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no *Caso Gomes Lund e outros* (“*Guerrilha do Araguaia*”) *Vs. Brasil*, em sentença de 24 de novembro de 2010, decidiu que os crimes contra a humanidade (mortes, torturas, desaparecimentos etc.) cometidos pelos agentes do Estado durante a ditadura militar brasileira (1964-1985) devem ser devidamente investigados, processados e punidos. A Corte seguiu sua jurisprudência já consolidada em relação ao tema (há muito já aplicada pelos tribunais da Argentina, Chile etc.).

Anteriormente a essa decisão da Corte Interamericana, o Conselho Federal da OAB já havia tentado, junto ao STF, o reconhecimento da invalidade da Lei de Anistia brasileira (Lei 6.683/79).¹⁷⁴ Porém, o STF (por 7 votos contra 2) acabou validando a referida Lei, em 29 de abril de 2010.¹⁷⁵

Constituição) para justificar o inadimplemento desse tratado. (...) A Constituição brasileira de 1988 aceita esta construção, ainda que por fundamentos diferentes, no que tange ao Direito Internacional convencional relativo aos direitos humanos (art. 5.º, §§ 2.º e 3.º). Quanto aos demais tratados, pensamos que eles cedem perante a Constituição, por força do preceito constitucional que sujeita os tratados a fiscalização de sua constitucionalidade (art. 102, inc. III, alínea *b*). Somente na falta desse comando constitucional e que a norma *pacta sunt servanda*, bem como o já referido art. 27 da Convenção de Viena, imporia a prevalência de *todos* os tratados internacionais sobre a Constituição. Pelo fato de a Constituição brasileira consagrar a declaração de inconstitucionalidade de tratados, e dado que não ha no nosso texto constitucional menção expressa sobre o grau hierárquico a ser atribuído aos tratados internacionais comuns, parece não restar outra saída senão atribuir valor infraconstitucional a tais tratados, ainda que *supralegal*” (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, cit., p. 253-255).

174. V. STF, ADPF n. 153.

175. Veja-se excerto da Ementa: “(...) 2. O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns

A Corte Interamericana, então, na sentença do *Caso Gomes Lund*, acusou o Estado brasileiro (em especial o seu Poder Judiciário

contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, não prospera. 3. Conceito e definição de ‘crime político’ pela Lei n. 6.683/79. São crimes conexos aos crimes políticos ‘os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política’; podem ser de ‘qualquer natureza’, mas [i] hão de terem estado relacionados com os crimes políticos ou [ii] hão de terem sido praticados por motivação política; são crimes outros que não políticos; são crimes comuns, porém [i] relacionados com os crimes políticos ou [ii] praticados por motivação política. A expressão crimes conexos a crimes políticos conota sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei. A chamada Lei de Anistia diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Ignora, no contexto da Lei n. 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal; refere o que ‘se procurou’, segundo a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. 4. A lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção; daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral, que somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados – e com sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou – pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal. 5. O significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas, designadas leis-medida (*Massnahmegesetze*), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na

rio) de não ter controlado a convencionalidade da Lei de Anistia em relação à Convenção Americana (que segundo o próprio STF tem valor *supralegal* no Brasil). Observou a Corte que as autoridades jurisdicionais do Brasil não cumpriram com o dever de decidir levando em consideração a Convenção Americana, bem assim a interpretação que dela faz a Corte Interamericana.

Lei n. 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. (...) A chamada Lei da Anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento – o momento da transição conciliada de 1979. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. 6. A Lei n. 6.683/79 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes – adotada pela Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 – e a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição – que declara insusceptíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes – não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido. 7. No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a reescrever leis de anistia. 8. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá – ou não – de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário. 9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. (...) A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. (...) Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável. (...) 10. Impõe-se o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu no Brasil durante as décadas sombrias da ditadura”.

