



# O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL: DA CONVENÇÃO DE VIENA AO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE

ALBANO FRANCISCO SCHMIDT \*  
FERNANDA BRANDÃO LAPA \*\*

## Resumen

Este artículo tiene como objetivo principal analizar una nueva tesis introducida recientemente en Brasil llamada control de convencionalidad, paralela y simultánea a la del control de constitucionalidad, y cómo podrían los jueces y las juezas y abogados y abogadas hacer un buen uso de ellos en sus actividades diarias. Como este nuevo “poder” surgió en el sistema jurídico brasileño a partir de la enmienda constitucional número 45 de 2004, haremos una retrospectiva histórica, a través de un análisis de la jerarquía de los tratados de derechos humanos, al tener como base la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina portuguesa del bloque de constitucionalidad.

**Palabras clave:** Control de convencionalidad, bloque de constitucionalidad, Derechos Humanos, tratados internacionales.

## Resumo

O presente artigo tem por escopo a análise da possibilidade de utilização, por parte dos magistrados brasileiros, do chamado “Controle de Convencionalidade”, paralelo e concomitante ao controle de constitucionalidade. Tendo tal prerrogativa surgido a partir da Emenda Constitucional N° 45, far-se-á um retrospecto histórico da hierarquia dos tratados internacionais de Direitos Humanos no ordenamento pátrio, analisando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como a utilização do Bloco de Constitucionalidade como paradigma de controle da constitucionalidade-convencionalidade das leis.

**Palavras chave:** controle de convencionalidade, Bloco de Constitucionalidade, Direitos Humanos, tratados internacionais.

\* Nacionalidade brasileira. Estudante de Direito da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. Bolsista da Clínica de Direitos Humanos.

\*\* Nacionalidade brasileira. Mestre em Direito pela UFSC e Doutoranda em Educação pela PUC/SP. Professora de Direitos Humanos da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos/UNIVILLE. Diretora do Instituto de Desenvolvimento e Direitos Humanos – IDDH.

## Abstract

This article has as the main object to analyze the new thesis introduced recently in Brazil called conventional control (“Controle de Convencionalidade”), parallel and simultaneous to the constitutional control, and how could judges and lawyers put a good use to it in their daily activities. This new “power” emerged in the Brazilian legal system with the Constitutional Emend number 45, from 2004, with claims a historical retrospect, analyzing the hierarchy of the human rights treaties, in the view of the Supreme Court and how the Constitutional Block construction, based on the Portuguese doctrine, helped in the recent turnarounds of positions experienced in the court.

**Keywords:** Conventional control, Constitutional Block, human rights, international treaties.

## Introdução

Esse artigo é fruto de uma pesquisa de iniciação científica desenvolvida no âmbito da Clínica de Direitos Humanos da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE, Brasil. Seu objetivo principal era fazer uma análise nas recentes mudanças ocorridas no ordenamento jurídico pátrio, após o julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-SP, no qual o Supremo Tribunal Federal Brasileiro posicionou-se de maneira inédita acerca dos tratados de direitos humanos e sua incorporação no país, principalmente no que tange a um novo tipo de controle das leis, o chamado controle de convencionalidade.

Para isso, foi realizada primeiramente uma retrospectiva histórica da incorporação dos tratados de direitos humanos no Brasil para depois aprofundar o estudo sobre o possível controle de convencionalidade.

Foi realizada uma pesquisa de campo no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, onde foi solicitado aos Desembargadores

para responderem um questionário acerca da temática dos direitos humanos e, em especial, sobre o possível controle de convencionalidade, para além do controle de constitucionalidade. Esse artigo visa, por fim, apresentar alguns dos resultados dessa pesquisa.

