

# A Importância do Controle de Convencionalidade no Brasil

Micheli Piucco

Patricia Grazziotin Noschang

## Resumo

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004, um novo modelo de controle jurídico interno foi constituído, o controle de convencionalidade. A finalidade deste controle inserido através da redação do parágrafo 3º no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 é a observância quando da produção normativa doméstica dos Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos ratificado pelo Brasil. A partir desse momento, aprovados pelo *quorum* especial, esses tratados ou convenções serão equivalentes a emendas constitucionais, desse modo não poderão ser modificados pelo fato de se tornarem normas fundamentais, ou seja, cláusulas pétreas, assim como previsto no art. 60, § 4º, IV, CF. Ao possibilitar a equivalência de emendas constitucionais, cabe analisar se quando da produção normativa infraconstitucional, o controle de convencionalidade é observado como parâmetro de controle normativo nacional.

**Palavras- chaves:** Controle de Convencionalidade, Emenda Constitucional, Normas Infraconstitucionais, Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

## Summary

With the advent of Constitutional Amendment No. 45 of December 30, 2004, which entered in the wording of art. 5 of the Federal Constitution of 1988

paragraph 3 introduced a new control model in the domestic legal system, the so-called control convencionalidade, whose purpose is the observance of domestic rules when production, international treaties and conventions on Human Rights ratified by Brazil and entered into domestic law by the qualified *quorum* being approved in each house of Congress, in two rounds, by three-fifths of the votes of its members. Thereafter, approved by special *quorum* these treaties or conventions shall be equivalent to constitutional amendments, thus can not be modified because they become fundamental rules, ie, foundation stones, art. 60, § 4, IV, CF. By enabling this *status* of constitutional amendments, we need to analyze when the infra normative production should be and are subject to these parameters as a way to control the national rules. Thus we need to analyze the minds of two great Brazilian Scholars: Valerio de Oliveira Mazzuoli and Ingo Wolfgang Sarlet.

Words- keys: Control Conventionality, Constitutional Amendment, Infra-Constitutional Norms, International Human Rights Treaties.

## **INTRODUÇÃO**

Para que a produção normativa doméstica seja válida e vigente além de passar pelo crivo da compatibilização vertical material entre a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é parte, deveria haver uma segunda conformidade vertical, com os tratados internacionais comuns em vigor no Estado. Tal controle se faz existir, pelo fato de tais tratados serem alçados ao nível supralegal no direito interno. Uma norma supralegal seria aquela que está localizada abaixo da norma constitucional, porém acima das demais leis constantes no ordenamento jurídico brasileiro. As normas consideradas supralegais, quando em conflito tratados internacionais comuns e normas infraconstitucionais do direito doméstico devem ser resolvidos através do critério hierárquico, ou seja, os juízes e tribunais devem aplicar os tratados internacionais, eis a aplicação do controle de supralegalidade em relação aos tratados internacionais comuns. Sendo eles os

aplicadores, teriam a competência de aplicar um tratado quando em confronto com uma norma infraconstitucional que esteja englobada no sistema jurídico interno.

Este trabalho busca abordar a questão da hierarquia dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro e demonstrar como se dá o controle de convencionalidade desses, na visão de dois doutrinadores brasileiros: Valério de Oliveira Mazzuoli e Ingo Sarlet.

## **I- OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

É necessário que ocorra a dupla compatibilidade vertical, que contempla primeiramente a Constituição Federal e os Tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil e o segundo plano que diz respeito ao controle dos tratados de direitos comuns, para que assim, a produção normativa seja vigente e válida no ordenamento jurídico interno.

Os tratados dos quais o Brasil é parte se encontram publicados no Diário Oficial da União desde a promulgação pelo Presidente e depois de ratificados são depositados junto ao Secretariado das Nações Unidas. O sistema de ratificação dos tratados obedece ao trâmite previsto no artigo 84, VII da Constituição Federal Brasileira de 1988, a qual determina que compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados sob o referendo do Congresso Nacional. (BRASIL, 2015)

Quando uma lei interna não passa pelo crivo da segunda etapa da compatibilização vertical material, as mesmas não são válidas no plano jurídico, mas continuam vigentes por passarem incólumes, a primeira compatibilidade vertical material, ou seja, a Constituição.

