

O controle de convencionalidade no supremo tribunal federal brasileiro quanto aos tratados internacionais de direitos humanos

Control of conventionality in the supreme brazilian federal court regarding international human rights treaties

DOI:10.34117/bjdv7n9-033

Recebimento dos originais: 07/08/2021

Aceitação para publicação: 01/09/2021

Marcelo José de Oliveira Silva

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Pós em Direito Constitucional pela IEJUR. Técnico em Agropecuária e Técnico em Informática pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Ceará - campus Crato. Graduado em Análise e Desenvolvimento de Sistemas pela Universidade Estácio de Sá e Sistemas de Informação pelo Instituto Federal do Ceará. Técnico em Informática do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região.
E-mail:marcelo.autin@gmail.com

Regiane de Oliveira Silva

Mestranda em Engenharia e Ciências Ambientais (UFS), Especialização em Saneamento e Saúde Ambiental (UFG), graduada em Engenharia Ambiental (UFCE).
E-mail: Regiane_dosilva@academico.ufs.br

Marcus Vinicius Alves Galvão

Mestre em Ciências da Saúde da Saúde (UFG), Especialista em Direitos Humanos da Criança e do Adolescente (UFG), Desenvolvimento Humano, Educação e Inclusão (UNB) e em Impactos da Violência em Saúde (ENSP/FIOCRUZ). Graduado em Musicoterapia. Tradutor/Intérprete de Língua Brasileira de Sinais desde 2007. Integrante do Observatório NIPESME (Núcleo Interdisciplinar de Pesquisa e Extensão em Saúde Mental). Musicoterapeuta na Secretaria Municipal de Saúde de Goiânia e Aparecida de Goiânia.
E-mail: markusvag@gmail.com

Christiane de Holanda Camilo

Doutora, Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Goiás, Especialista em Direito Público, Professora de Direito Constitucional, Direito Internacional e Direitos Humanos da Universidade Estadual do Tocantins. Pesquisa e atua em Compliance, Governança, Segurança, Direito Sistêmico, Negociação, Arbitragem, Mediação, Conciliação, Justiça Restaurativa e Educação em Direitos Humanos. Trabalha com Mentoring Acadêmico e Jurídico, Constelações e Mediações Sistêmicas. Líder dos Grupos de Pesquisa em Direitos Humanos, Violência Estado e Sociedade DIHVES / UNITINS e Direito Sistêmico, Consensual e Justiça Restaurativa GPDS / UNITINS. Pesquisadora do Núcleo Interdisciplinar de Estudos e Pesquisas em Direitos Humanos (NDH / UFG), Linha de pesquisa: Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Justiça Ambiental (CAPES/CNPq), do Núcleo de Estudos sobre Criminalidade e Violência (NECRIVI / UFG).
E-mail: christianedeholanda@gmail.com

RESUMO

Recentemente o tema controle de convencionalidade vem ganhando grandes proporções nos julgados dos tribunais brasileiros. A inserção do parágrafo 3º, no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 possibilitou interessante modificação no sistema de incorporação de tratados internacionais que versam sobre direitos humanos quanto ao seu status legislativo equivalentes a Emendas Constitucionais. A partir de então, o Supremo Tribunal Federal passou a fundamentar suas decisões e consolidar jurisprudências, indo ao encontro da proposta de controle de convencionalidade. Destarte, o presente artigo tem a finalidade de analisar o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal no controle de convencionalidade das leis. A metodologia utilizada na pesquisa é a revisão de literatura e análise jurisprudencial. Também aborda os seguintes temas: as origens, características e o conceito de controle de convencionalidade, os tipos de controle de convencionalidade: difuso e concentrado, a importância da realização do diálogo jurisprudencial entre os Tribunais internos e da aplicação, pelo Supremo Tribunal Federal, do controle de convencionalidade. Pode-se perceber que o tema, apesar de proposta recente, já está pacificada e completamente adotada pelo Supremo.

Palavras-chave: Controle de Convencionalidade, Tratados Internacionais de Direitos Humanos, Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

Recently, the issue of conventionality control has been gaining great proportions in Brazilian court decisions. The insertion of paragraph 3, in article 5 of the Federal Constitution of 1988, allowed an interesting modification in the system of incorporation of international treaties that deal with human rights regarding their legislative status, equivalent to Constitutional Amendments. From then on, the Supreme Court began to base its decisions and consolidate jurisprudence, meeting the proposal of conventionality control. Thus, this article aims to analyze the current position of the Federal Supreme Court in the control of conventionality of laws. The methodology used in the research is the literature review and jurisprudential analysis. It also addresses the following topics: the origins, characteristics and concept of conventionality control, the types of conventionality control: diffuse and concentrated, the importance of conducting a jurisprudential dialogue between the internal Courts and the application, by the Supreme Court, of the conventionality control. It can be seen that the theme, despite a recent proposal, is already pacified and completely adopted by the Supreme.

