

Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro

Valerio de Oliveira Mazzuoli

Sumário

1. Introdução. 2. O controle de convencionalidade brasileiro e a teoria da dupla compatibilidade vertical material. 3. O respeito à Constituição e o consequente controle de constitucionalidade. A – A obediência aos direitos expressos na Constituição. B – A obediência aos direitos implícitos na Constituição. 4. O respeito aos tratados internacionais e o controle de convencionalidade (difuso e concentrado) das leis. A – Os direitos previstos nos tratados de direitos humanos. B – Os direitos previstos nos tratados comuns. 5. Conclusão.

1. Introdução

O tema deste ensaio é inédito no Brasil. Seu aparecimento se deu entre nós a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004. Mas até o presente momento – passados mais de quatro anos dessa alteração constitucional – nenhum jurista pátrio chegou a desenvolvê-lo. Nenhum autor brasileiro (constitucionalista ou internacionalista) percebeu, até o presente momento, a amplitude e a importância dessa nova temática, capaz de modificar todo o sistema de controle no direito brasileiro. Versamos ineditamente o assunto no Capítulo II, Seção II, da nossa Tese de Doutorado da UFRGS,¹ cuja síntese vem agora estampada nas linhas que seguem.

Valerio de Oliveira Mazzuoli é Doutor *summa cum laude* em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade Estadual Paulista (UNESP) – *campus* de Franca. Professor de Direito Internacional Público e Direitos Humanos na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). Professor Honorário da Faculdade de Direito e Ciências Políticas da Universidade de Huánuco (Peru). Professor convidado nos cursos de pós-graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e da Universidade Estadual de Londrina (UEL).

¹ Ver MAZZUOLI, 2008b, p. 201-241.

A novidade que este estudo apresenta diz respeito à possibilidade de se proceder à compatibilização vertical das leis (ou dos atos normativos do Poder Público) não só tendo como parâmetro de controle a *Constituição*, mas também os *tratados internacionais* (notadamente os de direitos humanos, mas não só eles) ratificados pelo governo e em vigor no país.

2. O controle de convencionalidade brasileiro e a teoria da dupla compatibilidade vertical material

É bem sabido que a Emenda Constitucional nº 45/04, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição, trouxe a possibilidade de os tratados internacionais de direitos humanos serem aprovados com um *quorum* qualificado, a fim de passarem (desde que *ratificados* e *em vigor* no plano internacional) de um *status* materialmente constitucional para a condição (formal) de tratados “equivalentes às emendas constitucionais”.² Tal acréscimo constitucional trouxe ao direito brasileiro um novo tipo de controle à produção normativa doméstica, até hoje desconhecido entre nós: o controle de *convencionalidade* das leis. À medida que os tratados de direitos humanos ou são *materialmente* constitucionais (art. 5º, § 2º) ou *material e formalmente* constitucionais (art. 5º, § 3º),³ é lícito entender que, para além do clássico “controle de constitucionalidade”, deve ainda existir (doravante) um “controle de convencionalidade” das leis, que é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.

Em outras palavras, se os tratados de direitos humanos têm “*status* de norma

constitucional”, nos termos do art. 5º, § 2º, da Constituição, ou se são “equivalentes às emendas constitucionais”, posto que aprovados pela maioria qualificada prevista no art. 5º, § 3º, da mesma Carta, significa que podem eles ser paradigma de controle das normas infraconstitucionais no Brasil (MENDES, 2005, p. 239). Ocorre que os tratados internacionais *comuns* (que versam temas alheios aos direitos humanos) também têm *status* superior ao das leis internas (MAZZUOLI, 2009, p. 178-179; 229-230; 332-343). Se bem que, não equiparados às normas constitucionais, os instrumentos convencionais comuns têm *status* supra-legal no Brasil, posto não poderem ser revogados por lei interna posterior, como estão a demonstrar vários dispositivos da própria legislação infraconstitucional brasileira, entre eles o art. 98 do Código Tributário Nacional (MAZZUOLI, 2009, p. 344-353). Neste último caso, tais tratados (comuns) também servem de paradigma ao controle das normas infraconstitucionais, posto estarem situados acima delas, com a única diferença (em relação aos tratados de direitos humanos) que não servirão de paradigma do controle de *convencionalidade* (expressão reservada aos tratados com nível constitucional), mas do controle de *legalidade* das normas infraconstitucionais.

Isso tudo somado demonstra que, doravante, todas as normas infraconstitucionais que vierem a ser produzidas no país devem, para a análise de sua compatibilidade com o sistema do atual Estado Constitucional e Humanista de Direito, passar por dois níveis de aprovação: (1) a *Constituição* e os *tratados de direitos humanos* (material ou formalmente constitucionais) ratificados pelo Estado; e (2) os *tratados internacionais comuns* também ratificados e em vigor no país. No primeiro caso, tem-se o controle de convencionalidade das leis; e no segundo, o seu controle de legalidade.

Este estudo tem por finalidade analisar essa nova teoria, segundo a qual as normas domésticas também se sujeitam a um

² Para um estudo completo do significado do art. 5º, § 3º, da Constituição, ver MAZZUOLI, 2005, p. 89-109.

³ Sobre essa distinção entre tratados *materialmente* constitucionais e *material e formalmente* constitucionais, bem como para o seu melhor entendimento, veja-se o nosso estudo citado na nota anterior.

controle de convencionalidade (compatibilidade vertical do direito doméstico com os tratados de direitos humanos em vigor no país) e de legalidade (compatibilidade vertical do direito doméstico com os tratados comuns em vigor no país), para além do clássico e já bem conhecido controle de constitucionalidade. Frise-se que ênfase especial será dada ao primeiro novo tipo de controle referido: o controle de *convencionalidade* das leis.

A primeira ideia a fixar-se, para o correto entendimento do que doravante será exposto, é a de que a compatibilidade da lei com o texto constitucional não mais lhe garante *validade* no plano do direito interno. Para tal, deve a lei ser compatível com a Constituição e com os tratados internacionais (de direitos humanos e comuns) ratificados pelo governo. Caso a norma esteja de acordo com a Constituição, mas não com eventual tratado já ratificado e em vigor no plano interno, poderá ela ser até considerada *vigente* (pois, repita-se, está de acordo com o texto constitucional e não poderia ser de outra forma) – e ainda continuará perambulando nos compêndios legislativos publicados –, mas não poderá ser tida como *válida*, por não ter passado imune a um dos limites verticais materiais agora existentes: os tratados internacionais em vigor no plano interno. Ou seja, a incompatibilidade da produção normativa doméstica com os tratados internacionais em vigor no plano interno (ainda que tudo seja compatível com a Constituição) torna *inválidas*⁴ as normas jurídicas de direito interno.

Como se sabe, a dogmática positivista clássica confundia *vigência* com a *validade* da norma jurídica. Kelsen já dizia que uma norma vigente é válida e aceitava o mesmo reverso, de que uma norma válida é também vigente: em certo momento falava em “uma ‘norma válida’ (‘vigente’)” e, em outro, na “vigência (validade) de uma

norma”.⁵ Porém, na perspectiva do Estado Constitucional e Humanista de Direito, esse panorama muda, e nem toda norma *vigente* deverá ser tida como *válida*. Não são poucos os autores atuais que rechaçam a concepção positivista legalista de vigência e validade das normas jurídicas (*v. infra*).⁶

De nossa parte, também entendemos que não se poderá mais confundir *vigência* com *validade* (e a consequente *eficácia*) das normas jurídicas. Devemos seguir, a partir de agora, a lição de Ferrajoli (1999, p. 20-22), que bem diferencia ambas as situações.⁷ Para Ferrajoli (1999, p. 20), a identificação da *validade* de uma norma com a sua *existência* (determinada pelo fato de se pertencer a certo ordenamento e estar conforme as normas que regulam sua produção) é fruto “de uma simplificação, que deriva, por sua vez, de uma incompreensão da complexidade da legalidade no Estado constitucional de direito que se acaba de ilustrar”. Com efeito, continua Ferrajoli (1999, p. 20-21), “o sistema das normas sobre a produção de normas – ha-

⁵ Ver o trecho ao qual aludimos: “Então, e só então, o dever-ser, como dever-ser ‘objetivo’, é uma ‘norma válida’ (‘vigente’), vinculando os destinatários. É sempre este o caso quando ao ato de vontade, cujo sentido subjetivo é um dever-ser, é emprestado esse sentido objetivo por uma norma, quando uma norma, que por isso vale como norma ‘superior’, atribui a alguém competência (ou poder) para esse ato”. E mais à frente, leciona: “Se, como acima propusemos, empregarmos a palavra ‘dever-ser’ num sentido que abranja todas estas significações, podemos *expressar a vigência (validade) de uma norma* dizendo que certa coisa deve ou não deve ser, deve ou não ser feita” [grifos nossos]. (KELSEN, 2006, p. 11).

⁶ Cf. FERRAJOLI, 1999, p. 20; GOMES, 2008a, p. 75; GOMES; VIGO, 2008b, p. 19.

⁷ A dificuldade de precisão desses conceitos já foi objeto dos comentários de Kelsen (2006, p. 235), nestes termos: “A determinação correta desta relação é um dos problemas mais importantes e ao mesmo tempo mais difíceis de uma teoria jurídica positivista. É apenas um caso especial da relação entre o dever-ser da norma jurídica e o ser da realidade natural. Com efeito, também o ato com o qual é posta uma norma jurídica positiva é – tal como a eficácia da norma jurídica – um fato da ordem do ser. Uma teoria jurídica positivista é posta perante a tarefa de encontrar entre os dois extremos, ambos insustentáveis, o meio-termo correto”.

⁴ Cf., em paralelo, BOBBIO, 1995, p. 137-138.

bitualmente estabelecido, em nossos ordenamentos, com nível constitucional – não se compõe somente de normas formais sobre a competência ou sobre os procedimentos de formação das leis”, incluindo também “normas substanciais, como o princípio da igualdade e os direitos fundamentais, que de modo diverso limitam e vinculam o poder legislativo, excluindo ou impondo-lhe determinados conteúdos”, o que faz com que “uma norma – por exemplo, uma lei que viola o princípio constitucional da igualdade –, por mais que tenha existência formal ou vigência, possa muito bem ser inválida e, como tal, suscetível de anulação por contrastar com uma norma substancial sobre sua produção”.

Com efeito, a existência de normas *inválidas*, ainda segundo Ferrajoli (Idem, p. 21), “pode ser facilmente explicada distinguindo-se duas dimensões da regularidade ou legitimidade das normas: a que se pode chamar ‘vigência’ ou ‘existência’, que faz referência à *forma* dos atos normativos e que depende da conformidade ou correspondência com as *normas formais* sobre sua formação; e a ‘validade’ propriamente dita ou, em se tratando de leis, a ‘constitucionalidade’ [e, podemos acrescentar, também a ‘convencionalidade’], que, pelo contrário, têm que ver com seu *significado* ou conteúdo e que depende da coerência com as *normas substanciais* sobre sua produção”. Nesse sentido, a *vigência* de determinada norma guardaria relação com a *forma* dos atos normativos, enquanto que a sua *validade* seria uma questão de *coerência* ou de *compatibilidade* das normas produzidas pelo direito doméstico com aquelas de caráter substancial (a Constituição e/ou os tratados internacionais em vigor no país) sobre sua produção (Ibidem, p. 21-22).

Em nosso país, é certo que toda lei vigora formalmente até que não seja revogada por outra ou até alcançar o seu termo final de vigência (no caso das leis excepcionais ou temporárias). A vigência pressupõe a publicação da lei na imprensa oficial e seu

eventual período de *vacatio legis*; se não houver *vacatio*, segue-se a regra do art. 1º da LICC da entrada em vigor após quarenta e cinco dias. Então, tendo sido aprovada pelo Parlamento e sancionada pelo Presidente da República (com promulgação e publicação posteriores), a lei é *vigente*⁸ (ou seja, *existente*⁹) em território nacional (podendo ter que respeitar, repita-se, eventual período de *vacatio legis*),¹⁰ o que não significa que será materialmente *válida* (e, tampouco, *eficaz*).¹¹ Perceba-se a própria

⁸ Perceba-se o conceito de *vigência* do ordenamento jurídico formulado por Alf Ross: “O ponto de que partimos é a hipótese de que um sistema de normas será *vigente* se for capaz de servir como um esquema interpretativo de um conjunto correspondente de ações sociais, de tal maneira que se torne possível para nós compreender esse conjunto de ações como um todo coerente de significado e motivação e, dentro de certos limites, predizê-las. Esta capacidade do sistema se baseia no fato das normas serem efetivamente acatadas porque são sentidas como *socialmente obrigatórias*. (...) Conclui-se disso que os fenômenos jurídicos que constituem a contrapartida das normas têm que ser as decisões dos tribunais. É aqui que temos que procurar a efetividade que constitui a *vigência* do direito”. Perceba-se que, em tal conceito, se está a vincular a *vigência* da norma à sua capacidade de ser *socialmente obrigatória*, no que se poderia dizer ter Alf Ross estabelecido um conceito de *vigência social* do ordenamento jurídico. E assim conclui Ross (2000, p. 59): “Em conformidade com isso, um ordenamento jurídico nacional, considerado como um sistema *vigente* de normas, pode ser definido como o conjunto de normas que efetivamente operam na mente do juiz, porque ele as sente como *socialmente obrigatórias* e por isso as acata”.