Por isso a afirmação de Valério de Oliveira Mazzuoli (2013, p. 769) de que: “dever-se-á ter em conta que nem toda lei vigente é válida, e o juiz estará obrigado a deixar de aplicar a lei inválida não obstante ainda vigente.” Esta aplicação pelo juiz, afirma o autor, deverá basear-se no diálogo das fontes.

Essa nova concepção jurídica expande a força dos direitos humanos como ressalta Mazzuoli servindo ao direito como instrumento da paz. (2013, p. 770)

A aplicação desse critério complementa a produção jurídica interna, fazendo com que ocorra o diálogo entre a Constituição e os tratados de direitos humanos, pois, os mesmos, se encontram em um mesmo patamar de equivalência. Esses dois instrumentos unem-se para servir de obstáculo a produção infraconstitucional que os viole, sendo que para que as normas jurídicas infraconstitucionais sejam vigentes e válidas, se faz necessário que sejam submetidas ao exame de compatibilidade vertical material, sendo deste modo, mais adequada aos ditames da pós-modernidade jurídica e da preservação da observância da norma mais favorável e mais adequada ao ser humano. (MAZZUOLI, 2013, p. 770). Nas palavras do autor:

Com isso, possibilita-se a criação de um Estado Constitucional e Humanista de Direito em que todo o direito doméstico guarde total compatibilidade tanto com a Constituição quanto com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado, chegando-se, assim, a uma ordem jurídica interna **perfeita**, que tem no valor dos direitos humanos sua maior racionalidade, principiologia e sentido. (MAZZUOLI, 2013, p. 770.)

Segundo Sarlet (2013, p. 782), seria questionável que através da EC 45/04 que incorporou a Constituição Federal o § 3, no art. 5º, todos os tratados de direitos humanos incorporados pelo Brasil, antes da entrada em vigor da referida emenda, possam ser considerados como equivalentes às emendas constitucionais, pois, são procedimentos legislativos distintos, desse modo não podendo transmutar um decreto legislativo aprovado por maioria simples em emenda constitucional.

A EC 45/04 tentou resolver o problema sobre a controvérsia na hierarquia dos tratados em matéria de direitos humanos, que eram incorporados por meio de Decretos Legislativos e aprovados por maioria simples, pós a entrada em vigor da emenda a incorporação destes tratados deve ocorrer através do processo descrito no art. 5º, § 3, da CF/88.

## **II- HIERARQUIA DOS TRATADOS NO DIREITO BRASILEIRO**

A Constituição Federal de 1988 representou para o sistema jurídico nacional uma abertura para a consagração dos direitos humanos, rompendo com o totalitarismo que imperou no Brasil na época da Ditadura Militar, que compreendeu o período dos anos de 1964 a 1985. A partir desse momento a constituição possibilitou a consagração de valores e princípios até então inexistentes no sistema jurídico nacional, possibilitando a redemocratização do país após este período obscuro.

Com o advento da Emenda Constitucional 45 de 30 de dezembro de 2004, uma nova alternativa se instaurou no ordenamento jurídico interno: a possibilidade de compatibilização vertical das leis, tendo como parâmetros além da Constituição Federal de 1988 os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no Estado Brasileiro, mudando desse modo, o nível hierárquico atribuído a estes tratados até então pelo ordenamento jurídico pátrio.

Com o surgimento do parágrafo 3º no art. 5º da CF/88 através da emenda constitucional 45/04, os tratados internacionais de Direitos Humanos, aprovados pelo *quorum* qualificado, tem *status* de emendas constitucionais.

Ressalta a Constituição Federal no art. 5º, parágrafo 3º:

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. (BRASIL, 2015.)