Keywords: Conventionality Control, International Human Rights Treaties, Federal Court of Justice.

1 INTRODUÇÃO

O controle de convencionalidade, assim como o controle de constitucionalidade, apresentam-se como uma regras jurídicas para análise de adequação das normas ao ordenamento jurídico nacional.

Por muito tempo, o controle de constitucionalidade atuou sozinho na proteção dos direitos humanos. Todavia, o controle de convencionalidade permite verificar se a

legislação interna de um determinado Estado vai ao encontro dos tratados e convenções internacionais subscritos pelo referido Estado.

Observa-se que a relação existente entre o novo olhar da Constituição de 1988 e a proteção dos direitos humanos pelo Brasil como pontos essenciais da estrutura jurídica do Estado, como pode-se observar principalmente em três dispositivos da Constituição de 1988 o artigo 4º, II e o artigo 5º, parágrafos 2º e 3º (BRASIL, 1988).

O objetivo deste artigo é analisar se o Supremo Tribunal Federal vem aplicando o controle de convencionalidade em suas decisões que versam sobre direitos humanos e, caso negativo, verificar os motivos pelos quais levou o Pretório Excelso a não aplicá-lo.

Assim sendo, o artigo está estruturado em cinco partes, primeiro apresenta a consolidação dos direitos humanos na Constituição Federal de 1988, na sequência analisa a estruturação e processamento dos tratados de direitos humanos no Brasil, depois, contextualiza o contexto histórico do surgimento do controle de convencionalidade, passando para os conceitos e principais características desse controle e, por último, analisar a posição do Supremo Tribunal Federal em relação ao tema.

2 AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PÓS CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

Com o fim do autoritarismo ditatorial que assolou o Brasil por décadas, a democracia ainda recente e inexperiente no país, era suplicada pela sociedade no grande movimento social dos “caras pintadas” na década de 1980 (SANTOS, 2018). Em 1988 a Constituição Federal promulgada trouxe como objetivos fundamentais a proteção dos direitos fundamentais (BRASIL, 1988).

Prezando pelas normas internas e internacionais no que diz respeito à evolução dos direitos da pessoa humana, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a importância dos tratados internacionais em seu artigo 5º, parágrafos 2º e 3º:

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 2º. 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.

§ 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 (BRASIL, 1988).

Essa Carta foi recebida como um ponto central da transição democrática e da constitucionalização dos direitos humanos no Brasil. A partir de sua vigência, os direitos humanos ganharam proporções extraordinárias o que, sem dúvida, representou um grande avanço no âmbito da proteção dos direitos humanos. Ao longo de seu texto, muitas são as garantias existentes, norteadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

O Brasil reafirmou a importância dos direitos humanos para o ordenamento jurídico brasileiro, com a inserção do parágrafo 3º, na Constituição Federal de 1988 a partir da Emenda Constitucional número 45 em 30 de dezembro de 2004. Dessa forma, os tratados internacionais de direitos humanos aprovados conforme o rito especial passaram a ter valor de emenda constitucional (STANSKI, 2013).

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo: DLG nº 186, de 2008, DEC 6.949, de 2009, DLG 261, de 2015, DEC 9.522, de 2018) (Vide ADIN 3392)

Nesse contexto, a Constituição de 1988, ao eleger o valor da dignidade humana como princípio fundamental da nova ordem constitucional, compartilha da visão de que a dignidade é inerente à condição de pessoa humana. Além de afirmar o alcance universal dos direitos humanos respeitados o pluralismo e a diversidade, o texto constitucional ainda reforça essa concepção, na medida em que realça que os direitos humanos são tema do legítimo interesse da sociedade internacional, transcendendo, por sua universalidade e historicidade, as fronteiras do Estado.