⁹ Para nós, *existência* (formal) e *vigência* têm o mesmo significado. Cf., nesse exato sentido, FERRAJOLI, 1999, p. 21.

¹⁰ Para um panorama das discussões quanto ao início de vigência da lei, ver TELLES JUNIOR, 2001, p. 193-197.

¹¹ A esse respeito, assim (e corretamente) leciona Artur Cortez Bonifácio (2008, p. 121): “Válida é a norma de lei ordinária cuja produção e conteúdo material se conforma à Constituição [e, para nós, também aos *tratados* em vigor no país], à legitimidade conferida pelos princípios constitucionais [e internacionais] político ou ético-filosóficos. Afóra isso, a norma terá uma validade eminentemente formal, de relação de pertinência com o sistema jurídico. Vigente é a norma que existe [perceba-se a equiparação entre *vigência* e *existência*, como querendo significar a mesma coisa, concepção com a qual também concordamos], em função da qual se pode exigir algum comportamento:

redação da LICC, segundo a qual (art. 1º): “Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada” [grifo nosso]. Portanto, ser *vigente* é ser *existente* no plano legislativo. Lei *vigente* é aquela que já *existe*,¹² por ter sido elaborada pelo Parlamento e sancionada pelo Presidente da República,¹³ promulgada e publicada no *Diário Oficial da União*.

Depois de verificada a *existência* (vigência) da lei é que se vai aferir sua *validade*, para, em último lugar, perquirir sobre sua *eficácia* (TELLES JUNIOR, 2001, p. 193). Esta última (a eficácia legislativa) está ligada à realidade social que a norma almeja regular; conota também um meio de se dar “aos jurisdicionados a confiança de que o Estado exige o cumprimento da norma, dispõe para isso de mecanismos e força, e os tribunais vão aplicá-las” (SCHNAID, 2004, p. 62-63).¹⁴ Mas vigência e eficácia não

coincidem cronologicamente, uma vez que a lei que existe (que é *vigente*) e que também é *válida* (pois de acordo com a Constituição e com os tratados – de direitos humanos ou comuns – em vigor no país) já pode ser aplicada pelo Poder Judiciário, o que não significa que possa vir a ter *eficácia*.¹⁵ Não há como dissociar a eficácia das normas à realidade social ou à produção de efeitos concretos no seio da *vida social*. O distanciamento (ou inadequação) da eficácia das leis com as realidades sociais e com os valores vigentes na sociedade gera a falta de produção de efeitos concretos, levando à falta de *efetividade* da norma e ao seu consequente *desuso social*.

Deve ser afastada, doravante, a confusão que ainda faz o positivismo clássico (legalista, do modelo kelseniano), que atribui *validade* à lei *vigente* (KELSEN, 2006, p. 9), desde que tenha seguido o procedimento formal da sua elaboração. Como explica Luiz Flávio Gomes (2008, p. 75), o positivismo legalista ainda não compreendia “a complexidade do sistema constitucional e humanista de Direito, que conta com uma pluralidade de fontes normativas hierarquicamente distintas (Constituição, Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito ordinário). As normas que condicionam a produção da legislação ordinária não são só formais (maneira de aprovação de uma lei, competência para editá-la, *quorum* de

é a norma promulgada e ainda não derogada, respeitadas questões como a *vacatio legis*. É de se perceber que toda norma vigente, assim tratada, tem validade formal; a sua validade material repousará no *quantum* de legitimidade que venha a expressar”.

¹² Perceba-se que o próprio Kelsen (2006, p. 11) aceita esta assertiva, quando leciona: “Com a palavra ‘vigência’ designamos a *existência* específica de uma norma. Quando descrevemos o sentido ou o significado de um ato normativo dizemos que, com o ato em questão, uma qualquer conduta humana é preceituada, ordenada, prescrita, exigida, proibida; ou então consentida, permitida ou facultada”.

¹³ Em caso de veto do Presidente, pode o Congresso *derrubá-lo* em sessão conjunta e por maioria absoluta de votos (CF, art. 66, § 4º), devendo ser novamente enviado ao Presidente da República, agora para promulgação (art. 66, § 5º). Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos §§ 3º e 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo (art. 66, § 7º). Após a promulgação, a lei é *publicada*, devendo entrar em *vigência* a partir desse momento, se assim dispuser expressamente. Se não o fizer e não houver período de *vacatio legis*, entrará vigor em quarenta e cinco dias (LICC, art. 1º).

¹⁴ O mesmo autor, páginas à frente, conclui: “A eficácia de uma norma está na sua obrigatoriedade, tanto para os sujeitos passivos como para os órgãos estatais, que devem aplicá-la efetivamente”. (Idem, p. 93).

¹⁵ Nesse sentido, *ver* a posição coincidente de Kelsen (2006, p. 12), nestes termos: “Um tribunal que aplica uma lei num caso concreto imediatamente após a sua promulgação – portanto, antes que tenha podido tornar-se eficaz – aplica uma norma jurídica válida [para nós, uma norma *vigente*, que poderá não ser *válida*, a depender da conformidade com o texto constitucional e com os tratados internacionais (de direitos humanos ou comuns) em vigor no país]. Porém, uma norma jurídica deixará de ser considerada válida quando permanece duradouramente ineficaz”. Depois, contudo, Kelsen afirma: “A eficácia é, nesta medida, condição da vigência, visto ao estabelecimento de uma norma se ter de seguir a sua eficácia para que ela não perca a sua vigência”. Perceba-se, nesta parte final, a confusão kelseniana mais uma vez estampada. Trataremos de esclarecer as diferenças atuais entre *vigência*, *validade* e *eficácia* logo mais à frente.

aprovação etc.), senão também, e sobretudo, substanciais (princípio da igualdade, da intervenção mínima, preponderância dos direitos fundamentais, respeito ao núcleo essencial de cada direito etc.). Deve-se afastar, também, os conceitos de “vigência”, “validade” e “eficácia” do positivismo (legalista) civilista, que confunde a *validade* (formal) com *vigência* (em sentido amplo). (DINIZ, 2007, p. 51).

Doravante, para que uma norma seja *eficaz*, dependerá ela de também ser *válida*, sendo certo que para ser *válida* deverá ser ainda *vigente*. A recíproca, contudo, não é verdadeira, como pensava o positivismo clássico, que confundia lei *vigente* com lei *válida*. Em outras palavras, a *vigência* não depende da *validade*, mas esta depende daquela, assim como a *eficácia* depende da *validade*¹⁶ (trata-se de uma escala de valores na qual, em primeiro lugar, encontra-se a *vigência*, depois a *validade* e, por último, a *eficácia*).¹⁷ Por isso, não aceitamos os conceitos de *validade* e *vigência* de Tercio Sampaio Ferraz Jr., para quem norma *válida* é aquela que cumpriu o processo de formação ou de produção normativa¹⁸ (que, para nós, é a lei

vigente), e *vigente* a que já foi *publicada*.¹⁹ O autor conceitua *vigência* como “um termo com o qual se demarca o tempo de validade de uma norma” ou, em outros termos, como “a norma *válida* (pertencente ao ordenamento) cuja autoridade *já* pode ser considerada imunizada, sendo exigíveis os comportamentos prescritos”, arrematando que uma norma “pode ser *válida* sem ser *vigente*, embora a norma *vigente* seja sempre *válida*” (FERRAZ JR., 2003, p. 198). Não concordamos (também com base em FERRAZ JOLI, 1999, p. 20-22) com essa construção segundo a qual uma norma “pode ser *válida* sem ser *vigente*”, e de que “a norma *vigente* seja sempre *válida*”.²⁰

Para nós, lei formalmente *vigente* é aquela elaborada pelo Parlamento, de acordo com as regras do processo legislativo estabelecidas pela Constituição,²¹ que já tem condições de *estar em vigor*; lei *válida* é a lei *vigente* compatível com o texto constitucional²² e

e, quanto “à segunda condição de validade, cumpre observar que, da *correta elaboração* das leis, depende não só a *validade* delas, mas, também, fundamentalmente, a própria *qualidade de lei*, alcançada pela norma jurídica. De fato, *não é lei* a norma jurídica que não tenha sido elaborada em conformidade com o processo instituído para a produção delas” [grifos do original].

¹⁹ Idêntica lição é encontrada em Diniz (2007, p. 51-52). Nesse caso, a autora nomina a *vigência* de *vigência* em sentido estrito, para diferenciar da *vigência* em sentido amplo, que (segundo ela) se confunde com a validade formal. Em outra passagem, a mesma autora diz que mesmo a *vigência* em sentido estrito pode-se confundir com a validade formal, à exceção do caso da *vacatio legis* do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, pelo qual, embora *válida*, “a norma não vigorará durante aqueles quarenta e cinco dias, só entrando em vigor posteriormente”. (Idem, p. 52).

²⁰ Leia-se, a propósito, Luiz Flávio Gomes (2008, p. 75), para quem: “...nem toda lei *vigente* é *válida*”.

²¹ Assim também, nestes termos: “Geralmente admite-se como ponto pacífico que uma lei que foi devidamente sancionada e promulgada é, por si mesma, *direito vigente*, isto é, independentemente de sua ulterior aplicação nos tribunais” (ROSS, 2000, p. 128, grifo nosso).

²² Ver Kelsen, 2006, p. 218, para quem: “Esta norma [a Constituição], pressuposta como norma fundamental, fornece não só o fundamento de validade como o conteúdo de validade das normas dela deduzidas através de uma operação lógica”.

¹⁶ Daí a afirmação de Miguel Reale (1994, p. 4), de que, quando se declara “que uma norma jurídica tem *eficácia*, esta só é jurídica na medida em que pressupõe a validade [ou *validade*] da norma que a insere no mundo jurídico, por não estar em contradição com outras normas do sistema, sob pena de tornar-se inconsistente”. Em outro momento, contudo, Reale (Idem, p. 33) coloca a expressão *vigência* entre parênteses depois de falar em *validade*, no seguinte trecho: “A exigência trina de *validade* (*vigência*) de *eficácia* (*efetividade*) e de *fundamento* (*motivação axiológica*) milita em favor da compreensão da vida jurídica em termos de *modelos jurídicos*, desde a instauração da fonte normativa até a sua aplicação, passando pelo momento de interpretação, pois o ato hermenêutico é o laço de comunicação ou de mediação entre validade e eficácia”.

¹⁷ Cf., por tudo, FERRAZ JOLI, 1999, p. 20-22. Ver também, GOMES; MOLINA, 2007, para quem: “A lei ordinária incompatível com o tratado não possui validade”.

¹⁸ Goffredo Telles Junior (2001, p. 162) elenca duas condições de validade das leis: a) o seu *correto domínio*; e b) a sua *correta elaboração*. Quanto à primeira “condição de validade, assinala-se que o *domínio das leis* compreende seu *domínio geográfico* e seu *domínio de competência*”,

com os tratados (de direitos humanos ou não) ratificados pelo governo, ou seja, é a lei que tem sua autoridade respeitada e protegida contra qualquer ataque (porque compatível com a Constituição e com os tratados em vigor no país). Daí não ser errôneo dizer que a norma *válida* é a que respeita o princípio da hierarquia (SCHNAID, 2004, p. 13). Apenas havendo compatibilidade vertical material com ambas as normas – a Constituição e os tratados – é que a norma infraconstitucional em questão será *vigente* e *válida* (e, conseqüentemente, *eficaz*). Caso contrário, não passando a lei pelo exame da compatibilidade vertical material com os tratados (segunda análise de compatibilidade), a mesma não terá qualquer validade (e eficácia) no plano do direito interno brasileiro, devendo ser rechaçada pelo juiz no caso concreto.