A emenda trouxe consigo um novo controle a produção normativa, até então desconhecida: o controle de convencionalidade das leis, sendo este, a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados e em vigor no Estado Brasileiro, pois os mesmos passaram a ter equivalência de emendas constitucionais pós EC 45/04. Com isso, seria o controle de convencionalidade um parâmetro de controle das novas normas editadas pelo Brasil, ou seja, quando de sua formulação as

normas infraconstitucionais devem estar em acordo com os tratados de direitos humanos que passaram pelo *quorum* qualificado do art. 5º, parágrafo 3º, CF/88, pois os mesmos são equivalentes as emendas constitucionais, sendo assim, fazem parte do ordenamento jurídico com patamar constitucional.

Também a de se considerar o *status* dos tratados internacionais comuns, que são supralegais, ou seja, são superiores as normas internas, mas, estão abaixo da Constituição. O *status* de supralegais é para todos os tratados anteriores a EC 45/04. A partir desta emenda constitucional, os tratados de direitos comuns são equivalentes as leis ordinárias enquanto os tratados de direitos humanos aprovados pelo *quorum* qualificado tem equivalência a emendas constitucionais.

Deste modo, também é referência para o controle das normas infraconstitucionais, um controle de supralegalidade das normas já existentes no ordenamento jurídico interno.

Isso evidencia que para as normas produzidas pós EC 45/04, devem ser analisadas sob dois aspectos para aprovação, são eles: a Constituição Federal de 1988 e os tratados de Direitos Humanos aprovados pelo *quorum* do art. 5º, parágrafo 3º (material ou formalmente constitucionais,) e em segundo os Tratados internacionais comuns, todos já ratificados e em vigor no país. No primeiro caso, temos o controle de constitucionalidade das leis no segundo o controle se convencionalidade e em terceiro o controle de supralegalidade.

Caso a norma infraconstitucional esteja em desacordo com a Constituição, será inconstitucional e caso esteja em desacordo com os tratados (de direitos humanos e comuns) poderá até ser considerada vigente, mas, não poderá ser tida como válida no ordenamento jurídico doméstico.

Ser vigente é ser existente no plano legislativo, ou seja, existe por ter sido elaborada pelo parlamento e sancionada pelo presidente da República, promulgada e publicada no Diário Oficial da União, passado o prazo de vacância de 45 dias e a partir de então entra em vigor no ordenamento jurídico brasileiro. (art.1. LINDB/2010) Somente depois de verificada a existência (ou vigência) da lei é que vai se aferir sobre a sua validade, para após ser a mesma eficaz. Trata-se deste modo de uma *escada de valores* encontrando-se

no primeiro degrau a vigência, após a validade e por fim a eficácia. (MAZZUOLI, 2013, p. 749)

Deste modo fica evidenciado que as normas e os princípios constitucionais ou internacionais devem ter incidência prioritária sempre que condizem com a normativa interna e principalmente quando mais favoráveis aos seres humanos.

Segundo Mazzuoli (2013, p. 754-55), os tratados de direitos humanos ostentam *status* de norma constitucional, desta forma, independem de *quorum* qualificado para aprovação, o autor cita ainda os princípios da Supremacia do direito Internacional e o da Prevalência de suas normas em relação a toda a normatividade interna, anterior ou posterior. Diante disso, os tratados internacionais têm superioridade hierárquica em relação às demais normas infraconstitucionais, englobando aqui os tratados de direitos humanos e os tratados de direito comum.

No âmbito de um mundo globalizado a existência de um diálogo entre as ordens jurídicas internas e internacionais, e o reconhecimento da harmonização entre os ordenamentos dos Estados são demandas prioritárias.

Quanto a isso, cabe fazer a análise, referente à controvérsia existente entre as teorias monista e dualista que discutem sobre o conflito da lei interna e da lei internacional, sustentando qual deveria prevalecer.

