

CONTROLE DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE POR INCONVENCIONALIDADE

(CONVENTIONALITY DIFFUSE CONTROL AND UNCONVENTIONALITY BY
UNCONSTITUTIONALITY)

José Rubens Senefonte¹
Juiz de Direito

RESUMO: No direito brasileiro o controle de convencionalidade deve ser realizado por qualquer juiz ou tribunal, declarando a invalidade da lei nacional que conflitar com a Convenção Americana de Direitos Humanos na interpretação feita pela Corte Interamericana, com utilização da técnica da interpretação conforme a normativa convencional ou através de declaração de inconstitucionalidade por inconvencionalidade.

ABSTRACT: Into Brazilian law conventionality diffuse control must be performed by any judge or court, to declare the invalidity national law that conflicts with American Convention Human Rights and jurisprudence of the Interamerican Court of Human Rigths, using the technique interpretation pursuant to conventional normative or across statement on unconventionality by unconstitutionality.

PALAVRAS-CHAVES: Controle de convencionalidade. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Juízes nacionais. Convenção Americana de Direitos Humanos. Lei brasileira. Bloco de Constitucionalidade. Interpretação conforme a normativa convencional. Inconvencionalidade. Inconstitucionalidade.

KEY WORDS: Conventionality Control. Interamerican Court of Human Rights. National judges. American Convention of Human Rights. Brazilian law. Constitutionality bloc. Interpretation pursuant to conventional normative. Unconventionality. Unconstitutionality.

¹ Juiz de Direito em Campo Grande, Estado de Mato Grosso do Sul.

Introdução e Objetivos

O tema relativo ao controle de convencionalidade tem ensejado recentes debates acadêmicos em razão do surgimento da doutrina na Corte Interamericana de Direitos Humanos por ocasião do julgamento do caso *Almonacid Arellano vs Chile*, em 26 de setembro de 2006.

Todavia, para atingir o objetivo de demonstrar os mecanismos de viabilização do controle no direito brasileiro e apresentar os precedentes históricos de acolhimento do controle de convencionalidade pelo Supremo Tribunal Federal primeiro se faz necessário apontar a importância do reconhecimento, proteção e garantia dos direitos humanos pelo direito positivo, principalmente em razão das constantes crises de instabilidade política em diversos países do continente que ainda não possuem instituições democráticas consolidadas, nem consciência da importância de reconhecer e garantir proteção aos direitos humanos num momento de avanço do movimento de humanização do direito internacional no qual se altera o eixo de visão da questão, uma vez “que não mais se pode visualizar a humanidade como sujeito de direito a partir da ótica do Estado, pois o que se impõe é reconhecer os limites do Estado a partir da ótica da humanidade”², estando reservado nesse contexto aos operadores do Direito um papel de fundamental importância na construção do novo direito das gentes do século XXI.

De fato, os direitos não se constituem como tais por vontade do Estado, mas são reconhecidos pelo mesmo “devendo ficar claro que a tese segundo a qual os direitos se reconhecem e não se constituem, não está em confronto nem é incompatível com a tese que a vigência sociológica dos direitos humanos somente ocorre e se situa no âmbito do direito positivo, ou seja, da positividade, porque essa coisa ou realidade que denominamos direitos humanos é

² CANÇADO TRINDADE Antonio Augusto, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2006, pp 408-409.

um fenômeno que somente se concretiza no âmbito da vida social e jurídica que protagonizam homens reais de carne e osso”³.

Ao tratar da concepção dos direitos humanos FLAVIA PIOVESAN, citando Norberto Bobbio e Hannah Arendt alerta que os direitos humanos não nascem todos de uma vez, nem de uma vez por todas, constituindo uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução⁴, razão pela qual nascem e se renovam, sendo gerados no direito internacional de onde se projetam para o interior dos Estados como direitos fundamentais inseridos nas constituições ou reconhecidos pela via da ratificação ou da adesão aos tratados internacionais sobre direitos humanos, motivo pelo qual ganha destaque o procedimento de incorporação dos tratados pelo direito interno, como forma de reconhecimento e garantia aos direitos humanos, uma vez que “o tratamento dispensado aos seres humanos pelo poder público não é estranho ao Direito Internacional, é algo que lhe diz respeito porque os direitos de que são titulares todos os seres humanos emanam diretamente do Direito Internacional”⁵.

Importa destacar a lição de HANNAH ARENDT, atual em razão do avanço da globalização e das injustiças sociais decorrentes da desigualdade econômica e do desemprego que força os jovens a emigrarem em busca de horizontes e os mais velhos e pobres a viverem sem horizonte algum, uma vez que “o paradoxo da perda dos direitos humanos é que essa perda coincide com o instante em que a pessoa se torna um ser humano em geral, sem uma opinião, sem uma ação pela qual se identifique e se especifique, representando nada além da sua individualidade absoluta e singular, que, privada da expressão e da ação sobre um mundo comum, perde todo o seu significado”⁶, sendo este o contexto atual da globalização diante da tendência crescente da dominação dos Estados pelas grandes organizações econômicas movidas pela ideologia do neoliberalismo, razão pela qual o momento atual exige reflexão e ação no sentido

³ BIDART CAMPOS German J, Principios de Derechos Humanos Y Garantías, Buenos Aires, Ediar, 1991, p.79.

⁴ PIOVESAN Flávia, Direitos Humanos e Justiça Internacional, São Paulo, Saraiva, 3. ed., 2.012, pp 37-38.

⁵ CANÇADO TRINDADE Antonio Augusto, Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Volume III, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1. ed., 2003, pp 435-436.

⁶ ARENDT Hannah, Origens do totalitarismo, São Paulo, Companhia das Letras, 1.989, pp 335-336.

de ampliar o reconhecimento e a eficácia da garantia de proteção aos direitos humanos, notadamente no cone sul da América Latina.

1. A natureza constitucional dos tratados sobre direitos humanos

Conforme analisa BIDART CAMPOS “para que um direito constitucional dos direitos humanos seja reconhecido como tal não é indispensável que esteja consignado por escrito, uma vez que o essencial é que a dimensão sociológica das condutas humanas, tanto de governantes quanto de governados, seja real em relação ao respeito, a tutela e a promoção dos direitos, pois haja ou não constituição escrita os direitos humanos são sempre, como todo direito, uma realidade social, não um puro sistema de normas”, uma vez que “o homem faz parte do Estado, convive num Estado e na ordem jurídica interna do Estado onde convive o homem o Direito Internacional introduz normas que reconhecem direitos para que tenham efetividade, passando o Estado a ser um receptáculo no qual ingressam direitos visando consolidar internamente um sistema de direitos humanos que se aloja no direito constitucional material do Estado, não destruindo esta realidade a circunstância dos direitos humanos ingressarem no direito interno tendo por fonte e através do direito internacional”⁷, entrando na ordem jurídica brasileira pela porta aberta da fundamentalidade material dos direitos fundamentais, inserida na art. 5º, §2º, da Constituição Federal.

De fato, tratados internacionais de direitos humanos podem contemplar direitos fundamentais, mesmo sem serem formalmente constitucionais, pois a qualificação como tal deriva da afetação desses direitos pelo radical da dignidade da pessoa humana, de forma que “por meio de uma cláusula aberta ou de um princípio de não tipicidade dos direitos fundamentais, as normas de direito fundamental, em sentido material, introduzem-se na constituição”⁸, no caso através do art. 5º, §2º, da Constituição Federal, dispositivo que contém cláusula de abertura que possibilita diálogo com fontes de direito internacional, além de recepcionar a possibilidade de existência de direitos fundamentais implícitos ou

⁷ BIDART CAMPOS German J, Principios de Derechos Humanos Y Garantias, Buenos Aires, Ediar, 1.991, pp 198-199.

⁸ BONIFACIO Artur Cortez, O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais, São Paulo, Editora Método, 2.008, p-80.

não tipificados, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou derivados de tratados internacionais, ao assegurar que o catálogo dos direitos fundamentais expressamente enumerados não excluem outros, desta forma admitindo implicitamente que os direitos fundamentais são essenciais e nascem da mesma forma como nascem os homens, além de existirem para assegurar dignidade a pessoa humana em face da impessoalidade do Estado onde vivem e se desenvolvem os homens.

Portanto, existem duas espécies de direitos fundamentais, ou seja, direitos expressos ou positivados no texto constitucional e direitos implícitos, decorrentes dos princípios e do regime adotado pela Constituição, além dos acrescidos pela cláusula aberta de recepção de direitos fundamentais incorporados de fontes internacionais através de tratados de direitos humanos que veiculam direitos constitucionalmente materiais, de forma que “ao efetuar a incorporação a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional”⁹ o que possibilita a conclusão que os direitos enunciados nos tratados internacionais sobre direitos humanos integram o elenco dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição, conclusão que advém, na linha de pensamento de FLAVIA PIOVESAN, da interpretação sistemática e teleológica da Constituição, principalmente da força expansiva do princípio da dignidade da pessoa humana que serve de fundamentação para a República Federativa do Brasil, conforme contido no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal e da regra da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais do Brasil, consoante princípio absoluto inserido no art. 4º, inciso II, da Constituição.