A pessoa humana passa a ser considerada valor supremo no texto constitucional brasileiro e que essa mudança de *status* na Constituição republicana de 1988 decorre de grande influência de outros Estados, bem como, em razão das grandes transformações ocorridas no mundo em matéria de direitos humanos, ou seja, a ordem constitucional sofreu grande influência do direito internacional dos direitos humanos (GUERRA, 2015, p. 78-79) ao consagrar os direitos fundamentais no Brasil.

3 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

O direito brasileiro recorrentemente suscitou a dúvida acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. As etapas procedimentais de assinatura dos tratados (negociação, assinatura, referendo parlamentar, ratificação, promulgação e publicação) seguem um rito próprio envolvendo os poderes Executivo e Legislativo.

Nas últimas fases, ratificação, promulgação e publicação, observa-se que o Estado brasileiro ao promover a promulgação efetiva, tal ato é realizado por meio de um decreto legislativo do Presidente do Congresso Nacional, publicado no diário do Congresso Nacional e no Diário Oficial da União, e também, por Decreto Presidencial no qual o Presidente da República dá ciência à população da existência do tratado e de que este foi aprovado pelo Congresso Nacional e passa a vigorar a partir daquela data em todo território nacional.

Antes da Emenda Constitucional nº. 45/2004, também conhecida como “Reforma do Judiciário”, havia divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico interno brasileiro.

O problema não era a classificação, pois depois de muita discussão, ficou pacífico o que era reconhecido antes como status supra legal, após a EC, firmou-se o status de emenda constitucional. A questão era a possibilidade de exercício de controle de constitucionalidade dos tratados incorporados por não haver requisitos passíveis de controle de constitucionalidade por eles não serem classificados com norma constitucional.

O § 2º, do artigo 5º, da Constituição era o único dispositivo constitucional existente, à época, para validação dos tratados internacionais, quer fossem de direitos humanos ou não (BRASIL, 1988).

Já com a “Reforma do Judiciário”, a inserção do § 3º, no artigo 5º, da Constituição, consagrou a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos assinados pela República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988). O aludido parágrafo constitucional preconiza 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 a emendas constitucionais”; destarte, a supracitada Reforma resolveu a problemática que assolava a doutrina e jurisprudência, ‘resolvendo’, dessa forma a problemática acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil (BRASIL, 1988).

Valério Mazzuoli aponta em sua tese doutoral publicada em livro posteriormente que ainda há uma discussão a ser feita pós EC nº. 45/2004, para fins constitucionais, como seria possível permanecer status constitucionais divergentes entre tratados de direitos humanos incorporados pelo país? Seu questionamento pode ser observado a seguir:

A redação do dispositivo induz à conclusão de que apenas as convenções aprovadas pela maioria qualificada ali estabelecida terem valor hierárquico de norma constitucional, o que traz a possibilidade de alguns tratados, relativamente a essa matéria, serem aprovados sem esse quórum, passando a ter (aparentemente) valor de norma infraconstitucional, ou seja, de mera lei ordinária (MAZZUOLI, 2018, p. 85).

Nesse escopo, o jurista brasileiro estabelecia que embora fossem materialmente constitucionais tais normas careciam de uma compatibilização para garantir status e uniformização no ordenamento jurídico brasileiro, tal como veremos a seguir.

4 CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

O controle de convencionalidade é um tema recente no ordenamento jurídico brasileiro, tanto pela novidade como pela importação. Teve origem na década de 1970 na França ao tempo do julgado 74-54 DC do Conselho Constitucional francês ao se pronunciar pela sua incompetência em matéria de compatibilidade preventiva de leis com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, visto que trata-se de uma corte constitucional que realiza controle de constitucionalidade e as Convenções Europeias estavam em um panorama internacional portanto, tal controle preventivo não seria possível (HOLANDA; LEÃO, 2017, p.130).

O conceito de controle de convencionalidade corresponde ao

[...] meio judicial de declaração de invalidade de leis incompatíveis com os tratados, tanto por via de exceção (controle difuso ou concreto) como por meio de ação direta (controle concentrado ou abstrato) (MAZZUOLI, 2011, p. 82)

Para melhor compreensão, vale lembrar que o controle de constitucionalidade realiza a verificação da compatibilidade vertical de normas à Constituição dada a hierarquia de normas. Já o controle de convencionalidade, embora comporte a compatibilização vertical de normas, tal como o controle de constitucionalidade, o paradigma utilizado que verifica a compatibilidade entre as normas e os órgãos julgadores competentes (HOLANDA; LEÃO, 2017).