Para a teoria Dualista, sustentada por Triepel, existiriam dois sistemas distintos: a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica interna. O direito interno seria o estabelecido no Estado pela sua comunidade nacional. O direito internacional só trata dos direitos dos Estados. Desse modo não haveria concorrência entre os dois modelos de normas. Para que a norma internacional

Fizesse parte do sistema jurídico interno de um determinado estado seria necessária a transposição através de manifestação do Poder Legislativo, desse modo não ocorrendo de forma direta. (ARAUJO, 2011, p. 155). Por ser o sistema jurídico internacional superior ao interno, segundo esta visão a norma internacional nunca poderia ser revogada por conta dessa origem. (NOSCHANG, 2009, p. 98)

Já para a teoria Monista, sustentada por Hans Kelsen, entendia que existia apenas uma ordem jurídica, contemplando os planos interno e internacional, desse modo, as leis seriam de ordem interna e os tratados, expressões de ordem internacional. Não haveria a necessidade de internalização dos tratados ratificados, pois não haveria a separação dos dois sistemas, lei interna e lei internacional. Diante disso, poderiam ocorrer confrontos entre as leis internas e internacionais, para isso essa corrente ressalta que a solução seria aplicar ou a supremacia interna ou a internacional. No entendimento dos monistas a ordem jurídica internacional seria incompleta dependendo de normas internas, ocorreria então uma conexão entre os direitos. (ARAUJO, 2011, p. 156 e 157)

Na visão monista este conflito de normas resolveria-se pelo pacta Sunt servanda, o qual Kelsen coloca no topo de sua pirâmide normativa, reconhecendo assim, a hierarquia internacional. (NOSCHANG, 2009, p. 98)

A partir do Julgamento do RE 80004, o Supremo Tribunal Federal pode se posicionar sobre a teoria Dualista sustentada por Triepel. Segundo Patrícia Noschang, analisando a posição dos ministros em suas fundamentações os mesmos não foram claros a respeito do que seria a teoria Dualista, pois as referências foram utilizadas de modo distorcido não contemplado a ideia trazida pelo autor. Ressalta a autora, que atualmente são o STF ou o STJ responsáveis por determinarem a vigência de uma norma internacional quando em conflito com a normativa interna, com exceção aos tratados de direitos humanos devido a EC 45/04. (NOSCHANG, 2009, p. 111)

Cabe ainda, fazer uma sucinta análise quando aos modelos de controles difuso e concentrado em nosso ordenamento jurídico.

O controle difuso é também denominado controle pela via de exceção ou defesa, podendo ser realizado por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário, observadas as regras de competência processual civil. Quando verificado, a declaração de inconstitucionalidade se dá de forma incidental em relação ao objeto principal da lide, prejudicando assim, o exame do mérito. A inconstitucionalidade no processo será fundamentada na causa de pedir processual. (LENZA, 2012, p. 267)



Já o controle concentrado ocorre pela via principal, é assim denominado pelo fato da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo concentrar-se em um único tribunal, pode ocorrer em cinco situações: na Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Representação Interventiva ou por Ação Declaratória de Constitucionalidade. Neste controle a representação da inconstitucionalidade, tem como objeto principal a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo que está sendo impugnado. O Poder Judiciário se manifestará de forma específica sobre a inconstitucionalidade ou constitucionalidade. O controle concentrado busca a invalidação de uma determinada lei ou ato normativo. (LENZA, 2012, p.286)

Segundo Pedro Lenza (2012, p.286) poderia ocorrer de forma excepcional o controle concentrado de forma incidental, onde seria discutido uma questão de constitucionalidade de forma prejudicial ao objeto principal da lide.

Segundo Valério de Oliveira Mazzuoli (2013b, p.14) em virtude de os tratados internacionais de direitos humanos serem equivalentes a Constituição os mesmos seriam paradigma de controle no ordenamento jurídico pátrio. Desse modo, o controle de convencionalidade poderia se dar na via de ação, ou seja, pelo controle concentrado, ou na via de exceção, que seria pelo controle difuso. Para haver o controle pela via de ação (controle concentrado) os tratados de direitos humanos devem ser aprovados pela sistemática do art. 5º parágrafo 3º, CF, ou seja, seriam equivalentes as emendas constitucionais. Já para que haja o controle na forma de exceção (controle difuso) os tratados ratificados devem estar em vigor no ordenamento jurídico interno, pois de acordo com o art. 5º, parágrafo 2º, CF, os mesmos teriam *status* de norma constitucional.