Nesse passo, torna-se imprescindível reforçar o princípio da dignidade da pessoa humana e da regra da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, pois ambos ancoram a sustentação da tese da natureza constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil, independente de sua aprovação ou não por maioria qualificada no Congresso Nacional, consoante disposto no art. 5º, §3º, da Constituição Federal,

⁹ PIOVESAN Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo, Saraiva, 13. ed., 2012, p.108.

inserido pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, que institucionalizou o bloco de constitucionalidade no direito brasileiro.

De início, em face da importância para o tema, torna-se necessário diferenciar princípios de regras, uma vez que a dignidade humana é um princípio que fundamenta o Estado brasileiro, enquanto a prevalência dos direitos humanos é uma regra nas relações internacionais do Brasil com outros Estados e com as organizações internacionais, das quais importa destacar a Organização dos Estados Americanos, a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, além de outros atores do Sistema Internacional, cujo estado atual de desenvolvimento centra-se no desafio de “reconhecimento dos direitos do homem como regra de direito internacional a requerer adesão de todos os Estados, independentemente do respeito pelo seu domínio reservado ou esfera de jurisdição interna”¹⁰, numa concepção de relações internacionais de tipo multicêntrico¹¹ em qualquer cenário de teoria das relações internacionais que se adote.

Existem diversas teorias sobre a distinção entre princípios e regras¹², mas o conceito de mandamento de otimização de ROBERT ALEXY parece ser adequado na apreciação das questões relativas a direitos humanos, nas quais se exige uma “definição prévia das condições jurídicas de precedência ou prioridade no caso concreto” para estabelecer qual princípio ou em qual grau de otimização um princípio prevalecerá sobre outro ou outros em caso de colisão, ficando o conceito de colisão reservado para análise de princípios colidentes e o conceito de conflito reservado para análise de validade de regras de mandamentos antagônicas, com a observação que a diferenciação entre princípios e regras sofre o casuísmo das ingerências ideológicas, “por isso é necessário que se pressuponha a existência de duas normas da dignidade humana: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana”¹³, de forma que a norma constitucional positivada no art.1º, inciso III, da Constituição Federal, diante da

¹⁰ QUEIROZ, Cristina. Direito Internacional e Relações Internacionais, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p.18

¹¹ TEIXEIRA FERNANDES, Jose Pedro. Teorias das Relações Internacionais-Da abordagem clássica ao debate pós-positivista, Coimbra, Editora Almedina, 2. Ed., 2009, p.35.

¹² AFONSO DA SILVA, Virgílio. A Constitucionalização do Direito - Os direitos fundamentais nas relações entre particulares, São Paulo, Malheiros, 1. ed., 3ª tiragem, 2011, p.32.

¹³ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, São Paulo, Malheiros, 2. ed., 2011, p.113.

possibilidade de colisão com outros princípios que com ele coexistem possui natureza jurídica de princípio constitucional.

Todavia, o mesmo não ocorre com a norma da prevalência dos direitos humanos que deverá reger a atuação do Brasil nas relações internacionais, uma vez que prevalência implica comando de prioridade, vale dizer, em qualquer relação jurídica da República Federativa do Brasil no sistema internacional prevalece a proteção aos direitos humanos, de forma que a norma constitucional positivada no art. 4º, inciso II, da Constituição Federal tem natureza jurídica de regra constitucional, que por ser regra prevalente nunca cede diante de outra em caso de conflito, razão pela qual pode ser dito que a regra da prioridade dos direitos humanos equivale a um princípio absoluto no direito brasileiro.

Sendo assim, resta concluso que “o disposto no art. 5º, §2º, da Constituição Brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados”¹⁴, não havendo como negar de forma lógica que “a hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, §2º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana”¹⁵, o primeiro como regra na atuação do Estado brasileiro nas relações internacionais e o segundo como princípio que serve de fundamentação para a República Federativa do Brasil.

O ponto central desta questão, notadamente nos setores conservadores do Supremo Tribunal Federal, centra-se numa opção política e consciente de olhar sem querer ver, uma vez que “não se pode continuar pensando dentro de categorias e esquemas jurídicos construídos há várias décadas, ante a realidade de um mundo que já não existe” em razão de hoje, face ao avanço da globalização, ser ociosa a polêmica entre monismo e dualismo, de cujas “amarras ainda não conseguiu se liberar grande parte do pensamento jurídico e da jurisprudência nacionais”, razão pela qual entende CANÇADO TRINDADE, ao se referir a

¹⁴ CANÇADO TRINDADE Antonio Augusto, Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, vol. I, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2. ed., 2003, p. 513.

¹⁵ PIOVESAN Flavia, Temas de Direitos Humanos, São Paulo, Saraiva, 5. ed., 2012, p.54.

interpretação dada ao art. 5º,§2º, da Constituição Federal pelo STF e por parte da doutrina nacional, que “o problema não é de direito, mas sim de vontade, e, para resolvê-lo, requer-se sobretudo uma nova mentalidade”¹⁶, situação estagnada na qual se encontra a questão que ainda persiste a despeito de um tímido avanço na jurisprudência constitucional, pois “o problema não reside na disposição constitucional, claríssima em seu texto e propósito, mas sim na falta de vontade de setores do Poder Judiciário de dar aplicação direta, no plano do direito interno, às normas internacionais de proteção dos direitos humanos que vinculam o Brasil”.

2. O bloco de constitucionalidade no direito brasileiro.

Com o advento da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, os tratados internacionais sobre direitos humanos podem ser incorporados com equivalência de emenda constitucional, caso aprovados em cada casa do Congresso Nacional em dois turnos de votação por três quinto dos votos, nascendo formalmente no Brasil um bloco de constitucionalidade, muito embora desde a promulgação da Carta de 88, “por força do art. 5º, da Constituição Federal, todos os tratados de direitos humanos, independente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade”¹⁷, que é “formado não somente pela constituição mas também pelos tratados internacionais de direitos humanos que fazem parte do conteúdo material da constituição, com o mesmo valor e hierarquia”¹⁸ sem contudo fazer parte do texto constitucional, “uma vez que as emendas constitucionais, em regra, são aprovadas justamente para modificar o texto constitucional, o que não acontece com os tratados internacionais”¹⁹ que ingressam na ordem jurídica interna em instrumentos próprios, fora do texto da constituição.

De fato, a Emenda n.45 estabelece uma relação de equiparação e não igualdade entre emenda e tratado, uma vez que “o §3º do art. 5º, posto institua

¹⁶ CANÇADO TRINDADE Antonio Augusto, Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, ano 2, vol. 2, nº2, 2001, pp. 32-33.

¹⁷ PIOVESAN Flavia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, São Paulo, Saraiva, 13. ed., 2012, p.128.

¹⁸ REY CANTOR Ernesto, Control de Convencionalidad de las leyes y Derechos Humanos, Mexico, Editorial Porrúa, 208, p. LXXI.

¹⁹ CORREA MONEIRO Marco Antonio, Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno, São Paulo, Saraiva, 2011, p.157.

relação de equivalência, não introduz relação de identidade entre emendas constitucionais e regime dos tratados sobre direitos humanos aprovados com o *quorum* especial (votação em dois turnos por três quintos dos votos) e qualificado (votação pelas duas casas do Congresso Nacional, ou seja, Senado e Câmara)”²⁰, uma vez que somente se equiparam coisas desiguais, por não ser a equivalência sinônimo de igualdade, mas de diversidade assemelhada em razão de analogia, razão pela qual um tratado nunca será igual a uma emenda constitucional, terá apenas semelhança com ela no que diz respeito a aprovação do decreto legislativo pelo Congresso Nacional através de *quorum* especial e qualificado como se fosse uma emenda constitucional, mas materializado em diploma apartado do texto constitucional, ampliando o catálogo de direitos fundamentais, situação que não oferece problema de parametricidade quando os direitos fundamentais constantes de tratados forem formalmente constitucionais e fizerem parte do bloco de constitucionalidade, uma vez que um catálogo de direitos fundamentais amplo não impede controle por serem os componentes do catálogo “normas de referencia obrigatória em qualquer controle de constitucionalidade de atos normativos”²¹, até porque “afigura-se inequívoco que o tratado de direitos humanos que vier a ser submetido a esse procedimento especial de aprovação configurará, para todos os efeitos, parâmetro de controle das normas infraconstitucionais”²².

De fato, com a advento da equivalência entre tratados sobre direitos humanos e emendas constitucionais prevista no art. 5º, §3º, da CF, os tratados em matéria de direitos humanos passam a integrar o bloco de constitucionalidade, “que representa a reunião de diferentes diplomas normativos de cunho constitucional, que atuam, em seu conjunto, como parâmetro de controle de constitucionalidade”²³, inclusive os tratados de direitos humanos já incorporados antes do advento da Emenda n. 45, de 2004, em razão de serem materialmente constitucionais, pois, conforme analisa INGO WOLFGANG SARLET “já seriam parte integrante do nosso bloco de constitucionalidade, que não abrange

²⁰ BORGES Jose Souto Maior, Curso de Direito Comunitário, São Paulo, Saraiva, 2. ed., 2009, p 313.

²¹ CANOTILHO JJ Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra, Almedina, 7. ed., 2003, pp. 921-922

²² FERREIRA MENDES Gilmar, Jurisdição constitucional, São Paulo, Saraiva, 5. ed., 2005, p.239.