## Histórico

Viena. Quadragésimo quinto ano do século XX. Final da Segunda Guerra Mundial. Hans Kelsen, o jurista mais famoso de todos os tempos, apresenta ao mundo sua clássica obra “Teoria Geral do Direito e do Estado” (Kelsen, 2005), obra que teve o condão de revolucionar todas as certezas jurídicas da época. O Código Civil napoleônico não era mais o centro do Universo, na realidade, era apenas mais um degrau, na estrutura piramidal que teria agora a Constituição (abaixo apenas da teórica e intangível “Norma Fundamental” (Kelsen, 2009) em seu vértice. Tal estrutura passou a permitir o chamado “Controle de Constitucionalidade” das leis, rapidamente abraçado pela quase totalidade do mundo ocidental. Temer (2010: 40) elucida que “controlar a constitucionalidade

de ato normativo significa impedir a subsistência da eficácia de norma contrária à Constituição”. Já Avelar (2008:18), não divergindo dessa linha de pensamento, mas indo além, afirma que

a Constituição de um Estado é uma espécie de certidão de nascimento. É um documento que abarca o propósito de um povo em criar uma sociedade politicamente organizada num certo território. Nela – na Constituição – são depositadas as intenções desse povo. A partir desse documento primeiro – inaugural – é que se cria todo o ordenamento jurídico restante, o que se dá de forma a respeitar a natural hierarquia entre o poder criador e a criatura dele resultante. Em razão disso é preciso verificar sempre se as normas infraconstitucionais, isto é, as normas que nesse plano hierárquico decorrerem da Constituição estão com ela de acordo. Caso haja dissonância entre elas há de prevalecer a norma superior, obviamente. E esse o mote do controle de constitucionalidade.

A Constituição de um Estado é, assim, o “espelho da publicidade e da realidade (Spiegel der Öffentlichkeit und Wirklichkeit). Ela não é, porém, apenas o espelho. Ela é, se se permite uma metáfora, a própria fonte de luz (Sie ist auch die Lichtquelle). Ela tem, portanto, uma função diretiva eminente” (Rosa, 2005: 19). Nela encontramos não apenas certidão de nascimento e luz, mas sim todas as aspirações do Estado, seus sonhos, quem é hoje e onde deseja chegar. Caminho que será explicitado ali, mas trilhado pelos homens que o compõe. Por isso, parte indispensável de qualquer Constituição é o seu rol de Direitos e

Garantias Fundamentais. Poder-se-ia imaginar que

com a codificação dos direitos do homem por uma constituição, portanto, com sua transformação em direitos fundamentais, o problema de sua institucionalização esteja resolvido. Isso não é, todavia, o caso. Muitos problemas dos direitos do homem agora somente tornam-se visíveis em toda sua dimensão e novos acrescem por seu caráter obrigatório, agora existente (Alexy, 1999: 55).

### **Tratados de Direitos Humanos e sua posição hierárquica: longa caminhada**

Um dos grandes problemas enfrentados pelo Poder Judiciário brasileiro nos últimos tempos é a questão da hierarquia e compatibilização dos tratados internacionais de Direitos Humanos no ordenamento interno. Essa preocupação já vem sendo amplamente debatida por todos os sistemas jurídicos desde que, na mesma Viena em que Kelsen escrevia seus livros, foi ratificada em 23 de Maio de 1969, a Convenção sobre o Direito dos Tratados. Tal convenção, em seu artigo número 27, estatui que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

Desta feita, pode-se afirmar que o Supremo Tribunal Federal e mesmo o próprio Estado brasileiro (Gomes, 2009: 29) vem violando, sistematicamente, não apenas a Convenção de Viena, mas muitos outros tratados internacionais, uma vez que seu posicionamento desde o Recurso Extraordinário 80.004/SE,

julgado alguns anos (1977) após a ratificação do referido tratado foi no sentido de que os tratados internacionais, independentemente de seu tipo, teriam paridade com Lei Federal (Mendes, 2009: 744). Assim sendo, poderiam ser derogados por lei posterior mais nova (*lex posteriori derogat legi priori*). A adoção do critério temporal da resolução de antinomias, previsto textualmente pela Lei de Introdução ao Código Civil em seu artigo 2º, parágrafo 1º (“A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”), foi mantido pelo Supremo mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, como se extrai da lição de Mello<sup>1</sup>:

