



UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO

CLARA SCHIANTA MUTTI

**A REVISÃO DA VALIDADE DAS LEIS NACIONAIS À LUZ DA CONVENÇÃO
AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS:
UM ESTUDO DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE NO
BRASIL**

Salvador
2020

Clara Schianta Mutti

**A REVISÃO DA VALIDADE DAS LEIS NACIONAIS À LUZ DA CONVENÇÃO
AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS:
UM ESTUDO DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE NO
BRASIL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Católica do Salvador, como requisito
parcial para obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Carlos Alberto José Barbosa Coutinho

Área de Concentração: Direito Constitucional

Salvador
2020

“A humanidade não é o homem para se dar a virtude do perdão. A humanidade tem o dever de odiar seus ofensores (...), porque o perdão coletivo é a falta de memória e de vergonha. Convite masoquístico à reincidência (...). No indivíduo, o perdão é virtude. Na coletividade, pode não ser virtude e ainda levá-la àquela situação tão vexatória do ponto de vista ético-humanístico de se olhar no espelho da história e ter vergonha de si mesma”

- Min. Ayres Britto. Voto ADPF 153/DF.

“O Direito não deve resignar-se ao esquecimento, mas funcionar como importante instrumento da memória”

- Walter C. Rothenburg

MUTTI, Clara Schianta. A REVISÃO DA VALIDADE DAS LEIS NACIONAIS À LUZ DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: Um estudo do Controle Jurisdicional de Convencionalidade no Brasil. Salvador, 2020. 50 páginas. Monografia de Conclusão de Curso. Universidade Católica do Salvador (UCSAL), Salvador, 2020

RESUMO

O presente trabalho versa sobre o estudo e aplicação do Controle Judicial de Convencionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da tese desenvolvida por Valério Mazzuoli à luz do direito doméstico, e como a Suprema Corte nacional tratou do tema na revisão da Lei de Anistia. Esta monografia destaca os obstáculos interpretativos que devem ser superados para a sofisticação do sistema de proteção aos direitos humanos no Brasil. Para tanto, a metodologia consiste no uso de bibliografia voltada a definição e contextualização dos direitos humanos e fundamentais, ao exame da tese da Convencionalidade e da Constitucionalidade, bem como, documental a partir de análise precisa da Constituição Federal de 1988, a Convenção Americana de Direitos Humanos, em que se inclui os julgados da Corte Internacional e as interpretações dadas pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Palavras-chave: Convencionalidade. CADH. Compatibilidade. Constituição. Anistia.

MUTTI, Clara Schianta. LA REVISIONE DELLA VALIDITÀ DELLE LEGGI NAZIONALI ALLA LUCE DELLA CONVENZIONE AMERICANA DEI DIRITTI UMANI: un studio sul controllo giurisdizionale di convenzionalità in Brasile. Salvador, 2020. 50 pagine. Tesi di laurea (Facoltà di giurisprudenza). Universidade Católica do Salvador (UCSAL), Salvador, 2020

RIASSUNTO:

Il presente saggio fa riferimento allo studio ed applicazione dello controllo giurisdizionale di convenzionalità nell'ordinamento giuridico brasiliano, dalla tesi creata da Valério Mazzuoli sotto la luce del diritto interno, e come la Corte Suprema nazionale ha affrontato questo tema nella revisione della Legge di Amnistia. Questa tesi di laurea rileva i ostacoli interpretativi che dovranno essere superati per la sofisticazione dello sistema di protezione degli diritti umani in Brasile. Perciò, si utilizza la metodologia consistente nella biografia sulla definizione e contestualizzazione dei diritti umani e fondamentali, la verifica delle tesi di convenzionalità e costituzionalità, nonché, documentale in base all'analisi accurata della Costituzione Federale di 1988, la Convenzione Americana dei Diritti Umani, in cui si inserisce la giurisprudenza della Corte Interamericana e la interpretazione del Supremo Tribunale Federale sotto questo tema.