²³ SARLET Ingo Wolfgang, A eficácia dos Direitos Fundamentais - Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 10. ed., 3ª tiragem, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011, p.129.

necessariamente apenas normas constitucionais embasadas em disposições expressas de textos com hierarquia constitucional” uma vez que “a não aprovação do tratado como emenda constitucional não inviabilizaria – a não ser por força de manutenção da jurisprudência equivocada do Supremo Tribunal Federal nesta seara – a possibilidade de se lhes outorgar, nos termos do art.5º,§3º, hierarquia de normas constitucionais (e fundamentais) em sentido material, posição esta que resulta reforçada e não diminuída pela inserção do novo §3º, já que este veio para afastar a possibilidade do Supremo Tribunal Federal questionar a hierarquia constitucional dos mesmos”²⁴, uma vez que “o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrados pelo art. 5º, §2º, da CF aponta para a existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais, bem assim para a previsão expressa da possibilidade de se reconhecer direitos fundamentais não-escritos, mas implícitos nas normas do catálogo”²⁵.

Desta forma, resta evidente que a noção de bloco de constitucionalidade tem relação direta com a condição de natureza constitucional dos tratados sobre direitos humanos, uma vez que a instituição de um bloco de constitucionalidade ancorado em cláusula de abertura constante de norma constitucional constitui um instrumento jurídico eficaz de ampliação dos mecanismos legais de proteção aos direitos humanos, viabilizando o controle de convencionalidade sob a ótica do direito interno e demonstrando que o debate em torno da interação entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional relativa a direitos humanos deve passar necessariamente pelo enfrentamento dos temas relativos ao bloco de constitucionalidade e ao controle de convencionalidade por serem pertinentes.

De fato, o bloco de constitucionalidade representa um instrumento de expansão da perspectiva de visão do direito internacional através do direito interno, ao passo que o controle de convencionalidade na doutrina desenvolvida na Corte Interamericana de Direitos Humanos representa a perspectiva de visão do direito interno através do direito internacional²⁶, sendo faces de visão de uma mesma situação em óticas inversas, porém em sintonia com uma finalidade

²⁴ SARLET Ingo Wolfgang, op.cit. p.134.

²⁵ SARLET Ingo Wolfgang, op. cit. p.71.

²⁶ BASTOS JUNIOR Luiz Magno Pinto e outro, Para além do debate em torno da hierarquia dos tratados: do duplo controle vertical das normas internas em razão da incorporação dos tratados de direitos humanos, RFD-Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v.1, n.19, jun/dez 2011.

comum de harmonização de eventuais antinomias nas ordens jurídicas com o objetivo de garantir prevalência aos direitos humanos, até porque foi exatamente a elevação da hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos a nível constitucional que ocasionou a formação do bloco de constitucionalidade no direito brasileiro, pelo qual se viabiliza o controle de convencionalidade sem arrostar o princípio da supremacia da constituição como se pretende demonstrar.

O bloco de constitucionalidade possui um conceito estritamente jurídico, se formando “por mandato expreso da constituição que eleva a sua mesma hierarquia um número determinado, porém não fechado, de instrumentos internacionais, sendo, portanto, um conceito objetivo e de contornos perfeitamente determinados, não se identificando com o conceito de constituição material em razão desta ser uma ideia vaga e de conceituação difusa por exceder ao jurídico”²⁷, estando ancorado no direito brasileiro através do art. 5º,§3º, da Constituição Federal que expressamente elevou a nível hierárquico constitucional os tratados internacionais sobre direitos humanos, atribuindo aos mesmos *status* de equivalência a emenda constitucional quando aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Vale ressaltar que desde a promulgação da Constituição em 1988 a interpretação sistemática da regra da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais contida no art. 4º, inciso II, com o disposto no art. 5º, §2º, conduzia à conclusão da incorporação dos tratados sobre direitos humanos com *status* de hierarquia constitucional no Brasil, pois “a norma do art. 5º faz referência aos tratados de direitos humanos como fonte colateral de direitos não enumerados no texto constitucional, de modo que o direito internacional dos direitos humanos (de forma geral, já que não faz distinção nem enumera instrumentos) se transforma em fonte de direitos com hierarquia constitucional com o efeito de completar o sistema de direitos e liberdades fundamentais”²⁸.

Portanto, diante da configuração do bloco de constitucionalidade algumas normas constitucionais estão fora da Constituição, nos instrumentos dos

²⁷ MANILI Pablo Luis, El Bloque de Constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos em el Derecho Constitucional Argentino, Buenos Aires, La Ley, 2005, p.273.

²⁸ MANILI Pablo Luis, ibdem. p.112.

respectivos tratados, porém possuem a mesma hierarquia da Constituição e em conjunto ou de forma autônoma servem de parâmetro para o controle da constitucionalidade das normas infraconstitucionais, uma vez que os tratados internacionais sobre direitos humanos não se incorporam à Constituição, mas sim ao bloco de constitucionalidade, de forma que muitos princípios que eram implícitos na Constituição porque decorrentes de tratados se tornaram explícitos no interior do bloco de constitucionalidade, desta forma passando a ser constitucionais princípios de direito internacional que estavam contidos de forma expressa ou implícita nos tratados sobre direitos humanos, que agora estão inseridos no bloco de constitucionalidade.

Assim, princípios de direito internacional dos direitos humanos, contidos ou decorrentes de tratados passaram a princípios constitucionais no direito brasileiro, merecendo destaque particular o princípio *pro homine*, um princípio geral de direito com *status* de norma constitucional, pois “os princípios gerais são normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais, sendo os princípios gerais normas como todas as outras”²⁹, que passam a ter hierarquia de norma constitucional quando inseridos no bloco de constitucionalidade, notadamente o princípio *pro homine*, contemplado pelo art. 29, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, através do qual em qualquer caso concreto “a interpretação jurídica deve sempre buscar o maior benefício para o homem, a saber, deve ser aplicada a norma que mais protege ou a interpretação mais extensiva quando se tratar de reconhecer direitos e, ao contrário, a norma ou a interpretação que menos restringe quando se tratar de estabelecer limites ao exercício de um direito protegido”.³⁰

Desta forma, o bloco de constitucionalidade é composto por dois subsistemas, um formado pela Constituição Federal e o outro pelo conjunto dos tratados internacionais com hierarquia constitucional e outros instrumentos, razão pela qual os tratados internacionais sobre direitos humanos possuem hierarquia constitucional sem estarem incorporados no texto da Constituição e sem possibilidade de se excluírem mutuamente ou de qualquer deles excluir a Constituição ou ser por ela excluído, em razão dos subsistemas terem a mesma

²⁹ BOBBIO Norberto, Teoria do Ordenamento Jurídico, Brasília, Ed. da UNB, 1989, p.158.

³⁰ CHORRES Hesbert Benavente, La Investigación Judicial y el control de convencionalidad em el proceso penal: concepto e modalidades, Madrid, Ed. Bosch, 2012, p. 328.

hierarquia e se situarem lado a lado no topo da pirâmide de Kelsen, circunstância que constitui princípio típico de bloco de constitucionalidade, consagrado pela doutrina com o nome de princípio da igualdade hierárquica, “transformado no principal princípio hermenêutico diante de possíveis conflitos entre os subsistemas no interior do bloco de constitucionalidade”³¹ nos países onde o bloco foi ancorado na Constituição, tal como ocorreu no Brasil com a Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2.004, que acrescentou o §3º ao art. 5º, da Constituição Federal.

3. A doutrina jurisprudencial do controle de convencionalidade da Corte Interamericana de Direitos Humanos

O conceito de controle de convencionalidade, no sentido de conformação da ordem jurídica interna para se adequar a supremacia da ordem jurídica internacional em matéria de direitos humanos, não foi introduzido no direito latino-americano pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que apenas estruturou regionalmente a doutrina em alguns julgamentos no período de 2003 a 2006 acompanhando o avanço do direito constitucional, notadamente da Argentina, pioneira no desenvolvimento da doutrina, que através da Emenda Constitucional de 1,994 introduziu no cenário regional da América Latina os conceitos de bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade, merecendo destacar da literatura argentina, por ser útil em termos doutrinários, que “a partir do ano de 1994, no marco do paradigma constitucional argentino, a supremacia constitucional se manifesta mediante a combinação de uma fonte interna (a Constituição Argentina) e uma fonte externa (os instrumentos internacionais com hierarquia constitucional originária e derivada) no campo da regra de reconhecimento constitucional, implicando que existe uma necessária coexistência do controle de constitucionalidade com o controle de convencionalidade, por parte dos juízes nacionais na hora de avaliar a validade formal e material de uma norma questionada, controle do qual pode gerar

³¹ ALBANESE Susana (coordenadora), El Control de Convencionalidad: PIZZOLO Calogero, La relación entre la Corte Suprema de Justicia Y la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del bloque de constitucionalidad federal, Ediar, Buenos Aires, 2008, p.194.

ampliações reforçantes do sistema de direitos, e também conflitos dirimentes entre ambos os mecanismos³² de controle.

De início, merece ser ressaltado que no julgamento do Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, em 25 de novembro de 2003, a Corte Interamericana afirmou, sinalizando o contorno do controle de convencionalidade, que para efeito do exercício da jurisdição contenciosa da Corte o Estado presta contas de forma global, como um todo, uma vez que a responsabilidade atinge o Estado em seu conjunto, não podendo ser considerada a divisão política de atribuições de acordo com o direito interno por não ser possível seccionar internacionalmente o Estado com a finalidade de obrigar perante a Corte somente um ou alguns órgãos internos, outorgando aos mesmos a representação do Estado em juízo, “sem que essa representação tenha repercussão no Estado como um todo, subtraindo outros deste regime convencional de responsabilidade, deixando suas atuações fora do controle de convencionalidade inerente a jurisdição da Corte Internacional.”³³.

