

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho fruto de um dos requisitos para conclusão da graduação na Faculdade de Negócios de Sergipe, constatou que o controle de convencionalidade se mostra de suma importância na atual sistemática dos controles de compatibilidade do ordenamento jurídico brasileiro, constatando que ao lado do controle de constitucionalidade, atuará também o de convencionalidade, permitindo que se concretize uma completa harmonia entre o direito interno com os novos ditames do direito internacional e dos direitos humanos protetores da pessoa humana.

A globalização: movimento de integração econômica, política e social, enraizada pelo avanço das tecnologias de transporte e comunicação, fez surgir à necessidade de os países se comunicarem, se aliarem em busca de finalidades comuns, e, mais do que isso, a finalidades globais de respeito aos direitos humanos.

Por conta dessa necessidade os países precisaram desenvolver formas e procedimentos para estabelecer comunicações entre si. Essas comunicações deveriam respeitar formalidades, tendo em vista o peso das vontades que ali se pactuara, bem como o peso dos agentes que tomam termo desses pactos.

Essa relação precisou ser regulada por algum ramo das ciências jurídicas, ficando esse papel incumbido ao Direito Internacional, complexo normativo que regula as relações dos atores que fazem parte da vida em sociedade internacional. Sujeitos de direito internacional, como são chamados esses atores, são representados classicamente pelos Estados, entes dotados de soberania, porém a doutrina e jurisprudência internacionalista evoluíram reconhecendo hoje outros sujeitos, como as organizações internacionais.

Juntando-se a necessidade de comunicação para união de escopos mais a regulação pelo Direito Internacional, surge nesse interregno os acordos internacionais, que em sua grande maioria é representado pelos tratados, acordo entre dois sujeitos de direito internacional. Tem-se nos tratados a principal fonte reveladora do Direito Internacional, que regulamentam diversas relações jurídicas entre países e organizações internacionais, sobre um campo infindo de conhecimento e desenvolvimento humano.

Após a segunda grande guerra o mundo percebe as atrocidades e tragédias que estas causam às pessoas envolvidas, voltando seus olhos para os direitos humanos, ocorrendo a partir daí a criação da ONU, que tem entre seu principal fim manter a paz no mundo. Em 1945 é elaborada a Carta das Nações Unidas, onde os povos fincam a determinação de preservar as futuras gerações dos males da guerra, enraizando a força dos direitos fundamentais do Homem, valorizando a dignidade da pessoa humana. Essas ideias culminaram na proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 10 de dezembro de 1948.

Sedimentada a proteção dos direitos humanos, os países passam a elaborar e aderir a tratados dessa natureza, temos então uma classificação peculiar de tratados que são – os Tratados de Direitos Humanos. Estes são aqueles tratados que veiculam em seu corpo normas iminentes à dignidade da pessoa humana.

É dentro dessa ideia de dignidade da pessoa humana e prevalência dos direitos humanos que surge o princípio *pro homine*, que diz – em todo conflito de normas, deve-se adotar aquela que mais assegure proteção à pessoa humana. Tal princípio é norteador para todos os controles que se façam sobre normas a fim de compatibilizá-las com os direitos humanos.

A nossa atual Carta Fundamental, traz em seu artigo 5º, um extenso rol exemplificativo de direitos fundamentais que com os direitos humanos muito se aproxima, distinguindo-se, somente quando a sua acepção, sendo que os direitos fundamentais dizem respeito a sua positivação, já os direitos humanos são inatos aos seres humanos, sendo assim sempre existiram.

Nesse mesmo artigo 5º, em seu §2º a Carta de Outro sempre estabeleceu que a República Federativa do Brasil, sempre acolheria outros direitos, dizendo 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.

Mais tarde entrou no ordenamento jurídico a EC nº 45 de 2004 trazendo a propalada reforma do judiciário, a referida emenda inseriu o § 3º ao artigo 5º em xeque estabelecendo que - 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.

Diante desses artigos se posicionou tanto a função legiferante originária quanto a reformadora em proteger os direitos humanos, mostrando isso pela posição topográfica em que acomodou tais direitos, ou seja, logo no início da Constituição, mas também por esses parágrafos precitados.

Este trabalho foi elaborado atrelando-se a causa dos direitos humanos em seus variados aspectos como: meios de controles das leis que com estes colidam; meio de inserção desses direitos ao ordenamento através de negociações internacionais, figurando-se como principal meio nesses casos os tratados, atentando-se para sua posição hierárquica; e posteriormente observando a forma como as leis devem adequar-se a essas novas figuras e com estas se compatibilizarem para que fiquem em harmonia no ordenamento.

Para isto no segundo capítulo foram abordados os meios de controles das normas infraconstitucionais. Nesse intuito dissecamos o controle de constitucionalidade das leis, observando a forma com que este se dá no nosso ordenamento, para isso verificamos todas as vicissitudes deste controle, e trouxemos as classificações mais importantes.

No capítulo seguinte explana - se a forma com que os Estados se comunicam no trato dos direitos fundamentais/humanos e na união de escopo para um fim comum. Nesse capítulo observamos os tratados e sua forma de inserção no ordenamento, seu *status*, ou seja, sua posição hierárquica e forma com que convivem com o direito interno, em suma a relação do direito alienígena com o direito doméstico.

No derradeiro capítulo fiz o estudo sobre o controle das leis domésticas em frente a essas novas figuras estabelecida de direitos, quais sejam, os tratados, precipuamente os tratados de direitos humanos. É nesse capítulo que estudamos a figura do controle de convencionalidade das leis.

O tema é de extrema importância para a compreensão dessa nova figura chamada controle de convencionalidade, principalmente em razão do seu objeto de controle, qual seja, os tratados de direitos humanos, como será visto somente sobre esses tratados recairá esse tipo de controle, quer sejam esses tratados materialmente

constitucionais (art. 5º,§2º, CF) quer sejam formal e materialmente constitucionais (art.5º,§3º, CF).

É nessa temática que se fez necessário também perceber os novos parâmetros ou paradigmas de controle, surgindo nesse diapasão o chamado – Bloco de Constitucionalidade que é o conjunto de regras e princípios não inscritos diretamente no corpo da Constituição, mas que possuem o mesmo valor constitucional, cujo respeito se obriga as normas infraconstitucionais.

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O nosso ordenamento jurídico é guiado por uma Carta escrita - a nossa Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988.

Além da característica de ser escrita é ela, também, rígida, essa classificação, dita, quanto a sua estabilidade, assim se denomina por possuir um procedimento especial para sua alteração, adjetivado como mais dificultoso, conforme nos ensina José Afonso da Silva (2009, p.45)“a rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal”.

Portanto, nos países onde se percebe a presença de uma Constituição escrita e rígida, que apresenta um procedimento mais dificultoso para sua mutabilidade, procedimento este que já vem estabelecido no seio da própria Carta Magna pelo constituinte originário, é que se afigura o controle de constitucionalidade que consiste em uma análise de compatibilidade formal e material de todo ato normativo com os preceitos contidos na constituição, esse controle se percebe nesses ordenamentos em consequência de que aquelas características tornam as normas presentes nessa Constituição, não somente, materialmente constitucionais, mas também formalmente constitucionais.

Para tornar estreme de dúvida, em uma constituição do tipo flexível as normas infraconstitucionais tem a mesma equipolência das normas constitucionais, pois o procedimento para mudança daquelas é o mesmo destas, nesse diapasão de não superioridade entre as normas estabelecida pelo Poder Originário e a norma estabelecida pelo Poder Constituído (decorrente). Em suma, somente em um sistema que adota a rigidez se torna possível estabelecer uma hierarquia de normas onde a Carta Maior será efetivamente a máxima ordem normativa, se afigurando no topo da pirâmide outrora vislumbrada, por Hans Kelsen(1987,p.240):

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental.

Somente para fixar a ideia, ainda vale destacar que a nossa Constituição é classificada quanto à extensão, pelos doutrinadores renomados, como prolixa ou analítica que são aquelas que abordam (ou tentam abordar) todos os assuntos ditos fundamentais para o povo de um dado território, tendo com essa ideia a intenção clara de proteger tais direitos e lhe assegurar estabilidade, como nos ensina Bonavides(2010. p.74):

[...] as Constituições se fizeram desenvolvidas, volumosas, inchadas, em consequência principalmente de duas causas: a preocupação de dotar certos institutos de proteção eficaz, o sentimento de que a rigidez constitucional é anteparo ao exercício discricionário da autoridade, o anseio de conferir estabilidade ao direito legislado sobre determinadas matérias e, enfim, a conveniência de atribuir ao Estado, através do mais alto instrumento jurídico que é a Constituição, os encargos indispensáveis à manutenção da paz social.

Portanto, essas características trazem para Constituição Republicana uma força, uma irradiação, que sobrepuja as legislações infraconstitucionais conhecida pela doutrina como força normativa da constituição.

Destarte temos que no nosso ordenamento o controle de constitucionalidade se afigura presente devido ao fato de adotarmos uma Carta, escrita, rígida, prolixa e dotada de força normativa.

2.1 Características Gerais

O estudo sobre as espécies de controle de constitucionalidade é (*thema*) para muitas laudas, no presente estudo, limitamo-nos a traçar linhas gerais sobre a temática em razão da finalidade do presente capítulo de, tão somente, situar o leitor à compreensão de onde se encontra o controle de convencionalidade. Que será o tema central de nossa obra.

Por controle de constitucionalidade entende o renomado Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1984, p.36) que nada mais é: do que a “verificação da adequação de um ato jurídico (particularmente da lei) a constituição”. Ainda nesse sentido nos ensina José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p.878) que “inconstitucional é toda lei que viola os preceitos constitucionais”desse modo infere-se que a inconstitucionalidade é o descompasso entre as normas infraconstitucionais e as normas constitucionais, tendo em vista, que estas tem hierarquia maior que aquelas, tal hierarquia decorre da rigidez

constitucional que origina o princípio da supremacia formal.