Muito antes de qualquer discussão sobre o tema entre nós, Miguel Reale (1994, p. 13) já havia alertado – no exato sentido do que agora acabamos de propor, embora sem se referir aos tratados internacionais *comuns* – “que todas as fontes operam no *quadro de validade* traçado pela Constituição de cada país, e já agora nos limites permitidos por certos valores jurídicos transnacionais, universalmente reconhecidos como *invariantes jurídico-axiológicas*, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem”, à qual se pode aditar todos os tratados de direitos humanos, tal como acabamos de expor. De qualquer forma, o que pretendeu o professor Reale (Idem) mostrar é que a *validade* de certa fonte do direito é auferida pela sua compatibilidade com o texto constitucional e com as *normas internacionais*, as quais ele alberga sob a rubrica dos “valores jurídicos transnacionais, universalmente reconhecidos...”.

Daí o equívoco, no nosso entender, da afirmação de Kelsen (2006, p. 367-368) segundo a qual a “norma criada com ‘violação’ do Direito internacional permanece válida, mesmo do ponto de vista do Direito internacional”, uma vez que “este não pre-

vê qualquer processo através do qual a norma da ordem jurídica estadual ‘contrária ao Direito internacional’ possa ser anulada [o que não é verdade atualmente e, tampouco, quando Kelsen escreveu a 2ª edição de sua *Teoria pura do direito*, em 1960]”.

Segundo Luiz Flávio Gomes (2008a, p. 27) o modelo kelseniano (ou positivista legalista, ou positivista clássico) de ensino do direito “confunde a vigência com a validade da lei, a democracia formal com a substancial, não ensina a verdadeira função do juiz no Estado constitucional e garantista de Direito (que se deve posicionar como garantia dos direitos fundamentais), não desperta nenhum sentido crítico no jurista e, além de tudo, não evidencia com toda profundidade necessária o sistema de controle de constitucionalidade das leis”. Ainda para Gomes (Idem), o “equívoco metodológico-científico [do modelo kelseniano] decorre do pensamento do Estado Moderno, da revolução francesa, do código napoleônico, onde reside a origem da confusão entre lei e Direito; os direitos e a vida dos direitos valeriam pelo que está escrito (exclusivamente) na lei, quando o correto é reconhecer que a lei é só o ponto de partida de toda interpretação (que deve sempre ser conforme a Constituição). Deriva também da doutrina positivista legalista (Kelsen, Schmitt etc.) o entendimento de que toda lei vigente é, automaticamente, lei válida. A lei pode até ser, na atividade interpretativa, o ponto de chegada, mas sempre que conflita com a Carta Magna ou com o Direito humanitário internacional perde sua relevância e primazia, porque, nesse caso, devem ter incidência (prioritária) as normas e os princípios constitucionais ou internacionais”.

Mais à frente, na mesma obra, o citado jurista conclui:

“De acordo com a lógica positivista clássica (Kelsen, Hart etc.), lei vigente é lei válida, e mesmo quando incompatível com a Constituição ela (lei vigente) continuaria válida até que fosse revogada por outra. O esquema

positivista clássico não transcendia o plano da legalidade (e da revogação). Confundia-se invalidade com revogação da lei e concebia-se uma presunção de validade de todas as leis vigentes. Não se reconhecia a tríplice dimensão normativa do Direito, composta de normas constitucionais, internacionais e infraconstitucionais. Pouca relevância se dava para os limites (substanciais) relacionados com o próprio conteúdo da produção do Direito. A revogação de uma lei, diante de tudo quanto foi exposto, é instituto coligado com o plano da ‘legalidade’ e da ‘vigência’. Ou seja: acontece no plano formal e ocorre quando uma lei nova elimina a anterior do ordenamento jurídico. A revogação, como se vê, exige uma sucessão de leis (sendo certo que a posterior revoga a anterior expressamente ou quando com ela é incompatível – revogação tácita). A declaração de invalidade de uma lei, por seu turno, que não se confunde com sua revogação, é instituto vinculado com a nova pirâmide normativa do Direito (acima das leis ordinárias acham-se a CF assim como o DIDH), ou seja, deriva de uma relação (antinomia ou incoerência) entre a lei e a Constituição ou entre a lei e o Direito Internacional dos Direitos Humanos e relaciona-se com o plano do conteúdo substancial desta lei”.²³ (GOMES, 2008a, p. 76-77)

²³ Ainda segundo Luiz Flávio Gomes, deve-se admitir, contudo, uma hipótese excepcional, que ocorre quando a lei é declarada inconstitucional em seu aspecto *formal*. Nesse caso, diz ele, “não há como negar que essa declaração de inconstitucionalidade afeta (desde logo) o plano da validade da norma, mas, além disso, também o da vigência. Uma lei que não tenha seguido o procedimento legislativo correto, após a declaração da sua inconstitucionalidade formal (embora publicada no Diário Oficial), DEIXA DE POSSUIR VIGÊNCIA. Se é certo que a declaração de inconstitucionalidade material não toca nesse aspecto forma (vigência), não se pode dizer a mesma coisa em relação à inconstitucionalidade formal”. (Idem, p. 77)

Certo avanço do Supremo Tribunal Federal relativamente ao tema do conflito entre tratados e normas internas se deu com o voto do Min. Sepúlveda Pertence, em 29 de março de 2000, no RHC 79.785/RJ, no qual entendeu ser possível considerar os tratados de direitos humanos como documentos de caráter *supralegal*. Mas a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos ficou ainda mais clara, no STF, com o voto-vista do Min. Gilmar Mendes, na sessão plenária do dia 22 de novembro de 2006, no julgamento do RE 466.343-1/SP, em que se discutia a questão da prisão civil por dívida nos contratos de alienação fiduciária em garantia.²⁴ Apesar de continuar entendendo que os tratados internacionais *comuns* ainda guardam relação de paridade normativa com o ordenamento jurídico doméstico, defendeu o Min. Gilmar Mendes a tese de que os tratados internacionais de *direitos humanos* estariam num nível hierárquico intermediário: abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional. Segundo o seu entendimento, “parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos”, segundo a qual “os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*”. E continua: “Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no

²⁴ O julgamento do RE 466.343-SP (rel. Min. Cezar Peluso) foi encerrado na sessão plenária de 03.12.2008, data em que se considera extinto no Brasil o instituto da prisão civil por dívida de depositário infiel. Frise-se que a tese da impossibilidade de prisão civil por dívida por infidelidade depositária, com fulcro nos tratados internacionais de direitos humanos, foi pioneiramente defendida por Mazzuoli, (2002, especialmente p. 109-181). Antes da publicação deste livro citado o que existiam eram apenas pequenos trabalhos (artigos, comentários, etc.) sem muita amplitude.

ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção da pessoa humana”.²⁵

Ocorre que mesmo essa posição de vanguarda do STF, expressa no voto-vista do Min. Gilmar Mendes acima comentado, ainda é, a nosso ver, insuficiente. No nosso entender, os tratados internacionais *comuns* ratificados pelo Estado brasileiro é que se situam num nível hierárquico *intermediário*, estando abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser revogados por lei posterior (posto não se encontrarem em situação de paridade normativa com as demais leis nacionais). Quanto aos tratados de direitos humanos, entendemos que os mesmos ostentam o *status* de norma constitucional, independentemente do seu eventual *quorum* qualificado de aprovação.²⁶ A um resultado similar se pode chegar aplicando o princípio – hoje cada vez mais difundido na jurisprudência interna de outros países, e consagrado em sua plenitude pelas instâncias internacionais – da supremacia do direito internacional e da prevalência de suas normas em relação a toda normatividade interna, seja ela anterior seja posterior.²⁷

Na Alemanha, esse é também o critério adotado para a generalidade dos tratados ratificados por aquele país (art. 59 da Lei Fundamental: “Os tratados que regulem as relações políticas da Federação ou se referem a matérias da legislação federal requerem a aprovação ou a participação, sob a forma de uma lei federal, dos órgãos competentes na respectiva matéria da legislação federal”), que passam a prevalecer (inclusive com aplicação imediata, se eles contêm direitos individuais) sobre toda a normatividade inferior ao direito federal, a exemplo das normas provenientes dos

Estados Federados e dos decretos expedidos pelo governo. Esse entendimento vale, na Alemanha, inclusive para os tratados de direitos humanos, o que é criticável, por permitir a aplicação do brocardo *lex posterior derogat legi priori* ao caso de conflito entre tratado e lei federal posterior; mas é bom fique nítido que, naquele país, também se encontram correntes doutrinárias tendentes a atribuir nível constitucional ao menos à Convenção Europeia de Direitos Humanos.²⁸

Sob esse ponto de vista – de que, em geral, os tratados internacionais têm superioridade hierárquica em relação às demais normas de estatura infraconstitucional, quer seja tal superioridade *constitucional*, como no caso dos tratados de direitos humanos, quer *supralegal*, como no caso dos demais tratados, chamados de *comuns* –, é lícito concluir que a produção normativa estatal deve contar não somente com limites *formais* (ou *procedimentais*), senão também com dois limites verticais materiais, 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, uma determinada lei interna poderá ser até considerada *vigente* por estar de acordo com o texto constitucional, mas não será *válida* se estiver em desacordo ou com os tratados de direitos humanos (que têm estatura constitucional) ou com os demais tratados dos quais a República Federativa do Brasil é parte (que têm *status* supralegal).²⁹ Para que

²⁵ Ver por tudo, BANK, 2004, p. 721-734. Sobre o tema, ver ainda GROS ESPIELL, 1989, p. 167-412; FACCHIN, 1990. Para um estudo do papel da União Europeia em matéria de direitos humanos, ver RIDE-AU, 1997, p. 9-480.

²⁶ Cf. GOMES, 2008a, p. 34. Esse autor, contudo, não obstante aceitar o *status* constitucional dos tratados de direitos humanos (cf. *Op. cit.*, p. 32), ainda entende que a discussão sobre o *status* hierárquico dos tratados internacionais *comuns* “é uma questão aberta”, uma vez tratar-se “de uma zona do Direito (ainda) indefinida”. (Idem, p. 36). Esse mesmo criminalista cita um caso da Suprema Corte Mexicana, onde se reconheceu o *status* supralegal dos tratados relativos à matéria tributária

²⁵ Ver o voto-vista do Min. Gilmar Mendes do STF, no RE 466.343-1/SP, rel. Min. Cezar Peluso, jul. 03.12.2008, p. 21.

²⁶ Ver por tudo, MAZZUOLI, 2009, p. 748-776.

²⁷ Cf. VIGNALI, 1992, p. 420.

exista a *vigência* e a concomitante *validade* das leis, necessário será respeitar-se uma dupla compatibilidade vertical material, qual seja, a compatibilidade da lei (1) com a Constituição e os tratados de direitos humanos em vigor no país e (2) com os demais instrumentos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro. Portanto, a inexistência de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em controle tanto concentrado quanto difuso de constitucionalidade (nesse último caso, com a possibilidade de comunicação ao Senado Federal para que este – nos termos do art. 52, inc. X, da Constituição – suspenda, no todo ou em parte, os efeitos da lei declarada inconstitucional pelo STF), mantém a *vigência* das leis no país, as quais, contudo, não permanecerão *válidas* se incompatíveis com os tratados internacionais (de direitos humanos ou comuns) de que o Brasil é parte.³⁰

(os quais, pelo art. 98 do Código Tributário Nacional, no Brasil, já têm esse mesmo nível, por expressa disposição legal). Eis trecho da explicação do caso (por Priscyla Costa, in *Consultor Jurídico* de 15 fev. 2007) citado por Luiz Flávio Gomes: “Tratados internacionais são mais importantes no México de que as leis federais. O entendimento é da Suprema Corte de Justiça do país, que acolheu o pedido de 14 empresas que se recusavam a pagar taxas fixadas por legislações nacionais. (...) As empresas alegaram que com base em algumas dessas leis federais é que se cobram os direitos alfandegários, contrários ao que determina o Tratado de Livre Comércio da América do Norte, o Nafta, segundo a sigla em inglês. O entendimento da Suprema Corte, por seis votos a cinco, foi de que as normas internacionais só estão abaixo da Constituição. O ministro Salvador Aguirre afirmou que no mundo globalizado atual há ‘mais proximidade’ das normas e que devido a isso a colaboração e a solidariedade internacionais são cada vez mais necessárias para permitir a convivência, ‘em particular o tráfico mercantil’”. (Idem, p. 36).