Por outro lado, a Corte Interamericana reforçou a teoria da responsabilidade do Poder Judiciário dos Estados pela garantia do controle de convencionalidade assinalando no julgamento do caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile que “quando o Poder Legislativo falha em sua tarefa de suprimir e/ou adotar leis contrárias a Convenção Americana, o Poder Judiciário permanece vinculado ao dever de garantia estabelecido pelo art. 1.1 da mesma e, conseqüentemente, deve se abster de aplicar qualquer normativa contrária a ela”³⁴, estabelecendo, nesta mesma linha de ideias, que “segundo o direito internacional as obrigações que ele impõem devem ser cumpridas de boa fé e não se pode invocar para seu descumprimento o direito interno, em razão desta regra estar codificada no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1.969”, conforme consta do parágrafo 125 da sentença em destaque, apontada de forma consensual pela doutrina nacional e internacional como sendo o marco instituidor do dever de controle de convencionalidade por parte do Poder Judiciário dos Estados latino-americanos, consoante analisado.

³² ALBANESE Susana (coordenadora), Em Control de Convencionalidade: DOMINGUEZ Andrés Gil: Control de convencionalidad, control de constitucionalidade e interdicción de la tortura em la jurisprudência de la Corte Suprema de Justicia, idem, p.63.

³³ CIDH, Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, sentença de 25 de novembro de 2003, par.27.

³⁴ CIDH, Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile, sentença de 26 de setembro de 2006, par.123.

De fato, conforme afirmado na sentença “a Corte é consciente que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei, pelo qual estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Porém, quando um Estado ratifica um tratado internacional, como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também ficam submetidos a ela, o que lhes obriga a velar para que os efeitos de suas disposições não sejam diminuídos por aplicação de leis contrárias a seu objeto e fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de controle de convencionalidade entre as normas jurídicas internas que se aplicam ao caso concreto e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nessa tarefa o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação dele pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana”³⁵.

De outro lado, conforme assinalado na sentença “a Corte Interamericana, que tem a seu cargo o controle de convencionalidade fundado na confrontação entre o fato ocorrido e as normas da Convenção Americana, não pode, nem pretende, jamais o fez, converter-se numa nova e última instância para conhecer a controvérsia suscitada na ordem interna. A ideia que o Tribunal Interamericano constitui uma terceira ou quarta instância, e em todo caso uma última instância, obedece a uma concepção popular, cujos motivos são compreensíveis, porém não corresponde à competência do Tribunal, à relação controvertida neste, ao sujeito do processo respectivo e às características do juízo internacional sobre direitos humanos. Vale, para estes fins, o cotejo com a missão de um tribunal de constitucionalidade, que tampouco poderia absorver o conhecimento da demanda civil ou penal, em seus casos, senão somente examinar a conformidade do processo e das decisões correspondentes com a Constituição nacional. Esta somente pode confrontar os fatos internos – leis, atos administrativos, decisões judiciais, por exemplo – com as normas da Convenção e resolver se existe congruência entre aqueles e esta, para determinar, sobre esta base, se aparece a responsabilidade internacional do Estado por descumprimento de suas obrigações da mesma natureza. Não pretende ser, portanto, uma nova etapa – instância – do

³⁵ VALLE Rubén Hernández, *Las Sentencias básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2011, p.727.

juízo ordinário. Esta começa, se desenvolve e termina no âmbito da jurisdição interna. Por isso, o juiz internacional é igual ao constitucional, não substitui o juiz da causa na apreciação dos fatos e das provas e na emissão de absolvições ou condenações”³⁶, consoante doutrina lançada no voto arrazoado do juiz Sergio Garcia Ramirez.

Neste aspecto importa ressaltar que os Estados quando demandados na Corte Interamericana por violações a Direitos Humanos costumam suscitar preliminar de incompetência, sustentando a tese da Corte não ser uma quarta instância ou que os tribunais e juízes nacionais realizaram controle de convencionalidade, julgando segundo os parâmetros de interpretação da Convenção pela Corte, invocando o princípio da quarta instância em exceção preliminar, exceção que geralmente é rejeitada uma vez que a instauração da jurisdição contenciosa perante a Corte demonstra que a hipótese de violação a direitos humanos foi previamente avaliada, valorada e admitida pela Comissão Interamericana, que concluiu pela necessidade de jurisdicionalizar a questão junto a Corte objetivando responsabilizar o Estado.

Sobre este aspecto, carece elucidar que o fato dos tribunais nacionais realizarem controle de convencionalidade, de ofício ou a pedido das partes, num determinado processo não impede a reapreciação pela Corte Interamericana, pois compete a Corte avaliar se o referido controle foi realizado de forma efetiva no caso concreto, atuando no exercício da prerrogativa de guardião da Convenção, principalmente quando o fato imputado ao Estado diz respeito a violação de direitos humanos por falha de prestação jurisdicional em relação a garantida do devido processo legal, devendo ficar salientado que não somente os acusados em processos criminais possuem o direito fundamental ao devido processo legal, mas também as vítimas materiais dos crimes e seus descendentes, motivo pelo qual devem ser intimadas de todos os atos praticados no processo, para possibilitar que se façam presentes e exerçam a defesa de seus direitos.

Sendo assim, “caso se reclame perante a Corte que um determinado fato foi incorretamente julgado em virtude de violação ao devido processo, a Corte não poderá apreciar a alegação em sede de exceção preliminar, já que deverá analisar

³⁶ CIDH, caso Vargas Areco Vs. Paraguay, voto razonado del juez Sergio Garcia Ramírez, sentença de 26 de setembro de 2006, par. 6-7.

o mérito para verificar se este direito convencional foi ou não violado”, conclusão “que não se modifica pelo fato do Estado alegar que os tribunais nacionais exerceram *ex officio* um controle de convencionalidade entre as normas internas e a Convenção Americana”³⁷, até porque “os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça em todos os níveis estão obrigados a exercer *ex officio* um controle de convencionalidade entre as normas internas e a Convenção Americana, nos limites de suas respectivas competências e nos termos da sua legislação processual, devendo levar em conta nesta tarefa não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana”³⁸, de forma que, por princípio, a Corte Interamericana pode “examinar os respectivos processos internos para verificar sua compatibilidade com a Convenção Americana, o que inclui, eventualmente, decisões de tribunais superiores”³⁹, mas sempre observando o princípio da subsidiariedade.

De fato, “os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão porque justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados”⁴⁰, oportunizando a conclusão que o princípio da subsidiariedade previsto no preâmbulo da Convenção Americana conduz a constatação de ser uma obrigação dos juízes nacionais realizar um controle de convencionalidade no julgamento de cada caso concreto, para verificar se o direito interno encontra-se em sintonia com o direito convencional, pois a efetivação da proteção aos direitos humanos deve ocorrer prioritariamente em sede interna, face a atuação coadjuvante ou complementar da Corte Interamericana, motivo pelo qual primeiro devem ser esgotados os recursos internos para somente depois se abrir o acesso à jurisdição internacional, sem que isso represente alçada, quarta ou última instância, face a impossibilidade da Corte

³⁷ CIDH, caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. Mexico, Excepción preliminar de “cuarta instancia”, sentença de 26 de novembro de 2010, pars.19 e 21.

³⁸ CIDH, idem ref.37, Reparaciones, par.225

³⁹ CIDHidem, ref. 37, Voto arrazoado do juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, par. 5

⁴⁰ Convenção Americana de Direitos Humanos, preâmbulo.

Interamericana substituir os tribunais nacionais na valoração da prova, revisando condenações penais alegadamente injustas⁴¹ ou com *error in iudicando*.

Realmente, sendo subsidiária a jurisdição internacional não pode o Sistema Interamericano substituir a jurisdição nacional, constituindo premissa básica que a Corte Interamericana não pode revisar as sentenças nacionais se os tribunais internos atuaram dentro dos limites de suas competências e aplicaram todas as garantias processuais, salvo se da atuação jurisdicional adveio lesão a direitos humanos consagrados pela Convenção e pela Corte Interamericana, uma vez que “a Comissão tem admitido que possui competência para declarar admissível uma petição e apreciar sua fundamentação quando se tratar de uma sentença nacional que foi prolatada sem a observância do devido processo ou que aparentemente viola qualquer outro direito garantido pela Convenção. Se, ao contrário, a petição se limita a argumentar que o julgado foi equivocado ou injusto, a petição deve ser indeferida”, pois “a proteção judicial que reconhece a Convenção compreende o direito a procedimentos justos, imparciais e rápidos, que assegurem a possibilidade, porém nunca a garantia de um resultado favorável. O resultado negativo, em si mesmo, emanado de um juízo justo não constitui uma violação da Convenção⁴².

Todavia, se pronunciando sobre um acórdão do Supremo Tribunal Federal que declarava a constitucionalidade da Lei de Anistia a Corte Interamericana asseverou que “o esclarecimento quanto à violação ou não, pelo Estado, de suas obrigações internacionais, em virtude da atuação de seus órgãos judiciais, pode levar a Corte a examinar os respectivos processos internos, inclusive, eventualmente, as decisões de tribunais superiores, para estabelecer sua compatibilidade com a Convenção Americana⁴³, afirmando que “a jurisprudência brasileira firme, inclusive placitada por decisão recente do mais alto órgão do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, esbarrou em jurisprudência tranquila desta Corte ao deixar de observar o *jus cogens*, ou seja, normas

⁴¹ ABRAMOVICH Victor, Das violações em massa aos padrões estruturais: novos enfoques e clássicas tensões no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, SUR- Revista Internacional de Direitos Humanos, v. 6, 2009, nota 3, p.36.