1 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.480. Proteção do trabalhador contra a despedida arbitrária ou sem justa causa - argüição de ilegitimidade constitucional dos atos que incorporaram essa convenção internacional ao direito positivo interno do Brasil (Decreto Legislativo N.º 68/92 e decreto N.º 1.855/96) - possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade de tratados ou convenções internacionais em face da constituição da República - alegada transgressão ao art. 7.º, i, da Constituição Da República e ao art. 10, i do ADCT/88 - regulamentação normativa da proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, posta sob reserva constitucional de lei complementar - conseqüente impossibilidade jurídica de tratado ou convenção internacional atuar como sucedâneo da lei complementar exigida pela Constituição (CF, art. 7.º, I) - consagração constitucional da garantia de indenização compensatória como expressão da reação estatal à demissão arbitrária do trabalhador (CF, art. 7.º, I, C/C O art. 10, I DO ADCT/88) - conteúdo programático da convenção N.º 158/OIT, cuja aplicabilidade depende da ação normativa do legislador interno de cada país - possibilidade de adequação das diretrizes constantes da Convenção N.º 158/OIT às exigências formais e materiais do estatuto constitucional brasileiro - pedido de medida cautelar deferido, em parte, mediante interpretação

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 conseqüência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa.

Essa postura pouco humanitária, criticada amplamente por Trindade (2003: 297), em diversas oportunidades, não leva em conta que

afigura-se como meta prioritária e urgente em nossos dias a incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito interno de todos os países. (...) O binômio “respeitar/fazer respeitar” significa que as obrigações dos Estados Partes abarcaram incondicionalmente o dever de assegurar o cumprimento das disposições daqueles tratados por todos os seus órgãos e agentes assim como por todas as pessoas sujeitas a sua jurisdição, e o dever de assegurar que suas disposições sejam respeitadas por todos, e particular pelos demais Estados Partes. Tais deveres situam-se claramente no plano das obrigações *erga omnes*. Trata-se de obrigações incondicionais”

Entretanto, apesar das insistentes críticas deste e outros juristas de renome (Piovesan: 52), apenas sob os auspícios do novo milênio essa linha de pensamento restritiva começou a ser alterada

conforme à Constituição. Procedimento constitucional de incorporação dos tratados ou convenções internacionais. Relator: Ministro Celso de Mello. Distrito Federal, 4 de setembro de 1997.

pela Corte Máxima, no saudoso magistrado de Sepúlveda Pertence<sup>2</sup>

Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento - majoritário em recente decisão do STF (ADInMC 1.480) - que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente as leis ordinárias

Seu voto, apesar de contrariar um entendimento aparentemente majoritário do Tribunal, começou a angariar adeptos. Gilmar Mendes, ex-Presidente do STF, não em pronunciamentos oficiais, mas numa passagem doutrinária, mostrava-se já reticente com o pensamento de seus pares, uma vez que “no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência acabou se tornando completamente defasada” (Mendes, 2009: 745).

2 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus N.º 79.785. EMENTA: Embargos de declaração para alteração do julgado: improcedência. 1. Os embargos de declaração podem, é certo, gerar a alteração do julgado: só e exclusivamente, porém - afora a sua admissão pretoriana para corrigir o erro material evidente -, nas hipóteses e na medida em que a modificação se imponha para sanar a obscuridade, colmatar a omissão ou solver a contradição. 2. A contradição que dá margem aos embargos declaratórios é a que se estabelece entre os termos da própria decisão judicial - fundamentação e dispositivo - e não a que porventura exista entre ela e o ordenamento jurídico; menos ainda a que se manifeste entre o acórdão e a opinião da parte vencida. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Rio de Janeiro, 10 de Abril de 2003 (Julgamento).

Não foi outro seu entendimento quando teve a oportunidade de proferir voto-vista em Recurso Extraordinário (22/11/2006) (Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário N.º 466.343.) interposto pelo Banco Bradesco S/A, contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que, apesar de confirmar a procedência da ação de depósito, fundada em alienação fiduciária em garantia, entendeu ser inconstitucional a aplicação da pena de prisão a ré. A avença toda baseou-se no fato de a Constituição brasileira permitir a prisão do chamado depositário infiel, no que é contrária ao Pacto de San José da Costa Rica, o qual especificamente prevê que somente poderá haver prisão civil pelo não pagamento de pensão alimentícia. Nesta oportunidade confirmou a mudança de posicionamento que já vinha sendo ensaiada desde o início dos anos 2000, sacramentando 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, incluídos o art. 287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei n.º 911, de 1º de outubro de 1969. Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada.