No parágrafo 177 da sentença, disse textualmente a Corte que o controle de convencionalidade não foi observado no Brasil:

“No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8º e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*). Como já salientou esta Corte e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados-partes vinculam todos seus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu direito interno”.¹⁷⁶

Disse ainda a Corte que as disposições da Lei de Anistia brasileira, que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos, são em tudo “incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos” e não podem “continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil”.¹⁷⁷

176. CIDH, *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 24 de novembro de 2010, Série C, n. 219, parágrafo 177.

177. *Idem*, parágrafo 174.

O que fez a Corte, aqui, foi controlar a convencionalidade da Lei de Anistia brasileira em substituição ao Judiciário brasileiro, que deveria ter também controlado a convencionalidade dessa lei (em face da Convenção Americana) e não o fez.

A consequência prática dessa decisão é que a Lei de Anistia brasileira deixou de ter valor jurídico (é *inválida*, no sentido já explicado no item 2.4, *supra*). Ou seja, doravante não poderá o Estado impedir a apuração dos referidos crimes cometidos pelos seus agentes (ditadores ou por quem agiu em nome da ditadura), devendo eliminar todos os obstáculos jurídicos que durante anos impediram as vítimas do acesso à informação, à verdade e à justiça.¹⁷⁸

Quando o STF validou a Lei de Anistia brasileira, dois foram os votos vencidos: o do Min. RICARDO LEWANDOWSKI e o do Min. CARLOS AYRES BRITTO. Foram eles os dois únicos a compreender (na ocasião) a atual dimensão da proteção dos direitos humanos, que não é mais só doméstica (mas eminentemente internacional). Compreenderam que em matéria de direitos humanos a última palavra não é mais do Supremo Tribunal, mas da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Do sistema do *domestic affair* (a tutela dos nossos direitos compete exclusivamente aos juízes nacionais) passamos para o sistema do *international concern* (se os juízes nacionais não tutelam um determinado direito, isso pode e deve ser feito pelos juízes internacionais). Os juízes internos fiscalizam o produto legislativo do Congresso Nacional; se eles não amparam os direitos das pessoas, compete às cortes internacionais cumprir esse mister.

Para os fins que interessam a este estudo, o que importa destacar é o seguinte: quando não exercido o controle de convencionalidade pelo Judiciário interno, a Corte Interamericana (em sua função complementar das jurisdições nacionais) é que irá realizá-lo. De modo que esse tipo de controle sempre será exercido, se não pelo

178. Sobre o tema, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, cit., p. 32-33.

Judiciário local, pelo órgão competente para realizar a interpretação última da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

2.7 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO 2

O que se pode concluir do estudo que fizemos neste Capítulo 2 é que o sistema brasileiro de controle de normas também conta (especialmente depois da EC 45/04) com um controle jurisdicional da convencionalidade das leis (para além do clássico controle de constitucionalidade) e ainda com um controle de supralegalidade das normas infraconvencionais (v.g., todas as leis complementares, ordinárias, delegadas, medidas provisórias etc.).

Portanto, a Constituição Federal (no caso do direito brasileiro atual) deixou de ser o único paradigma de controle das normas de direito interno. Além do texto constitucional, também são paradigma de controle da produção normativa doméstica e de sua aplicação os *tratados* internacionais de *direitos humanos* (controles *difuso* e *concentrado* de convencionalidade), bem assim os instrumentos internacionais *comuns* (controle de supralegalidade), no que se pode dizer existir (doravante) uma nova pirâmide formal do direito entre nós. Nessa nova pirâmide jurídica ora existente, a Constituição e os tratados de direitos humanos – quer ou não tenham sido aprovados com *quorum* qualificado no Congresso Nacional – estão no topo, os tratados internacionais comuns estão no primeiro degrau abaixo desse topo e, finalmente, as demais leis e espécies normativas domésticas estão abaixo desses tratados internacionais comuns (sendo, por isso, mais que infraconstitucionais, também *infraconvencionais*).