⁴² CIDH, Petición 733-04, INADMISIBILIDAD, Luis de Jesús Víctor Maldonado Manzanilla Vs. Mexico, Informe n. 87/07, 17 de outubro de 2007, par.56 e 58

⁴³ CIDH, caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil, sentença de 24 de novembro de 2010, p.49.

peremptórias, obrigatórias aos Estados contidas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos” concluindo que “por esta razão o País estava sendo condenado, pelas violações à Convenção, a saber: a) desaparecimento forçado e os direitos violados das 62 pessoas desaparecidas”⁴⁴, o que não poderia ser diferente, uma vez que a Corte Interamericana “analisa os atos que chegam ao seu conhecimento em relação a normas, princípios e valores dos tratados nos quais se fundamenta sua competência contenciosa. Dito de outra maneira, se os tribunais constitucionais controlam a constitucionalidade, o tribunal internacional de direitos humanos decide sobre a convencionalidade desses atos”⁴⁵.

Ainda deste julgamento, merece destaque o parágrafo 177 da sentença proferida pela Corte Interamericana no caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil, prolatada em 24 de novembro de 2010, na parte em que ficou reconhecida a responsabilidade internacional do Brasil em razão do Supremo Tribunal Federal não ter realizado o controle de convencionalidade da lei n. 6.683/79, conhecida por Lei da Anistia, assim se manifestando a Corte: “no presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8º e 25 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*). Como já salientou esta Corte e conforme dispõe o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados-partes vinculam todos seus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu direito interno”.

⁴⁴ CIDH, idem ref. 43, voto fundamentado do juiz ad hoc Roberto de Figueiredo Caldas, par. 4.

⁴⁵ CIDH, caso Tibi Vs. Ecuador, Voto concorrente do juiz Sergio Garcia Ramirez, sentença de 07 de setembro de 2004, p. 3.

Em síntese, quando um Estado ratifica um tratado internacional, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, seus juízes e tribunais ficam submetidos à Convenção, o que implica na obrigação de assegurar o efeito útil do tratado para que leis internas contrárias não anulem ou diminuam suas disposições, objeto e fim ou, dito de outra maneira, os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não somente um controle de constitucionalidade, mas também de convencionalidade *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana⁴⁶.

4. Controle difuso de Convencionalidade no direito brasileiro. Interpretação conforme a normativa convencional e declaração de inconstitucionalidade por inconvenção.

A obrigatoriedade da realização de controle difuso de convencionalidade decorre: a) da sentença condenatória do Brasil no caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil (Guerrilha do Araguaia), prolatada pela Corte Interamericana em 24 de novembro de 2010, na qual se faz referência expressa desse dever por partes dos juízes e tribunais brasileiros, notadamente no parágrafo 177 da sentença; b) do disposto nos arts. 1º (obrigação de respeitar os direitos humanos), 2º (dever de adotar disposições de direito interno) e 29 (normas de interpretação mais favorável) da Convenção Americana de Direitos Humanos; c) do disposto no art. 26 (*pacta sunt servanda*) e 27 (não invocação do direito interno como motivo de não cumprimento de normas contidas em tratado) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969; e, principalmente, d) face as diversas disposições constitucionais relacionadas, contidas no art. 5º, §§2º e 3º (cláusulas abertas de recepção de outros direitos fundamentais de normatividade convencional) da Constituição, que asseguram natureza constitucional aos tratados sobre direitos humanos, em sentido material e formal, respectivamente, aliado ao princípio da dignidade da pessoa humana e a regra da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, de que tratam os arts. 1º, inciso III e 4º, inciso II, da Constituição Federal, circunstâncias a que se soma a previsão constitucional de cabimento de recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça quando a decisão recorrida contrariar ou negar vigência a tratado internacional, conforme disposto no art. 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição.

⁴⁶ CIDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, sentença de 24 de novembro de 2006, par. 128.

Ao bem da verdade quanto ao tema deve ser dito de início que o controle difuso de convencionalidade existe no direito brasileiro “desde a promulgação da Constituição, em 05 de outubro de 1988, e desde a entrada em vigor dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil após esse período, não obstante jamais uma doutrina no Brasil ter feito referência a esta terminologia. Tanto é verdade que o controle difuso de convencionalidade existe desde a promulgação da Constituição, que o texto original do art. 105, inciso III, alínea *a*, da Carta de 1988 – tomando-se como exemplo o controle no Superior Tribunal de Justiça – diz expressamente que a esse tribunal compete julgar em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou lhes negar vigência”⁴⁷.

Sobre o tema, de modo prefacial se faz necessário deixar assinalado que “o controle de convencionalidade tem duas manifestações: uma de natureza concentrada, por parte da Corte Interamericana, em sede internacional; e, outra, de caráter difuso, por todos os juízes nacionais, em sede interna”⁴⁸, o que importa em concluir que somente a Corte Interamericana, como guardiã e intérprete última da Convenção Americana, pode realizar o controle concentrado de convencionalidade, por isso tribunais constitucionais dos Estados não podem exercer controle concentrado de convencionalidade, pois lhes cabem tão somente o controle difuso, ainda que em apreciação de controle concentrado de constitucionalidade, como diante será demonstrado, uma vez que o controle de convencionalidade consiste no exame de compatibilidade dos atos e normas nacionais com a Convenção Americana e com a jurisprudência da Corte Interamericana, único órgão jurisdicional do Sistema Interamericano de proteção aos Direitos Humanos que interpreta a Convenção de maneira última e definitiva em qualquer hipótese, ou seja, o controle de convencionalidade “consiste em aplicar primeiro o controle de constitucionalidade através do juiz nacional, que também deve realizar uma inspeção de convencionalidade”⁴⁹ de forma difusa, com

⁴⁷ MAZZUOLI Valério de Oliveira, *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno*, Saraiva, São Paulo, 2010, p.210.

⁴⁸ MAC-GREGOR Eduardo Ferrer, *Interpretación conforme Y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, *Estudios Constitucionales*, año 9, nº2, 2011, p.559

⁴⁹ HITTERS Juan Carlos, *Control de Constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (críterios fixados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, *Estudios*

base na Convenção e na jurisprudência da Corte Interamericana, de forma que, e somente depois, pode a Corte Interamericana analisar de forma subsidiária a efetividade do controle nacional, caso ele tenha sido feito pelos juízes e tribunais locais.

Desta forma, numa análise mais crítica, verifica-se que “o controle de convencionalidade atribuído aos juízes nacionais é uma fórmula que deriva do princípio da legalidade porque visa determinar a legalidade ou a adequação ao direito de uma atuação do Estado no marco jurídico da Convenção Americana”⁵⁰, de tal forma que o controle de convencionalidade passa a ser um mecanismo de verificação de uma nova dimensão do princípio da legalidade no âmbito internacional, “partindo tacitamente do pressuposto que o Pacto de San José da Costa Rica se encontra por cima de todo o ordenamento jurídico do Estado, sem omitir a própria Constituição”⁵¹, ou seja, no controle de convencionalidade a Convenção Americana predomina sobre a Constituição dos Estados que ratificaram o tratado, constituindo material normativo controlante não somente as disposições da Convenção, mas também a jurisprudência da Corte Interamericana contida nas partes resolutivas e nos fundamentos das sentenças, ainda que *obiter dictum*, bem como as decorrentes das opiniões consultivas da Corte, de forma que a interpretação da Corte sobre a Convenção tem a mesma força normativa ou até supera as normas nela contidas, consistindo numa interpretação mutativa por adição, que tem como consequência agregar normatividade ao entendimento da Corte, consoante doutrina melhor desenvolvida por SAGÜES.

De qualquer forma, importa demarcar que o controle de constitucionalidade tem por objetivo afirmar a supremacia da Constituição sobre as normas infraconstitucionais, enquanto o controle de convencionalidade, por seu lado, tem por finalidade afirmar a supremacia da Convenção sobre o direito nacional, nele incluindo a Constituição, ou seja, nos dois controles o objetivo é declarar a invalidez de uma norma inferior contraposta a uma norma superior com

Constitucionales, año 7, nº2, 2009, p. 119.

⁵⁰ LONDOÑO LAZARO Maria Carmelina, El principio de legalidade y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año XLIII, n.128, 2010, p.764.

⁵¹ SAGÜES Nestor Pedro, Obligaciones internacionales y control de convencionalidad, Estudios Constitucionales, año 8, nº1, 2010, p.124.

a finalidade de afastar a aplicabilidade da norma, uma vez que o controle de convencionalidade é similar em seus efeitos ao controle de constitucionalidade incidental, ou seja, a norma rejeitada não é aplicada ao caso concreto, porém não é derogada, o que equivale a dizer que a norma tem sua aplicação paralisada, na expressão utilizada por SUDRÉ⁵².