Essa nova concepção, de supralegalidade dos tratados internacionais de Direitos

Humanos foi acatada pelo Pleno do STF em 03/12/08 e é didaticamente explicada por Gomes (2009: 25), para quem somente a articulação de todas as fontes normativas existentes no ordenamento brasileiro possibilita alcançar a solução mais justa para o caso concreto. Para tanto se faz necessário entender a hierarquia existente entre elas:

- a) no topo acha-se a Constituição (quando algum tratado de direitos humanos for aprovado de acordo com o procedimento do art. 5º, parágrafo 3º, da CF, passa também a compor formalmente a Constituição);
- b) abaixo dela, mas acima da lei ordinária, está o Direito Internacional dos Direitos Humanos (...);
- c) no patamar inferior está a legislação ordinária

### O Bloco de Constitucionalidade finalmente cruza o Atlântico

Todavia, apesar desse visível avanço (uma vez que os tratados internacionais de Direitos Humanos “subiram” um degrau na escala normativa), a atual hierarquia normativa atribuída a eles ainda se mostra aquém do defendido pela doutrina brasileira. Os pensadores deste novo Estado Democrático de Direito que vêm sendo construído paulatinamente desde 1988 defendem que os tratados internacionais de Direitos Humanos, independentemente de sua forma de aprovação, têm hierarquia constitucional. A divergência surge da interpretação que se dá a redação dos parágrafos 2.º e 3.º do Art.5º da CRFB/88:

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: (...)

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 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.

O grande embate que se têm é que os pensadores mais tradicionais e o próprio Supremo, como deixou implícito, crêem que é necessária a aprovação dos tratados pela maioria qualificada do parágrafo 3.º para terem status de norma constitucional. Do contrário serão, a partir do mais recente entendimento, tão somente, superiores a lei ordinária federal. Para Piovesan (2009: 51) é claro e evidente que

ao prescrever que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes

dos tratados internacionais”, a contrario sensu, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Este processo de inclusão implica na incorporação pelo texto constitucional destes direitos.

Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja, a hierarquia de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Esta conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional (...).

Vale dizer [sic] com o advento do parágrafo terceiro do artigo quinto surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do parágrafo terceiro do artigo quinto. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do parágrafo terceiro do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se as emendas a Constituição, no âmbito formal.

É importante frisar que tal entendimento não é acatado apenas pelos constitucionalistas e defensores dos Direitos Humanos, mas sim por uma ampla gama de pensadores, dos mais variados campos do Direito. O penalista Aury Lopes Jr (2009:286) sustenta que,

a Convenção Americana de Direitos Humanos, diante do disposto nos parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição, (...) tem natureza materialmente constitucional, embora formalmente suas normas não sejam constitucionais, por não terem sido aprovadas pelo quórum previsto para as emendas constitucionais. De qualquer forma, do ponto de vista do conflito de normas, é de se destacar que toda e qualquer norma infraconstitucional que está em confronto com a CADH será destituída de eficácia, posto que inconstitucional.

O tema ganha contornos tão amplos que até mesmo consumeristas como Marques (2009: 109) vem em defesa do regime constitucional-democrático adotado pelo Brasil, frisando que a Carta Magna não exclui os direitos provenientes de tratados, mas sim, a contrario sensu, os inclui de maneira explícita com o supra-citado parágrafo 2.º do Art.5.º, chegando mesmo a falar em uma ampliação do Bloco de Constitucionalidade brasileiro. Essa visão é importada da doutrina portuguesa, uma vez que Canotilho (2009: 919), defende que o parâmetro constitucional é a ordem constitucional global, e por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos actos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta

princípios não escritos integrantes dessa ordem, como a jurisprudência e o direito suprapositivo (tratados internacionais). Tal pensamento tem ganhado corpo no Brasil na pena de doutrinadores e também de ministros do STF, como se infere do pensamento de Mello:

A definição do significado de bloco de constitucionalidade - independentemente da abrangência material que se lhe reconheça (a Constituição escrita ou a ordem constitucional global) - reveste-se de fundamental importância no processo de fiscalização normativa abstrata, pois a exata qualificação conceitual dessa categoria jurídica projeta-se como fator determinante do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais contestados em face da Carta Política

### Dupla compatibilidade vertical: o Controle de Convencionalidade

Levando-se em conta as correntes que se digladiam atualmente no Brasil tentando por vezes suprimir, por vezes maximizar, o valor dos tratados internacionais de Direitos Humanos, Mazzuoli (2008) propôs (em sua tese de Doutorado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul) resolver a questão por outro interessante prisma: partindo do pressuposto que o Supremo já aceita de maneira pacífica a supralegalidade dos tratados internacionais de Direitos Humanos e que dessa forma irradiam efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, a fortiori pode-se sustentar que eles formam uma dupla barreira de compatibilidade, abaixo da Constituição, mas acima de todo o restante da pirâmide jurídica. Destarte,

toda produção legislativa fica condicionada não apenas ao chamado controle de constitucionalidade, cujo paradigma de controle é a Constituição; mas também a um segundo tipo de fiscalização, “complementar e coadjuvante (jamais subsidiário)”, chamado de controle de convencionalidade (derivado do patamar ocupado pelas convenções internacionais), tendo como paradigma de controle os tratados internacionais (notadamente os de direitos humanos, mas não apenas estes (Mazzuoli, 2009: 34).

Esta linha de pensamento é partilhada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, como se denota do caso *Almonacid Arellano e outros versus Chile*, julgado em 26/9/6:

Quando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. Em otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CIDH, 2006: 53).

Assim, prossegue Mazzuoli (2009: 73) em comentário ao julgado, “a negativa do poder judiciário em controlar a convencionalidade pela via difusa, sob o argumento de que não solicitado pelas partes ou de que não é possível exercê-lo ex

officio, é motivo suficiente para acarretar a responsabilidade internacional do estado por violação de direitos humanos”. E, vai além, instituindo tanto um controle de convencionalidade difuso, “onde qualquer juiz ou tribunal pode se manifestar a respeito”, quanto concentrado (este exercido pelo STF, apenas nos casos dos tratados internacionais de Direitos Humanos aprovados pelo quórum especial previsto no parágrafo 3º do art. 5º da Constituição Federal). Explica Silva (2008: 50) que:

Os sistemas constitucionais conhecem dois critérios de controle da constitucionalidade: o controle difuso (ou jurisdição constitucional difusa) e o controle concentrado (ou jurisdição constitucional concentrada). Verifica-se o primeiro quando se reconhece o seu exercício a todos os componentes do Poder Judiciário, e o segundo, se só for deferido ao tribunal de cúpula do Poder Judiciário ou a uma corte especial.

Nesses termos, têm-se que na medida em que os tratados internacionais de Direitos Humanos:

forem sendo incorporados ao direito pátrio os tribunais locais - estando tais tratados em vigor no plano internacional - podem, desde já e independentemente de qualquer condição ulterior, compatibilizar as leis domésticas com o conteúdo dos tratados (de direitos humanos ou comuns) vigentes no país. Em outras palavras, os tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro passam a ter eficácia paralisante (para além de derogatória) das demais espécies normativas

domésticas, cabendo ao juiz coordenar essas fontes (internacionais e internas) e escutar o que elas dizem (Mazzuoli, 2010: 209).

Fica assim cabalmente demonstrado que a partir da guinada de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, alterando a sua arcaica jurisprudência de paridade de tratado internacional com lei interna, cambiou-se também os parâmetros de controle de constitucionalidade/convencionalidade das leis. Antes existia apenas uma barreira Constitucional, desde 2004 na teoria e 2008 na prática, há também uma trincheira convencional, formada pelos tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo governo e em vigor no país (Mazzuoli, 2010: 210).

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. Com isto, possibilita-se a criação de um Estado Constitucional e Humanista de Direito em que todo o direito doméstico guarde total compatibilidade tanto com a Constituição quanto com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado, chegando-se, assim, a uma ordem jurídica interna perfeita, que tem no valor dos direitos humanos

sua maior racionalidade, principiologia e sentido (Mazzuoli, 2009: 119).