Assim, “a Constituição Federal é a norma parâmetro no controle de constitucionalidade, enquanto que os tratados internacionais são a norma considerada superior no controle de convencionalidade” (HOLANDA; LEÃO, 2017, p.131).

O controle de convencionalidade, segundo Mazzuoli (2018, p. 28) significa falar de compatibilidade vertical e material das normas de direito interno com as convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Estado. Significa, também, falar especialmente em técnica judicial de compatibilização vertical das leis com tais preceitos internacionais.

Vale lembrar que a proposta não altera o locus do controle de constitucionalidade que continua acontecendo (difuso ou concentrado) perante os tribunais internos brasileiros, inova sim, quanto ao controle de convencionalidade, quando tal análise pode ser realizada tanto nas cortes internas quanto nas internacionais.

O controle de convencionalidade deve ser apreciado pelos juízes e tribunais internos para ratificar a aplicação das legislações internas com os Tratados Internacionais. Esse controle poderá ser difuso, feito por qualquer juiz ou Tribunal, ou pode ser concentrado, feito pelo Supremo Tribunal Federal quando for Tratados e Convenções de Direitos Humanos aprovados pelo rito do parágrafo 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988.

Cita Stark (2014, p. 6):

Trata-se do chamado controle de convencionalidade das leis domésticas, as quais, a partir das mudanças trazidas pela Emenda Constitucional 45/2004, ao incluir o § 3º, ao art. 5º, da Constituição Federal, deverão ser adequadas ao conteúdo dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Dessa forma, é possível analisar a imprescindibilidade do controle de convencionalidade dos tratados internacionais assinados para a aplicação da legislação doméstica.

Para Geraldo (2012, *apud* MAZZUOLI, 2013, p.132-133):

Os tratados internacionais têm superioridade hierárquica em relação às demais normas de estrutura infraconstitucional (quer seja tal superioridade constitucional, como no caso dos tratados de direitos humanos, quer supralegal, como no caso dos tratados comuns) é lícito concluir que a produção normativa estatal deve contar não somente com limites formais (ou procedimentais), senão também com dois limites verticais matérias, quais sejam: a) a Constituição e os tratados de direitos humanos alçados ao nível constitucional; e b) os tratados internacionais comuns de estatura supralegal.

Assim o controle de convencionalidade deve ser observado sob dois ângulos diferentes: em sua constitucionalidade e verticalidade dos tratados internacionais.

Para Russowsky (2012, p. 62):

O controle de convencionalidade constitui-se de uma espécie de controle de constitucionalidade que adota como parâmetro os tratados internacionais. Esse instituto é construído tomando-se por referência o controle de constitucionalidade e sua teoria, razão pela qual deverá este ser estudado em conjunto com o controle de convencionalidade.

Caso a legislação interna esteja compatível com a Constituição Federal, mas não esteja em consonância com o Tratado ou Convenção Internacional de Direitos Humanos assinados pelo Brasil, será uma norma inválida.

Por meio dessa solução que se acaba de expor, repita-se, não será a Constituição que excluirá a aplicação de um tratado ou vice-versa, mas ambas essas supernormas (Constituição e tratados) é que irão se unir em prol da construção de um direito infraconstitucional compatível com ambas, sendo certo que a incompatibilidade desse mesmo direito infraconstitucional com apenas uma das supernormas já o invalida por completo (MAZZUOLI, 2011, p.141-142, apud., HOLANDA; LEÃO, 2017, p.131)

Em suma, o controle de convencionalidade é consequência direta do dever dos Estados de tomar as medidas que sejam necessárias para que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos convencionados por eles sejam cabalmente aplicados (BEZERRA, 2016, p. 7).

5 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE CONCENTRADO E DIFUSO

Como já se falou anteriormente, a compatibilidade entre o direito doméstico com os tratados de direitos humanos em vigor no país se faz por meio do controle de convencionalidade que, da mesma forma que o controle de constitucionalidade, pode ser exercido pela via concentrada ou difusa.

Nesse sentido, entende-se que o controle de convencionalidade das normas deve ser exercido pelos órgãos jurisdicionais locais em consonância com os tratados em que o Brasil é signatário. Porém, não somente os tribunais internos devem realizar o controle de convencionalidade, mas também os tribunais internacionais criados por convenções entre os Estados-membros.

O controle difuso de convencionalidade deve ser levantado por qualquer juiz ou tribunal respectivo, em cada caso concreto, antes de prolatar a sentença. Ou seja, o controle difuso de constitucionalidade pode ser invocado perante qualquer juízo e deve

ser feito por qualquer juiz. Essa invocação se dá para harmonizar o mérito da questão, no caso concreto.