A inconstitucionalidade de uma norma pode se dar por ação ou omissão a inconstitucionalidade por ação ocorrerá com a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios da constituição (BONAVIDES, 2009, p.47).

Já a inconstitucionalidade por omissão, deriva da inércia do legislador diante de uma norma constitucional de eficácia limitada, sendo esta uma norma de cunho mandamental, constituindo para o legislador ordinário uma ação positiva, no sentido de regulamentar o que ali se estabelece.

A inconstitucionalidade pode ser ainda: formal ou nomodinâmica e material ou nomoestática. Diz-se material quando a desconformidade se dá no conteúdo, ou seja, o que a lei prevê fere algum direito previsto na Carta Maior. Já na formal (inconstitucionalidade) o conteúdo guarda consonância com a Ordem Maior, todavia houve alguma falha no seu processo de elaboração.

A inconstitucionalidade se dá também de forma total – quando atinge todo o ato normativo – ou parcial – quando atinge apenas parte dele. Importante destacar, quanto a esta última forma (parcial), que, é aqui que, se fala em declaração parcial de nulidade sem redução de texto e interpretação conforme a Constituição.

2.2 Formas de Controle de Constitucionalidade

No nosso ordenamento jurídico o controle de constitucionalidade poderá ser realizado preventivamente ou repressivamente a depender se a lei já existe e é válida e eficaz ou ainda se encontra na fase de sua elaboração, segundo Alexandre de Moraes(2001, p.562) “enquanto o controle preventivo pretende impedir que alguma norma maculada pela eiva da inconstitucionalidade ingresse no ordenamento jurídico, o controle repressivo busca de ele expurgar a norma em desrespeito à constituição.”

2.2.1 Controle Preventivo

Ocorrerá sempre antes da promulgação de um ato normativo tendo como objetivo afastar sempre um projeto de lei entendido como inconstitucional, podendo ser exercido através dos três poderes:

Pelo legislativo através de suas comissões de constituição justiça, que deverá analisar o projeto de lei e em seguida emitir um parecer se tal projeto é constitucional ou não antes da votação;

Pelo poder executivo através do presidente da república que por força do Art. 66,§ 1º da Constituição Federal poderá utilizar o chamado veto jurídico, caso entenda que tal projeto é contrário aos mandamentos constitucionais, no entanto esse veto não é terminativo, uma vez que poderá ser derrubado pelo congresso nacional por votação de maioria absoluta de seus membros reunidos em sessão conjunta;

E por fim através do poder judiciário na hipótese de um parlamentar impetrar um mandado de segurança em defesa do seu direito líquido e certo de não ver tramitando um projeto de lei ofensivo a Carta Magna brasileira.

2.2.2 Controle Repressivo

Diferentemente do controle preventivo será realizado depois da promulgação da lei sendo realizado em regra pelo poder judiciário de uma forma difusa ou concentrada, assim como pelo próprio poder legislativo que de acordo com o Art. 49, V, da Constituição Federal deverá o congresso nacional sustar os atos normativos do poder executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa ou ainda quando o poder legislativo rejeitar uma medida provisória alegando sua inconstitucionalidade (CF, art. 62).

2.3 Sistemas de Controle de Constitucionalidade

Existem três tipos de sistema de controle de constitucionalidade, a saber: o jurisdicional que é realizado pelo poder judiciário, o político que nas palavras de José

Afonso da Silva “é o que entrega a verificação da inconstitucionalidade a órgãos de natureza política, tais como o próprio: poder legislativo” (2009, p.51) e por último o sistema misto onde o controle poderá ser exercido tanto por órgãos políticos quanto por um órgão judicial, sendo o adotado pelo Brasil este último sistema que em regra costuma ser feito pelo poder judiciário através de suas espécies: difusa onde é realizado de forma incidental diante de um caso concreto pelos órgãos do poder judiciário e concentrada realizado perante um único órgão que é o Supremo Tribunal Federal de forma abstrata.

2.3.1 Controle Difuso

O controle difuso ou aberto de constitucionalidade é aquele que pode ser realizado por qualquer tribunal ou juiz, onde estes, diante de um caso concreto podem decidir pela compatibilidade da norma em xeque com a Carta Cidadã desse modo se percebe que o objetivo principal da lide não é a declaração de inconstitucionalidade de determinada lei e sim assegurar direitos constitucionais ao impetrante prejudicados pela desconformidade da lei com a Constituição Federal.

O presente controle tem sua origem em um emblemático caso julgado na corte norte-americana, sendo por isso conhecido como sistema americano de controle, sobre esse ponto valemo-nos das lições de Alexandre de Moraes (2011, p.740),

A ideia de controle de constitucionalidade realizado por todos os órgãos do Poder Judiciário nasceu do caso Madison *versus* Marbury (1803), em que o Juiz Marshal da Suprema Corte Americana afirmou que é próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei. E ao fazê-lo, em caso de contradição entre a legislação e a Constituição, o tribunal deve aplicar esta última por ser superior a qualquer lei ordinária do Poder Legislativo.

Em razão de ser um controle aberto, que se dá no seio de qualquer órgão (juiz ou tribunal) a legitimidade ativa para provocar tal controle se dá por todos aqueles que sejam litigantes no processo, ou seja, as partes do processo e terceiros – desde que admitidos no processo, o membro do ministério público, bem como, o juiz ou o tribunal de ofício, porém de acordo a constituição federal o tribunal só poderá declarar a inconstitucionalidade de uma norma se for pelo voto da maioria absoluta de seus membros instituto esse que é chamado pela doutrina como cláusula de reserva de

plenário.

Devido a suas características de ser um controle diante de um caso concreto, o efeito advindo da declaração de inconstitucionalidade se dá *inter partes*, ou seja, somente para as partes não extrapolando os limites da lide permanecendo tal lei válida e eficaz para terceiros, conforme nos ensina Paulo Bonavides (2009, p.53) “a declaração de inconstitucionalidade na via indireta não anula a lei nem a revoga”. Portanto, a lei continua em vigor eficaz e aplicável até que o senado federal suspenda sua eficácia após a comunicação oficial de sua inconstitucionalidade realizada após um julgamento ocorrido em última instância pelo Supremo Tribunal Federal

Destarte esse efeito (*inter partes*) pode ser estendido para terceiros, pois nada impede que um caso vá parar na nossa Corte Suprema, através de um recurso extraordinário Conforme preceitua o artigo 178 do regimento interno do STF, assim que julgado o recurso extraordinário acolhendo, por maior absoluta, a inconstitucionalidade da lei, será feita a comunicação ao Senado Federal para que este, de forma discricionária por meio de resolução, suspenda a execução da lei no todo ou em parte com base no Artigo 52, X da Constituição federal, fazendo-se suspender a lei no todo ou em parte atribuindo os efeitos daquela decisão do Supremo para todos (*erga omnes*), o efeito em tela começará a partir da publicação da resolução, em termos, os efeitos serão *erga omnes extunc* em regra, pois excepcionalmente por razões de segurança jurídica ou de relevante valor social poderá a suprema corte pelo voto de 2\3 de seus membros modular os efeitos temporais da decisão que passará a ser *ex nunc*.

2.3.2 Controle Concentrado

O controle concentrado ou abstrato de lei ou ato normativo federal, diferentemente do aberto ou difuso, somente pode ser feito por alguns legitimados. Recebe o adjetivo de concentrado por ser direcionado a um único tribunal. Tem como finalidade precípua proteger o ordenamento, expurgando deste, leis ou outros atos normativos primários que contrariem a Constituição gerando efeitos *erga omnes* afastando definitivamente a norma inconstitucional do ordenamento jurídico, diferentemente do controle difuso que como foi visto o efeito da decisão valerá em regra

somente para as partes do processo, e o efeito *extunc* retroagindo ao momento da produção da norma, porém como visto anteriormente no controle difuso também se poderá modular os efeitos da decisão no controle concentrado pelos mesmos fundamentos supracitados, ou seja, em razão da segurança jurídica ou de relevante valor social.

O controle abstrato em nosso ordenamento é feito pelas seguintes ações:

- a) Ação direta de inconstitucionalidade genérica – dita ADI
- b) Ação direta de inconstitucionalidade por omissão – dita ADO
- c) Ação declaratória de constitucionalidade – dita ADC ou ADECON, para alguns.
- d) Arguição de descumprimento de preceito fundamental

Estas ações, diferentemente do sistema aberto ou controle difuso, não pode ser exercida por qualquer pessoa que esteja em uma lide judicial, é que para essas ações a Constituição previu um rol taxativo de legitimados previsto no seu artigo 103, vejamo-lo,

“Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (*“Caput” do artigo com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004*)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembleias Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (*Inciso com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004*)

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (*Inciso com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004*)

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

Importante destacar quanto a estes que existe uma divisão que os batizam como: universais aqueles que não precisam de pertinência temática (art. 103, I, II, III, VI, VII, VIII); e interessados ou especiais que precisam comprovar pertinência temática (art. 103, IV, V, e IX).

Agora vamos entender, em notas resumidas um pouco de cada uma dessas

ações, destacando que trataremos aqui somente do controle perante a Carta Magna feito no seio do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que é possível o controle perante as Constituições Estaduais, desde que de normas que estejam abaixo destas.

A ação direta de inconstitucionalidade perante a Constituição Federal é regulada pela Lei 9868/99, tem como principal escopo, como diz seu próprio nome, retirar do sistema normas incompatíveis com a Constituição Maior (parâmetro clássico).

Os legitimados para esta ação são aqueles previstos no artigo 103 da Constituição, com a curiosidade de que antes da entrada em vigor da atual Carta Maior somente o procurador geral da república podia intentar tal ação.

Em linhas gerais podem ser objeto dessa ação: emendas constitucionais, Constituições dos estados membros, tratados e convenções internacionais, demais normas primárias federais e estaduais e medidas provisórias.