### O papel do judiciário em efetivar os direitos constitucionalmente assegurados

Toda a discussão acerca da hierarquia dos tratados internacionais de Direitos Humanos e da tese do Controle de Convencionalidade somente se faz necessária pela crença que o Estado brasileiro e cada indivíduo que o constitui deposita no Poder Judiciário, na figura do juiz forte, detentor da última palavra. Quando os homens não conseguem chegar a um consenso sobre qual direito deve prevalecer e qual ceder, uma decisão deve imperar, para que não se volte a um estado de anarquia (Dworkin, 1997: 175). Assim, “com efeito, diante do compromisso assumido formalmente pelo Constituinte, pelo menos – nas hipóteses de violação dos deveres e direitos decorrentes da dignidade da pessoa – [sempre] restará uma perspectiva concreta, ainda que mínima, de efetivação [da justiça] por meio dos órgãos jurisdicionais, enquanto e na medida em que se lhes assegurar as condições básicas para o cumprimento de seu desiderato (Sarlet, 2010: 28)”.

Tendo como meta munir esses magistrados, alvo último de toda produção jurídico-acadêmica, da maior quantidade possível de armas para combater as “inconstitu-inconvencionalidades” e defender os Direitos Humanos em suas mais variadas formas, optou-se por realizar uma pesquisa de campo junto ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Com tal pesquisa buscou-se

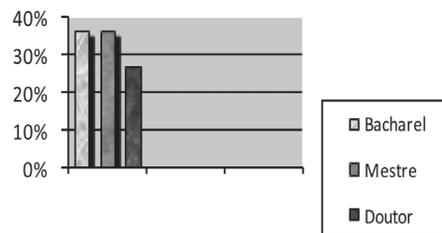
informar os magistrados desse novo poder posto a sua disposição, bem como indagá-los sobre a sua aplicabilidade prática, mapeando ainda a difusão dos Direitos Humanos entre os membros da corte. Para tanto foi elaborado um questionário contendo oito perguntas de múltipla escolha, tendo cada uma cinco possibilidades, facultando-se ao entrevistado assinalar quantas se aplicassem ao seu caso. De início foi perguntado sobre a formação do magistrado, passando pela utilização de instrumentos de Direitos Humanos em suas decisões, até o cerne do problema exposto, que é a possibilidade de aplicar a dupla barreira no caso concreto.

O primeiro contato com os magistrados se deu por meio telefônico e virtual, seguida de uma visita in loco. Dos 50 questionários entregues (exatamente um para cada membro do Tribunal), apenas 11 (22%) foram respondidos em tempo para análise.

Como mencionado, as primeiras perguntas tratavam-se do grau de instrução, tempo de carreira e formação formal em Direitos Humanos de cada magistrado:

Gráfico N.º 1

Formação dos Desembargadores



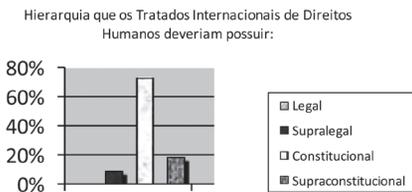
Fuente: elaboración propia.

Gráfico N.º 2



Fuente: elaboración propia.

Gráfico N.º 3



Fuente: elaboración propia.

Já no gráfico “Tempo de Magistratura” percebe-se que a composição do Tribunal de Santa Catarina é bastante antiga, uma vez que 80% de seus membros ocupa o cargo há mais de 20 anos. Constata-se ainda que mais de 3/5 dos magistrados, apesar de sua alta formação acadêmica (60% tem no mínimo mestrado concluído) não tiveram qualquer formação em Direitos Humanos, nem mesmo em cursos de especialização.

Ainda tratando da formação humanitária dos desembargadores, lhes foi questionado se possuíam algum conhecimento de quais são os instrumentos e mecanismos dos principais sistemas internacionais de Direitos Humanos

integrados pelo Brasil (Organização das Nações Unidas - ONU e Organização dos Estados Americanos - OEA). Algo a ser questionado é o por quê o Sistema Interamericano, mais regionalizado e utilizado pelas vítimas que buscam reparações internacionais, ser menos conhecido (36%) do que o Universal (63,7%).