CONCLUSÃO GERAL

O que se pode concluir, ao final desta exposição teórica, é que o direito brasileiro está integrado com um novo tipo de controle das normas infraconstitucionais, que é o *controle de convencionalidade* das leis, tema que antes da Emenda Constitucional 45/2004 era totalmente desconhecido no Brasil.

Pode-se também concluir que, doravante, a produção normativa doméstica conta com um duplo limite vertical material: *a*) a Constituição e os tratados de direitos humanos (1.º limite) e *b*) os tratados internacionais comuns (2.º limite) em vigor no país. No caso do primeiro limite, relativo aos tratados de direitos humanos, estes podem ter sido ou não aprovados com o *quorum* qualificado previsto expressamente na Constituição (art. 5.º, § 3.º). Caso não tenham sido aprovados com essa maioria qualificada, seu *status* será de norma (apenas) materialmente constitucional, o que lhes garante serem paradigma do controle *difuso* de convencionalidade (a partir de sua ratificação e entrada em vigor no país); caso tenham sido aprovados (e entrado em vigor no plano interno, após sua ratificação) pela sistemática do art. 5.º, § 3.º, tais tratados serão materialmente *e formalmente* constitucionais, e assim servirão também de paradigma do controle *concentrado* (para além, é claro, do *difuso*) de convencionalidade.

Os tratados de direitos humanos paradigma do controle concentrado autorizam que os legitimados para a propositura das ações do controle abstrato (ADIn, ADECON, ADPF etc.), previstos no art. 103 da Constituição de 1988, proponham tais medidas no STF como meio de retirar a validade de norma interna (ainda que *compatível* com a Constituição) que viole um tratado internacional de direitos humanos em vigor no país.

Quanto aos tratados internacionais comuns, temos como certo que eles servem de paradigma do controle de *supralegalidade* das normas infraconvencionais (v.g., todas as leis complementares,

ordinárias, delegadas, medidas provisórias etc.), de sorte que a incompatibilidade destas com os preceitos contidos naqueles invalida a disposição legislativa em benefício da aplicação do tratado.

Os juízes e tribunais nacionais estão obrigados a controlar *ex officio* a convencionalidade das leis, invalidando as normas domésticas incompatíveis com os tratados de direitos humanos em vigor no Estado. Trata-se de respeitar o que a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem decidindo desde 2006, quando expôs a obrigação do Judiciário nacional em realizar o exercício de compatibilização das normas internas com os tratados de direitos humanos (em especial, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos) ratificados e em vigor no país.

Doravante, o profissional do direito tem a seu favor um arsenal enormemente maior do que havia anteriormente para poder invalidar as normas de direito interno que materialmente violam *ou* a Constituição *ou* algum tratado internacional (de direitos humanos *ou* não) ratificado pelo governo e em vigor no país. E essa enorme novidade do direito brasileiro representa um seguro avanço do constitucionalismo pátrio rumo à concretização do almejado Estado Constitucional e Humanista de Direito.