O parâmetro ou paradigma de controle é a Constituição federal, todavia com a entrada em vigor da emenda 45 de 2004 tivemos um alargamento no parâmetro, mas será objeto de estudo no quarto capítulo.

A propositura de ação direta de inconstitucionalidade é imprescritível, tal controle pode ser exercido a qualquer momento e uma vez intentada esta ação não cabe desistência, tendo em vista o interesse jurídico em preservar o sistema, também não é possível intervenção de terceiros do artigo 7º *caput* da lei 9868/99, todavia em que pese tal afirmação é cabível a figura chamada *amicuscuriae* (amigo da corte), são pessoas que intervêm na ação, mas somente para esclarecer ou tornar mais clara a maturação da demanda para decisão sem interesse em seu resultado.

A ADI permite medida cautelar que terá efeito *ex nunc*, porém *erga omnes*, desde o momento da sua concessão.

Vejamos agora a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a presente tende a combater a chamada síndrome da ineficácia das normas constitucionais, a presente ação é claramente voltada para as normas de eficácia limitada, não sendo outro seu objeto, como diz Alexandre de Moraes (2011, p. 796):

As hipóteses de ajuizamento da presente ação não decorrem de qualquer espécie de omissão do Poder Público, mas em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo, em que a constituição investe o Legislador na obrigação de expedir comandos normativos. Além disso, as normas programáticas vinculadas ao

princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade, são suscetíveis de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A decisão na ADI por omissão culminará em exigências por parte dos órgãos omissos, se a omissão advier de órgão administrativo será necessário tomar esta providência em 30 dias ou em prazo razoável. Em se tratando de órgão legislativo este será dado ciência para que tome providências sem prazo estabelecido em razão da independência das funções.

A ação declaratória de constitucionalidade em muito pouco difere da de inconstitucionalidade; a principal diferença reside em que naquela somente tem como objeto lei ou ato normativo federal, enquanto nesta pode ser estadual ou federal, nos limitaremos a dizer isso sobre esta ação.

Arguição de descumprimento de preceito fundamental consiste a presente ação em uma ferramenta utilizada pelo direito brasileiro para evitar ou reparar lesões a preceitos fundamentais resultantes de atos do poder público, tendo também como objetivo suprir uma lacuna deixada pela ação direta de inconstitucionalidade, uma vez que esta não poderá ser proposta contra leis ou demais atos normativos que entraram em vigor antes da promulgação da atual constituição federal, esta ação é regulada pela Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

Existe muita divergência doutrinária do que vem a ser preceito fundamental, tendo em vista que o legislador constitucional não definiu. Para Alexandre de Moraes “Os preceitos fundamentais englobam os direitos e garantias fundamentais da constituição bem como os fundamentos e objetivos fundamentais da república de forma a consagrar maior efetividade às previsões constitucionais”. (MORAES apud TAVARES 2001, p. 17).

3. DOS TRATADOS NO ORDENAMENTO INTERNO E SEUS STATUS

3.1 Aspectos gerais dos atos internacionais

Extrai-se da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 e da Convenção de Viena sobre o Direito dos tratados entre Estados e Organizações Internacionais de 1986 o conceito de tratado sendo este: um acordo internacional celebrado por escrito entre dois ou mais Estados ou outros sujeitos de Direito Internacional, sob a égide do direito internacional, independentemente de sua designação específica.

Percebe-se, pelo conceito acima exposto, que são os tratados, a fonte principal de comunicação entre os Estados Soberanos, tem-se, nesses acordos de gigantes, verdadeira revelação mais expressiva de direito transnacional. Como, também, dito nas linhas do primeiro parágrafo, que se tem um tratado, independentemente de sua designação, pois as nomenclaturas no seio do Direito Internacional assumem as mais variadas facetas, a saber: tratado, convenção, ato, pacto, estatuto, protocolo, acordo, *modus vivendi*, concordata, compromisso, troca de notas, acordo em forma simplificada, carta, convênio, *gentlemen's agreements* ou *memorandum of understanding*, ajuste, arranjo e memorando, acordo sede e outros, tendo em vista encerrar a norma da Convenção de Viena um preceito *numerosa pertus*.

Os tratados obedecem ainda a certas condições de validade. São elas: capacidade das partes contratantes; habilitação do agente; consentimento mútuo; objeto lícito e possível.

Quanto à capacidade de ser parte a convenção de Viena sobre direito dos tratados, de 1969, é clara ao estabelecer em seu art. 6º: “todo estado tem capacidade para concluir tratados”. Tradicionalmente, entendia-se que somente os estados soberanos poderiam assinar tratados, porém este não é mais o entendimento, como nos diz Accioly, Silva e Casella (2011, p.161):

Quando em 1924 o Governo do Brasil informou o Secretário-Geral da Sociedade das Nações de sua intenção de criar em Genebra uma representação permanente a ser dirigida por um Embaixador, tal decisão trazia *in status emergente*, o eventual direito da Sociedade das Nações de firmar tratados. A questão chegou a ser suscitada, mas só foi com a Carta das Nações Unidas que passou a ter aceitação, embora de maneira tímida de início.

A habilitação dos agentes, como requisito de validade, é observada quando os representantes de determinados estados apresentam a carta de plenos poderes, é esta carta que lhe dá capacidade para adoção ou autenticação do texto do tratado, hodiernamente tal carta é dispensada no caso de chefes de estado ou de governo e dos ministros das relações exteriores.

O consentimento é ínsito ao próprio nome do objeto e estudo, tratado, para um ato internacional, como este, ingressar no ordenamento é imprescindível à aceitação do Estado soberano, pois como sabemos um Estado é dito soberano quando governado sob suas leis e, podemos complementar, sob as leis internacionais a que aquiesce, importante fazer uma observação quanto aos princípios de direito civil relativos aos vícios de consentimento, observam Accioly, Silva e Castella (2011, p. 162):

Os princípios de direito civil relativos aos vícios de consentimento não podem ter a mesma aplicação em direito internacional, visto existir em natureza e funcionamento diversos no ordenamento internacional, bem como interesse, superioridade, comunidade internacional de que os tratados sejam respeitados como expressão não somente de *pacto* entre partes, mas também de *lei*, no contexto internacional.

O objeto do tratado deve ser lícito e possível, essa licitude não é somente legal, mas também moral, respeitando os princípios estanques de cunho universal.

Esses tratados sofrem inúmeras classificações: uma classificação se baseia em seus aspectos formais outras em seus aspectos matérias, em razão do objetivo precípuo desta obra e para evitar anotações improfícuas para as discussões que queremos travar, falaremos somente da classificação formal, de forma sinóptica, por julgarmos imprescindível.

Quanto ao aspecto formal os tratados podem ser; quanto às partes, bilaterais; nestes somente há a presença de dois sujeitos de direito internacional. Ou multilaterais; nestes pode haver, como diz o nome, mais de dois sujeitos. Ainda nesse aspecto quanto ao procedimento, podem ser solenes quando necessita do rito completo para sua aprovação do legislativo.

Quanto à negociação, esta pode se dar de forma bilateral ou em negociação coletiva.

A negociação bilateral é desenvolvida em regra no território de uma das partes envolvidas, sendo até mais econômico nesses casos, em não tendo os Estados

contratantes relações diplomáticas estabelecidas de forma permanente é admitido que o tratado se faça no território de um deles mediante o envio pelo outro de delegação *ad hoc*. Segundo Resek (2008, p.40) Alguns fatores fazem calhar que o tratado se efetue em território de terceiro estranho ao tratado, segundo o professor, destacam-se entre esses fatores:

- a) o clima de animosidade ou desconfiança mútua reinante entre as partes
- b) a vantagem operacional e econômica representada pelo cenário neutro, onde se encontrem representações diplomáticas permanentes dos dois pactuantes.

Tendo as partes o mesmo idioma neste se desenvolverá a negociação ou quando tiverem mais línguas mais algumas dessas em comum é preferível usar esta. Entretanto, se diferentes as línguas será utilizado uma linguagem que traga mais comodidade para ambas as partes.

Nas negociações coletivas é necessária uma conferência diplomática internacional, voltada de forma exclusiva para a feitura de um ou mais tratados, ou a uma pauta que se tenha uma discussão mais ampla, em que se inscreva, não obstante, alguma produção convencional, sobre estes fala Rezek (2008, p.42).

A conferência é usual mesmo quando não muito numerosos os Estados interessados em pactuar. Sua iniciativa assume-a um grupo de Estados, ou organização internacional, ou mesmo um Estado isolado que, por qualquer razão, tenha especial interesse no tratado da matéria. Se a iniciativa é de uma organização internacional, pode dar-se que em seu próprio interior deva curso a negociação do tratado. De outro modo, impõe-se o entendimento oportuno com o Estado que ofereça seu território para sediar a conferência.

A presença de pluralidade de línguas faz com que seja necessária a eleição de uma língua que melhor se adeque as negociações, bem como, em que se lavrará as versões autênticas do texto findo.

A assinatura do tratado é a firma que põe fim à negociação, fixando e autenticando o texto do compromisso, além disso, exteriorizando o consentimento em definitivo das pessoas jurídicas internacionais que os signatários representam.

A ratificação é o ato internacional, ato este de governo, exercido pelo poder Executivo, que confirma perante os demais sujeitos internacionais a sua obrigação para com o que anteriormente pactuara, ou nas palavras de Rezek (2008, p.50), “ratificação é o ato unilateral com que a pessoa jurídica de direito internacional, signatária de um tratado, exprime definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se”.

A competência para ratificar o tratado, incumbe a quem à ordem constitucional de cada Estado, gozando de sua soberania, determinar na generalidade das ordens jurídicas essa tarefa é feita pelo Executivo. O ato de ratificação também se afigura discricionário não constituindo ilicitude a não execução deste.