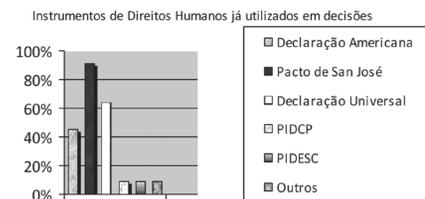
Gráfico N.º 4



Fuente: elaboración propia.

Uma vez estabelecida à base de conhecimento humano-internacional, passou-se a indagar dos desembargadores se já haviam se deparado com algum caso concreto em que tiveram que utilizar instrumentos internacionais de Direitos Humanos. Quase a totalidade dos magistrados (91%) já havia utilizado o Pacto de San José da Costa Rica e apenas 1/10 algum dos Pactos da ONU (Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais).

Gráfico N.º 5

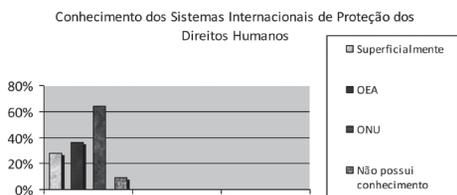


Fuente: elaboración propia.

Na sexta pergunta começa-se a levar os desembargadores ao âmago dos problemas enfrentados pela indefinição da hierarquia normativa dos tratados internacionais de Direitos Humanos: o parágrafo 3º do artigo 5º da CRFB/88.

Após a Emenda Constitucional de número 45, de 30/12/04, que acrescentou o parágrafo terceiro ao artigo 5º da CRFB/88 (“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”), o senhor utilizou mais os tratados internacionais de Direitos Humanos em suas decisões?

**Gráfico N.º 6**

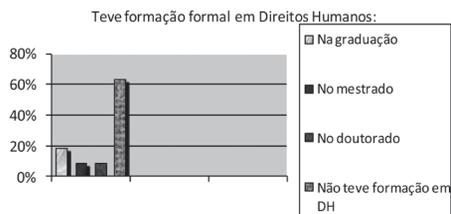


Fuente: elaboración propia.

Mais de 60% dos desembargadores afirmaram que após a entrada em vigor da Emenda Constitucional de número 45 o respaldo legal para a utilização do tratado ficou mais consistente. Um dos entrevistados chegou mesmo a afirmar que “no Brasil tudo tem que estar positivado, se não, não funciona”. As outras três opções não chegaram sequer a ser elencadas.

Aproveitando-se da polêmica levantada, foi perguntado qual a hierarquia que os tratados deveriam possuir:

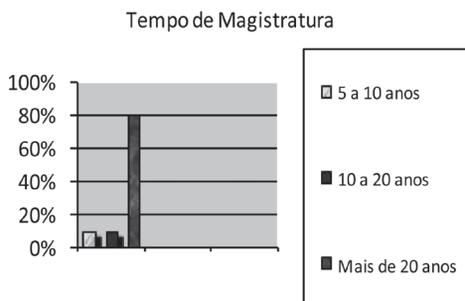
**Gráfico N.º 7**



Fuente: elaboración propia.

Nenhum desembargador defendeu o antigo entendimento do STF, de que os tratados internacionais de Direitos Humanos teriam paridade com a lei federal. Louváveis 20% deles chegaram a dar um grande passo adiante do atual entendimento, concedendo aos tratados uma hierarquia supraconstitucional. A imensa maioria, entretanto, firma entendimento pela constitucionalização dos tratados de Direitos Humanos (72,8%), o que mostra que o atual posicionamento do Supremo (da supralegalidade), apesar de ter sido um avanço em relação ao anterior, deve ser em breve superado pela onda do Bloco de Constitucionalidade.

**Gráfico N.º 8**



Fuente: elaboración propia.

Por fim, 1/5 dos magistrados acredita que a tese do Controle de Convencionalidade é absolutamente inócua; outro 1/5 ainda crê que apenas os tratados de Direitos Humanos aprovados nas duas casas do Congresso Nacional, por maioria de 3/5, possuem algum efeito prático no ordenamento jurídico. Contudo, 60% dos magistrados não só acredita na tese defendida por Mazzuoli, como já a utiliza em sua atividade cotidiana, despedindo-se assim da visão meramente programática dos Direitos Humanos, reconhecendo sua eficácia cogente e absoluta (Rosa, 2005:67), como limites intransponíveis pelo Estado, numa visão de campo sagrado, inalienável, irrenunciável e imprescritível, como nunca devia ter deixado de ser.