Dessa forma, ressalta Valério de Oliveira Mazzuoli (2013b, p. 16) que os tratados de direitos humanos que forma aprovados pela sistemática do art. 5º parágrafo 3º, CF, serão material e formalmente constitucionais, servindo assim, de paradigma de controle concentrado e difuso.

Para que uma norma seja vigente e válida, a sua produção deve se dar de modo que a mesma seja compatível com a Constituição vigente, sob pena de incorrer em vício de inconstitucionalidade. Se isso ocorrer pode ser combatida pela via difusa, de exceção ou defesa, podendo ser realizada por qualquer cidadão sempre que se fizer presente um caso concreto, podendo ser arguida em qualquer juízo ou tribunal do país e pela via concentrada ou abstrata de controle, por meio de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, legitimado pelo art. 103 da CF. (MAZZUOLI, 2013, p. 757)

Para Mazzuoli (2013b, p.20) os tratados comuns seriam supralegais, mas diferentemente da posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal o autor sustenta que essas normas de acordo com o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 têm patamar constitucional.

Para Ingo Sarlet (2013, p. 796), todos os tratados ratificados pelo Brasil, inclusive os que versem sobre direitos humanos, incorporados pelo rito do art. 5º, § 3, da CF, quanto os demais aprovados antes da EC 45, possuem os mesmos hierarquia supralegal, ou seja, teriam patamar de norma ordinária.

A compatibilidade referente à Constituição do país deve ser aferida em dois momentos, o primeiro referente aos direitos expressos no texto constitucional e também aos direitos implícitos na constituição.

Segundo o art. 5º, parágrafo 2º, da CF:

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. (BRASIL, 2015)

Demonstra este dispositivo, que existem três vertentes dos direitos e garantias fundamentais na ordem jurídica brasileira. Primeiro: os direitos e garantias expressos na constituição; segundo, não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados; ou terceiro, dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Estes direitos e garantias fazem parte de um núcleo intangível da CF, sendo protegidos pelas cláusulas pétreas do art. 60, parágrafo 4, IV, CF, ou seja, são normas protegidas por serem fundamentais. (MAZZUOLI, 2013, p. 758)

Podemos observar que o mesmo não faz referência os demais direitos fundamentais que não sejam individuais, como por exemplos os sociais, econômicos, e culturais e todos os outros de cunho coletivo. A tese mais sustentável é e que a constituição disse menos de que eu pretendia, a expressão correta seria direitos e garantias fundamentais, uma expressão-gênero. (MAZZUOLI, 2013, p. 759)

Os direitos implícitos na constituição, também são chamados de direitos decorrentes, e podem advir do regime ou de princípios adotados pela constituição, ocorrendo deste modo mais uma subdivisão: a obediência pela carta constitucional e a obediência decorrente dos princípios constitucionais adotados pelo ordenamento jurídico.

Segundo Valério de Oliveira Mazzuoli (2013, p. 760), o princípio internacional *pro homine* pode ser considerado um princípio geral de direito, podendo então ser considerado tanto no plano internacional como no interno. Por meio deste princípio é aplicada a norma mais protetiva e garantidora dos direitos do ser humano, ou seja, a mais benéfica. A aplicação é encontrada como resultado do diálogo travado entre as fontes, em um caso concreto, papel que compete ao aplicador do direito.

No ordenamento interno, este princípio compõe-se pelos princípios da dignidade da pessoa humana e pelo princípio da prevalência dos direitos humanos.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um pilar de primazia da norma mais favorável, podendo se considerar por dignidade humana, segundo Maria Garcia a “compreensão do ser humano na sua integridade física e psíquica, como autodeterminação consciente, garantida moral e juridicamente”. (MAZZUOLI, 2013, p. 762)

Deste modo, este princípio constitui o princípio máximo do Estado Democrático de direito. O principal aspecto advindo deste princípio é o reconhecimento de que todos são iguais.