A ratificação se dá de forma expressa, é um ato de comunicação formal à outra parte, ou ao depositário do tratado, da intenção de fazer parte daquilo que se pactuou. Não há como se falar em ratificação implícita em um acordo internacional que como sempre, *é, spont sua*, um ato de grande magnitude.

Nos tratados coletivos seria insensato que um Estado devesse promover a ratificação perante todos os outros, nesses o que acontece é o depósito do instrumento de ratificação, sendo dado aos outros a notícia, pelo depositário, do corrente depósito.

No nosso sistema compete ao Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre os tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”, e, compete ao Chefe do Executivo “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos ao referendado Congresso Nacional”.

O chefe do Executivo como figura onipresente nos acordos internacionais, satisfeito com as negociações feitas no tratado, submeterá este ao abono do Congresso Nacional, o abono do Congresso não obriga a ratificação do presidente, tampouco pode o presidente tornar o tratado uma obrigação definitiva sem o alvará do Congresso, estamos diante de um ato complexo em que as duas vontades são necessárias. O ato que consagra tudo isso é um decreto legislativo, promulgado pelo presidente do Senado e publicado no Diário Oficial da União.

Porém, sobre o argumento de celeridade, quer para os acontecimentos no mundo internacional, quer para tomada de decisões nesse meio tempo, existe a figura dos acordos executivos – tratado internacional sem a aprovação individualizada do Congresso, esse tipo de pacto sofre crítica dura de Francisco Rezek (2008, p.61),

Não se sabe o que mais repudiar nesse repetitivo discurso, se o que tem de frívolo ou o que tem de falso. O suposto ritmo trepidante do labor convencional nas relações internacionais contemporâneas seria fator idôneo à tentativa de inspirar o constituinte, nunca à pretensão de desafiá-lo. Por outro lado é inexata e arbitrária a assertiva de que os parlamentos, em geral, quando dotados de competência para resolver sobre tratados, tomem nisso maior tempo regular que aquele despedido pelos governos – também em geral – para formar suas

próprias decisões definitivas a respeito, mesmo que não considerado o período de negociação, em que agentes destes – e não daqueles – já convivam com a matéria em processo formativo.

Porém para Rezek é possível convalidar os acordos executivos, desde que, abandone-se a ideia de que o governo pactue sozinho sobre “assuntos e sua competência privativa”, buscando-se na lei fundamental uma sustentação jurídica para tanto, sustentado nos ensinamentos de Accioly (2008, p.62) a possibilidade de serem compatíveis três categorias de acordo, quais sejam: “que consignam simplesmente a interpretação de cláusulas de um tratado já vigente”, os “que decorrem, lógica e necessariamente de algum tratado vigente e são como que o seu complemento”, e os *modus vivendi*, “quando têm em vista apenas deixar as coisas no estado em que se encontram, ou estabelecer simples bases para negociações futuras”.

Os tratados, em regra, irradiam efeitos, somente, *inter partes*, porém existem hipóteses em que estes, fazem incidir efeitos sobre terceiros, criando-se, extinguindo-se e se modificando, direitos ou obrigações.

Na senda do parágrafo precedente fala-se em efeito difuso que, nada mais é, senão, o efeito do tratado perante terceiros, quando estes regulam situações jurídicas objetivas que atingem vários Estados, *verbi gratia*, quando regulam questões territoriais como modificação de linhas limítrofes – reais ou imaginárias - de separação entre Estados. Por mais que seja esse acordo bilateral acarretará efeitos sobre terceiros não inclusos nessa convenção.

Ainda há um efeito dito pela doutrina de efeito aparente ou cláusula da nação mais favorecida, esse também ocorre quando um terceiro sofre consequências de um tratado, comumente bilateral, nas palavras de Francisco Rezek (2008, p.90):

Este é o caso em que determinado terceiro sofre consequências diretas de um tratado – geralmente bilateral – por força do disposto em tratado anterior, que vincule a uma das partes. Os Estados A e B celebram em 1975 um tratado de comércio em que se concedem favores mútuos, cada um deles prometendo gravar os produtos originários do outro com uma alíquota privilegiada do imposto de importação. Fica estabelecido que, se no futuro um deles vier a tributar com alíquota ainda mais baixa os produtos e outa nação qualquer, o copactuante de agora terá direito imediato a igual benefício. Isto é, em linhas rudimentares, a cláusula da não mais favorecida.

Quanto à aplicabilidade dos tratados, é importante destacar que segue a regra: *pacta sunt servanda*, ou seja, devem ser cumpridos de boa fé. No conflito entre tratados o mais recente prevalece sobre o mais antigo, quando as partes forem as mesmas.

Quando as partes forem diferentes segue-se a seguinte sistemática: entre um Estado-parte em ambos os tratados e um Estado-parte somente no tratado mais recente se aplica o mais recente; entre um Estado-parte em ambos e um Estado-parte somente no tratado anterior se aplica o anterior. Entre os Estados-partes nos dois tratados somente se aplica o anterior no que ele não for incompatível com o novo tratado.

Quanto à violação dos tratados esta será substancial em duas hipóteses, segundo a convenção de Viena – a uma quando houver rejeição do tratado não sancionada pelo governo; a duas quando houver violação de uma disposição essencial para a consecução do objetivo ou da finalidade do tratado.

A consequência da violação dos tratados depende do tipo de acordo quanto ao aspecto formal, precisamente ao número de sujeitos. Em um tratado bilateral, como sabemos: só há duas partes, a violação de uma delas dá a outra o direito de suspender a execução, totalmente ou parcialmente, ou mesmo proceder à extinção do mesmo.

Em um tratado multilateral a violação permite às outras partes, desde que por consentimento unânime, a suspenderem a execução, total ou parcialmente, ou extinguirem o pacto, isso pode se dar somente com o Estado faltoso ou mesmo entre todas as partes. Uma parte essencialmente prejudicada pela violação pode se valer da suspensão da execução, totalmente ou parcialmente, somente na relação entre ela e o Estado faltoso. Ainda nesse tipo de *pactum*, a qualquer parte é permitido invocar a violação como ensejo para suspender a execução, total ou parcialmente, no que lhe for pertinente, se o tratado for de tal natureza que uma transgressão substancial de suas disposições por uma parte modifique totalmente a situação de cada uma das partes quando ao cumprimento futuro de suas obrigações advindas do acordo.

A convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 trás no artigo 54 alguma formas de extinção dos tratados,

Cessaçãõ da vigência ou retirada de um tratado por força das suas disposições ou por consentimento das Partes

A cessaçãõ da vigência de um tratado ou a retirada de uma Parte podem ter lugar:

- a) Nos termos previstos no tratado; ou
- b) Em qualquer momento, por consentimento de todas as Partes, após consultados os outros Estados Contratantes.

Assim dentro desses termos, a extinção pode se dar:

- 1) Por término do prazo de vigência;
- 2) Consentimento mútuo;
- 3) Denúncia – manifestação de uma das partes (tratado multilateral) de não seguir mais as disposições constantes no pacto;
- 4) Execução integral;
- 5) Inviabilidade de execução;
- 6) Condição resolutória (positiva ou negativa);
- 7) Caducidade;
- 8) Renúncia do beneficiário;
- 9) Inexecução por uma das partes;
- 10) Ruptura das relações diplomáticas e consulares;
- 11) Fato de terceiro.

3.2 Status dos tratados

É nessa temática que adentraremos ao assunto, diga-se de passagem, muito divergente na doutrina e jurisprudência, consistente na relação entre o direito internacional e o direito interno, mais especificamente entre as normas emanadas daquele e as leis domésticas (internas) de cada país.

Realmente, sendo as leis de elaboração humana, e ainda mais nos países, como o nosso, que adota a *civil law*, a produção de normas é intensa, em razão disso não é difícil se ver conflitos aparentes de normas, se tais conflitos já se vislumbram, única e exclusivamente internamente, o que se dirá quando estivermos diante do emaranhado de normas internas com novas normas produzidas por uma fonte alienígena do qual o nosso país adere através dos tratados.

A relação que o direito interno terá com o direito alienígena geralmente é feita dentro da Carta Maior de cada Estado. Diante desses conflitos se adotará uma das teorias a seguir expostas, são elas: dualismo e o monismo. Ou ainda possível a aplicação da primazia da norma mais favorável.

Segundo o dualismo o direito internacional e o direito interno são dois ordenamentos completamente distintos e com sede de atuações independentes sendo impossível o conflito entre essas normas, ficando as normas internacionais com a missão de direcionar as relações harmônicas entre os Estados, enquanto o direito interno disciplina as relações entre os indivíduos, e entre estes e o ente estatal.

É por essa teoria que um tratado somente pode regular relação interna se for a este ordenamento incorporado, como diz Portela (2010, p.51):

O dualismo vincula-se também à “teoria da incorporação”, ou da “transformação de mediatização”, formulada por Paul Laband, pela qual um tratado poderá regular relações dentro do território de um Estado somente se for incorporado ao ordenamento interno, por meio de um procedimento que o transforme em norma nacional. [...] cabe destacar que, com esse processo de incorporação, os conflitos que porventura ocorram envolverão não o Direito Internacional e o Direito interno, mas apenas normas nacionais.

Em linha oposta temos o monismo, este se fundamenta na ideia de que somente há uma ordem jurídica, com independência entre si, de normas internacionais e nacionais. Diferente do dualismo aqui não há a necessidade da feitura de um novo diploma legal que transforme o direito alienígena em interno.

Em busca da definição de qual norma deve prevalecer em um eventual conflito, dividiu-se o monismo em: monismo internacionalista e o monismo nacionalista. Quanto ao primeiro, teve seu berço nos estudos de Kelsen, como bem nos diz Portela (2010, p.52)

O monismo internacionalista foi formulado principalmente pela Escola de Viena, cuja figura mais representativa é Hans Kelsen, que entendia que o ordenamento jurídico é uno, e que o Direito das Gentes é a ordem hierarquicamente superior, da qual derivaria o Direito interno e à qual este estaria subordinado. Nesse sentido o tratado teria total supremacia sobre o direito nacional, e uma norma interna que contrariasse uma norma internacional deveria ser declarada inválida.