## Conclusão

O Direito é uma invenção humana, um fenômeno histórico e cultural, concebido como técnica de solução de conflitos e instrumento de pacificação social (Barroso, 2001:13). No entanto, algumas vezes é o próprio Direito, por meio de seus intérpretes, que inquieta a sociedade. A sentença infundada, o acórdão votado com o relator. Pode um Estado subsistir e deixar de se afundar, se as sentenças proferidas nos seus tribunais não tiverem justiça alguma? Forem vazias, falácias tidas como verdade, apenas pelo desejo de uma segurança em verdade inexistente (Schmidt, 2008:120)? Essa pequena paráfrase de Sócrates tem uma única resposta: não. Um Estado, por mais rico e imponente que seja, se não tiver valores, regras e princípios insculpidos em sua certidão de nascimento, veladas no cotidiano de cada um de seus súditos e defendidas de todos os ataques por seus

magistrados, será um Estado fadado ao insucesso, ao naufrágio. Cada golpe sofrido pelos direitos fundamentais, cada violação de Direitos Humanos nele perpetrada e não prontamente corrigida, cada lei inconstitucional que vige, é buraco nesse frágil casco. Cabe aos marinheiros-juristas desse imensa Estado-Navio, em eterna vigília, repararem todas as ranhuras, costurarem todas as velas, seja com uma nova tese de proteção ao ordenamento, seja tentando mudar pensamentos antigos, que já levaram outras tantas naus a pique.

A fenda hoje aberta no ordenamento, da mera supralegalidade dos tratados internacionais de Direitos Humanos, deverá ser corrigida no dia a dia forense, na caneta pesada do juiz. Contudo, tal fardo poderia ser mais facilmente contornado se desse a devida aplicação ao parágrafo 2.º do Art. 5.º da Constituição Federal. Ou, no mínimo, se acresce-se uma frase ao parágrafo 1.º, que apesar de não estar lá explicitamente, pode facilmente ser lida com uma lente teleológica:

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. O Controle de Convencionalidade também.

## Referências

- Alexy, R. (1999). *Direitos fundamentais no estado constitucional democrático*. Rio de Janeiro: *Revista de Direito Administrativo*.
- Avelar, M. (2008). *Controle de constitucionalidade resumido*. São Paulo: All Print Editora.

- Barroso, L. (2001). *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo.
- Canotilho, J. (2009). *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina,
- CIDH. (2006). *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.
- Dworkin, R. (1997). *Taking rights seriously*. London: Duckworth.
- Gomes, L. (2009). *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*. São Paulo: Premier.
- Kelsen, H. (2005). *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes.
- Kelsen, H. (2009). *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes.
- Lopes Jr, A. (2009). *Direito processual penal e sua conformidade constitucional – volume II*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Marques, C; Mazzuoli, V. (2009). O consumidor-depositário infiel, os tratados de direitos humanos e o necessário diálogo das fontes nacionais e internacionais: a primazia da norma mais favorável ao consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*.
- Mazzuoli, V. (2008). *Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul/Faculdade de Direito.
- Mazzuoli, V. (2009). O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. São Paulo: *Revista dos Tribunais*.
- Mazzuoli, V. (2009). Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*: São Paulo.
- Mazzuoli, V. (2010). *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva.
- Mendes, G. et ál. (2009). *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva.
- Piovesan, F. (2009). *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva.
- Rosa, A. (2005). *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Sarlet, I. (2010). *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Schmidt, A.; Medeiros, C. (2008). Relativização da coisa julgada. Joinville: *Revista UNIVILLE – Direito*.
- Silva, J. (2008). *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros.
- Temer, M. (2010). *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros.
- Trindade, A. (2003). *Tratado de direito internacional dos direitos humanos - volume I*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor.

Recibido: 9/12/2010 • Aceptado: 18/7/2011