Portanto, através desse tipo de controle o juiz ou tribunal pode verificar a incompatibilidade de uma lei infraconstitucional com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos assinados pelo Brasil, aplicando, se for o caso, a inconveniência da lei interna por ser contrária ao Tratado.

[...] em relação ao controle de convencionalidade difuso, tanto os tratados de direitos humanos com força de emenda constitucional quanto aqueles que possuem status supralegal, por não terem sido aprovados pelo quórum qualificado estabelecido pela EC nº. 45 de 2004, poderão ser utilizados como parâmetro.

Nesses termos, o processamento do controle de convencionalidade ocorrerá pela via de exceção, por meio das preliminares, a qual competirá a qualquer juiz singular ou tribunal analisar e julgar antes de entrar no mérito em si da ação, não necessitando que qualquer tipo de autorização. [...] verificada a violação aos direitos assegurados no tratado, será declarada a inaplicabilidade da lei *intra partes* apenas, não estendendo esse efeito aos demais como ocorre no caso dos tratados de direitos humanos com força de emenda constitucional (HOLANDA; LEÃO, 2017, p.135).

Em relação ao controle concentrado de convencionalidade, assim como no controle concentrado de constitucionalidade, o mesmo só ocorre em normas constitucionais. Dessa forma, para que ocorra o controle concentrado de convencionalidade, é preciso que o tratado assinado pelo Estado seja aprovado no rito estabelecido no § 3º, no artigo 5º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

O processamento das ações que visam o controle de convencionalidade ocorrerão exatamente da mesma forma que sucederia se estivesse analisando uma lei infraconstitucional em detrimento da Constituição Federal, assim, caso verificada a incompatibilidade, terá como efeito a paralisação *erga omnis* da aplicação da lei contrária (HOLANDA; LEÃO, 2017, p.135).

Os tratados aprovados por esse rito contam com equivalência de emenda constitucional, devendo, pois, ser levantados a sua inconveniência perante o Supremo Tribunal Federal.

O controle de convencionalidade concentrado (só cabível, repita-se, quando observado o § 3º, no art. 5º, da Constituição Federal de 1988) cabe admitir o uso de todos os instrumentos de controle abstrato perante o STF, ou seja, é plenamente possível defender a possibilidade de ADI, de ADECON ou até mesmo ADPF, segundo Mazzuoli (2018, p. 17).

Mazzuoli ainda afirma que o controle difuso existe desde a promulgação da Constituição e desde a entrada em vigor dos tratados de direitos humanos ratificados pelo

Brasil. Já o controle concentrado nascera em 8 de dezembro de 2004 com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45 (MAZZUOLI, 2018).

Dessa forma, a depender de como se deu o processo de incorporação no ordenamento jurídico brasileiro do tratado que versa sobre direitos humanos, ele poderá ser paradigma do controle de convencionalidade concentrado ou difuso, analisando-se se a incorporação se deu antes ou após a EC nº. 45 (HOLANDA; LEÃO, 2017, p.135).

É sobre essas teorias que este estudo focou na próxima seção, em que será analisada a posição do STF sobre o controle concentrado de convencionalidade em relação à Convenção Americana de Direitos Humanos (OEA, 1969).

6 A POSIÇÃO DO STF SOBRE O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Para que se dê início à análise da atual tese do STF acerca do controle de convencionalidade, destaca-se que, conforme o entendimento majoritário da doutrina, defende-se que os tratados de direitos humanos em vigor no país têm índole e nível de normas constitucionais (MAZZUOLI, 2011).

Com a Emenda Constitucional 45/2004 e a consequente inserção do § 3º, ao artigo 5º, da Constituição Federal, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, aprovados por maioria qualificada, serão equivalentes às emendas constitucionais. Porém, com essa reforma, pairou a dúvida acerca dos tratados de direitos humanos assinados antes dessa alteração, em 2004 (BRASIL, 1988).

O STF tinha o entendimento de que a Convenção Americana de Direitos Humanos não se aplicava à legislação brasileira, pois a Convenção teria status de lei ordinária, razão pela qual não poderia contrariar a Constituição, que permitia a prisão civil no caso de dívida do depositário infiel. Entretanto, esse entendimento foi reformado para melhor se adequar à ordem constitucional.

O Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP estabeleceu que os tratados internacionais de direitos humanos têm status supralegal, portanto, superior às leis ordinárias e inferior à Constituição (CARDOSO *apud* FEILKE, 2014).

A Lei Fundamental ainda é o documento constituinte da sociedade política e jurídica do Estado brasileiro, que preserva sua soberania no esquema de organização, distribuição e exercício de competências nela definidos. O reconhecimento da supraconstitucionalidade não minora o papel institucional da Constituição nem sua força, pois os direitos fundamentais e seu regime jurídico peculiar continuam intactos, do

mesmo modo que o conjunto cultural e normativo nacional. (GUSSOLI, 2019; STANSKI, 2013)

Diferentemente do que se poderia pensar, outorgar prevalência aos tratados de direitos humanos ou situá-los em patamar hierárquico superior não ultraja a normatividade constitucional construída a duras penas desde 1988 e ainda em processo de edificação. Assumir a hierarquia supraconstitucional relativa apenas termina com esquemas teóricos ultrapassados sobre o conceito de soberania nacional, uma opção encampada pelo próprio constituinte em 1988 (GUSSOLI, 2019; STANSKI, 2013).

São quatro as correntes interpretativas do art. 5º, §1º, §2º e §3º da Constituição sobre a posição ocupada pelos tratados de direitos humanos no Direito brasileiro. Segundo cada qual, os tratados terão hierarquia:

Legal, equiparada à posição das leis ordinárias: Apoiar-se nos dispositivos constitucionais regulamentadores dos recursos cabíveis no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça para discussão sobre constitucionalidade de tratado (art. 102, III, “b”) e negativa de vigência de tratado (art. 105, III, “a”). Afirma ainda, que a soberania estatal estaria em perigo acaso a recepção de tratados com hierarquia privilegiada fosse aceita mediante procedimento menos rigoroso do que o da aprovação de emendas constitucionais.

Supralegal, isto é, acima das leis e abaixo da Constituição: Em função da jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal, os tratados internacionais de direitos humanos ostentam hoje, no mínimo, uma posição mais vantajosa do que a lei produzida pelo Congresso brasileiro. Segundo a posição atual do Supremo Tribunal Federal, uma lei só será válida no ordenamento brasileiro quando passar pelo teste de dupla compatibilidade vertical com a Constituição e com as normas de Direito Internacional de Direitos Humanos.

Constitucional, no mesmo patamar que as normas da Lei Fundamental: observa-se que, em relação à tese da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, a defesa da constitucionalidade material de todos os tratados radica na norma do art. 5º, §2º, enquanto o art. 5º, §3º viria somente *reforçar* o regime jurídico ao contribuir para a constitucionalidade também formal das normas. Além do mais, a maior legitimidade democrática desses tratados quando passam pelo rito de aprovação de emendas é fator de relevância tanto no plano interno quanto internacional. Supraconstitucional, com prevalência sobre qualquer norma interna, inclusive aquelas radicadas na Constituição: A corrente da supraconstitucionalidade, embora seja majoritária na jurisprudência das Cortes internacionais, conta com poucos adeptos na doutrina brasileira. Ficou claro que a questão da hierarquia dos tratados fica de lado quando a Corte IDH decide a convencionalidade de uma norma. Pouco importa se a norma é constitucional, pois, para a Corte, se ela desrespeita algum preceito da Convenção ela é anticonvencional e deve ser afastada, o que atribui ao tratado status supraconstitucional. (GUSSOLI, 2019)

Gussoli (2019) defende que a supraconstitucionalidade dos tratados é compatível com os desígnios do constituinte originário que, como visto, determinou a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais e a inclusão preferencial de direitos

humanos no catálogo de direitos com regime jurídico diferenciado de aplicabilidade imediata.

O posicionamento existente e defendido pela maioria dos ministros do STF, até 2008, era de que os tratados internacionais sobre direitos humanos possuíam tão somente a hierarquia da lei ordinária. Porém, as mudanças trazidas a partir da inclusão do § 3º, ao art. 5º, da CF, despertou a necessidade de mudança de posicionamentos pois mantê-las com esses status normativo seria um contrassenso diante das previsões contidas nos §§ 2º e 3º, do art. 5º (MAGALHÃES, SOZINHO e CARVALHO, 2014).