Essa modalidade, extraída dos ensinamentos do austríaco Kelsen ficou conhecido como “monismo radical”, porém há ainda, dentro do monismo internacionalista, o chamado “monismo moderado”, atribuído este a Alfred Von Verdross (PORTELA, p.52), este monismo nega a não-validade da norma interna que contrarie norma internacional, devendo, todavia prevalecer a última, acarretando seu eventual descumprimento em responsabilidade internacional do Estado.

O monismo nacionalista prefere o Direito doméstico ao Direito das Gentes, baseia-se na soberania estatal absoluta, desenvolvida por autores do quilate de Hegel, para este o ordenamento interno é hierarquicamente superior ao internacional prevalecendo aquele em eventual conflito.

A doutrina mais abalizada, além de lançar críticas a tais teorias, prefere adotar outro critério, qual seja – a primazia da norma mais favorável.

Tal doutrina reza que em conflito entre normais internacionais e nacionais deve prevalecer a que melhor promova a dignidade da pessoa humana, diz Portela (2010, p. 53):

[...] fundamenta-se não no suposto primado da ordem internacional ou nacional, mas sim na prevalência do imperativo da proteção da pessoa humana, valor atualmente percebido por parte importante da sociedade internacional como superior a qualquer outro no universo jurídico.

Esse princípio é de melhor emprego, tendo em vista que valoriza somente valores matérias de cunhos protecionistas do bom desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, desapegando-se de aspectos meramente formais como se percebe nas outras teorias.

3.3 Aspectos gerais e tratados comuns

Quando falamos em *status* dos tratados, estamos a nos referir sobre a sua hierarquia no plano normativo interno, ou seja, a sua hierarquia legal e porque é importante discutir a revogação de tratado. Essa de suma importância essa discussão, pois a adoção de um ou de outro entendimento traz grande relevância para o direito interno. É nessa temática que se observa as principais considerações sobre o relacionamento entre o direito internacional e o direito interno.

No tocante ao relacionamento entre o direito internacional e o direito privado será mais bem discutido no próximo capítulo, neste nos ateremos a falar sobre a natureza dos tratados no ordenamento jurídico. Todavia é preciso ter em mente que a história do constitucionalismo brasileiro mostra que o poder constituinte não estabeleceu normas claras nesse tocante até a Constituição de 1988, ainda assim a Constituição foi muito tímida, por isso o tratamento da matéria é melhor balizado pela doutrina e jurisprudência.

A nossa Carta Política prevê no seu artigo 5º um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, em linhas finais desse artigo e evidenciando o seu caráter exemplificativo, há o § 2º obra do constituinte originário que diz 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.

Essa segunda parte “dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” o nosso Supremo sempre via com certa cautela, diz Rezek (2008,

p.102).

Sobre esta última categoria nada se ouviu nos anos seguintes do Supremo Tribunal Federal, cuja maioria era pouco receptiva à ideia de que a norma assecuratória de algum outro direito, quando expressa em tratado, tivesse nível constitucional. Isso resultava provavelmente da consideração de que, assim postas as coisas, a carta estaria dando ao Executivo e ao Congresso, este no *quórum* simples da aprovação de tratados, o poder de aditar à lei fundamental; quem sabe mesmo o de mais tarde expurga-la mediante a denúncia do tratado, já então – o que parece impalatável – até pela vontade singular do governo, habilitado que se encontra, em princípio, à denúncia de compromisso internacionais.

O supremo durante muito tempo abraçou a ideia da prevalência dos tratados sobre as normas internas infraconstitucionais, ou seja, a supralegalidade, para o supremo os tratados eram somente inferiores a Carta Maior, por isso os tratados eram derogatórios das leis ordinárias que fossem contrárias.

O STF, em 1977, por meio do Recurso Extraordinário de número 80.004, segundo a doutrina retrocedeu a evolução do entendimento, nesse RE disse o Supremo que as normas internacionais não se sobrepõem às leis do País. Deste ponto em diante o entendimento era de que os tratados têm status infraconstitucional, ou seja, estão ao lado das leis e o conflito se resolveria pelos velhos critérios solucionadores dos conflitos de leis penais no tempo, quais sejam: cronológico e especialidade. Esclarecedor esse excerto retirado da ação direta de inconstitucionalidade 1480/DF, do relator Celso de Melo, que resume bem a posição majoritária do supremo,

Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para solução do conflito, aplicação alternativa do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível do critério da especialidade. Precedentes. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Tribunal Pleno, ADI-MC 1480/DF. Brasília, DF, 04.set.97, DJ 18.05.01,p.429).

Essa é hierarquia dos tratados em geral, ou seja, têm status de lei ordinária e por isso, também, não podem invadir matéria reservada à lei complementar.

Em que pese toda essa observação é importante destacar que no nosso ordenamento há duas grandes exceções a essa regra geral são elas: os tratados de

direitos humanos e os tratados de direito tributário, falaremos primeiro desse último.

3.4 Tratados de Direito Tributário

Estabelece o artigo 98 do nosso código tributário nacional que “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela lei que lhe sobrevenha”, O CTN adotou nesse artigo a suprallegalidade dos tratados de direito tributário.

Quanto a esses tratados não é possível compactuar com a regra do parágrafo terceiro da Constituição que estabelece a força de emenda a tais tratados,

Como os tratados internacionais sobre matéria tributária normalmente trazem acordos visando a evitar a bitributação internacional e a estatuir regras de cooperação internacional para evitar a evasão fiscal, dificilmente será possível enquadrar um tratado que verse sobre matéria na nova regra, aplicável exclusivamente para tratados que versem sobre direitos humanos. Justamente por isso, a análise dos tratados e convenções que versem sobre matéria estritamente tributária deve ser feita considerando a inaplicabilidade das novidades trazidas pela EC 45/2004. (ALEXANDRE, 2012, p.201)

O Supremo Tribunal Federal adota uma interpretação restritiva do citado dispositivo, aplicando-o somente aos chamados *tratados-contrato*, trazemos à tona uma classificação dos tratados quanto à natureza que os divide em normativos (tratados-lei) e contratuais (tratados-contratos), os primeiros se caracterizam pela generalidade, criando regras de aplicação cogente no mundo do direito internacional, já os segundos se caracterizam por obrigações recíprocas entre os pactuantes, exaurindo-se quando tais obrigações forem adimplidas.

Como compactuar a norma inserta no artigo 98 com o entendimento do STF a partir do RE 80.004, não há como, tendo em vista ser o supremo o guardião da nossa Constituição de 1988 e o CTN, assim como todas as demais leis, deve obediência a esta. O supremo aos poucos tem retomando a ideia de suprallegalidade dos tratados em matéria tributária como no julgamento do RE 229.096, que proclama reiteradamente a “supremacia dos acordos internacionais, em torno de matéria tributária, sobre lei” (PORTELA, 2010, p. 131).

Nesse contexto do art. 98 do CTN segue também a jurisprudência do STJ,

O Superior Tribunal de Justiça tem dado importância prática à distinção, já tendo chegado a asseverar a integral aplicabilidade da restrição constante no art. 98 do Código Tributário Nacional aos tratados normativos, mas não aos tratados contratuais. Nas palavras do Tribunal, “o art. 98 do CTN permite a distinção entre os chamados tratados-contratos e os tratados-leis. Toda a construção a respeito da prevalência da norma interna com o poder de revogar os tratados, equiparando-os à legislação ordinária, foi feita tendo em vista os designados tratados-contratos, e não os tratados-leis” (REsp 426.945 – PR) (ALEXANDRE, 2012, p.203).

É importante ainda destacar que, como fonte formal tributária, os direitos dos contribuintes que sejam assegurados por tratados ou convenção internacional, passam a ser catalogados como direito subjetivo material em nível constitucional, não podendo legislação infraconstitucional infirmá-los, entretanto, é possível o Estado Federal Brasileiro denunciar, no uso de sua soberania com base no art. 4º, inciso I da *Lex Fundamental* (Harada, 2011, p.299).

3.5 Tratados De Direitos Humanos

Como visto os tratados internacionais sempre foram objeto de discussão por parte dos estudiosos pátrios, antes de a propalada reforma do poder judiciário trazida pela EC nº 45, que inseriu o § 3º ao artigo 5º da Carta Maior, já existia no mesmo artigo o §2º que dizia 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.** (grifos nossos)

Com espeque no §2º acima, defende a doutrina mais abalizada que os tratados teriam *status* Constitucional, como se pode ver, nos ensinamentos de Valério Mazzuoli (2011, p.28):

Com base nesse último dispositivo, 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 elencadas 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 internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil se incluam no nosso ordenamento jurídico 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.

Com a inserção do §3º, pela EC nº 45, ao artigo 5º do Texto Magno, objetivou o Legislador derivado reformador por cabo a discussão. Pretendeu tal norma explicitar, em tons claros, qual tratado é ou não considerado Constitucional, segundo esta: “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”.

Apesar da tentativa do legislador, discussões continuaram quanto aos tratados que versem sobre direitos humanos não incorporados nesta sistemática (cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros), a doutrina internacionalista- constitucionalista sempre se enveredou para o lado de que tais tratados equivaleriam à norma Constitucional, nesta senda,

Tecnicamente, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil já têm *status* de norma constitucional, em virtude do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição. Portanto, já se exclui, desde logo, o entendimento de que os tratados de direitos humanos não aprovados pela maioria qualificada do § 3º do art. 5º equivaleriam hierarquicamente à lei ordinária federal, uma vez que os mesmos teriam sido aprovados apenas por maioria simples (nos termos do art. 49, inc. I, da Constituição) e não pelo *quorum* que lhes impõe o referido parágrafo. O que se deve entender é que o *quorum* que tal parágrafo estabelece serve tão-somente para atribuir eficácia *formal* a esses tratados no nosso ordenamento jurídico interno, e não para lhes atribuir a índole e o nível *materialmente* constitucionais que eles já têm em virtude do § 2º do art. 5º da Carta de 1988. (MAZZUOLI, 2011, p.29).