De fato, Frederic “Sudré, ao tratar do efeito direto das normas convencionais em matéria de validação legislativa, sustenta que o controle de convencionalidade modifica a disposição legislativa das fontes de direito interno, autorizando uma norma convencional a paralisar a aplicação de uma lei, mesmo que tenha sido julgada conforme a Constituição, erigindo o juiz em censor da lei”⁵³, de forma que, consoante a doutrina desenvolvida por SUDRÉ, qualquer norma nacional, constitucional ou infraconstitucional, pode deixar de ser aplicada caso colidir com a Convenção e sua interpretação, resultando do conflito entre as normas a paralisação da aplicação da norma colidente.

Deste modo, caso uma norma constitucional colida com a Convenção o efeito pratico do controle de convencionalidade implica na não aplicação da norma constitucional, ou sua paralisação, de tal forma que “se isso não implica superioridade da Convenção sobre a Constituição, francamente não sabemos como denominar de outro modo a tal estado de coisas” desabafa SAGÜES⁵⁴ defendendo a supremacia convencional.

Na verdade, a interpretação do direito interno de acordo com a normativa internacional consiste na interpretação do próprio direito interno, uma vez que os tratados internacionais no direito brasileiro fazem parte do direito interno por terem sido incorporados mediante decreto, do legislativo e do executivo, após a ratificação do tratado e de sua entrada em vigência no plano internacional, razão pela qual no Brasil o controle de convencionalidade ocorrerá sempre pela via do controle de constitucionalidade, conforme está sendo demonstrado.

⁵² SUDRÉ Frederic, *Droit européen et international des droits de l’homme*, 7. ed., Presses Universitaires de France, Paris, 2005, p.198 ss, citado por Susana Albaneze, ref. 53.

⁵³ ALBANESE Susana, *El control de convencionalidade: La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, Ediar, 2008, p.23.

⁵⁴ SAGÜÉS Nestor Pedro, *op. Cit.*, ref. 50, p 129.

De fato, em se tratando de direitos humanos “controle de convencionalidade não é outra coisa que não o princípio constitucional de interpretação conforme a normativa internacional, que constitui uma manifestação do controle de convencionalidade interno que devem realizar os juízes nacionais a que se refere a Corte Interamericana de Direitos Humanos, não se tratando da imposição da norma internacional sobre a nacional, senão de um processo interpretativo de harmonização que implica inclusive, em algumas ocasiões, deixar de lado a primeira se resultar de maior alcance a segunda”⁵⁵, em prestígio ao princípio *pro homine* que deve sempre orientar a hermenêutica quando se tratar de direitos humanos, num contexto de harmonização entre as ordens jurídicas internacionais e nacionais, “existindo, neste fenômeno de nossa época, da maior importância, distintos aspectos que não podem passar despercebidos. Efetivamente, a expansão da jurisdição internacional conta com o concurso das jurisdições nacionais. O direito internacional atribui funções também aos tribunais nacionais”⁵⁶ na missão conjunta de tutelar direitos humanos.

Neste contexto, importa salientar que hoje, “em matéria de leis e seus alcances, se a uma mesma situação são aplicáveis normas originadas no direito internacional com suas interpretações e leis internas com as suas, deverá prevalecer a que assegurar maior proteção garantista ao jurisdicionalizado, sem ser preciso decidir sobre a respectiva hierarquia no direito interno, levando-se em consideração que as normas internacionais possibilitam a comparação entre tratados de direitos humanos e leis internas para garantir efetividade ao princípio *pro homine*”⁵⁷, possibilitando ponderação entre princípios, a despeito do alerta contido na teoria do “vão cego” de EROS GRAU quanto a incerteza jurídica decorrente da prática da aplicação da técnica de ponderação entre princípios por parte dos juízes, notadamente os juízes constitucionais,

Realmente, ao tratar do perigoso artifício da ponderação entre princípios EROS GRAU acentua que “juízes, especialmente os chamados juízes

⁵⁵ CUEVAS Ignacio Francisco Herrerias, Control de convencionalidad y efectos de las sentencias, Ciudad del Mexico, Ubijus, 2011, p.88.

⁵⁶ CANÇADO TRINDADE Antonio Augusto, El ejercicio de la función judicial internacional. Del Rey, Belo Horizonte, 2011, p.203.

⁵⁷ ALBANESE Susana Opiniones consultivas y observaciones generales. Control de Convencionalidad:La jurisprudência internacional y los diversos alcances de los preceptos convencionales, Ediar, Buenos Aires, 2011, p.21.

constitucionais, lançam mão intensamente da técnica da ponderação entre princípios quando diante do que a doutrina qualifica como conflito entre direitos fundamentais. Como, contudo, inexistente no sistema jurídico qualquer regra ou princípio a orientá-los a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles, deve ser privilegiado, essa técnica é praticada à margem do sistema, subjetivamente, de modo discricionário, perigosamente. A opção por um ou outro é determinada subjetivamente, a partir das pré-compreensões de cada juiz, no quadro de determinadas ideologias. Ou adotam conscientemente certa posição jurídico-teórica, ou atuam à mercê dos que detêm o poder e do espírito do seu tempo, inconscientes dos efeitos de suas decisões, em uma espécie de **vôo cego**, na expressão de Rüthers. Em ambos os casos, essas escolhas são perigosas”⁵⁸.

Todavia, a teoria do “vôo cego” dos juízes na aplicação da técnica de ponderação entre princípios fundamentais encontra barreira na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, uma vez que a interpretação da Convenção pela Corte provoca uma mutação da norma por adição, agregando normatividade à jurisprudência, de forma que torna-se difícil pelos juízes nacionais contornar a extensão e o alcance do conceito do princípio *pro homine* emanado dos julgamentos da Corte Interamericana, quando ocorrer uma hipótese de aplicação da técnica de ponderação entre princípios na realização do controle difuso de convencionalidade, segurança que decorre do fato de existir “dois tipos de controle de convencionalidade, um interno, exercido por todos os juízes nacionais, constitucionais ou não, de caráter difuso; e outro, externo, concentrado através dos órgãos internacionais, jurisdicionais ou quase-jurisdicionais, cuja jurisprudência resulta obrigatória para todas as autoridades nacionais”⁵⁹ por força da ratificação e da incorporação da Convenção no direito interno, situação que enfraquece o princípio da supremacia da Constituição que vem servindo de objeção para a aceitação da prevalência do direito convencional e do próprio controle de convencionalidade por parte dos juízes nacionais de muitos Estados.

No caso, realmente verifica-se que “o controle de convencionalidade sobre uma norma constitucional permite afirmar que o princípio constitucional da

⁵⁸ GRAU Eros Roberto, Sobre a prestação jurisdicional. Direito Penal, São Paulo, Malheiros, 2010, p.40.

⁵⁹ MORELOS Gumesindo Garcia, El control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinários em Mexico, Ciudad del Mexico, 2010, p.40.

supremacia da Constituição fica enfraquecido quando se submete a referida norma ao exame de confrontação normativa com um tratado internacional, o que consequencialmente determina a submissão da Constituição ao tratado de direitos humanos, conduzindo a conclusão que a Constituição não é a única e exclusiva norma para confrontar leis internas numa escala de hierarquia normativa quando se ativa o controle de constitucionalidade, porque os tratados de direitos humanos poderão ser usados como parâmetro de controle da constitucionalidade das leis”⁶⁰.

De fato, o princípio da supremacia da Constituição fica enfraquecido quando um Estado ratifica um tratado sobre direitos humanos, adquirindo obrigações internacionais *erga omnes* de respeitar e garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos pelo tratado e de adotar as medidas legislativas que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos, ou seja, legislar de conformidade com o direito internacional dos direitos humanos, conforme determina o art. 2º, da Convenção Americana, “norma que contém a obrigação dos Estados de adaptar sua legislação interna ao preceituado no Pacto de San José, de maneira que haja perfeita harmonia e congruência entre as normas internas e as internacionais contidas na Convenção.”⁶¹.

Ademais, não é supérfluo lembrar que HESSE advertiu que “a Constituição não deve assentar-se numa estrutura unilateral se quiser preservar sua força normativa num mundo em processo de permanente mudança político-social. Se pretende preservar a força normativa dos seus princípios fundamentais, deve ela incorporar, mediante meticulosa ponderação, parte da estrutura contrária. Direitos fundamentais não podem existir sem deveres, a divisão de poderes há de pressupor a possibilidade de concentração de poder, o federalismo não pode subsistir sem uma certa dose de unitarismo. Se a Constituição tentasse concretizar um desses princípios de forma absolutamente pura ter-se-ia de constatar, inevitavelmente – no mais tardar em momento de acentuada crise – que ela ultrapassou os limites de sua força normativa”⁶².

⁶⁰ CANTOR Ernesto Rey, Control de Convencionalidad de las leys y derechos humanos, Porrúa, Ciudad del Mexico, 2008, p.LIII.

⁶¹ FELDMAN Gustavo Esteban, El Pacto de San José de Costa Rica, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008, p.80.

⁶² HESSE Konrad, A força normativa da constituição, Porto Alegre, Fabris Editor, 2001, p.21.

