

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

NÁGERA, Carolina Brum¹; OLIVEIRA, Nathália Alves de²; VASCONCELOS, Priscila Elise³

Resumo: Considerando as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial a sociedade internacional reconheceu e passou a priorizar a proteção dos direitos humanos. A pessoa humana passa a ser como o protagonista de uma proteção abrangente advinda do Direito Internacional. Com isso, Os tratados de direitos humanos passam a transcender o domínio reservado de cada Estado, sendo tido como de interesse mundial, bem como de aplicação necessária e imediata por cada nação. Nesse sentido, faz-se necessário compreender de que forma o Direito Internacional interferirá no direito interno de cada país e como as determinações internacionais serão incorporadas no ordenamento jurídico brasileiro. Este trabalho tem por objetivo abordar o chamado controle de convencionalidade, que representa uma maneira de garantir a aplicação, no direito interno, das instruções criadas pelas convenções internacionais das quais os países são signatários. Através do controle, perfaz-se possível assegurar que as normas domésticas estejam de acordo com os tratados internacionais de direitos humanos, que, uma vez o Brasil sendo signatário, deverá respeitar o rito previsto no art. 5º, § 3º, CF, atingindo o status de emenda constitucional.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade; Tratados internacionais; Direitos humanos.

Introdução

A partir do final da Segunda Guerra Mundial, a sociedade internacional compreendeu a imprescindibilidade da criação de mecanismos de proteção e defesa dos direitos da pessoa humana a fim de combater os abusos cometidos pelos Estados e por aqueles que agem em seu nome⁴. Esse cenário trouxe a necessidade de uma proteção mais eficaz dos direitos humanos através de marcos normativos com alcance global, os quais deveriam dispor de mecanismos, tanto preventivos (direitos e garantias), quanto repressivos (sanções), que vinculassem os indivíduos e, especialmente, os Estados.

1Acadêmica do curso de Direito na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Email: carolinanagera@gmail.com.

2Acadêmica do curso de Direito na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Email: nathalia_alvesoliveira@hotmail.com.

3Doutoranda em Direito pela Universidade Veiga de Almeida (RJ); Mestre no PPGAgronegócios - UFGD; especialista em Meio Ambiente - COPPE/UFRJ; especialista em Direito Público e Direito Privado - EMERJ/Estacio; especialista em Direito Processual Civil - UCAM/RJ; advogada - Universidade Cândido Mendes Centro/RJ.

4 GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.17.

Deu-se início a uma constante elaboração e ratificação, pelos Estados membros, de documentos normativos passíveis de conferir maior proteção internacional aos direitos humanos. Tais sistemáticas normativas concretizaram-se em tratados ou convenções internacionais de direitos humanos que originaram uma ordem jurídica internacional de preservação destes direitos, conhecida como Direito Internacional dos Direitos Humanos⁵.

No âmbito do direito internacional, o marco inaugural de um direito internacional dos direitos humanos foi a celebração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no ano de 1948. No Brasil a tutela dos direitos humanos, tornou-se, efetivamente, uma preocupação somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988. A chamada de Constituição Cidadã foi elaborada no período de transição democrática, após 21 anos de um Estado ditatorial⁶.

Assim, para garantir que o movimento de garantia de direitos advindos do âmbito internacional seja aplicado internamente no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessário um método de controle da produção legislativa interna. Tal controle surge com a finalidade de respeitar as determinações internacionais além de garantir e proteger os direitos que internacionalmente são reconhecidos como imprescindíveis ao indivíduo.

O controle de convencionalidade, ainda pouco discutido pelos doutrinadores pátrios, é uma técnica judicial de compatibilização vertical das leis internas com os preceitos internacionais de direitos humanos em vigor no país⁷. Tal procedimento de compatibilização tem por objetivo harmonizar as normas de direito interno com as determinações elencadas pelos tratados de internacionais de direito humanos, visando que o Estado cumpra com todas as orientações aceitas no âmbito internacional.

Metodologia

O estudo tem por objetivo a realização de pesquisa exploratória, por meio de levantamento bibliográfico. Para a realização da revisão bibliográfica, foram selecionados artigos científicos (Google Acadêmico e Scopus como plataformas de pesquisa) que abordam

5MELLO, Guilherme Pilau. *O controle de convencionalidade das leis: os direitos humanos como paradigma da produção normativa doméstica*. Disponível em: <<https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/11489/Guilherme%20Pilau%20Mello.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 20 de julho de 2018.

6 MELLO, Guilherme Pilau. *Op. Cit.*

7 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. Prefácio Luiz Flávio Gomes – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

o tema em questão, bem como doutrinas nacionais e legislação, buscando elaborar uma fundamentação teórica de caráter qualitativo acerca do tema.