Portanto os principais expoentes sempre sinalizaram por atribuir força Constitucional aos tratados de direitos humanos atribuindo força constitucional a estes tão somente, e o bastante, por força do §2º da Carta Maior.

Impende ainda salientar discussão ocorrida no seio do STF, como se vê nesse trecho de artigo do professor Luiz Flávio Gomes (2008),

No dia 03.12.08 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, foi vencedora (por ora) a primeira tese.

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, o qual a tese sagrou vencedora, estes seriam supralegais, por estarem acima das leis, mas abaixo da CF por não serem

aprovados nos termos do §3º do artigo 5º do Texto de Outubro.

Os tratados de direitos humanos com status supralegal se caracterizam por veicularem normas que estão acima das leis brasileiras em geral, mas sujeitas à Constituição. É o caso, por exemplo, do Pacto de São José da Costa Rica, internalizada no Brasil pelo Decreto 678/1992, veiculador em âmbito interno da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Logo, toda e qualquer norma interna brasileira que venha a contrariar as disposições de qualquer tratado internacional de Direitos Humanos com status supralegal deverá ser considerada formalmente ilegal. (COLNAGO, 2010).

Atentando-nos ao tratado aprovado na forma do §3º artigo 5º da Constituição, percebemos, sem sombra de dúvidas que este equivale a emendas constitucionais, por força e vontade legislativa. No estudo do subitópico 3.1 percebemos que os tratados que não sejam sobre direitos humanos permitem denúncia por parte do Estado, mediante ato do poder executivo, essa denúncia equivale a não mais assegurar aquela lei internacional a nosso direito interno, bem como qualquer lei ordinária poderia revoga-los, pois bem, como bem sabemos os direitos humanos são *mutatis mutandis* garantias fundamentais, há no nosso texto Constitucional a proibição de proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (CF art. 60,§4º, IV), poder-se-ia nessa espécie de tratado haver denuncia por parte do chefe do Executivo? A resposta só pode ser negativa, nessa senda Rezek (2008, p.103)

Não haverá quanto a semelhante tratado a possibilidade de denúncia pela só vontade do Executivo, nem a de que o Congresso force a denúncia mediante lei ordinária, e provavelmente nem mesmo a de que se volte atrás por meio de uma repetição, às avessas, do meio da emenda à Carta, visto que ela mesma se declara imutável no que concerne a direitos dessa natureza.

Por todo exposto nesse tópico se conclui que os tratados que versem sobre direitos humanos têm força de emenda constitucional, ora materialmente (CF, art.5º,§2º) ora formal e materialmente (CF, art.5º §3º), não podendo esses direitos ser retirados do ordenamento por denúncia, por normas infraconstitucionais, ou por meio de emendas. Servindo estes de paradigma para o controle de constitucionalidade com as nomenclaturas que serão vistas em linhas à frente.

4.DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

4.1 O Bloco de Constitucionalidade.

Quando do estudo do parâmetro ou paradigma de controle observamos que o principal ou clássico é a Constituição federal, quer para o controle difuso, quer para o controle concentrado, porém não é de hoje que a doutrina, bem como jurisprudência, tem enlarguecido esse parâmetro, trazendo uma visão ampliativa, apontando que, também se serve de os tratados internacionais de direitos humanos, quer sejam materialmente de direitos humanos (CF, art. 5º, §2º) quer sejam material e formalmente constitucionais quando aprovados na forma prevista no artigo 5º § 3º da Constituição Federal.

Segundo o último artigo, quando um tratado internacional que verse sobre direitos humanos for aprovado em cada uma das casas do Congresso Nacional em dois turnos de votação por 3/5 dos votos de seus membros terá força de emenda de uma emenda constitucional.

É importante destacar que o artigo precitado foi incorporado à nossa Constituição pela emenda constitucional 45/2004, mas como se viu essa colocação dos tratados como parâmetro de controle já existia desde a obra do constituinte originário de 1988, desde o §2º do art. 5º já objeto de estudo desta obra, nessa senda Mazzuoli (2011, p.29)

[...]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.

A esse enlarguemento do parâmetro, convencionou a doutrina e jurisprudência de chamar de: bloco de constitucionalidade, nesse sentido Canotilho,

[...] o programa normativo-constitucional não pode se reduzir, de forma positivística, ao ‘texto’ da Constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, alargando o ‘bloco da constitucionalidade’ a princípios não escritos, mais ainda reconduzíveis ao programa normativo-constitucional, como formas de densificação ou revelação específica de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas. (CARVALHO *apud* CANOTILHO, 2006, p.261).

A palavra bloco de constitucionalidade vem do francês, da obra de Louis Favoreu, Francisco Rubio Lioronte, *El bloque de la constitucionalidade*. (Lenza, 2010, p.254), interessante à observação abaixo,

A doutrina alienígena registra que o *leading case* que marcou a definição do bloco de constitucionalidade foi a decisão do Conselho Constitucional da França, de 16 de julho de 1971, que estabeleceu as bases do *valor jurídico do Preâmbulo* da Constituição de 1958, o qual inclui em seu texto o respeito tanto à *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789, como também ao *Preâmbulo da Constituição de 1946 (que continha uma declaração de direitos econômicos e sociais)*. Este, por sua vez, faz referência aos *princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República*. Ou seja, tudo estava integrado à Constituição Francesa." (JOSINO NETO, 2002)

Como observado acima, o bloco de constitucionalidade se desenvolveu na França, esse estudo assumiu grande importância, pois estabelece um vetor axiológico maior, pois deu força a interpretação constitucional mais voltada para os seus fins, fortalecendo normas diretivas de direitos fundamentais e de vontade do Legislador Originário,

Como bem resumem LOUIS FAVOREU e LOÏC PHILIP (*Les Grandes Décisions Du Conseil Constitutionnel*. 6ª edição. Paris: Sirey. 1991. p. 242), a decisão do Conselho Constitucional é importante e muito significativa, pois "*consagra de maneira definitiva o valor jurídico do Preâmbulo; alarga a noção de conformidade à Constituição; aplica 'os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República'; afirma o papel do Conselho como protetor das liberdades fundamentais e faz da liberdade de associação uma liberdade constitucional.*" É certo que antes mesmo antes de 1971 o Conselho Constitucional já havia dado uma interpretação extensiva do conceito de Constituição, englobando as leis orgânicas no bloco de constitucionalidade, "dando, assim, um sentido mais amplo à noção de Constituição" (JOSINO NETO *apud* LOUIS FAVOREU e LOÏC PHILIP, 2002, ob.cit., p. 248, tradução nossa).

O bloco de constitucionalidade vem a sedimentar a observação de princípios já há muito estudado pela doutrina, em busca de um direito mais democrático, demonstrando a força normativa da Constituição (art. 5, §§ 2º e 3º), não limitando está somente ao que disse quando escreveu, mas, mais do que isso, ao que disse quando estabeleceu em si princípios fundamentais em todo e qualquer sistema democrático,

O conceito de bloco de constitucionalidade não se limita às disposições singulares do direito constitucional escrito. De um lado, essa ideia abrange todos os princípios constantes do texto constitucional. Por outro, esse conceito abarca, igualmente, todos os princípios derivados da Constituição enquanto unidade, tais como o princípio da democracia, o princípio federativo, o princípio da federação, o princípio do Estado de Direito, o princípio da ordem democrática e liberal e o princípio do estado social, além do preâmbulo da Carta, os princípios gerais próprios do sistema adotado e, inclusive, princípios suprapositivos imanentes à própria ordem jurídica. (JOSINO NETO, 2002)

Pode-se se dizer que hoje se mostra sedimentada a ideia do bloco de constitucionalidade, devendo a compatibilidade das normas infralegais serem analisadas diante de um sistema amplo, abrangido pela Constituição Federal mais os tratados de direitos humanos que sejam aprovados nos moldes do §3º do artigo 5º da Carta Maior, dando azo a um direito harmônico não só com o direito interno mais com o direito transnacional.

No segundo semestre de 2008 foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro à primeira norma internacional sobre direitos humanos nos moldes do §3º do artigo 5º (com força de emenda). Trata-se da Convenção sobre os Direitos das pessoas com Deficiência, assinada em 30 de Março de 2007, em Nova Iorque, aprovada pelo DL 186/2008 (DOU de 10.07.2008) e promulgada pelo Decreto 6.949/2009 (DOU de 26.08.2008).

Tem-se na convenção o primeiro exemplo pátrio de ampliação do parâmetro para controle de constitucionalidade, ou seja, é parte integrante do bloco de constitucionalidade, hoje se pode falar em Constituição Federal mais Convenção Sobre os Direitos das pessoas com Deficiência como parâmetro para controle de constitucionalidade de leis, sem maiores discussões.

4.2 Aspectos Gerais do Controle De Convencionalidade

Quando vimos no capítulo 2 desta obra, percebemos que as normas infraconstitucionais somente são legítimas (válidas) quando respeitam a *Lex Fundamentalis*, sendo esta seu supedâneo, seguindo clássica lição da pirâmide do austríaco positivista, Kelsen, principalmente no seu aspecto lógico-jurídico (norma hipotética fundamental).

Como sabemos as leis que não respeitarem as normas da constituição serão consideradas inconstitucionais quer se dê de forma incidental em um processo (controle aberto ou difuso) quer de forma concentrada, em um processo objetivo, sem lide (controle concentrado).