³⁰ Segundo Luiz Flávio Gomes (2008a, p. 85-86): “Uma vez declarada inválida uma lei (no sistema concentrado), já não pode ser aplicada (perde sua eficácia prática). A lei declarada inválida, neste caso, continua vigente (formalmente), até que o Senado a retire do ordenamento jurídico (CF, art. 52, X), mas não tem nenhuma validade (já não pode ter nenhuma aplicação concreta, ou seja, cessou sua eficácia). (...) No plano sociológico, uma lei vigente e válida pode não ter eficácia quando não tem incidência prática. Quando, entretanto, a lei vigente é declarada inválida pelo STF, naturalmente perde sua eficácia (jurídica e prática), isto

Doravante, é imperioso deixar claras quatro situações que podem vir a existir em nosso direito interno, segundo a tese que aqui estamos a demonstrar: *a)* se a lei conflitante é anterior à Constituição, o fenômeno jurídico que surge é o da *não-recepção*, com a consequente invalidade material da norma a partir daí; *b)* se a lei antinômica é posterior à Constituição, nasce uma *inconstitucionalidade*, que pode ser combatida pela via do controle difuso de constitucionalidade (caso em que o controle é realizado num processo subjetivo entre partes *sub judice*) ou pela via do controle concentrado (com a propositura de uma ADIn no STF pelos legitimados do art. 103 da Constituição); *c)* quando a lei anterior conflita com um tratado (comum – com *status* supralegal – ou de direitos humanos – com *status* de norma constitucional) ratificado pelo Brasil e já em vigor no país, a mesma é revogada (derrogada ou ab-rogada) de forma imediata (uma vez que o tratado que lhe é posterior, e a ela também é *superior*); e *d)* quando a lei é posterior ao tratado e incompatível com ele (não obstante ser eventualmente *compatível* com a Constituição), tem-se que tal norma é *inválida* (apesar de *vigente*) e, consequentemente, totalmente *inefcaz*.³¹

é, não pode mais ser aplicada. Sua vigência, entretanto, perdura, até que o Senado Federal elimine tal norma do ordenamento jurídico (a única exceção reside na declaração de inconstitucionalidade formal, posto que, nesse caso, é a própria vigência da lei que é afetada). (...) A partir dessa declaração em ação concentrada, ou quando o tema é discutido em tese pelo Pleno, de eficácia prática (da lei) já não se pode falar. Ela continua vigente no plano formal, mas substancialmente perdeu sua validade (e, na prática, cessou sua eficácia). O efeito *erga omnes* da decisão definitiva do STF é indiscutível em relação ao controle concentrado. (...) Para que não pare dúvida, logo após a declaração de invalidade de uma lei (pelo Pleno), deveria o STF: (a) comunicar o Senado (para o efeito do art. 52, X [no caso apenas da decisão ter sido em sede de controle *difuso*]) e, sempre que possível, (b) emitir uma súmula vinculante (recorde-se que a súmula vinculante exige *quorum* qualificado de 2/3 dos Ministros do STF)”.³¹

³¹ Ver nesse sentido, o HC 88.420-SP do STF, rel. Min. Ricardo Lewandowski; e, ainda, o HC 90.172-SP do STF, rel. Min. Gilmar Mendes, em que fica expresso o novo entendimento da Suprema Corte que agora

Do exposto, vê-se que a produção normativa doméstica depende, para sua *validade* e consequente *eficácia*, de estar de acordo tanto com a Constituição como com os tratados internacionais (de direitos humanos ou não) ratificados pelo governo. Mas, para a melhor compreensão dessa *dupla compatibilidade vertical material*, faz-se necessário, primeiro, entender como se dá (1) o respeito à Constituição (e aos seus direitos expressos e implícitos) e (2) aos tratados internacionais (em matéria de direitos humanos ou não) ratificados e em vigor no país.

O respeito à *Constituição* faz-se por meio do que se chama de *controle de constitucionalidade* das leis; o respeito *aos tratados* que sejam de *direitos humanos* faz-se pelo até agora pouco conhecido (pelo menos no Brasil) *controle de convencionalidade* das leis; e o respeito *aos tratados* que sejam *comuns* faz-se por meio do controle de *legalidade* das leis, conforme abaixo veremos com detalhes.

3. O respeito à Constituição e o consequente controle de constitucionalidade

Primeiramente, para a vigência e validade da produção doméstica de um direito, faz-se necessária a sua compatibilidade com o texto constitucional em vigor, sob pena de incorrer em vício de inconstitucionalidade, o qual pode ser combatido pela via *difusa* (de *exceção* ou *defesa*) ou pela via concentrada (ou *abstrata*) de controle, a primeira podendo ser realizada por qualquer cidadão (sempre quando se fizer presente um caso *concreto*) em qualquer juízo ou tribunal do país, e a segunda, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, por um dos legitimados do art. 103 da Constituição.³²

atribui aos tratados de direitos humanos (e somente a estes, por enquanto) o *status* de suprallegalidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

³² Assim dispõe a referida norma: “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente

Então, a primeira ideia a fixar-se aqui é a de que a produção normativa doméstica deve ser compatível, em primeiro lugar, com a Constituição do Estado. Contudo, como explica Luiz Flávio Gomes (2008a, p. 65), “não se deve observar exclusivamente limites formais, senão também materiais, que são constituídos, sobretudo, pelos conteúdos essenciais de cada direito positivado. A lei que conflita com a Constituição é inconstitucional e inválida; se se trata de lei antinômica anterior à Constituição de 1988 fala-se em não-recepção (ou invalidade); a lei que conflita com o DIDH [Direito Internacional dos Direitos Humanos], pouco importando se anterior ou posterior, também é inválida. Como se vê, qualquer que seja a antinomia entre a lei e as ordens jurídicas superiores (Constituição ou DIDH), tudo se conduz para a invalidade”. E o mesmo jurista arremata: “Na era do ED [Estado de Direito] a produção da legislação ordinária (da lei) achava-se cercada tão-somente de limites formais (legitimidade para legislar, *quorum* mínimo de aprovação de uma lei, procedimento para sua edição, forma de publicação etc.). De acordo com o novo paradigma do ECD [Estado Constitucional de Direito], a produção legislativa (agora) encontra limites formais e materiais, ou seja, não pode violar o núcleo essencial de cada direito, não pode fazer restrições desarrazoadas aos direitos fundamentais etc”.

A compatibilidade das leis com a Constituição deve ser aferida em dois âmbitos: (a) relativamente aos direitos *expressos* no texto constitucional e (b) também em relação aos direitos *implícitos* na Constituição. Vejamos cada um deles.

da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

A – A obediência aos direitos expressos na Constituição

Existe dispositivo na Constituição de 1988 que demonstra claramente existirem três vertentes dos direitos e garantias fundamentais na ordem jurídica brasileira. Trata-se do art. 5º, § 2º, da Constituição, segundo o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição [1ª vertente] não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados [2ª vertente], ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte [3ª vertente]”. Assim, desmembrando esse dispositivo, o que dele se extrai é que, além dos direitos expressos na Constituição (*primeira vertente*), existem também os direitos nela implícitos (*segunda vertente*), que decorrem do regime (*primeira subdivisão da segunda vertente*) e dos princípios (*segunda subdivisão da segunda vertente*) por ela adotados, e os direitos provenientes de tratados (*terceira vertente*), que não estão nem expressa nem implicitamente previstos na Constituição, mas provêm ou podem vir a provir dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil. (MAZZUOLI, 2009, p. 751-752)

A primeira das três vertentes dos direitos e garantias fundamentais diz respeito àqueles direitos *expressos* na Constituição. Efetivamente, são tais direitos os primeiros que devem ser respeitados pela produção normativa doméstica, até mesmo pelo princípio segundo o qual as leis devem respeito à sua criadora, que é a Constituição.

Os direitos e garantias constitucionais fazem parte do núcleo intangível da Constituição, protegidos pelas *cláusulas pétreas* do art. 60, § 4º, inc. IV, da Constituição de 1988, segundo o qual “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (...) os direitos e garantias individuais”. Perceba-se a referência aos “direitos e garantias *individuais*” pelo dispositivo citado, o que deixa entrever, *a priori*, que a respectiva cláusula não alcança os demais direitos fun-

damentais não-individuais (*v.g.*, os *sociais*, os *econômicos* e os *culturais*) e todos os outros de *cunho coletivo*. Contudo, a dúvida plantada pelo texto constitucional de 1988, sobre a inclusão de *outros direitos* ao rol das chamadas “cláusulas pétreas”, não obteve o necessário esclarecimento da doutrina até o momento. Para nós – seguindo-se a lição de Ingo Sarlet (2006, p. 422-428) –, não é aceitável que os direitos não-individuais (*v.g.*, um direito trabalhista) e toda a gama de direitos coletivos prevista pelo texto constitucional fiquem excluídos da proteção outorgada pela norma do art. 60, § 4º, inc. IV, da Constituição. Uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição, em contraposição à interpretação literal do referido dispositivo, indica ser mais que sustentável a tese segundo a qual a Constituição (no art. 60, § 4º, inc. IV) disse menos do que pretendia (*lex minus dixit quam voluit*). Ao se ler o citado dispositivo constitucional, deve-se substituir a expressão “direitos e garantias *individuais*” pela expressão “direitos e garantias *fundamentais*”, subtraindo a expressão-espécie para inserir a expressão-gênero.

Seja como for, o que aqui se pretende dizer que é a produção normativa doméstica, para aferir a *validade* necessária à sua posterior *eficácia*, deve primeiramente ser compatível com os direitos expressos no texto constitucional, sendo este o primeiro limite (em verdade, a *primeira parte* desse *primeiro limite*) vertical material do qual estamos a tratar.

Contudo, não é neste estudo o lugar de se dissertar sobre os efeitos do desrespeito (formal ou material) da lei à Constituição, que enseja o chamado *controle de constitucionalidade*.³³ Apenas cumpre aqui informar que, neste primeiro momento de compatibilidade das leis com o Texto Magno, a

³³ Sobre o tema, *ver* Kelsen, 2006, p. 300-306. Na doutrina brasileira, *ver* especialmente Mendes, 2005, p. 64-94 e p. 146-250, respectivamente; e Barroso, 2007. Para um estudo clássico do controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil, *ver* ainda Bittencourt, 1968.

falta de *validade* normativa daquelas e sua expulsão do ordenamento jurídico contribui para o *diálogo das fontes*, na medida em que se retira da “conversa” normativa a lei que não tem *argumentos válidos* que a autorizem a continuar no diálogo (pois ela é *inconstitucional* e, portanto, *inválida*). Assim, retira-se da lei a possibilidade de continuar “conversando” e “dialogando” com as outras fontes jurídicas, autorizando-se a participação nessa “conversa” apenas fontes válidas e eficazes.

Somente a declaração de inconstitucionalidade *formal* afeta (desde logo) o plano de *vigência* da norma (e, conseqüentemente, os da *validade* e *eficácia*), como já se falou anteriormente.³⁴ Salvo essa hipótese excepcional, quando se trata do caso de declaração de inconstitucionalidade do “programa abstrato de aplicação” da norma, a mesma continua *vigente*, mas será *inválida* (porque inconstitucional), deixando de contar com qualquer incidência concreta.³⁵

B – A obediência aos direitos implícitos na Constituição

Nos termos do citado art. 5º, § 2º, segunda parte, os direitos implícitos são aqueles que provêm ou podem vir a provir “do regime e dos princípios por ela [Constituição] adotados”. Trata-se – segundo os autores constitucionalistas – de direitos de difícil caracterização *a priori*.³⁶

³⁴ Cf. GOMES, 2008a, p. 77.

³⁵ Não é outra a lição de Luiz Flávio Gomes (2008a, p. 77), nestes termos: “...toda norma, que tem como fonte um texto legal, conta com seu ‘programa abstrato de aplicação’. Mas isso não se confunde com o seu programa concreto de incidência. Quando uma lei é julgada inconstitucional (totalmente inconstitucional) seu ‘programa normativo’ desaparece, ou seja, passa a não contar com nenhuma incidência concreta. O § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 proibia a progressão de regime nos crimes hediondos. Esse era o programa abstrato da norma. Depois de declarada pelo STF a invalidade (inconstitucionalidade) do dispositivo legal citado (HC 82.959), nenhuma incidência prática (eficácia) podia ter tal norma (mesmo antes da Lei nº 11.464/07)”.

³⁶ Ver FERREIRA FILHO, 1995, p. 88; SILVA, 2006, p. 194.

A legislação infraconstitucional, quando da primeira compatibilidade vertical material (compatibilidade da norma com a Constituição), deverá observar, além dos direitos expressos na Constituição, também os direitos que nela se encontram implícitos. Tais direitos implícitos, não obstante de difícil visualização apriorística, também limitam a produção do direito neste desdobramento da primeira etapa da compatibilização vertical material.