Em 2008, pós EC nº. 45/2004, o Ministro Gilmar Mendes defendeu a teoria de que os tratados e convenções de direitos humanos são normas supralegais, ou seja, estão posicionados entre a legislação infraconstitucional e a Constituição Federal. Por outro lado, discordando do Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Celso de Mello, apresentou entendimento diverso do primeiro ao estabelecer que os tratados que versam sobre direitos humanos ingressam em nosso ordenamento jurídico com status de norma constitucional. (STF, 2008)

A atual posição prevalecente no STF foi capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes, que sustentou que os tratados internacionais de direitos humanos, quando não aprovados pelo Congresso Nacional pelo rito do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988, serão supralegais (BRASIL, 1988). Quanto aos tratados aprovados pelo rito especial do referido artigo, a corrente agora majoritária admite o status constitucional (RAMOS, 2009).

Nesse quesito, a teoria dos diálogos jurisdicionais serve de apoio para afastar teses que façam prevalecer a todo custo a posição de Cortes externas ou normas internacionais não condizentes com a finalidade protetiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos. No mais, prevalece o posicionamento interno naquilo em que a Constituição e a interpretação dos tribunais brasileiros forem mais benéficas para o ser humano. (GUSSOLI, 2019; STANSKI, 2013)

Por fim, a tese mais adotada hoje é o entendimento de que, independentemente do rito do § 3º, do artigo 5º, da Constituição, inserido pela Emenda Constitucional nº 45, os tratados internacionais de direitos humanos possuem status constitucional, em razão do §2º, do mesmo artigo (BRASIL, 1988).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste estudo conclui-se que o controle de convencionalidade é um mecanismo que deve ser tratado com extrema cautela quando da elaboração da legislação interna.

Não obstante cada Estado ser soberano é impossível não perceber a sempre crescente interconexão entre esses entes soberanos, mesmo apresentando interesses diversos. As relações estão cada vez mais ultrapassando fronteiras étnico-jurídicas, e a preocupação com a proteção dos direitos humanos é paulatinamente acentuada. Podemos observar que a comunidade internacional, nessa preocupação, já conta com alguns tribunais internacionais para dirimir questões relacionadas aos direitos humanos.

Nesse contexto, tomado pelas constantes mudanças desde a promulgação da Carta constitucional de 1988 e as crescentes interligações entre os Estados soberanos na seara internacional, no qual o Brasil é signatário de tratados de direito humanos, faz-se necessário o rigoroso controle de convencionalidade das 'leis' internacionais.

De fato, nos processos legislativos de elaboração das leis há uma grande preocupação com a interconexão das normas internacionais de direitos humanos e as normas de direito interno, que acabam sofrendo grande influência daquelas.

Nesse sentido, a Constituição e os tratados internacionais se unem para a construção de um direito infraconstitucional harmonioso e sistemicamente coerente, possibilitando coexistirem ao mesmo tempo uma ordem jurídica interna perfeita e um Estado Constitucional e Humanista de Direito.

Na hodierna interpretação do Supremo Tribunal Federal, os Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil possuem nível de supralegalidade quando não aprovados pelo Congresso Nacional pelo rito do artigo 5º, § 3º, da CF/88. Dessa forma, esses tratados não possuem valor constitucional, servindo apenas para o controle difuso de convencionalidade, realizado por qualquer juiz ou tribunal.

Já no caso de Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil pelo rito do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988, o STF entende que esses tratados possuem *status* constitucional, ou seja, são equivalentes às Emendas Constitucionais e, dessa forma, servem de paradigma tanto ao controle concentrado de convencionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, como ao controle difuso perante juízes, tribunais e, inclusive, o próprio Supremo Tribunal Federal.

No que diz respeito especificamente ao controle concentrado de convencionalidade, esse só é possível em relação aos Tratados e Convenções Internacionais sobre direitos humanos quando aprovados pelo rito definido pela EC nº 45/2004.

Assim, os juízes e tribunais devem, ao proferir suas sentenças e acórdãos, respectivamente, fazer jus ao controle de convencionalidade concentrado e difuso das normas domésticas. Sendo imprescindível, para respeitar os direitos do cidadão que esse controle seja exercido desde o primeiro grau de jurisdição.

Enfim, o controle de convencionalidade torna-se uma questão de ordem pública, tamanho é o seu poder perante à Constituição Federal e à legislação infraconstitucional, ou seja, pode ser arguido a qualquer tempo no processo judicial, inclusive, *ex officio*.