A doutrina evidencia que quando estivermos diante de um tratado, especificamente, de direitos humanos não falaremos em controle de

constitucionalidade, mas sim de convencionalidade, tal controle será válido tanto para os tratados de direitos humanos anteriores ao §3º da Constituição, quanto, obviamente aos posteriores. Em sendo o tratado comum não há o que se de controle algum, uma vez que segundo a doutrina majoritária tais tratados possuem a mesma hierarquia de uma lei ordinária, nesse estudo dizemos comum o tratado que não seja de direitos humanos, porém Valério Mazzuoli entende que mesmo os tratados comuns possuem uma hierarquia superior as leis infraconstitucionais e portanto estariam estas sujeitas a um controle de supralegalidade,

[...] quer tenham os tratados de direitos humanos “*status* de norma constitucional” (nos termos do art. 5º, §2º, da Constituição), quer sejam “equivalentes às emendas constitucionais” (posto que aprovados pela maioria qualificada prevista no art. 5º §3º), em ambos os casos serão eles paradigmas 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 tema alheios aos direitos humanos) também têm *status* superior ao das leis internas no Brasil. Se bem que não equiparados as normas constitucionais, os instrumentos convencionais comuns têm *status* supralegal em nosso país, por não poderem ser revogados por lei interna posterior[...] Nesse último caso, tais tratados (comuns) também servem de paradigma ao controle das normas infraconstitucionais por estarem situados acima delas [...] mas do controle de supralegalidade das normas infraconstitucionais. (2010, p.74-75)

A origem do nome controle de convencionalidade na forma que se coaduna com essa obra se deve ao professor Valério Mazzuoli, todavia a nomenclatura “controle de convencionalidade” já foi usada sob outro enfoque e nesse diapasão de outra forma, sob o ângulo da responsabilidade internacional já fora essa expressão usada, mormente em frente a atos legislativos, nesse diapasão o controle consistia em impedir o parlamento local de adotar leis que contrariassem tratados internacionais de direitos humanos já ratificados por determinado Estado, seria ao fim e ao cabo, uma técnica legislativa pela qual o parlamento, afastaria a aplicação de uma lei que conflitasse com determinado tratado.

Também se adotou esse tipo de controle para observar a compatibilidade de leis locais com tratados internacionais não pela via interna, mas sim por mecanismos internacionais, apurando o respeito por parte de um Estado pactuante com suas obrigações para com o Direito Internacional, nas lições de Mazzuoli apud Tavares (2010, p. 78):

Esse controle de convencionalidade pode ser feito de modo unilateral pelos demais Estados participantes da sociedade internacional, o que o modo mais 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.

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.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é exemplo, sob essa ótica, de controle de convencionalidade efetuado por mecanismo coletivo, pois cabe a este dar a última palavra sobre a interpretação de direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Essa Corte Interamericana, nesse seu mister de dar a última palavra, emite pareceres consultivos que devem ser respeitados pelo direito interno, tais pareceres têm o fim precípua de auxiliar os juízes e respectivos tribunais nacionais a controlar a convencionalidade das leis frente aos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos. A esse instituto, resolveu-se chamar de *aferição de convencionalidade*, reservando a nomenclatura *controle de convencionalidade* apenas quando verificada a conformidade das leis internas com a Convenção no âmbito contencioso do mesmo tribunal (MAZZUOLI, 2011, p.93).

Interessante observar que, todo esse processo consultivo resulta em jurisprudência daquela Corte Internacional, formando o “bloco de convencionalidade, que servirá de paradigma e norte ético aos tribunais e juízes nacionais quando no exercício da conformidade de normas domésticas com as do sistema interamericano de direitos humanos”.

Segundo Mazzuoli, verdadeiramente a primeira ideia de controle de convencionalidade surgiu na França, em suas palavras,

[...] 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 conseqüente (e já conhecido) neologismo. Tal se deu originariamente quando o Conselho Constitucional francês, na Decisão^o 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 1950), pelo fato de não se tratar de um controle de *constitucionalidade* propriamente dito, o único em relação ao qual teria competência dito Conselho para se manifestar a respeito. (2011,p.82).

Portando a expressão controle de convencionalidade a muito já se existia, todavia na forma que se discuti nessa obra, somente foi vislumbrada pela primeira vez nos estudos de Valério Mazzuoli.

4.3 As Consequências do Controle de Convencionalidade

O controle trouxe uma revolução no ordenamento pátrio no tocante à forma de controle das normas infraconstitucionais, essas passaram a sofrer um duplo controle e em perspectivas diferentes, fala-se agora em dupla compatibilidade vertical, surgindo o controle de convencionalidade como mais uma das principais ferramentas de controle da validade das normas.

Nesse ponto é preciso observar algumas coisas para que fique claro o assunto, aqui precisamos saber dos institutos da *recepção* (quando uma norma infraconstitucional anterior conflitante com a nova Carta Máxima é com esta incompatível), quando a lei posterior à carta com essa conflita, ou quando conflita com tratados de direitos humanos, Mazzuoli divide bem a temática,

Doravante, é imperioso deixar claras quatro situações que podem vir a existir em nosso direito interno, segundo a tese que a que estamos a defender: a) se a lei conflitante é anterior à Constituição, o fenômeno jurídico que surge é o da *não recepção*, com a conseqüente revogação da norma a partir daí, 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*. (2011, p.118).

Pelo exposto é possível perceber três procedimentos completamente distintos. Primeiro o fenômeno da recepção, vale destacar que por esse fenômeno, para a doutrina tradicional, ocorrendo incompatibilidade entre o direito ordinário e as normas constitucionais novas, ainda que programáticas, não poderá o mesmo sobreviver, deixando assim de vigorar (CARVALHO, p. 278). Todavia como vamos ver em linhas mais a frente, com base no princípio *pro homine*, que é vetor axiológico de

preponderância elevada, essa questão seria discutível, pois tal princípio tem tamanha força para os internacionalistas que ele seria capaz, de falar até, em normas constitucionais inconventionais.

Como já sabemos afora a recepção, há também o clássico controle de constitucionalidade (exposto por nós no segundo capítulo desse *thema*), totalmente sedimentado no nosso sistema – o controle de constitucionalidade, previsto para normas infraconstitucionais que conflite com a *lex fundamentalis*. Em rateio final, e objeto desse estudo o controle de convencionalidade, como diz Mazzuoli, (2011 p. 132)

[...] a compatibilidade do direito doméstico com os tratados internacionais de direito 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. 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.

Em poucas palavras, como já dito em outras passagens desta obra - por controle de convencionalidade deve se entender como: Controle que faz a análise da compatibilidade das normas infraconstitucionais que conflitem com tratados de direitos humanos.

Os tratados de direitos são de conteúdo axiológico denso, trazendo uma necessidade por parte dos países que acompanham o constitucionalismo de adequarem suas normas aos princípios e direitos que garantem proteção à pessoa humana. É no seio desses ordenamentos que faz necessário o respeito ao princípio *pro homine* que se compõe de dois conhecidos princípios jurídicos de proteção de direitos: o da *dignidade da pessoa humana* e o da *prevalência dos direitos humanos*. (MAZZUOLI, 2010, p.127).

A dignidade da pessoa humana é princípio universal, e no nosso ordenamento é fundamento da república insculpido no artigo 1º inciso III. Reconhece este não somente o valor do homem quanto à sua liberdade, como também deve o Estado construir-se com base nesse princípio. A dignidade da pessoa humana consiste na “compreensão do ser humano na sua integridade física e psíquica, como

autodeterminação consciente, garantida moral e juridicamente” (MAZZUOLI *apud* GARCIA,2011,p.128).

Abrange tal princípio não somente direitos individuais, mas outros direitos como: econômicos, social, cultural. O Estado passa a ter não somente uma obrigação negativa, mas também de garantir tais direitos, ou seja, um *status* positivo, uma prestação positiva, ou seja, o estado deve resolver (solver) as barreiras que impedem as pessoas de alcançar seus objetivos sociais, econômicos e culturais.

Interessante passagem da lavra do professor Ingo Sarlet, que reflete bem o princípio em comento, dizendo ele ser a dignidade da pessoa humana,

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da continuidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (2004,p. 59-60).

Já a outra perna do princípio *pro homine*, qual seja a prevalência dos direitos humanos, esse princípio está para o direito internacional, assim como a dignidade está para o direito interno, assim este último será respeitado através daquele, ao firmar esse princípio, compromete-se a República Federativa do Brasil a respeitar e contribuir na promoção dos direitos humanos sem qualquer distinção entre nacionais, enfim independentemente de nacionalidade.

Esse princípio é de forte relevância no direito atual, hoje a doutrina já fala em direito transnacional e o sonho outrora de John Lennon, em *imagine*, é cada vez mais presente na doutrina internacionalista – “Imagine there's no countries[...]And the world will live as one”.

Em um Estado, como o nosso, em que uma das pernas é o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana não pode ficar inerte às violações de direitos humanos praticadas por outros países. Sedimentando esse princípio, o Brasil liga-se à comunidade internacional, tendo uma postura garantidora da dignidade de toda pessoa humana.

Estampada e reconhecida no artigo 4º da CF: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II - prevalência dos

direitos humanos;”o Brasil reconhece a existência de limites e condicionamentos ao seu Poder Soberano, ou seja, submete essa a regras e valores jurídicos, tendo como norte, a seguir à risca, a prevalência dos direitos humanos. Podemos falar, então, em Estado democrático de direito, portanto aplicando tal princípio, estar-se a aplicar o *pro homine*, que é salutar na democracia, como diz Mazzuoli (2011, p. 129)

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. 4º, II, da Constituição.

Se para o Estado brasileiro o princípio *pro homine*, consagrado no binômio – dignidade da pessoa e prevalência dos Direitos Humanos - está a reger o Brasil, está-se, em linha oblíqua, consagrando a perspectiva de que os direitos humanos são tema de legítima preocupação e interesse da República. E é essa linha de pensamento, que é insofismável, que o Brasil ratificou ao inserir, através da EC45/04, o §3º ao artigo 5º no texto Magno.