Dessa forma, com base na Constituição Federal, sempre que uma norma interna se chocar com uma norma internacional aplicar-se-á o princípio *pro homine*, expressamente assegurado pelo art. 4º, II, da CF/1988:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

O princípio da prevalência dos direitos humanos, consagrado pelo disposto supracitado, faz comunicar a ordem jurídica internacional com a interna, devendo sempre prevalecer o ordenamento que melhor proteja os direitos humanos.

Entende-se, portanto, que o princípio *pro homine* pode ser aplicado em nosso ordenamento como resultado do diálogo entre fontes internacionais (tratados e convenções de direitos humanos) e de direito interno e este princípio deve sempre ser aplicado.

Um problema que surge em relação aos tratados de direito comum ocorre pela falta de “cláusulas de diálogo” em seus textos, diferentemente do que ocorre com os tratados de direitos humanos que sempre prevêem em seus dispositivos que quando a norma interna for mais benéfica aos direitos das pessoas, princípio internacional *pro homine*, deverá ser aplicado o direito doméstico. Segundo Erik Jayme, citado por Valério de Oliveira Mazzuoli (2013, p. 777), os modelos tradicionais de solução de antinomias entre as normas, sendo eles, o hierárquico, o da especialidade e o cronológico, não teriam aptidão para resolver o conflito entre normas internacionais de direitos humanos e as normas de direito interno relacionadas a direitos fundamentais. Quando ocorrer este conflito, deve ser aplicado o diálogo das fontes, que seria quando “o juiz escuta o que as fontes de direito internacional e interno dizem e as coordena para aplicá-las com coerência ao caso concreto. (MAZZUOLI, 2013, p. 777)

Segundo Valério de Oliveira Mazzuoli (2013, p. 777) esta conversa seria veiculada através dos próprios vasos comunicantes ou cláusulas de diálogo, previstos nas normas internacionais e nas normas internas.

O controle de convencionalidade seria integrado por todos os tratados internacionais de direitos humanos, pela sua força hierárquica, servindo de parâmetro para as normas infraconstitucionais, em virtude da hierarquia das normas. Para Ingo Sarlet, quando de eventual conflito entre tratados de direitos humanos e as cláusulas pétreas da constituição, resolve-se em favor da

constituição, desse modo, restaria declarada a inconstitucionalidade do tratado internacional. (SARLET, 2013, p. 797)

### III- CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Apenas os tratados de direitos humanos acolhidos na forma do art. 5º § 3º, CF deveriam ser paradigma de controle para o autor de constitucionalidade, tanto na via incidente (controle difuso) como na via direta (controle concentrado). Segundo o autor, os demais tratados que não passassem por este crivo não valeriam como regra de compatibilização vertical, caso em que estes deveriam ser usados “pelo modo de apreciação da colidência entre lei especial e lei geral.” (MAZZUOLI, 2013, p. 771)

Primeiramente afirma Mazzuoli (2013, p. 771) que é sabido que no ordenamento jurídico interno não se faz necessária a aprovação com *quorum* qualificado, para que os tratados de direitos humanos tenham nível de normas constitucionais. Segundo o art.5º, § 2º, CF/1988, os tratados que versem sobre direitos humanos tem *status* de normas constitucionais, já o *quorum* qualificado para aprovação dos mesmos, os deixariam com equivalência as emendas constitucionais. Desse modo, aprovado determinado tratado de direitos humanos sob o prisma do art.5º, § 3º, CF, tal tratado será formalmente constitucional, desse modo servindo de paradigma de controle da legislação infraconstitucional, (MAZZUOLI, 2013, p. 771)

Segundo o Ingo Sarlet (2013, p. 784) a inovação trazida pela EC 45/04 seria inconstitucional, pois, violaria os limites materiais à reforma constitucional, de maneira que dificultou o processo de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos e incorporando o entendimento de que os tratados não incorporados pelo *quorum* qualificado teriam hierarquia meramente legal, restando restringido o regime jurídico-constitucional.