BIBLIOGRAFIA

- ACCIOLO, Hildebrando, *Tratado de direito internacional público*, vol. I, 2. ed., Rio de Janeiro: MRE, 1956.
- ALCALÁ, Humberto Nogueira. Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales. *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talda, año 5, n. 1, 2007, p. 59-88.
- ALLAND, Denis (coord.). *Droit international public*. Paris: PUF, 2000.
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.
- BANK, Roland. Tratados internacionales de derechos humanos bajo el ordenamiento jurídico alemán. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 10.º año, Tomo II, Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004, p. 721-734.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAÑADO TRINDADE, Antonio Augusto & PEREIRA, Antonio Celso Alves (coords.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 185-208.
- BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
- BIDART CAMPOS, German J. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Tomo III (El derecho internacional de los derechos humanos y la reforma constitucional de 1994). Buenos Aires: Ediar, 1995.
- BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O contrôlo jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008.
- BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário: instituições de direito comunitário comparado – União Europeia e Mercosul*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- _____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- _____. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Desafios do direito internacional contemporâneo*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, p. 207-321.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANTOR, Ernesto Rey. *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*. México: Porrúa, 2008.
- _____. Controles de convencionalidad de las leyes. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer & LELLO DE LARREA, Arturo Zaldívar (coords.). *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM/Marcial Pons, 2008, p. 225-262.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006.
- CASTILLA, Karlos. El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, México: UNAM, 2011, p. 593-624.
- CONSTANTINESCO, Vlad & JACQUÉ, Jean-Paul. L'application du droit international et communautaire au regard de la Constitution française. In: KOENIG, Pierre & RUFNER, Wolfgang (Ed.). *Die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland*. Köln: Carl Heymanns Verlag, 1985, p. 175-213.
- DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.
- DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick & PELLET, Alain. *Direito internacional público*. 2. ed. Trad. Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 6. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406/2002). São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DOKHAN, David. *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*. Paris: LGDJ, 2001.
- DUTHEILLET DE LAMOTHE, Olivier. Contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité en France. *Visite au Tribunal Constitutionnel Espagnol (Madrid, 2-4 avril 2009)*. Paris: Conseil Constitutionnel, 2009, p. 1-5 [mimeo].
- FACCHIN, Roberto. *L'interpretazione giudiziaria della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*. Padova: CEDAM, 1990.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.
- _____. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. rev. e ampl. Trad. Ana Paula Zomer Sica (et all.). São Paulo: RT, 2006.
- _____. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Trad. Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional. In: FIX-ZAMUDIO, Héctor; VALADÉS, Diego (coords.). *Formación y perspectiva del Estado mexicano*. México: El Colegio Nacional-UNAM, 2010, p. 151-188.
- GARCIA, Maria. *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana, a ética da responsabilidade*. São Paulo: RT, 2004.
- GARCÍA-SAYÁN, Diego. Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo: 1979-2004*. San José: CIDH, 2005, p. 323-384.
- GOHIN, Olivier. Le Conseil d'État et le contrôle de la constitutionnalité de la loi. *Revue Française de Droit Administratif*, 16(6), nov.-dec. 2000, p. 1175-1188.
- GOMES, Luiz Flávio. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.
- _____ & VIGO, Rodolfo Luis. *Do Estado de direito constitucional e transnacional: riscos e precauções (navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do direito e da justiça)*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.
- _____ & GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Direito penal: parte geral*, vol. 2, São Paulo: RT, 2007.
- GONZÁLEZ PEREZ, Jesus. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986.
- GOY, Raymond. *La Cour Internationale de Justice et les droits de l'homme*. Bruxelles: Bruylant, 2002.
- GROS ESPIELL, Hector. La Convention américaine et la Convention européenne des droit de l'homme: analyse comparative. *Recueil des Cours*, vol. 218 (1989-VI), p. 167-412.
- HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.
- HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*. *Revista IIDH*, vol. 39, San José: IIDH, 2004, p. 71-99.
- HITTERS, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios Constitucionales*, año 7, n. 2, Universidad de Talca, 2009, p. 109-128.
- JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours*, vol. 251 (1995), p. 9-267.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 7. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Da efetividade dos direitos econômicos, culturais e sociais. *Direitos humanos: visões contemporâneas*. São Paulo: Associação Juízes para a Democracia, 2001, p. 91-106.
- MARGUÉNAUD, Jean-Pierre. *La Cour Européenne des Droits de l'Homme*. 3. éd. Paris: Dalloz, 2005.