Os direitos implícitos no texto constitucional, também chamados de direitos *decorrentes*, provêm ou podem vir a provir do *regime* ou dos *princípios* adotados pela Constituição. E, aqui, teríamos então mais uma subdivisão: (a) a obediência ao direito implícito proveniente do regime adotado pela Carta; e (b) a obediência ao direito implícito decorrente dos princípios constitucionais por ela adotados.

Deve-se perquirir, neste momento, se não está o princípio internacional *pro homine* a integrar os princípios adotados pela Constituição. Segundo entendemos, quer no plano do direito interno, quer no plano internacional, o princípio internacional *pro homine* pode ser considerado um *princípio geral de direito*. Seu conteúdo expansivo atribui primazia à norma que, no caso concreto, mais proteja os interesses da pessoa em causa. Em outras palavras, por meio dele fica assegurada ao ser humano a aplicação da norma mais protetiva e mais garantidora dos seus direitos, encontrada como resultado do “diálogo” travado entre as fontes no quadro de uma situação jurídica real. Esse exercício, capaz de encontrar um princípio geral que albergue os elementos normativos antitéticos, é papel que compete ao aplicador do direito.³⁷

³⁷ Cf. DINIZ, 2005, p. 58-59. Sobre os princípios gerais de direito, assim leciona Diniz: “Os princípios gerais de direito são normas de valor genérico que orientam a aplicação jurídica, por isso se impõem com validade normativa onde houver inconsistência de normas. Esses princípios gerais de direito têm natureza múltipla, pois são: a) decorrentes das normas do ordenamento jurídico, ou seja, da análise dos subsistemas normativos.

Antes de verificarmos a consagração do princípio internacional *pro homine* pelo texto constitucional brasileiro, duas palavras devem ser ditas sobre alguns dos princípios regentes do nosso sistema constitucional.³⁸

Primeiramente, é necessário dizer que a Constituição brasileira de 1988 representou a abertura do sistema jurídico nacional à consagração dos direitos humanos, rompendo com a lógica totalitária que imperava no Brasil até então, implementando o valor dos direitos humanos à redemocratização do Estado. Assim, logo depois de 1988, pareceu “haver um consenso sobre o valor positivo da democracia e sobre o valor positivo dos direitos humanos”, não obstante, na prática, ser ele “mais aparente do que real”

Princípios e normas não funcionam separadamente, ambos têm caráter prescritivo. Atuam os princípios, diante das normas como fundamento de atuação do sistema normativo e como fundamento criteriológico, isto é, como limite da atividade jurisdicional; b) derivados das idéias políticas, sociais e jurídicas vigentes, ou melhor, devem corresponder aos subconjuntos axiológico e fático que compõem o sistema jurídico, constituindo um ponto de união entre consenso social, valores predominantes, aspirações de uma sociedade com o sistema jurídico, apresentando uma certa conexão com a ideologia imperante que condiciona até sua dogmática: daí serem princípios informadores; de maneira que a supracitada relação entre norma e princípio é lógico-valorativa. Apóiam-se estas valorações em critérios de valor objetivo; e c) reconhecidos pelas nações civilizadas [sobre esse conceito de ‘nações civilizadas’ e as críticas que lhe faz a doutrina contemporânea, ver MAZZUOLI, 2009, p. 110-111] se tiverem *abstractum* comum a todos os povos ou a alguns deles em dadas épocas históricas, não como pretendem os jusnaturalistas, que neles vislumbram princípios jurídicos de validade absolutamente geral”. (Idem, p. 59).

³⁸ Para um panorama geral dos valores e princípios constitucionais fundamentais da Constituição brasileira, ver BONIFÁCIO, 2008, p. 131-180. Merece destaque, contudo, a seguinte passagem: “Os princípios passaram, com efeito, ao grau de norma constitucional, modelando e conduzindo a interpretação e aplicação das demais normas e atos normativos, conferindo a fundamentação material imprescindível à ordem jurídica. De sua força normativa decorre o seu caráter diretivo e a eficácia derogatória e invalidatória das demais normas para além de sua função informadora. O conjunto desses predicados confere aos princípios um caráter de fonte das fontes do direito, disposições normativas que qualificam o sistema, dando-lhe espe-

(LOPES, 2001, p. 92). De qualquer forma, a partir dessa abertura, ao menos no plano do desejável, o texto constitucional passou a consagrar valores e princípios até então inexistentes no sistema jurídico nacional.

No direito interno, o princípio internacional *pro homine* compõe-se de dois conhecidos princípios jurídicos de proteção de direitos: o da *dignidade da pessoa humana* e o da *prevalência dos direitos humanos*.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é o primeiro pilar (junto com a prevalência dos direitos humanos) da *primazia da norma mais favorável* (HENDERSON, 2004, p. 92-96). Por *dignidade da pessoa humana* pode-se considerar, segundo Maria Garcia (2004, p. 211), a “compreensão do ser humano na sua integridade física e psíquica, como autodeterminação consciente, garantida moral e juridicamente”.³⁹

Trata-se de um bem soberano e essencial a todos os direitos fundamentais do homem, que atrai todos os demais valores constitucionais para si. Considerando ser a

cial feição. Se a Constituição é o fundamento superior da unidade de um sistema jurídico, e a observância dos seus valores e princípios são os fatores possibilitadores do equilíbrio constitucional, infere-se por transitividade que os princípios são fatores decisivos à manutenção do sistema de direito. O direito não é, pois, um conjunto de regras tomadas aleatoriamente: estas têm uma conexão de sentidos, uma lógica, uma coerência e uma adequação de valores e princípios que o alimentam, e lhe dão a sua dinamicidade e consistência, fazendo-o subsistir. Quando existe um hiato entre esses fatores, é possível a implantação de uma nova estrutura política no Estado, refratária dos valores e princípios dissociados da compreensão do tecido social. Os princípios, dessa forma, são disposições nas quais se radicam a origem dos enunciados normativos; são pontos de partida para a assimilação do sistema jurídico e seus desígnios de justiça. Ostentam um maior grau de indeterminação, abstração e um baixo grau de concretização, apresentando-se como *Standards*, padrões de observância obrigatória no sistema de direito”. (Idem, p. 133-134).

³⁹ Aceito o conceito exposto, diz Artur Cortez Bonifácio (2008, p. 174), “importa reforçar um conteúdo ético que é anterior e inerente ao ser humano, e que faz da dignidade da pessoa humana um supervalor, um predicado da personalidade, ao lado de um componente normativo, jurídico-constitucional e de direito internacional público, a reclamar a sua concretização internamente e no espaço público internacional”.

Constituição uma ordem sistêmica de valores, que são sopesados pelo legislador constituinte na *medida* e para o *fim* de preservar sua força normativa, pode-se afirmar que o texto constitucional brasileiro erigiu a dignidade da pessoa humana a valor fundante da ordem normativa doméstica, impacto certo do movimento expansionista dos direitos humanos iniciado no período pós-Segunda Guerra e em plena desenvoltura até hoje (GONZÁLEZ PEREZ, 1986, p. 200-203). Daí a consideração de ser este princípio um princípio aberto, que chama para si toda a gama dos direitos fundamentais, servindo, ainda, de parâmetro à interpretação de todo o sistema constitucional.⁴⁰ Por isso, pode-se dizer que os direitos fundamentais são *conditio sine qua non* do Estado Constitucional e Humanista de Direito, ocupando o grau superior da ordem jurídica.

A Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*) deu ao princípio da dignidade humana significado tão importante, que o colocou no topo da Constituição, em seu primeiro artigo. Segundo esse dispositivo, inserido no capítulo primeiro da Carta alemã, intitulado *Os Direitos Fundamentais*, “a dignidade do homem é inviolável”, estando os Poderes Públicos “obrigados a respeitá-la e a protegê-la” (art. 1, nº 1). Assim estatuinto, passa a dignidade humana a ser declarada como o pressuposto último e o fundamento mais ético da realização da *missão constitucional*. Esse fundamento ético é “anterior ao direito e à sua positivação na ordem jurídica, representado no valor do homem em si e na sua existência, esta afirmada com autonomia e respeito à natureza humana,

mas, sobretudo, plantada na consciência do reconhecimento de que todos são iguais” (BONIFÁCIO, 2008, p. 175).⁴¹

Dessa forma, com base na própria Carta da República de 1988, é de se entender que, em se tratando de *direitos humanos* provenientes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, há de ser sempre aplicado, no caso de conflito entre o produto normativo convencional e a Lei Magna Fundamental, o princípio (de hermenêutica internacional) *pro homine*, expressamente assegurado pelo art. 4º, II, da Constituição.

Não se pode esquecer a lição de Peter Häberle (2003), para quem se tem que caracterizar a Constituição como um “sistema de valores”, impedindo-se entender os “valores” no sentido de um firmamento abstrato de valores. Segundo Häberle (2003, p. 9-10), os valores não são “impuestos desde fuera, o por encima, de la Constitución y el ordenamiento jurídico. No imponen ninguna pretensión de validez apriorística, que esté por encima del espacio y el tiempo. Ello contradiría el espíritu de la Constitución, que es una amplia ordenación de la vida del presente, que debe fundarse en la ‘singular índole’ de este presente y coordinar las fuerzas vitales de una época a fin de lograr una unidad. Si se impusiera un reino de valores desde arriba, se desconocería también el valor intrínseco y la autonomía de lo jurídico”. Em outras palavras, como leciona Bidart Campos (1995, p. 277), num sistema de normas “que comparten una misma jerarquía jamás puede interpretarse en el sentido de que unas deroguen, cancelem, neutralicen, excluyan o dejen sin efecto a otras, porque *todas* se integran coherentemente, y deben mantener su sig-

⁴⁰ Como anota Artur Cortez Bonifácio (2008, p. 174-175), o princípio da dignidade da pessoa humana “é um dos princípios de maior grau de indeterminação e também uma das fontes mais recorridas da Constituição, especialmente por: justificar as ações do Estado Democrático de Direito em favor dos direitos fundamentais, consolidando um encadeamento lógico-jurídico de um modelo de democracia voltada para a justiça social; conferir um sentido unitário à Constituição; ou realizar uma ponderação de valores tendo em conta as normas e valores constitucionais”.

⁴¹ Ainda segundo Bonifácio (Idem): “Mais do que isso, a dignidade da pessoa humana é o valor que conduz ao caráter universal dos direitos fundamentais, o elo e o sentido de toda uma construção dogmática histórica que vem ganhando força e efetividade nos processos de afirmação do constitucionalismo e do direito internacional público recente”. (Idem, p. 175).

nificado y su alcance en armonía recíproca y en compatibilidad dentro del conjunto”.

O outro princípio a complementar a garantia *pro homine* é o da prevalência dos direitos humanos, consagrado expressamente pelo art. 4º, inc. II, da Constituição brasileira de 1988. Esse princípio faz comunicar a ordem jurídica internacional com a ordem interna, estabelecendo um critério hermenêutico de solução de antinomias que é a consagração do próprio princípio da norma mais favorável, a determinar que, em caso de conflito entre a ordem internacional e a ordem interna, a “prevalência” – ou seja, a norma que terá primazia – deve ser sempre do ordenamento que melhor proteja os direitos humanos.⁴²

Percebe-se, portanto, que o princípio internacional *pro homine* tem autorização constitucional para ser aplicado entre nós como resultado do diálogo entre fontes internacionais (tratados de direitos humanos) e de direito interno.

4. O respeito aos tratados internacionais e os controles de convencionalidade (difuso e concentrado) e de legalidade das normas infraconstitucionais

Como já se falou anteriormente, não basta que a norma de direito doméstico seja compatível apenas com a Constituição Federal, devendo também estar apta para integrar a ordem jurídica internacional

sem violação de qualquer dos seus preceitos. A *contrario sensu*, não basta a norma infraconstitucional ser compatível com a Constituição e incompatível com um tratado ratificado pelo Brasil (seja de direitos humanos, que tem a mesma hierarquia do texto constitucional, seja um tratado comum, cujo *status* é de norma supralegal), pois, nesse caso, operar-se-á de imediato a terminação da *validade* da norma (que, no entanto, continuará *vigente*, por não ter sido expressamente revogada por outro diploma congênere de direito interno).

A compatibilidade do direito doméstico com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país faz-se por meio do *controle de convencionalidade*, que é complementar e coadjuvante do conhecido controle de constitucionalidade.⁴³ A expressão “controle de *convencionalidade*” ainda é pouco conhecida no Brasil, não tendo sido objeto de qualquer estudo entre nós até o presente momento. O controle de convencionalidade tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, *lato sensu*, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional.