REFERÊNCIAS

AMARAL, M. A. C. M., GRIGOLON, S. B. P. **Os tratados internacionais como fontes dos direitos humanos: uma análise da evolução dos direitos do homem sob o ponto de vista de Jacques Maritain.** Caderno de Direito, Piracicaba, v. 17(32), p.231-261, jun, 2017.

BEZERRA, V. T. G., **Aplicação do controle de convencionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos pelo supremo tribunal federal.** 2016. Trabalho de Conclusão de Curso - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016.

BOBBIO N., **Kant e a Revolução Francesa**, op. cit., p. 139. Ver KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*, (1797) São Paulo: EDIPRO, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 jun. 2019.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 27 jun.2019.

BRASIL. *Direitos Humanos.* – 4a ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013.

BRASIL. TJRJ. **Juiz do TJRJ faz controle de convencionalidade do crime de desacato.** Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/juiz-do-tjrj-faz-controle-de-convencionalidade-do-crime-de-desacato/>. Acesso em 26 jun. 2019.

CARDOSO, Angélica Baumgartner, **os tratados internacionais de direitos humanos e o controle de convencionalidade: uma análise a partir dos julgados do supremo tribunal federal.** 2016. 78f. Trabalho de Conclusão de Curso - Faculdades Integradas Machado de Assis, Santa Rosa, Rio Grande do Sul, 2016.

CONVENÇÃO. **Convenção Americana sobre Direito Humanos de 1969.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 27 jun. 2019.

CONVENÇÃO. **Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo de 2007.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007_2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 27 jun. 2019.

COSTA, Alisson Santos, **O Controle Convencionalidade dos Tratados pode ser Aplicado no Âmbito do Distrito Federal**. 2016. 38f. Trabalho de Conclusão de Curso - Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2016.

FEILKE, Pedro Ribeiro Agustoni. **O controle de convencionalidade e a jurisprudência do supremo tribunal federal**. Revista Direito em debate. v. 23, n. 41 p. 147-186.2014. Disponível em:

<<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/2561/2679>>. Acesso em: 31 ago. 2019.

GERALDO, Leandro Moreira. **Controle de convencionalidade aplicado ao direito penal brasileiro**. 2012. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade do Norte Novo de Apucarana, Apucarana, Paraná, 2012.

GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

HOLANDA CAMILO, Christiane de; LEÃO, Natalia Carneiro. O controle de convencionalidade no Brasil. p.127-146. In: **Direito Internacional e Direito Ambiental no Plano Internacional e Nacional sob a ótica do risco**. Editora Espaço Acadêmico. Goiânia, 2017.

MAGALHÃES, Breno Baía. SOZINHO, Danilo Thales Martins. CARVALHO, Gleiciane Barroso. Entre a forma e a matéria: **A distinção entre tratados internacionais de direitos humanos materialmente e formalmente constitucionais**. Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/201/ril_v51_n201_p275.pdf>. Acesso em 31 ago. 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. Prefácio Luiz Flávio Gomes. – 3. Ed. Rev., Atual. e Ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.132 – 133.

ONU. DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO – 1789. Disponível em:<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 25 jun.2019.

PETERKE, Sven. RAMOS, André de Carvalho [et al.]. **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília. 2009.

PIOVESAN, Flávia. **A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro.**

Disponível

em:

<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev4.htm>. Acesso em: 26 jun. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2009. RAMOS, André de Carvalho. **Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 104, p. 241- 286, 2009.

Disponível em:

<<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67857/70465>>. Acesso em: 31 ago. 2019.

RUSSOWSKY, Iris Saraiva. **O Controle de Convencionalidade das Leis: Uma análise na esfera internacional e interna.** Revista do CAAP. Belo Horizonte. n. 2, v. XVIII, p. 61 a p.96. 2012.

SANTOS, Jordana de Souza. O movimento estudantil na democratização: crise da Era Collor e neoliberalismo. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Faculdade de Filosofia e Ciências, Universidade Estadual Paulista, 2018.

STANSKI, Kátia; STANSKI, Fabiane; MIRANDA, João Irineu de Resende. A análise do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira a partir do Direito argentino. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

STARCK, Gilberto. **O Controle de Convencionalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.** p. 6. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/artigo-gilberto-starck-o-controle-de-convencionalidade-dos-tratados-internacionais-de-direitos-humanos.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2019.

STF,

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268&termo=>

TOSI, Giuseppe. **Direitos humanos: História, teoria e prática.** João pessoa. Editora: UFPB, 2004.