Ocorreria que ao ressaltar no dispositivo legal que “os tratados que forem incorporados” abriria margem a interpretações que sustentariam o entendimento de que a adoção do procedimento de emendas constitucionais poderia ser opcional( SARLET, 2013, p. 784)

Em uma situação que o tratado fosse menos benéfico para a pessoa humana em observância do tratado com a constituição, não deveria incorporá-lo ao sistema jurídico doméstico, pelo fato de o mesmo ferir antes mesmo de entrar no ordenamento jurídico interno já estaria ferindo um direito fundamental, uma cláusula pétrea. (SARLET, 2013, p. 786)

Para Mazzuoli caberia então ao Supremo Tribunal Federal, segundo o art. 103 da CF, ingressar com medidas sempre que a Constituição ou normas a ela equivalentes estiverem sendo violadas por normas infraconstitucionais, cabendo deste modo, segundo o art. 102, I, CF a “Guarda da Constituição” ao STF, deste modo, o mesmo tem o controle concentrado de constitucionalidade, devendo compatibilizar as normas infraconstitucionais com os tratados constitucionalizados no ordenamento jurídico interno. (MAZZUOLI, 2013, p. 772)

Dessa forma, estaria o STF perante o controle de convencionalidade das leis, o qual se operacionaliza como forma de controle concentrado de constitucionalidade, uma ação direta de inconstitucionalidade ou uma ação de descumprimento de preceito fundamental, de modo que os tratados são equivalentes a uma norma constitucional, poderiam e devem os legitimados interpô-las, segundo o art. 103 da Constituição Federal.

Desse modo, se a constituição possibilitou que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil tivessem patamar constitucional, com *status* de emenda constitucional, também lhes garantiu as formas protetivas para não serem violados por normas infraconstitucionais. Podemos dizer que os tratados de direitos humanos, de acordo com o art. 5º, § 3, CF, são meios de controle de concentrado (convencionalidade) e servem de paradigma para o controle difuso (MAZZUOLI, 2013, p. 773)

Após serem incorporados, segundo Ingo Sarlet e com *status* de emenda constitucional além de reformarem a constituição assume a condição de limites materiais a própria reforma, não podendo ser esvaziados por qualquer outra emenda nova, pois, são protegidos pelo fundamento de serem direitos fundamentais, o que justifica tal limitação. (SARLET, 2013, p. 785)

Uma vantagem trazida pelo autor se daria quando o tratado já incorporado, não poderia mais ser denunciado, dessa forma fortaleceria os

direitos humanos internos e ressaltaria a vinculação assumida pelo Estado em esfera internacional, desse modo, haveria um empecilho amparado pelos princípios democrático e do da proibição do retrocesso social, em virtude dessa proteção aos direitos humanos. (SARLET, 2013, p. 787)

Segundo Sarlet (2013, p.786), quando aprovados de acordo com o *quorum* qualificado do art. 5º, § 3, da CF, essas novas emendas, assumiriam a condição de cláusulas pétreas. O que poderia ocorrer seria a denúncia do tratado, quando da aprovação pelo Congresso Nacional.

Quanto aos tratados de direitos humanos que não passaram pelo rito do *quorum* qualificado, passam segundo Valério de Oliveira Mazzuoli (2013, p. 771), a serem paradigmas apenas do controle difuso de constitucionalidade/convencionalidade. Esses tratados têm nível de normas constitucionais.

Para Ingo Sarlet (2013, p. 796), conforme já ressaltado, seria questionável que através da EC 45/04 todos os tratados de direitos humanos incorporados antes da entrada em vigor da referida emenda, possa ser considerados como equivalentes às emendas constitucionais.

Cabe citar ainda, a regra do art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969:

Artigo 53.º- Tratados incompatíveis com uma norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*)  
É nulo todo o tratado que, no momento da sua conclusão, seja incompatível com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os efeitos da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceite e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza. (BRASIL, 2015)

Ainda segundo Ingo Sarlet (2013, p. 788), mesmo que os tratados internacionais, por falta de ratificações necessárias ainda não esteja em vigor no ordenamento interno, os mesmos seriam incorporados ao direito doméstico, como exemplo, citado pelo autor da Convenção de São José da Costa Rica e dos Pactos Internacionais de 1966.