Nesse sentido, entende-se que o controle de convencionalidade deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional relativamente aos tratados aos quais o país se encontra vinculado. Trata-se de *adaptar* ou *conformar* os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que

que o Constituinte brasileiro tratou de assegurar, diante da fragilidade das instituições democráticas do Estado brasileiro recém-saído do arbítrio”. Daí se entender, com Otto Bachof (1994, p. 2), que um Estado até poderá desrespeitar tais princípios, ou mesmo fazer passar também por “direito” as prescrições e os atos estaduais que os desrespeitem, podendo impor a observância destes pela força, porém “um tal direito aparente nunca terá o suporte do consenso da maioria dos seus cidadãos e não pode, por conseguinte, reivindicar a obrigatoriedade que o legitimaria”.

⁴³ Para um paralelo entre os controles de convencionalidade e de constitucionalidade na França, ver SILVA IRARRAZAVAL, 2006, p. 201-219.

⁴² Como leciona Artur Cortez Bonifácio (2008, p. 201), o art. 4º da Constituição “pontua um elo entre o direito constitucional internacional e o direito internacional e deve ser interpretado sob a ótica consensual que aproxima os sistemas, mas devemos admitir uma leve prevalência em favor do direito internacional público”, posto que nele temos “a declaração de vários princípios de direito internacional geral, verdadeiras normas de *jus cogens*, tais como o princípio da independência nacional, a prevalência dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos, a não-intervenção, a igualdade entre os Estados, a defesa da paz, a solução pacífica dos conflitos, o repúdio ao terrorismo, a concessão de asilo político e a integração” e, assim sendo, todos eles compõem “um conjunto normativo e axiológico

criam para este deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano do seu direito interno.⁴⁴ Doravante, não somente os tribunais internos devem realizar o controle de convencionalidade (para além do clássico controle de constitucionalidade), mas também os tribunais internacionais (ou supranacionais)⁴⁵ criados por convenções entre Estados, em que estes (os Estados) se comprometem, no pleno e livre exercício de sua soberania, a cumprir tudo o que ali fora decidido e a dar sequência, no plano do seu direito interno, ao cumprimento de suas obrigações estabelecidas na sentença, sob pena de responsabilidade internacional.⁴⁶ O fato de serem os tratados internacionais (notadamente os de direitos humanos) imediatamente aplicáveis no âmbito doméstico garante a legitimidade dos controles de convencionalidade e de legalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público.⁴⁷

Para realizar o controle de convencionalidade ou de legalidade das normas infraconstitucionais, os tribunais locais não requerem qualquer autorização inter-

nacional. Tal controle passa, doravante, a ter também caráter *difuso*, a exemplo do controle difuso de constitucionalidade, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode-se manifestar a respeito. À medida que os tratados 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.⁴⁸ 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. (JAYME, 1995, p. 259) Mas, também, pode ainda existir o controle de convencionalidade *concentrado* no Supremo Tribunal Federal, como abaixo se dirá, na hipótese dos tratados de direitos humanos (e somente destes) aprovados pelo rito do art. 5º, § 3º, da Constituição (MENDES, 2005, p. 239) (uma vez ratificados pelo Presidente, após esta aprovação qualificada). Tal demonstra que, de agora em diante, os parâmetros de controle concentrado (de constitucionalidade/convencionalidade) no Brasil são a Constituição e os tratados

⁴⁴ Ver assim, a lição de Alcalá (2007, p. 87): “Los órganos que ejercen jurisdicción constitucional e interpretan el texto constitucional, Tribunal Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Cortes de Apelaciones, deben realizar sus mejores esfuerzos en armonizar el derecho interno con el derecho internacional de los derechos humanos. Asimismo, ellos tienen el deber de aplicar preferentemente el derecho internacional sobre las normas de derecho interno, ello exige desarrollar un control de convencionalidad sobre los preceptos legales y administrativos en los casos respectivos, como ya lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid”.

⁴⁵ Para um estudo do papel dos três mais importantes tribunais internacionais existentes (Corte Internacional de Justiça, Corte Interamericana de Derechos Humanos e Corte Europeia de Derechos Humanos), no que tange aos direitos humanos, ver respectivamente, GOY, 2002; TIGROUDJA, 2003; MAZZUOLI, 2008a, p. 239-296; MARGUÉNAUD, 2005.

⁴⁶ Sobre o tema da responsabilidade internacional dos Estados por violação dos direitos humanos, ver RAMOS, 2004.

⁴⁷ Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso v. Peru*, de 24 de novembro de 2006, voto apartado do Juiz Sergio García Ramírez, parágrafos 1-13.

⁴⁸ A esse respeito, assim se expressou o Juiz Sergio García Ramírez, no seu voto citado: “Si existe esa conexión clara y rotunda – o al menos suficiente, inteligible, que no naufrague en la duda o la diversidad de interpretaciones –, y en tal virtud los instrumentos internacionales son inmediatamente aplicables en el ámbito interno, los tribunales nacionales pueden y deben llevar a cabo su propio ‘control de convencionalidad’. Así lo han hecho diversos órganos de la justicia interna, despejando el horizonte que se hallaba ensombrecido, inaugurando una nueva etapa de mejor protección de los seres humanos y acreditando la idea – que he reiterado – de que la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, pero no sustituto, el internacional”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso v. Peru*, de 24 de novembro de 2006, voto apartado do Juiz Sergio García Ramírez, parágrafo 11).

internacionais de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.

Assim, é bom deixar claro que o controle de convencionalidade *difuso* existe entre nós desde a promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988, e desde a entrada em vigor dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil após esse período, não obstante jamais qualquer doutrina no Brasil ter feito referência a esta terminologia. Já o controle de convencionalidade *concentrado*, este sim, nascera apenas em 8 de dezembro de 2004, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45.

Enfim, essa compatibilidade do direito doméstico com os tratados em vigor no Brasil, da mesma forma que no caso da compatibilidade com a Constituição, também deve ser realizada, simultaneamente, em dois âmbitos: (1) relativamente aos direitos previstos nos tratados de direitos humanos pelo Brasil ratificados e (2) em relação àqueles direitos previstos nos tratados *comuns* em vigor no país, tratados estes que se encontram *abaixo* da Constituição, mas *acima* de toda a normatividade infraconstitucional. Vejamos, então, cada qual das duas hipóteses.

A – Os direitos previstos nos tratados de direitos humanos

Como se disse, deve haver *dupla* compatibilidade vertical material para que a produção do direito doméstico seja vigente e válida dentro da ordem jurídica brasileira. A *primeira* compatibilidade vertical se desdobra em duas: a da Constituição e a dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. A compatibilidade com a Constituição (com seus direitos expressos e implícitos) já estudamos. Resta agora verificar a compatibilidade das leis com os tratados de direitos humanos em vigor no país. Esta segunda parte da primeira compatibilidade vertical material diz respeito somente aos tratados de *direitos humanos*, sem a qual nenhuma lei na pós-modernidade sobrevive. Versaremos, aqui, a compatibilidade que

têm de ter as leis relativamente aos direitos expressos nos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

São de fácil visualização os direitos *expressos* nos tratados dos quais a República Federativa do Brasil é parte. Todos se encontram publicados no *Diário Oficial da União* desde sua promulgação pelo Presidente da República, após ratificados e após terem sido seus instrumentos respectivos depositados no Secretariado das Nações Unidas ONU.⁴⁹

A falta de compatibilização do direito infraconstitucional com os direitos previstos nos tratados de que o Brasil é parte *invalida* a produção normativa doméstica, fazendo-a cessar de operar no mundo jurídico. Frise-se que tais normas domésticas infraconstitucionais, que não passaram incólumes à segunda etapa da primeira compatibilização vertical material, deixam de ser *válidas* no plano jurídico, mas ainda continuam *vigentes* nesse mesmo plano, uma vez que sobreviveram ao primeiro momento da primeira compatibilidade vertical material (a compatibilidade com a Constituição). Por isso, a partir de agora, dever-se-á ter em conta que nem toda lei *vigente* é uma lei *válida* (FERRAJOLI, 1999, p. 20-22), e o juiz estará obrigado a deixar de aplicar a lei inválida (contrária a um direito previsto em tratado de direitos humanos em vigor no país), não obstante ainda vigente (porque de acordo com a Constituição).

Esse exercício que o juiz doravante deverá fazer na aplicação (ou inaplicação) de uma lei infraconstitucional deverá basear-se no *diálogo das fontes* já estudado, uma vez que, para se chegar à justiça da decisão, deverá o magistrado compreender a lógica (*logos*) da dupla (*día*) compatibilidade vertical material, a fim de dar ao caso concreto a melhor solução. Essa tese foi aceita pelo Min. Celso de Mello em antológico voto (HC 87.585-8/TO) lido no plenário do Supremo Tribunal Federal no

⁴⁹ Ver o art. 102 da Carta das Nações Unidas.

dia 12 de março de 2008, ao reconhecer o valor constitucional dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira, independentemente da aprovação legislativa qualificada (pelo § 3º do art. 5º da Constituição). Ficou ali assentado, pelo Min. Celso de Mello, que as fontes internas e internacionais devem “dialogar” entre si a fim de resolver a questão antinômica entre o tratado e a lei interna brasileira. Nas suas palavras: “Posta a questão nesses termos, a controvérsia jurídica remeter-se-á ao exame do conflito entre as fontes internas e internacionais (ou, mais adequadamente, *ao diálogo entre essas mesmas fontes*), de modo a se permitir que, tratando-se de convenções internacionais de direitos humanos, estas guardem primazia hierárquica em face da legislação comum do Estado brasileiro, sempre que se registre situação de antinomia entre o direito interno nacional e as cláusulas decorrentes de referidos tratados internacionais” [grifo nosso].⁵⁰

O que se nota com clareza meridiana no voto do ilustre Ministro é que o seu novo entendimento – que revoga sua própria orientação anterior, que era no sentido de atribuir aos tratados de direitos humanos *status* de lei ordinária (v. HC 77.631-5/SC, DJU 158-E, de 19.08.1998, Seção I, p. 35) – aceita agora a tese do “diálogo das fontes” e a aplicação do princípio internacional *pro homine*. Referido princípio é um dos mais notáveis frutos da pós-modernidade jurídica, que representa a fluidez e a dinâmica que devem existir no âmago da questão relativa aos conflitos normativos.

É alentador perceber o avanço da jurisprudência brasileira no que tange à aplicação do *diálogo das fontes* e do princípio internacional *pro homine*. Tudo isto somado nos leva a concluir que a recente jurisprudência brasileira dá mostras de que já aceita as soluções pós-modernas para o problema das antinomias entre o direito internacional

dos direitos humanos e o direito interno. Dá mostras, também, de que tais problemas devem ser encarados não como uma via de mão única, mas como uma rota de várias vias possíveis. Essa nova concepção jurídica atribui à força expansiva dos direitos humanos um especial realce: o de servir ao direito como instrumento da paz. Esse valor *paz*, reconhecido pela força expansiva dos princípios em geral e, em especial, dos direitos humanos, é sempre *anterior* às normas jurídicas que o absorvem, além de sempre *mais amplo* que elas.

Como se percebe, a aplicação desse critério não exclui mutuamente uma ou outra ordem jurídica, mas antes as complementa, fazendo com que a produção do direito doméstico também “escute” o diálogo entre a Constituição e os tratados de direitos humanos, que se encontram em mesmo pé de igualdade que ela. Em outras palavras, a Constituição não exclui a aplicação dos tratados e nem estes excluem a aplicação dela, mas ambas as normas (Constituição e tratados) se unem para servir de obstáculo à produção normativa doméstica infraconstitucional que viole os preceitos ou a Constituição ou dos tratados de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte. As normas infraconstitucionais, doravante, para serem *vigentes* e *válidas*, deverão submeter-se a esse novo exame de compatibilidade vertical material, solução esta mais fluida (e, portanto, capaz de melhor favorecer a “evolução do direito”⁵¹) e mais consentânea com os ditames da pós-modernidade jurídica.

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 se vão *unir* em prol da construção de um direito infraconstitucional compatível com ambas, sendo certo que a incompatibilidade desse mesmo direito infraconstitucional com ape-

⁵⁰ Ver STF, HC 87.585-8, do Tocantins, Voto-vista do Min. Celso de Mello, de 12 mar. 2008, p. 19.

⁵¹ CARNELUTTI, 2006a, p. 188.

nas 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.