Resultados e Discussões

O Controle de Convencionalidade tem sua origem na França, designadamente na década de 1970. O Conselho Constitucional francês, na decisão 74-54 DC, de 1975, percebeu não ser competente para analisar a convencionalidade preventiva das leis, ou seja, a compatibilidade das leis com os tratados ratificados pela França⁸. O leading case tratado pelo Conselho Francês abordava a compatibilidade das leis com a Convenção Europeia de Direitos Humanos⁹.

No Brasil, quem defendeu pela primeira vez a teoria do controle de convencionalidade foi o professor Valério Mazzuoli (2010). Em sua tese de doutoramento concluiu que a produção legislativa interna do Estado Brasileiro deveria estar de acordo com os tratados internacionais de direitos humanos.

A celebração dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil é uma prerrogativa do Presidente da República, conforme determina a norma do artigo 84, inciso VIII, da Constituição Federal (Brasil, 1988). Após a fase das tratativas e assinatura do texto acordado, há a submissão para apreciação e aprovação pelo Poder Legislativo.

O artigo 49, inciso I, da nossa Carta Magna (Brasil, 1988), atribui ao Congresso Nacional a função de deliberar sobre a viabilidade, conveniência e oportunidade da celebração do tratado. Neste momento, a atuação do Poder Legislativo se limita em aprovar ou rejeitar os tratados internacionais sujeitos a sua apreciação, sem poder alterar alguma das disposições do instrumento. É possível, porém, pode apresentar reserva a alguma norma, não vinculando o Estado a sua observância (artigo 2º, parágrafo 1º, alínea d, da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados).

A aprovação do Congresso Nacional se materializa com a elaboração de um decreto legislativo, o qual permite que o Chefe do Executivo ratifique a assinatura já depositada no documento internacional. O quórum congressual é o que determina se o tratado relativo a direitos humanos será enquadrado no ordenamento jurídico como equivalente a uma emenda constitucional. Cumpre destacar que após a edição da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de

8 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Op. Cit.*

9MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2016/03/Controle-de-Convencionalidade.pdf>>. Acesso em 21 de julho de 2018.

dezembro de 2004, surge um novo quórum congressual de aprovação, consoante dispõe o parágrafo 3º introduzido ao artigo 5º pela Emenda acima:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Assim, os tratados internacionais de direitos humanos que passarem pelo rito especial elencado pelo art. 5º, § 3º, CF terão status de emenda constitucional. No entanto, quanto aos tratados internacionais de direitos humanos não aprovados por este rito especial somente em 2008, com o julgamento RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1-SP o Supremo Tribunal Federal se manifestou. No leading case o Min. Gilmar Mendes decidiu que a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos — Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria. Assim, defendeu a tese de que os tratados internacionais de direitos humanos estariam num nível hierárquico intermediário: abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional, sendo tido como supralegal. Tese esta que foi acatada por cinco votos a quatro.

Logo, toda lei infraconstitucional para ser válida e vigente, deve contar com a dupla compatibilidade vertical-material, ou seja, deve ser compatível com a Constituição Federal de 1988 e com os tratados internacionais de direitos humanos. Assim, a norma superior irradia um efeito paralisante em qualquer lei hierarquicamente inferior que for antagonista a ela¹⁰.

Considerações Finais

Portanto, quanto a compatibilidade das normas infraconstitucionais com os tratados internacionais de direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais tem-se o controle de convencionalidade, que configura como um novo parâmetro de controle da produção normativa interna. Quanto aos demais tratados, trata-se de um controle de legalidade das leis internas, a fim de que estejam em consonância com as diretrizes estabelecidas. Deste modo, conclui-se que toda a produção normativa interna deve passar por uma verificação de compatibilidade com a Carta Magna, que é o controle de constitucionalidade e, com o Direito Internacional, que é dividido entre os tratados de direitos humanos material e formalmente

10GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Op. Cit*, p.17.

constitucionais (ou seja, o controle de convencionalidade) e entre os tratados comuns em vigor no país (controle de legalidade).

Agradecimentos

Agradecemos a nossa orientadora que atenciosamente nos auxiliou na produção deste trabalho.

Referências

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343-1-São Paulo. Relator Ministro Cezar Peluso. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em 24 de julho de 2018.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 20 de julho de 2018.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.17.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. Prefácio Luiz Flávio Gomes – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2016/03/Controle-de-Convencionalidade.pdf>>. Acesso em 21 de julho de 2018.

MELLO, Guilherme Pilau. *O controle de convencionalidade das leis: os direitos humanos como paradigma da produção normativa doméstica*. Disponível em: <<https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/11489/Guilherme%20Pilau%20Mello.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 20 de julho de 2018.