Sendo assim, a persistência no enfrentamento da questão pelo prisma do princípio da supremacia da Constituição não se sustenta juridicamente, notadamente quando o Estado brasileiro incorpora em seu direito interno tratados internacionais sobre direitos humanos pela cláusula de abertura contida no art. 5º, §§2º e 3º, da Constituição Federal, atribuindo aos tratados *status* de norma constitucional, em sentido material e formal, respectivamente, pois “as normas sobre direitos humanos contidas nesses tratados e na própria Constituição possuem a mesma hierarquia, devendo ser aplicado, portanto”, em eventual conflito normativo entre elas “o princípio *pro homine* e o princípio pelo qual as normas com hierarquia constitucional não se contradizem nem se neutralizam entre si”⁶³, até porque os tratados de direitos humanos passam a fazer parte do conteúdo da Constituição, formando uma unidade que se denomina bloco de constitucionalidade, integrando as normas internacionais nas normas constitucionais, de forma a possibilitar o controle de convencionalidade através do controle de constitucionalidade, com a declaração de inconstitucionalidade por inconvencionalidade, como estamos demonstrando.

De qualquer forma, “um tratado de direitos humanos sempre toma parte, se tem vigência sociológica, da constituição material e se em virtude da constituição formal goza de hierarquia constitucional, compartilha com ela a mesma supremacia”⁶⁴, sendo importante dizer também que “desde o momento em que a Carta das Nações Unidas impôs aos Estados membros o dever de promover o respeito aos direitos e liberdades do homem, a questão deve ser vista e valorada numa dupla perspectiva: a) o respeito e a tutela aos direitos humanos integra o *jus cogens*, ou seja, o setor do direito internacional público cujas normas são imperativas, indisponíveis e inderrogáveis; b) o respeito e a tutela dos direitos humanos configura um princípio geral do direito internacional público”⁶⁵, razão pela qual resulta insustentável juridicamente a tese da supralegalidade e da infraconstitucionalidade dos tratados sobre direitos humanos, adotada pelo Supremo Tribunal Federal, valendo destacar a pergunta emblemática feita por

⁶³ VEGA Juan Carlos e GRAHAM Marisa Adriana, *Jerarquia constitucional de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Astrea, 1996, p.41

⁶⁴ CAMPOS Germán J. Bidart, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino. El derecho internacional de los derechos humanos y la reforma constitucional de 1994*, Tomo III, Buenos Aires, 9. ed., Ediar, 2.006, p.273.

⁶⁵ CAMPOS Germán J. Bidart, *idem* ref.64, p.280.

BIDART CAMPOS, por ser fundamental para uma melhor reflexão sobre o tema: como vou dizer que os tratados estão no mesmo nível da Constituição ou abaixo dela se diante da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados é impossível opor o direito interno para descumprir um tratado?⁶⁶

Assim, face ao desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos a supremacia constitucional está sendo redimensionada para se adaptar, notadamente face aos tribunais específicos dos sistemas regionais de proteção “em razão do controle de convencionalidade produzir uma dupla mensagem para os Estados; em primeiro lugar, o dever de aplicar as normas internacionais de proteção aos direitos humanos, mesmo que se contraponham à legislação interna (princípio da supremacia convencional); e, em segundo lugar, o dever de adequar seu direito interno com os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que tenham subscrito”⁶⁷, sob pena de não o fazendo incidir numa crise de soberania se a Corte Interamericana ordenar a modificação, derrogação, reforma ou anulação de legislação interna, como se deu com o Brasil quanto a lei de anistia no caso Guerrilha do Araguaia.

Neste jogo de hierarquias normativas tem relevo especial a interpretação jurisprudencial da Corte Interamericana sobre a Convenção e suas normas, uma vez que o “sistema interamericano converte o organismo no intérprete final das disposições que aplicam direitos humanos, e como tal sua leitura transcende ao caso concreto para oferecer uma visão totalizadora que instala jurisprudência de base”⁶⁸, de acordo com o conteúdo da fundamentação das sentenças, ainda que *obiter dictum*.

Todavia, a despeito da supremacia do direito convencional no controle de convencionalidade eventual solução de conflito entre normas deve ser tentada com o auxílio do diálogo das fontes, buscando uma harmonização entre o direito interno e o direito convencional, uma vez que “os próprios tratados de direitos humanos já contém cláusulas de compatibilização das normas internacionais com

⁶⁶ CANTOR Ernesto Rey, op. Cit., ref. p. LXXIII: citando Gérman J. Bidart Campos, *Constitución y derechos humanos. Su reciprocidade simétrica*, Buenos Aires, Ediar, 1991, p.80.

⁶⁷ CHORRES Hesbert Benavente, *La investigación judicial y el control de convencionalidad en el proceso penal: concepto y modalidades*, Madrid, Bosch Editor, 2012, p.236.

⁶⁸ ALBANESE Susana op. Cit., ref. 53: GOZAINI Osvaldo Alfredo, *El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el derecho interno*, p.91.

as de direito interno, as quais chamamos de cláusula de diálogo. Tais cláusulas interligam a ordem jurídica internacional com a ordem jurídica interna, retirando a possibilidade de prevalência de um ordenamento sobre o outro em quaisquer casos, mas fazendo com que tais ordenamentos dialoguem e intentem resolver qual norma deve prevalecer no caso concreto, ou até mesmo se as duas prevalecerão concomitantemente quando presente uma situação de antinomia”⁶⁹, resultando do diálogo das fontes a preservação das duas ordens jurídicas colidentes.

A utilização do diálogo das fontes no controle de convencionalidade é adequado para a hipótese de antinomia entre a Constituição e tratados internacionais de direitos humanos integrantes do bloco de constitucionalidade, pois a técnica não resulta em declaração de invalidade de uma norma em relação a outra, possibilitando a ponderação entre os princípios da supremacia da Constituição e da supremacia convencional, nesta incluída a jurisprudência da Corte Interamericana, com a consequente harmonização das supremacias através da mediação do princípio *pro homine*, remanescendo do procedimento intacta as duas ordens jurídicas em razão da Constituição não excluir o tratado, nem o tratado excluir a Constituição por estarem num mesmo nível hierárquico, restando preservada politicamente as duas supremacias.

Todavia, o diálogo das fontes não é a técnica mais indicada para solucionar antinomias entre normas de hierarquias diferentes e quando não é viável uma harmonização por existir inconstitucionalidade ou inconveniência insanáveis, muito embora possa ser sempre utilizada em razão do controle de convencionalidade poder ser feito de várias maneiras, uma vez que a importância do controle reside em sua finalidade e não nos instrumentos ou na fundamentação pelos quais se concretiza, sendo válida qualquer forma de realização de controle que atinja a finalidade de garantir a supremacia dos direitos humanos, ainda que sob fundamentação divorciada da melhor doutrina jurídica ou até mesmo ancorada em doutrina derivada da *medieval* afirmação da soberania decorrente da paz de Westfália.

⁶⁹ MAZZUOLI Valério de Oliveira, O controle jurisdicional da convencionalidade das leis, 2 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p.59.

De qualquer modo, uma norma infraconstitucional somente será válida se não conflitar com a Constituição ou com o bloco de constitucionalidade, de forma que não mais se pode confundir vigência com validade, pois “a existência de normas inválidas pode ser facilmente explicada, bastando distinguir as duas dimensões da regularidade ou legitimidade das normas: a que se pode chamar vigência ou existência, que tem referência à forma dos atos normativos e que depende da conformidade ou correspondência com as normas formais sobre sua elaboração; e a validade propriamente dita ou, caso de trate de leis, a constitucionalidade, que, pelo contrário, tem a ver com seu significado ou conteúdo e que depende da coerência com as normas materiais sobre sua elaboração”⁷⁰, como ensina FERRAJOLI.

Desta maneira, não basta a vigência para uma norma ter validade e, eventualmente eficácia, sendo necessário distinguir vigência, validade e eficácia, pois nem toda norma vigente possui validade, atributo que a norma somente terá caso não conflitar com a Constituição e com os tratados de direitos humanos inseridos no bloco de constitucionalidade, de forma que “a compatibilidade da lei com o texto constitucional não mais lhe garante validade. Para tal deve a lei ser compatível com a Constituição e com os tratados internacionais. 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 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”⁷¹.

Posta a discussão do tema com os parâmetros apresentados e diante da obrigação dos juízes e tribunais nacionais realizarem *ex officio* o controle difuso de convencionalidade, inclusive os tribunais superiores, pois “o Supremo Tribunal Federal, a exemplo de todos os demais órgãos judiciais, também realiza o controle incidental e difuso de constitucionalidade”⁷² pode ser concluído que o controle de convencionalidade no Brasil deve ser feito através do controle de constitucionalidade pelo fato dos tratados internacionais se transformarem em

⁷⁰ FERRAJOLI Luigi, *Derechos e Garantías. La ley del más débil*, 7 ed., Madrid, Editorial Trotta, 2010, p.21.

⁷¹ MAZZUOLI Valério de Oliveira, *Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro*, Porto Alegre, Revista da AJURIS, ano XXXVI, nº 113, 2009, p. 335-336.

⁷² BARROSO Luís Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 6 ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p.127.

direito nacional quando de sua incorporação ao direito interno pela via dos decretos de aprovação e promulgação dos poderes Legislativo e Executivo, respectivamente, notadamente em se tratando de tratados internacionais sobre direitos humanos que são incorporados ao direito interno com *status* de normas de hierarquia constitucional, passando a fazer parte do bloco de constitucionalidade, composto pela Constituição, pelas emendas constitucionais e pelos tratados sobre direitos humanos equiparados a emendas constitucionais nos termos do art. 5º, §3º ou incorporados pela cláusula de abertura do art.5º, §2º, da Constituição Federal, de forma que uma lei infraconstitucional para ter validade constitucional não poderá arrostar a Constituição nem os tratados que fazem parte do bloco de constitucionalidade.