No que tange ao respeito que deve ter o direito doméstico aos tratados de direitos humanos, surge, ainda, uma questão a ser versada. Trata-se daquela relativa aos tratados de direitos humanos aprovados por três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, tal como estabelece o art. 5º, § 3º, da Constituição de 1988. Nesse caso, ter-se-á no direito brasileiro o controle de convencionalidade *concentrado*, como passaremos a expor. Antes disso, porém, merece ser citada – para fins de críticas – a lição de José Afonso da Silva, para quem somente haverá inconstitucionalidade (*inconvenionalidade...*) se as normas infraconstitucionais “violarem as normas internacionais acolhidas na forma daquele § 3º”, ficando então “sujeitas ao sistema de controle de constitucionalidade na via incidente [controle *difuso*] como na via direta [controle *concentrado*]”. Quanto às demais normas que não forem acolhidas pelo art. 5º, § 3º, segundo o mesmo José Afonso da Silva, elas “ingressam no ordenamento interno no nível da lei ordinária, e eventual conflito com as demais normas infraconstitucionais se resolverá pelo modo de apreciação da colidência entre *lei especial* e *lei geral* [que são os clássicos critérios de solução de antinomias]”.⁵²

No raciocínio do professor José Afonso da Silva (2006b, p. 183), apenas os tratados de direitos humanos acolhidos na forma do art. 5º, § 3º, seriam paradigma de con-

trole de constitucionalidade (para nós, de *convencionalidade...*), tanto na via incidente (*controle difuso*) como na via direta (*controle concentrado*). Os demais tratados (de direitos humanos ou não) que forem incorporados sem a aprovação qualificada não valeriam como paradigma de compatibilização vertical, caso em que o conflito de normas seria resolvido pela aplicação dos critérios clássicos de solução de antinomias (segundo o autor, “pelo modo de apreciação da colidência entre *lei especial* e *lei geral*”).

Contrariamente a essa posição, da qual também outros autores já divergiram,⁵³ podemos lançar algumas observações.

A primeira delas é a de que se sabe que não é necessária a aprovação dos tratados de direitos humanos pelo *quorum* qualificado do art. 5º, § 3º, da Constituição, para que tais instrumentos tenham *nível* de normas constitucionais. O que o art. 5º, § 3º, do texto constitucional fez foi tão-somente atribuir “equivalência de emenda” a tais tratados, e não o *status* de normas constitucionais que eles já detêm pelo art. 5º, § 2º, da Constituição. Portanto, dizer que os tratados são “equivalentes às emendas” não é a mesma coisa que dizer que eles “têm *status* de norma constitucional”.⁵⁴ Sem retomar essa discussão, a qual não tem lugar neste estudo, importa dizer que, uma vez aprovado determinado tratado de direitos humanos pelo *quorum* qualificado do art. 5º, § 3º, da Constituição, tal tratado será *formalmente constitucional*, o que significa que ele passa a ser paradigma de controle da legislação infraconstitucional.⁵⁵ Assim, à medida que esses tratados passam a ser *equivalentes às emendas constitucionais*, fica autorizada a propositura (no STF) de todas as *ações constitucionais* existentes para garantir a estabilidade da Constituição e das

⁵³ Ver as críticas de BONIFÁCIO, 2008, p. 211-214, a esse pensamento de José Afonso da Silva, mas com fundamentos diferentes dos nossos.

⁵⁴ Ver explicação detalhada em MAZZUOLI, 2009, p. 764-774. Ver ainda, MAZZUOLI, 2005, p. 89-109.

⁵⁵ Cf. BARROSO, 2008, p. 207.

normas a ela equiparadas, a exemplo dos tratados de direitos humanos formalmente constitucionais.

Em outras palavras, o que se está aqui a defender é o seguinte: quando o texto constitucional (no art. 102, inc. I, alínea *a*) diz competir precipuamente ao Supremo Tribunal Federal a “guarda da Constituição”, cabendo-lhe julgar originariamente as ações diretas de inconstitucionalidade (ADIn) de lei ou ato normativo federal ou estadual ou a ação declaratória de constitucionalidade (ADECON) de lei ou ato normativo federal, está autorizando que os legitimados próprios para a propositura de tais ações (constantes do art. 103 da Carta) ingressem com essas medidas sempre que a *Constituição* ou *quaisquer normas a ela equivalentes* (v.g., os tratados de direitos humanos internalizados com *quorum* qualificado) estiverem sendo violadas por quaisquer normas infraconstitucionais. A partir da Emenda Constitucional 45/04, é necessário entender que a expressão “guarda da Constituição”, utilizada pelo art. 102, inc. I, alínea *a*, alberga, além do texto da Constituição propriamente dito, também as normas constitucionais por equiparação. Assim, ainda que a Constituição silencie a respeito de um determinado direito, mas estando esse mesmo direito previsto em tratado de direitos humanos *constitucionalizado* pelo rito do art. 5º, § 3º, passa a caber, no Supremo Tribunal Federal, o controle concentrado de constitucionalidade (v.g., uma ADIn) para compatibilizar a norma infraconstitucional com os preceitos do tratado constitucionalizado.⁵⁶

A rigor, não se estaria, aqui, diante de controle de *constitucionalidade* propriamente dito (porque, no exemplo dado, a

lei infraconstitucional é *compatível* com a Constituição, que silencia a respeito de determinado assunto), mas sim diante do controle de *convencionalidade* das leis, o qual se operacionaliza tomando-se por empréstimo uma ação do controle concentrado de constitucionalidade (v.g., uma ADIn ou uma ADPF), na medida em que o tratado-paradigma em causa é *equivalente* a uma norma constitucional.

Ora, se a Constituição possibilita sejam os tratados de direitos humanos alçados ao patamar constitucional, com *equivalência de emenda*, por questão de lógica deve também garantir-lhes os meios que garante a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional. Nesse sentido, é plenamente possível defender a possibilidade de ADIn (para eivar a norma infraconstitucional de *inconvencionalidade*), de ADECON (para garantir à norma infraconstitucional a *compatibilidade* vertical com um tratado de direitos humanos formalmente constitucional), ou até mesmo de ADPF (*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*) para exigir o cumprimento de um “preceito fundamental” encontrado em tratado de direitos humanos formalmente constitucional.

Então, pode-se dizer que os tratados de direitos humanos internalizados pelo rito qualificado do art. 5º, § 3º, da Constituição passam a servir de meio de controle concentrado (agora de *convencionalidade*) da produção normativa doméstica, para além de servirem como paradigma para o controle *difuso*.

Quanto aos tratados de direitos humanos não internalizados pelo *quorum* qualificado, passam eles a ser paradigma apenas do controle *difuso* de constitucionalidade/convencionalidade. Portanto, para nós – contrariamente ao que pensa o ilustrado José Afonso da Silva (2006b. p. 179, 2006a, p. 183) –, não se pode dizer que as antinomias entre os tratados de direitos humanos não incorporados pelo referido rito qualificado

⁵⁶ Ver, nesse exato sentido, MENDES, 2005, p. 239, que diz: “Independentemente de qualquer outra discussão sobre o tema, afigura-se inequívoco que o Tratado de Direitos Humanos que vier a ser submetido a esse procedimento especial de aprovação [nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição] configurará, para todos os efeitos, parâmetro de controle das normas infraconstitucionais”.

e as normas infraconstitucionais somente poderão ser resolvidas “pelo modo de apreciação da colidência entre *lei especial* e *lei geral*”. Os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil – independentemente de aprovação com *quorum* qualificado – têm nível de normas constitucionais e servem de paradigma ao controle de constitucionalidade/convenção, sendo a única diferença a de que os tratados aprovados pela maioria qualificada do § 3º do art. 5º da Constituição servirão de paradigma ao controle *concentrado* (para além, evidentemente, do *difuso*), enquanto que os demais (tratados de direitos humanos não internalizados com aprovação congressual qualificada) apenas servirão de padrão interpretativo ao controle *difuso* (via de *exceção* ou *defesa*) de constitucionalidade/convenção.

Em suma, todos os tratados que formam o *corpus juris* convencional dos direitos humanos de que um Estado é parte devem servir de paradigma ao controle de constitucionalidade/convenção, com as especificações que se fez acima: a) tratados de direitos humanos internalizados com *quorum* qualificado são paradigma do controle *concentrado* (para além, obviamente, do controle *difuso*), cabendo ADIn no Supremo Tribunal Federal a fim de nulificar a norma infraconstitucional incompatível com o respectivo tratado equivalente à emenda constitucional; b) tratados de direitos humanos que têm apenas “*status* de norma constitucional” (não sendo “*equivalentes* às emendas constitucionais”, posto que não aprovados pela maioria qualificada do art. 5º, § 3º, da Constituição) são paradigma apenas do controle *difuso* de constitucionalidade/convenção.

Como já se demonstrou em outro lugar, os tratados contemporâneos de direitos humanos já preveem certas “cláusulas de diálogo”⁵⁷ (v.g., o art. 29, alínea b, da Con-

venção Americana sobre Direitos Humanos) que possibilitam a intercomunicação e a retroalimentação entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno. Na medida em que tais tratados se internalizam no Brasil com nível de normas constitucionais (materiais ou formais), tais “cláusulas de diálogo” passam a também deter o mesmo *status* normativo no direito interno, garantindo o *diálogo das fontes* no sistema jurídico interno como garantia de índole e nível constitucionais.

Pode-se então dizer que o critério dialógico⁵⁸ de solução de antinomias entre o sistema internacional de proteção dos direitos humanos e a ordem interna (que Erik Jayme (1995, p. 259) chamou de *diálogo das fontes*) passa a ficar *constitucionalizado* em nosso país à medida que os tratados de direitos humanos são ratificados pelo governo, independentemente de *quorum* qualificado de aprovação e de promulgação executiva suplementar. E nem se diga, por absoluta *aberratio juris*, que a internalização das “cláusulas de diálogo” dos tratados de direitos humanos (e, conseqüentemente, do *diálogo das fontes*) dá-se em patamar *inferior* à nossa ordem constitucional e, por isso, não poderia ter aplicação imediata. Reconhecer a superioridade da ordem interna sobre o direito internacional dos direitos humanos, dando prevalência àquela, mesmo quando *protege menos* o ser humano sujeito de direitos, é admitir “a desvinculação [do Estado] do movimento internacional de direitos humanos reconhecidos regional e universalmente”. (WEIS, 1999, p. 34)

A integração do método dialógico de Erik Jayme no Brasil passa a ter caráter de norma de *ordre public* nacional, para além do caráter internacional também reconhecido de *jus cogens*, à medida que os tratados de direitos humanos que consagram as chamadas “cláusulas de diálogo” são normas aceitas e reconhecidas

⁵⁷ A expressão é de nossa autoria. Sobre tais “cláusulas de diálogo”, ver MAZZUOLI, 2008b, p. 124-139.

⁵⁸ Para a nossa concepção de *dialógica jurídica*, em oposição à conhecida *dialética jurídica*, ver MAZZUOLI, 2008b, p. 142-144.

pela sociedade internacional dos Estados em seu conjunto, como normas das quais nenhuma derrogação é permitida e que só podem ser modificadas por outras da mesma natureza, fazendo eco à regra do art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

Tudo o que acima foi dito, relativamente ao respeito que deve ter o direito doméstico aos direitos expressos nos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte, para que só assim possam ser vigentes e válidos na ordem jurídica interna, também deve ser aplicado em relação aos direitos implícitos nesses mesmos tratados de direitos humanos. Os chamados direitos implícitos são encontrados, assim como na Constituição, também nos tratados internacionais. Não obstante serem direitos de difícil caracterização (e enumeração) apriorística, o certo é que eles também compõem os direitos previstos nos tratados no âmbito do segundo momento da primeira compatibilização vertical material, sendo um desdobramento dos direitos expressos pelos quais também tem que passar o direito doméstico para que, somente assim, este sobreviva.

B – Os direitos previstos nos tratados comuns

Para que a produção do direito doméstico crie norma jurídica hábil a valer no plano do direito interno, será necessária, para além da primeira compatibilização vertical material – (a) da Constituição e (b) dos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é parte –, uma segunda conformidade vertical, dessa vez da norma infraconstitucional com os tratados internacionais comuns em vigor no país. Esta segunda conformidade das leis com os tratados comuns deve existir pelo fato de estarem tais instrumentos internacionais alçados ao nível *supralegal* no direito brasileiro.⁵⁹ Norma *supralegal* é aquela que está acima das leis e abaixo da Constituição. Trata-se, justamente, da posi-

ção em que se encontram tais instrumentos (*comuns*) no nosso direito interno.

A compatibilização das normas infraconstitucionais com os tratados internacionais comuns faz-se por meio do chamado controle de *legalidade*. Não se trata de controle de *convencionalidade* pelo fato de se reservar esta última expressão à compatibilidade vertical que devem ter as normas infraconstitucionais com os tratados de direitos humanos, que têm índole e nível constitucionais. No caso dos tratados internacionais comuns, estes estão *abaixo* da Constituição, mas *acima* das leis internas. Assim, eles passam a servir de paradigma de *legalidade* das normas domésticas, as quais também serão *inválidas* se violarem suas disposições.