- MARQUES, Cláudia Lima; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O consumidor-depositário infiel, os tratados de direitos humanos e o necessário diálogo das fontes nacionais e internacionais: a primazia da norma mais favorável ao consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 70, ano 18, São Paulo: RT, abr.-jun. 2009, p. 93-138.
- MARTÍN, Carlos de Cabo. *Sobre el concepto de ley*. Madrid: Trotta, 2000.
- MARTINS, Thomas Passos, A implementação do constitucionalismo na França. *Revista da AJURIS*, ano XXXIV, n. 108, Porto Alegre, dez. 2007, p. 309-322.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- _____. *Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. *Tratados Internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969*. 2. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- _____. O novo § 3.º do art. 5.º da Constituição e sua eficácia. *Revista Forense*, vol. 378, ano 101, Rio de Janeiro, mar.-abr. 2005, p. 89-109.
- _____. Eficácia e aplicabilidade dos tratados em matéria tributária no direito brasileiro. *Revista Forense*, vol. 390, ano 103, Rio de Janeiro, mar.-abr. 2007, p. 583-590.
- _____. A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos. *Revista Jurídica Consulex*, ano XIII, n. 195, Brasília, abr. 2009, p. 54-55.
- _____. O sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos. *Revista Forense*, vol. 406, ano 105, Rio de Janeiro, nov./dez./2009, p. 325-347.
- _____. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica* (com Luiz Flávio Gomes). 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.
- _____. *Direito supraconstitucional: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito* (com Luiz Flávio Gomes). São Paulo: RT, 2010.
- _____. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. The Inter-American human rights protection system: structure, functioning and effectiveness in Brazilian law. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, México: UNAM, 2011, p. 331-367.
- _____. *Curso de direito internacional público*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. O § 2.º do art. 5.º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*, 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1-33.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MIRANDA, Jorge. *Jurisprudência constitucional escolhida*, vol. III. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1997.
- PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*. 3. ed. rev. e aum. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2001.

- PROVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, Tomo III, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- RAMOS, André de Carvalho. Tratados internacionais: novos espaços de atuação do Ministério Público. *Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União*, ano II, n. 7, Brasília, abr.-jun. 2003, p. 86-88.
- _____. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- _____. *Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos*. *Revista CEJ*, n. 29, Brasília, abr.-jun. 2005, p. 53-63.
- REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.
- RIDEAU, Joel. Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme. *Recueil des Cours*, vol. 265 (1997), p. 9-480.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*. Florianópolis: Habitus, 2002.
- ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.
- SAGÜES, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios constitucionales*, año 8, n. 1, Universidad de Talca, 2010, p. 117-136.
- _____. El “control de convencionalidad”, en particular sobre las Constituciones nacionales. *La Ley*, año LXXIII, n. 35, Buenos Aires, fev./2009, p. 1-3.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SCHNAID, David. *Filosofia do direito e interpretação*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004.
- SCHWEITZER, Michael. *Staatsrecht III: Staatsrecht, Völkerrecht, Europarecht*. 9. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller, 2008.
- SILVA IRARRAZAVAL, Luis Alejandro. El control de constitucionalidad de los actos administrativos en Francia y el control indirecto de constitucionalidad de la ley: la teoría de la ley pantalla. *Ius et Praxis*, vol. 12, n. 2 (2006), p. 201-219.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *Comentário contextual à Constituição*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SUDRÉ, Frédéric. A propos du “dialogue des juges” et du contrôle de conventionnalité. *Mélanges Jean-Claude Gautron*. Paris: A. Pedone, 2004, p. 207-226.
- TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- TIGROUDJA, Hélène. *La Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme: analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*. Bruxelles: Bruylant, 2003.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Informação Legislativa*, ano 41, n. 162. Brasília: Senado Federal, abr.-jun. 2004, p. 35-45.

VIGNALI, Heber Arbuet & ARRIGHI, Jean Michel. Os vínculos entre o direito internacional público e os sistemas internos. *Revista de Informação Legislativa*, ano 29, n. 115, Brasília: Senado Federal, jul.-set. 1992, p. 413-420.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999.

Diagramação eletrônica:
Linotec Fotocomposição e Fitolito Ltda., CNPJ 60.442.175/0001-80.
Impressão e encadernação:
???, CNPJ ???.