E, ainda, agora sob a ótica da história, acresce dizer que o controle difuso de convencionalidade no direito brasileiro teve seu primeiro precedente no Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343 em 2008.

De fato, “o julgado proferido em dezembro de 2008 constitui uma decisão paradigmática, tendo a força catalizadora de impactar a jurisprudência nacional, a fim de assegurar aos tratados de direitos humanos um regime privilegiado no sistema jurídico brasileiro, propiciando a incorporação de parâmetros protetivos internacionais no âmbito doméstico e o advento do controle da convencionalidade das leis”⁷³, julgamento que rompeu com uma tradição de mais de 30 anos do Supremo Tribunal Federal, que desde 1977 considerava os tratados internacionais como normas equiparadas às leis ordinárias, olhando mas deixando de ver que desde a promulgação, em 05 de outubro de 1988, o art. 5º, §§1º e 2º da Constituição Federal instituiu um regime jurídico diferenciado para os tratados internacionais sobre direitos humanos, atribuindo aos mesmos *status* de normas constitucionais, regime novamente lembrado, de forma reforçada, com o advento da Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2.004, realidade que continua sendo olhada sem ser vista por muitos operadores do direito, deixando sem resposta o questionamento de BIDART CAMPOS.

⁷³ PIOVESAN Flávia, Temas de direitos humanos, 5 ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 61-62.

No julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-SP, o Ministro GILMAR MENDES em seu voto adotou a tese que os tratados internacionais sobre direitos humanos são infraconstitucionais, porém supralegais, argumentando que o Estado brasileiro é regido pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição, de forma que a atribuição de *status* de normas constitucionais a tratados internacionais impossibilitaria o controle de constitucionalidade dos tratados, tal como previsto no art. 102, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal, apresentando pontos contraditórios durante a argumentação, mas atingindo a finalidade do controle de convencionalidade, muito embora por caminhos divorciados, ao assinalar que “diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art.11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7) – mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria”, adotando no julgamento a doutrina de FREDERIC SUDRÉ.

Por derradeiro, insta acrescentar que a doutrina nacional mais sintonizada com a ordem internacional está madura e já transita de forma segura pelo Supremo Tribunal Federal representada pelo Ministro CELSO DE MELLO, que tem em suas mãos o fio condutor da evolução do sistema judicial brasileiro de proteção aos direitos da pessoa humana, conforme deixou claro no voto proferido no HABEAS CORPUS 87.585-8/TO em 03 de dezembro de 2008, julgamento no qual o Supremo Tribunal Federal realizou controle de convencionalidade, ocasião em que destacou, citando voto do Ministro ILMAR GALVÃO, que “o §2º do art. 5º da Constituição – verdadeira cláusula geral de recepção – autoriza o reconhecimento de que os tratados internacionais de direitos humanos possuem hierarquia constitucional, em face da relevantíssima circunstância de que viabilizam a incorporação, ao catálogo constitucional de direitos e garantias individuais, de outras prerrogativas e liberdades fundamentais, que passam a integrar, subsumindo-se ao seu conceito, o conjunto normativo configurador do bloco de constitucionalidade”.

5. Conclusões finais

Os tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados pelas regras do art. 5º, §§2ª e 3º, da Constituição Federal são normas de hierarquia constitucional e integram o bloco de constitucionalidade brasileiro, servindo de parâmetro no controle de constitucionalidade e convencionalidade em nível horizontal e vertical.

O controle difuso de convencionalidade deve ser realizado por qualquer juiz ou tribunal, podendo ser utilizada na realização do controle qualquer técnica ou fundamentação jurídica, desde que atinja a finalidade essencial do controle que é assegurar a supremacia dos direitos humanos de acordo com as normas convencionais e a jurisprudência da Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.

Na hipótese de eventual colisão entre normas de igual hierarquia pertencentes ao bloco de constitucionalidade o conflito deve ser sempre harmonizado, com a preservação das duas ordens jurídicas, realizando-se o controle de convencionalidade com o auxílio do diálogo das fontes, da interpretação conforme a normativa convencional e com a utilização do princípio *pro homine*, uma vez que a Constituição não revoga tratado sobre direitos humanos e nem os tratados internacionais revogam a Constituição.

Não sendo possível a harmonização entre normas colidentes de diferente hierarquia, em razão de vício insanável, deve ser reconhecida como inválida a norma infraconstitucional que arrostar tratado internacional sobre direitos humanos componente do bloco de constitucionalidade, devendo ser proferida decisão de declaração de inconstitucionalidade por inconvencionalidade, ainda que a norma seja válida em relação à Constituição Federal isoladamente considerada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDR, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Anti-semitismo. Imperialismo. Totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ALBANESE, Susana (coordenadora). **El control de convencionalidad**. Buenos Aires: Editorial Ediar, 2008.

_____. **Opiniones consultivas y observaciones generales**. Control de convencionalidad. Buenos Aires: Editorial Ediar, 2011.

ALEXY, Roberty. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ABRAMOVICH, Víctor. **Das violações em massa aos padrões estruturais: novos enfoques e clássicas tensões no Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos. vol. 6, n. 11, dez. 2009.

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno e CAMPOS, Thiago Yukio Guenka. **Para além do debate em torno da hierarquia dos tratados: do duplo controle vertical das normas internas em razão da incorporação dos tratados de Direitos Humanos**. RED – Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v.1, n.19, jun/dez 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento jurídico**. Tradução de Claudio de Cicco e Maria Celeste C.J. Campos. Brasília: Editora Polis e Editora Universidade de Brasília, 1989.

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

BORGES, José Souto Maior. **Curso de direito comunitário**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

CAMPOS, Germán J. Bidart e HERRENDORF, Daniel. **Princípios de Derechos Humanos y garantías**. Buenos Aires: Editorial Ediar, 1991.

CAMPOS, Germán J. Bidart. **Tratado elemental de derecho constitucional argentino**. El derecho internacional de los derechos humanos y la reforma constitucional de 1994. Tomo III, Buenos Aires: Editorial Ediar, 2006.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

_____. **El ejercicio de la función judicial internacional**. Memórias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011.

_____. **Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional**. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. Ano 2, vol.2, número 2. 2001.

_____. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Volume I. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

CANTOR, Ernesto Rey. **Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos**. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2008.

CHORRES, Hesbert Benavente. **La investigación judicial y el control de convencionalidad en el proceso penal: concepto y modalidades**. Barcelona: Bosch Editor, 2012.

CUEVAS, Ignacio Francisco Herrerias. **Control de convencionalidad y efectos de las sentencias**. Cidade do México: Editorial Ubijus, 2011.

EROS GRAU, Roberto. Direito Penal. **Sobre a prestação jurisdicional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

FELDMAN, Gustavo Esteban. **El pacto de San José de Costa Rica**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008.

FERNANDES, José Pedro Teixeira. **Teoria das relações internacionais**. Da abordagem clássica ao debate pós-positivista. 2. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. 7. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HITTERS, Juan Carlos. **Control de constitucionalidad y control de convencionalidad**. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Estudios Constitucionales, ano 7, nº 2, 2009.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad**. El nuevo paradigma para el juez mexicano. Estudios Constitucionales, ano 9, nº2, 2011.

MANILI, Pablo Luis. **El bloque de constitucionalidade**. La recepción del derecho internacional de los Derechos Humanos en el derecho constitucional argentino. Buenos Aires: Editorial La ley, 2003.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

_____. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Teoria Geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro**. Porto Alegre: Revista da AJURIS – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, ano XXXVI, nº 113, março de 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

MONTEIRO, Marco Antonio Corrêa. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MORELOS, Gumesindo García. **El control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios en Mexico**. Cidade do México: Editorial Ubijus, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

_____. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

_____. **Temas de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

QUEIROZ, Cristina. **Direito Internacional e relações internacionais**. Coimbra: Editora Coimbra, 2009.

LAZARO, Maria Carmelina Londoño. **El principio de legalidade y el control de convencionalidad de las leys: confluências y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. ano XLIII, nº 128, maio-agosto de 2010.

SAGÜES, Nestor Pedro. **Obligaciones internacionales y control de convencionalidad**. Estudios Constitucionales, ano 8, nº1, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Virgilio Afonso da. **A constitucionalização do direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

VEJA, Juan Carlo e GRAHAM, Marisa Adriana. **Jerarquia constitucional de los tratados internacionales**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1996.

VALLE, Rubén Hernández. **Las sentencias básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Madri: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2011.

OUTRAS REFERENCIAS

1. Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, sentença de 25 de novembro de 2003.

Caso Tibi Vs. Ecuador, sentença de 07 de setembro de 2004.

Caso Vargas Areco Vs. Paraguay, sentença de 26 de setembro de 2006.

Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, sentença de 26 de setembro de 2006.

Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Afaro y otros) Vs. Perú, sentença de 24 de novembro de 2006.

Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil, sentença de 24 de novembro de 2010.

Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, sentença de 26 de novembro.

2. Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Petição 733-04- INADMISSIBILIDADE: Luis de Jesús Victor Maldonado Manzanilla Vs. México, decisão de 17 de outubro de 2007 (INFORME N° 87/07)

3. Acórdãos paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal

Recurso Extraordinário 466.343-1/São Paulo, acórdão de 03 de dezembro de 2008.

Habeas Corpus 87.585-8/Tocantins, acórdão de 03 de dezembro de 2008.