Infelizmente, não há na Constituição brasileira de 1988 qualquer menção ao nível hierárquico dos tratados internacionais comuns. Os únicos dispositivos que existem no texto constitucional de 1988 a consagrar uma prevalência hierárquica a tratado internacional são os §§ 2º e 3º do art. 5º, aos quais já nos referimos. De resto, a Constituição brasileira fica no silêncio, não obstante consagrar a declaração de inconstitucionalidade de tratados (art. 102, inc. III, alínea b). Pelo fato de não existir na Constituição qualquer menção expressa sobre o grau hierárquico dos tratados internacionais comuns, a outra solução não se pode chegar senão atribuir valor infraconstitucional (mas *supralegal*) a tais instrumentos. Assim, em relação aos tratados comuns, o entendimento passa a ser o de que a lei interna não sucumbe ao tratado por ser ele *posterior* ou *especial* em relação a ela (pela aplicação daqueles critérios *clássicos* de solução de antinomias), mas sim em decorrência do *status* de *supralegalidade* desses tratados no plano doméstico. Nessa ordem de ideias, a lei *posterior* seria *inválida* (e, consequentemente, *ineficaz*) em relação ao tratado internacional, que não obstante *anterior* é hierarquicamente *superior* a ela. (PEREIRA, 2001, p. 121-123)

⁵⁹ Para detalhes, ver MAZZUOLI, 2009, p. 339-343.

São vários os dispositivos da legislação brasileira que garantem a autenticidade da afirmação de estarem os tratados comuns alçados ao nível supralegal no Brasil. Tomemos como exemplo o art. 98 do Código Tributário Nacional, que assim dispõe:

“Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.⁶⁰

Na redação do art. 98 do CTN, os tratados em matéria tributária *revogam ou modificam* a legislação tributária interna, mas não poderão ser revogados por legislação tributária posterior, devendo ser *observados* por aquela (legislação tributária) *que lhes sobrevenha*. A disposição versa sobre tratados em matéria tributária, que são tratados *comuns*, salvo o evidente caso de o instrumento internacional em matéria tributária ampliar uma garantia do contribuinte, quando então poderão (mas esta hipótese é excepcional) ser considerados como tratados veiculadores de direitos fundamentais.

De qualquer forma, o certo é que os tratados internacionais ratificados e em vigor no Brasil têm hierarquia *superior* às leis (sejam elas ordinárias ou complementares): *a*) os tratados de direitos humanos têm nível de normas constitucionais (podendo ser apenas *materialmente constitucionais* – art. 5º, § 2º – ou *material e formalmente constitucionais* – art. 5º, § 3º); e *b*) os tratados comuns têm nível *supralegal* por estarem abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional.

O problema que visualizamos, em relação aos tratados *comuns*, diz respeito à falta de “cláusulas de diálogo” em seus textos, à diferença do que ocorre com os tratados de direitos humanos, que sempre trazem dispositivos no sentido de *não excluir* a aplicação do direito doméstico (ainda que

em detrimento do próprio tratado) quando a norma interna for *mais benéfica* aos direitos da pessoa em causa, em consagração ao princípio internacional *pro homine*. Nesse caso, parece certo que os critérios tradicionais de solução de antinomias (o *hierárquico*, o da *especialidade* e o *cronológico*) não têm aptidão para resolver os conflitos entre normas internacionais de *direitos humanos* e as normas de direito interno veiculadoras de *direitos fundamentais*, devendo os mesmos ser resolvidos pela aplicação do *diálogo das fontes*, quando o juiz “escuta” o que as fontes (internacionais e internas) dizem e as “coordena” para aplicá-las (com *coerência*) ao caso concreto (JAYME, 1995, p. 259). E esta “conversa” entre as fontes internacionais de direitos humanos e as fontes internas sobre direitos fundamentais é veiculada por meio dos próprios “vasos comunicantes” (ou *cláusulas de diálogo*) previstos tanto nas normas internacionais (*v.g.*, o art. 29, alínea *b*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) quanto nas normas internas (*v.g.*, o art. 5º, § 2º, *c/c* art. 4, inc. II, ambos da Constituição de 1988).

Portanto, de volta ao caso dos tratados *comuns*, pensamos que os conflitos entre eles e as normas infraconstitucionais do direito interno devem ser resolvidos pelo critério *hierárquico*.⁶¹ Dessa forma, havendo conflito entre tratados comuns (que têm nível *supralegal* no Brasil) e leis internas, os juízes e tribunais nacionais deverão recusar-se a aplicar a norma infraconstitucional violadora do tratado enquanto este vincular o Estado.⁶² Eis aqui a aplicação do *controle de legalidade* das normas de direito doméstico em relação aos tratados internacionais comuns.

A solução para esse caso é encontrada no art. 27 da Convenção de Viena sobre o

⁶⁰ Para uma análise detalhada deste dispositivo, no que tange à questão das isenções de tributos estaduais e municipais pela via dos tratados, ver MAZZUOLI, 2009, p. 350-353. Cf., ainda, MAZZUOLI, 2007, p. 583-590.

⁶¹ Muitos autores que versaram a *teoria geral do direito* não cuidaram desse problema quando do estudo da hierarquia das fontes jurídicas. Assim, com nenhuma palavra sequer a esse respeito, CARNELUTTI, 2006, p. 162-167.

⁶² Cf. PEREIRA; QUADROS, 2006, p. 123.

Direito dos Tratados de 1969, segundo o qual uma parte “não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.⁶³ O “direito interno” referido pela Convenção de Viena de 1969 é, evidentemente, *todo* o direito interno (inclusive a Constituição) do Estado (PEREIRA, 2001, p. 120). Contudo, à medida que se entende que os tratados comuns *cedem* ante a Constituição, tal dispositivo passa a ser interpretado como os temperamentos que o Direito Constitucional lhe impõe.⁶⁴

5. Conclusão

O que se pode concluir, ao fim e ao cabo desta exposição teórica, é que o direito brasileiro está integrado com um novo tipo de controle das normas infraconstitucionais, que é o *controle de convencionalidade* das leis, tema que antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 era totalmente desconhecido entre nós.

⁶³ Não cabe aqui um estudo deste dispositivo. Para tal, ver MAZZUOLI, 2009, p. 225-230.

⁶⁴ Sobre tais temperamentos já escrevemos em outra obra: “...a regra do art. 27 da Convenção de Viena continua a valer em sua inteireza, não podendo uma parte em um tratado internacional invocar as disposições de seu Direito interno (qualquer delas, inclusive as normas da Constituição) para justificar o inadimplemento desse tratado. (...) A Constituição brasileira de 1988 aceita esta construção, ainda que por fundamentos diferentes, no que tange ao Direito Internacional convencional particular que versa sobre direitos humanos (art. 5º, §§ 2º e 3º). Quanto aos demais tratados, pensamos que eles cedem perante a Constituição, por força do preceito constitucional que sujeita os tratados à fiscalização de sua constitucionalidade (art. 102, inc. III, alínea b). Somente na falta desse comando constitucional é que a regra *pacta sunt servanda*, bem como o já referido art. 27 da Convenção de Viena, imporia a prevalência de *todos* os tratados internacionais sobre a Constituição. Pelo fato de a Constituição brasileira consagrar a declaração de inconstitucionalidade de tratados, e dado que não há no nosso texto constitucional menção expressa sobre o grau hierárquico a ser atribuído aos tratados internacionais comuns, parece não restar outra saída senão atribuir valor infraconstitucional a tais tratados, ainda que suprageral”. (MAZZUOLI, 2009, p. 226-229).

Pode-se também concluir que, doravante, a produção normativa doméstica conta com um duplo limite vertical material: a) a Constituição e os tratados de direitos humanos (1º limite) e b) os tratados internacionais comuns (2º limite) em vigor no país. No caso do primeiro limite, no que toca aos tratados de direitos humanos, estes podem ter sido ou não aprovados com o *quorum* qualificado que o art. 5º, § 3º, da Constituição prevê. Caso não tenham sido aprovados com essa maioria qualificada, seus *status* serão de norma (apenas) materialmente constitucional, o que lhes garante serem paradigma de controle somente *difuso* de convencionalidade; caso tenham sido aprovados (e entrado em vigor no plano interno, após sua ratificação) pela sistemática do art. 5º, § 3º, tais tratados servirão também de paradigma do controle *concentrado* (para além, é claro, do *difuso*) de convencionalidade.

Os tratados de direitos humanos paradigma do controle concentrado autorizam que os legitimados para a Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADIn) previstos no art. 103 da Constituição proponham tal medida no STF como meio de retirar a validade de norma interna (ainda que *compatível* com a Constituição) que viole um tratado internacional de direitos humanos em vigor no país.

Quanto aos tratados internacionais comuns, temos como certo que eles servem de paradigma de controle *de legalidade* das normas infraconstitucionais, de sorte que a incompatibilidade destas com os preceitos contidos naqueles invalida a disposição legislativa em causa em benefício da aplicação do tratado.

Referências

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales. *Estudios Constitucionales*. Universidad de Talca, año 5, n. 1, 2007.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Introdução ao direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2008.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

BANK, Roland. Tratados internacionales de derechos humanos bajo el ordenamiento jurídico alemán. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Año 10, Tomo 2. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto; PEREIRA, Antonio Celso Alves. *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BIDART CAMPOS, German J. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Tomo 3 (El derecho internacional de los derechos humanos y la reforma constitucional de 1994). Buenos Aires: Ediar, 1995.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Tradução de A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 6 ed. atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002). São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 13 ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.

FACCHIN, Roberto. *L'interpretazione giudiziaria della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*. Padova: CEDAM, 1990.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4 ed. revisada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GARCIA, Maria. *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana, a ética da responsabilidade*. São Paulo: RT, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*. São Paulo: Premier Máxima, 2008a.

_____; MOLINA, Antônio Garcia Pablos de. *Direito penal: parte geral*. v. 2. São Paulo: RT, 2007.

_____; VIGO, Rodolfo Luis. *Do Estado de direito constitucional e transnacional: riscos e precauções (navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do direito e da justiça)*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

GONZÁLEZ PEREZ, Jesus. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986.

GOY, Raymond. *La Cour Internationale de Justice et les droits de l'homme*. Bruxelles: Bruylant, 2002.

GROS ESPIELL, Hector. *La Convention américaine et la Convention européenne des droits de l'homme: analyse comparative*. *Recueil des Cours*. v. 218, ano 6, 1989.

HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Tradução de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.

HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*. *Revista IIDH*. v. 39. San José: IIDH, 2004.

JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*. *Recueil des Cours*. v. 251, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7 ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Da efetividade dos direitos econômicos, culturais e sociais*. *Direitos humanos: visões contemporâneas*. São Paulo: Associação Juízes para a Democracia, 2001.

MARGUÉNAUD, Jean-Pierre. *La Cour européenne des droits de l'homme*. 3 ed. Paris: Dalloz, 2005.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Prisão civil por dívida e o pacto de San José da Costa Rica: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

- _____. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. *Revista Forense*. v. 378, ano 101. Rio de Janeiro, mar./abr. 2005.
- _____. Eficácia e aplicabilidade dos tratados em matéria tributária no direito brasileiro. *Revista Forense*. v. 390, ano 103. Rio de Janeiro, mar./abr. 2007.
- _____. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica* (com Luiz Flávio Gomes). São Paulo: RT, 2008a.
- _____. *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*. Tese de Doutorado em Direito. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul/Faculdade de Direito, 2008b.
- _____. *Curso de direito internacional público*. 3 ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*. 3 ed. revisada e ampliada (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2001.
- RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- RIDEAU, Joel. Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme. *Recueil des Cours*. v. 265. 1997.
- ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6 ed. Revisada, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SCHNAID, David. *Filosofia do direito e interpretação*. 2 ed. revisada e atualizada. São Paulo: RT, 2004.
- SILVA IRARRAZAVAL, Luis Alejandro. *El control de constitucionalidad de los actos administrativos en Francia y el control indirecto de constitucionalidad de la ley: la teoría de la ley pantalla. Ius et Práxis*. v. 12, n. 2. 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26 ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006a.
- _____. *Comentário contextual à Constituição*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006b.
- TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- TIGROUDJA, Hélène. *La Cour interaméricaine des droits de l'homme: analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*. Bruxelles: Bruylant, 2003.
- VIGNALI, Heber Arbuet; ARRIGHI, Jean Michel. Os vínculos entre o direito internacional público e os sistemas internos. *Revista de Informação Legislativa*. ano 29, n. 115. Brasília: Senado Federal, jul./set. 1992.
- WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999.