Não podendo esquecer obviamente, do já criado pelo Constituinte originário, §2º do mesmo artigo 5º, pois este já determinara que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, pois este, também, é ampliativo dos direitos humanos e, conseqüentemente, faz parte do bloco de constitucionalidade.

Como sabemos no controle de constitucionalidade, temos a forma concentrada em que o controle é feito de forma abstrata diretamente a um único órgão, por isso também chamado de fechado. Bem como, temos o controle difuso ou aberto, em que o controle se dá de forma concreta e por via incidental, posto que não é o objeto principal da *lide*. Precisamos perceber agora que as duas formas também estão presente no controle de convencionalidade, todavia, a forma concentrada só apareceu no sistema, a partir a EC/45, no mesmo sentido MAZZUOLI, (2011, p.135) “O controle de convencionalidade difuso existe desde o nascimento da Constituição de 1988, todavia o concentrado somente surgiu em 8 de dezembro de 2004, com a promulgação da Emenda Constitucional 45.”

É bom destacar que o controle de constitucionalidade só serve para o direito interno é, portanto menos amplo, que o controle de convencionalidade, nessa senda, Mazzuoli (2011, p.137) “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.”

Como forma de observar essa amplitude é salutar essa lição, nos ensina Mazzuoli (2011, p. 133):

Trata-se de *adaptar ou conformar* os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para estes deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano do seu direito interno. Doravante, não somente os tribunais internacionais (ou supranacionais) devem realizar esse tipo de controle, mas também os tribunais internos. O fato de serem os tratados internacionais (notadamente de direitos humanos) imediatamente aplicáveis no âmbito do direito doméstico, garante a legitimidade dos controles de convencionalidade e de suprallegalidade das leis no Brasil.

Já há muito afirmava Gerald Ataliba, que os tratado internacionais têm força paralisante para com as demais normas que com ele conflitem. Por isso cabe hoje aos juízes coordenar o diálogo das fontes, permitindo criar o convívio em paz e para paz, das normas de direito interno com as normas internacionais.

É nessa linha de pensamento que Mazzuoli, concatena a ideia da eficácia paralisante e derogatória da norma que conflite com os tratados,

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. (2011, p.134).

É de bom alvitre perceber, que a Carta Política Fundamental e os tratados vivem em pé de harmonia e devem ser vistos de forma una no sistema, apesar das pequenas diferenças quanto à forma de fiscalização destes últimos.

Os tratados vieram para, se unindo a Constituição, ser um *plus* na proteção ao princípio *pro homine*, favorecendo em virtude desse a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos, nesse sentido,

[...] 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. (MAZZUOLI, 2011, p.141).

Tem-se, portanto um sistema que pode ser visto de forma unificada, Constituição mais tratados de direitos humanos, em suma, não há decréscimos nem exclusão, mas sim união para uma finalidade maior à proteção da pessoa humana.

5. CONCLUSÃO

Por todo exposto percebemos que o direito brasileiro acompanhando a evolução do mundo quanto aos direitos humanos consagrou em sua carta, uma gama de direitos e garantias fundamentais, acompanhado a isto trouxe dispositivos que permitem a integralização de outros direitos através dos tratados internacionais.

Esses tratados internacionais tanto podem trazer direitos comuns, como direitos de maior valor axiológico, quais sejam, direitos humanos. Essa previsão existe de vontade própria do Poder Constituinte Originário, mas o Poder Reformador seguindo norte daquele sedimentou ainda mais a força dos tratados de direitos humanos ao inserir, através da EC/45, o parágrafo terceiro a Carta Maior estabelecendo que - 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 Corte Suprema em um primeiro momento atribuía aos tratados *status* de lei comum, porém mais tarde passou a perceber a supralegalidade em certos tratados, sendo que estes estariam acima das leis, mas abaixo da Constituição, tendo estes, eficácia paralisante quanto às normas que com estes conflitassem.

Mas após a entrada da emenda constitucional de número 45, as coisas mudaram, mas de nada adiantaria esse empenho em concretizar direitos humanos se não houvesse um controle das normas domésticas para com estes direitos, surgindo então, o controle de convencionalidade.

Esse controle já era adotado, porém não da forma que se deu nesse trabalho, para observar a compatibilidade de leis locais com tratados internacionais não pela via interna, mas sim por mecanismos internacionais, apurando o respeito por parte de um Estado pactuante com suas obrigações para com o Direito Internacional, nas lições de André Ramos Tavares,

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é exemplo, sob essa ótica, de controle de convencionalidade efetuado por mecanismo coletivo, pois cabe a este dar a última palavra sobre a interpretação de direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Essa Corte Interamericana, nesse seu mister de dar a última palavra, emite pareceres consultivos que devem ser respeitados pelo direito interno, tais pareceres têm o fim precípua de auxiliar os juízes e respectivos tribunais nacionais a controlar a convencionalidade das leis frente aos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos. A esse instituto, resolveu-se chamar de *aferição de convencionalidade*, reservando a nomenclatura *controle de convencionalidade* apenas quando verificada a conformidade das leis internas com a Convenção no âmbito contencioso do mesmo tribunal.

Interessante observar que, todo esse processo consultivo resulta em jurisprudência daquela Corte Internacional, formando o “bloco de convencionalidade), que servirá de paradigma e norte ético aos tribunais e juízes nacionais quando no exercício da conformidade de normas domésticas com as do sistema interamericano de direitos humanos.

Mas o controle da forma que se dá nesse estudo se observou na obra de Valério Mazzuoli, esta sistemática em xeque não se trata de um modelo subsidiário ao já sedimentado controle de constitucionalidade, mas sim de um copartícipe, ou seja, hoje temos o controle de constitucionalidade para as leis, e temos o controle de convencionalidade para os tratados de direitos humanos.

Os principais doutrinadores internacionalistas já apontavam para esse controle antes mesmo da EC/45, pois sempre entenderam que por força do §2º do artigo 5º os tratados já seriam materialmente Constitucionais, todavia somente na forma difusa, foi com aquela emenda que se pode utilizar desse controle na forma concentrada.

Portanto, na atual sistemática as normas infraconstitucionais passam por um duplo controle de compatibilidade para com o ordenamento, sofrendo assim um duplo limite vertical.

A partir dessa ideia as normas deveriam não somente guardar compatibilidade com a Constituição, mas também com os tratados de direitos humanos que o ordenamento aderisse por meio do direito internacional, através da internalização dos tratados em que a República Federativa do Brasil se comprometesse a respeitar.

Nessa esteira do entendimento do duplo paradigma e respeito ao duplo limite vertical, surge no ordenamento o bloco de constitucionalidade, cuja nomenclatura

exportasse dos juristas franceses, sendo este o conjunto de regras e princípios não inscritos diretamente no corpo da Constituição, mas que possuem o mesmo valor constitucional, cujo respeito se obriga as normas infraconstitucionais.

A ideia de controle de convencionalidade é digna de aplausos, pois fortalece a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos, fortalecendo assim o princípio *pro homine*. Ideias que elevem a proteção da pessoa humana devem ser valorizadas pelos Estados que prestigiam o Estado Democrático de direito.

Todavia a ideação desse novo controle ainda precisa passar por uma maturação, tanto na doutrina, tendo em vista que ainda não são muitos doutrinadores que sobre ele trazem apontamentos, mas principalmente pelos nossos Tribunais Superiores, pois este ainda não é figura corrente nessas cortes.

Portanto, a ideia central do controle de convencionalidade é que toda aquela sistemática, que encontra-se profundamente sedimentada no direito pátrio, que foi estabelecida para proteger a Constituição Federal também seja estabelecido aqui para proteger tratados internacionais que versem sobre direitos humanos.

Nesse caminho, de sustância ao controle de convencionalidade, o nosso sistema pátrio ainda está no começo do caminho, mas esperamos que a jurisprudência cada vez mais enobreça essa ideia e siga cada vez mais esse norte de proteção aos direitos humanos.

6. REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 9.ª Ed. São Paulo: Método, 2012.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional nº 68, de 21-12-2012. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. **Lei nº. 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, em 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2012.

BRASIL. **Lei nº. 9.882, de 03 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, em 03 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9882.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2012.

CANOTILHO, José J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 12 ed. Belo Horizonte: Del

Rey, 2006.

COLNAGO, Claudio de Oliveira Santos. **Notas Sobre o Controle de Convencionalidade.** Disponível em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/notas-sobre-o-controle-de-convencionalidade>> Acessado em: 20/08/2012.

FERREIRA FILHO, Manuel G. **Curso de direito constitucional.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

GOMES, Luiz Flávio. **Controle de convencionalidade: STF revolucionou nossa pirâmide jurídica.** Disponível em **Erro! A referência de hiperlink não é válida.** Acessado em: 05 set. de 2012.

FERNANDO, Amaral. **O controle difuso de constitucionalidade mediante recurso extraordinário.** Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9308&revista_caderno=21. Acessado em : 13/03/2013.

JOSINO NETO, Miguel. **O bloco de constitucionalidade como fator determinante para a expansão dos direitos fundamentais da pessoa humana.** Jus Navigandi, Teresina, [ano 8, n. 61, 1 jan. 2003](#) . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/3619>>. Acesso em: 14 abr. 2013.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1987.

LENZA. Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das**

Leis. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e sua incorporação no ordenamento brasileiro.** Disponível em <<http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud13/tratados.htm>> Acessado em: 10 Set. de 2012.

NEVES, Gustavo Bregalda. **Direito Internacional privado.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado.** 2 ed. Salvador: Podivm, 2010.

QUEIRÓS JÚNIOR, Israel Rodrigues de. **As Repercussões do Artigo 98 do Código Tributário Nacional – Tratados Internacionais.** Disponível em <<http://www.marcosmartins.adv.br/artigos.html>> Acessado: 04 Jun, de 2013.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público.** 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLETE, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Tratado da Arguição de Preceito Fundamental: Lei n. 9.868/99 e Lei 9.882/99.** São Paulo: Saraiva, 2001.