Para Ingo Sarlet (2013, p. 800), não somente os tratados, como também o conjunto de diretrizes emanadas por órgãos internacionais ou regionais

servem de parâmetro para o controle de convencionalidade no ordenamento doméstico. Pois reforçaria a eficácia e efetividade dos direitos sociais”, seria extremamente importante, quando não houvesse “legislação específica em nível interno ou para a concretização de cláusulas gerais.

Além disso, a iniciativa para o processo de emenda constitucional de tais tratados de direitos humanos seria sempre do Presidente da República, em suporte o art. 60, inciso II, da CF, mas seria dispensada a ratificação do presidente pela razão do art. 60,§ 3, da CF. (BRASIL, 2015)

A de se constar que as emendas constitucionais podem ser declaradas inconstitucionais caso entre conflito ou violem as Cláusulas pétreas, segundo Sarlet. Além disso, o autor afirma que os tratados incorporados mediante o art. 5º,§ 3, da CF por terem um *status* de emenda constitucional seriam mais fortes que os anteriores, os quais segundo o autor seria a orientação STF que os mesmos gozam de hierarquia supralegal, desse modo, ele questiona a recepção dos tratados como equivalentes a emendas constitucionais, os anteriores a Emenda Constitucional 45. (SARLET, 2013, p.790)

Diz ainda, que os direitos fundamentais seriam incompatíveis com uma hierarquia infraconstitucionais, de modo que, direitos fundamentais seriam sempre constitucionais, não podendo estar à disposição por parte majoritária legislativa. Devendo desse modo, ser aplicado standards hermenêuticos. Com a novação da EC 45, os tratados internacionais de direitos humanos passariam a ser direitos fundamentais.

## **V- CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Observa-se que pós Emenda Constitucional 45 de 2004, não mais somente a Constituição Federal de 1988 é paradigma de controle para as normas infraconstitucionais, além dela o ordenamento pátrio deve observar o paradigma do controle de convencionalidade, que diz respeito aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil e aprovados pelo rito do art. 5º, § 3 da CF.



Desse modo, sempre que uma lei ir de encontro com um tratado mais favorável ou com a constituição, ela não terá validade e não deverá ser utilizada pelo Poder Judiciário.

Além disso, é de se ressaltar que o controle de convencionalidade é um tema pouco conhecido e debatido pelos juristas brasileiros, sendo os principais protagonistas Ingo Sarlet e Valerio Mazzuoli, diferentemente do que ocorre na situação americana.

O ordenamento pátrio seguindo essa linha de pensamento evolui, pois, os ordenamentos internos dos Estados devem avançar no sentido humanista de direito, prevalecendo às normas internacionais que protejam os direitos humanos dos indivíduos.

## REFERÊNCIAS

ARAUJO, Nádia. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm). Acesso em: 11 de abr. 2015.

LINDB. Lei de introdução as Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm#art2)> . Acesso em: 01 mai. 2015

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria Geral do controle de convencionalidade no Direito Brasileiro. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Direitos Humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.p.744-778.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis. *Revista dos Tribunais*. 2013b.

NOSCHANG, Patricia. A TEORIA DE TRIEPEL E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 80.004. v. 2, *Revista Ius Gentium* . Florianópolis: 2009. p. 97-114. Disponível em: [http://www.iusgentium.ufsc.br/revista/ed2/5\\_Patricia\\_Noschang.pdf](http://www.iusgentium.ufsc.br/revista/ed2/5_Patricia_Noschang.pdf). Acesso em: 01 mai. 2015.

SARLET, Ingo. A Constituição Federal de 1988, os tratados internacionais de Direitos Humanos e o assim chamado controle de convencionalidade dos atos normativos internos analisada à luz do caso dos direitos sociais, econômicos e culturais. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Direitos Humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.p.779-800.