Parole chiave: Convenzionalità. CADU. Compatibilità. Costituzione. Amnistia

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.	Artigo
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
EC	Emenda Constitucional
Min.	Ministro
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS OU DIREITOS HUMANOS?	10
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.....	13
2.1 A CRFB/88 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	13
2.2 APLICABILIDADE E ALCANCE DOS DIREITOS INSCRITOS NO ART. 5º 14	
2.3 TEORIA DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	18
3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO: CONSIDERAÇÕES ...	20
4 DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS	28
4.1 O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS	28
4.2 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PRATICADO PELA CORTE IDH 31	
5 CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO.....	34
6 ESTADO ATUAL DA CONVENCIONALIDADE NO BRASIL.....	41
6.1 A REVISÃO DA LEI DE ANISTIA PELO STF E PELA CORTE IDH	41
6.2 TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO OPÇÃO INTERPRETATIVA PARA A CONVENCIONALIDADE EXERCIDA PELO STF	44
CONCLUSÃO.....	47
Referências	49

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa é movida pela necessidade de sofisticação do sistema de proteção aos direitos humanos no Brasil a partir da aplicação prática do Controle de Convencionalidade, que deve ser exercido pelos representantes do Poder Judiciário nacional enquanto intérpretes e aplicadores da lei, responsáveis, não obstante, pela renovação do direito. Este mecanismo, tal qual proposto por Mazzuoli, é relevante à compatibilização da lei interna em face ao paradigma dos tratados internacionais sobre direitos humanos, notadamente a Convenção Americana, a qual o Brasil é parte desde 1992.

A relevância acadêmica desta discussão se manifesta justamente por esta ser uma temática pouco aprofundada pelos docentes na graduação, seja nas disciplinas de Constitucional, Direitos Humanos ou Direito Internacional. O despertar para o sistema global e regional de tutela de tais direitos pode vir a ensejar maior provocação ao corpo discente para sair do lugar comum-teórico sobre direitos humanos, fomentando o interesse de modo a culminar em uma aproximação dos futuros bacharéis às percepções mais acuradas sobre direitos fundamentais e justiça social.

No campo da ciência jurídica, por se tratar de uma temática ainda imatura - tendo seus debates e estudos iniciados em 2008 - ainda há muita controvérsia sobre suas nuances e consequências. Assim, a importância deste trabalho jaz na possibilidade de oportunizar o debate para enriquecer e consolidar a mencionada teoria até que se tenham mais resultados sobre sua aplicação.

Em se tratando da relevância social, por óbvio, a sociedade civil, ainda que não tenha dimensão e conhecimento da técnica e precisão jurídica do controle da convencionalidade, será a mais beneficiada por ele, vez que é usufrutuária direta dos direitos fundamentais inscritos na CRFB, e dos instrumentos que vão além da Carta Maior, com isso, terá reforçada a sua tutela e efetivação.

O presente trabalho será elaborado a partir de uma metodologia de pesquisa bibliográfica, para visitar conceitos de direitos humanos e fundamentais, a tese da convencionalidade – ressaltando que a literatura sobre este assunto é limitada àquela desenvolvida por Valério Mazzuoli, justificando o seu uso frequente neste ensaio –, o controle de constitucionalidade brasileiro e o funcionamento do sistema regional interamericano de tutela aos direitos humanos, como também, documental, a partir do exame atencioso da Legislação Nacional, da Constituição Federativa de 1988, da Convenção Americana de Direitos

Humanos, da análise de julgados da Corte Interamericana e das interpretações dadas pelo Supremo Tribunal Federal em matéria de Direito Internacional.

Como será demonstrado nas próximas etapas, a salvaguarda dos direitos humanos transcende do âmbito do ordenamento jurídico brasileiro ao internacional, e neste sentido, o controle de convencionalidade de lei interna se apresenta como instrumento necessário à harmonização da norma doméstica com o sistema regional de direitos humanos, ou seja, conhecer se aquela está de acordo com as premissas da Constituição e da Convenção Americana.

Apesar de o ordenamento jurídico brasileiro possuir um controle próprio, material e formal, das leis infraconstitucionais, o dito Controle de Constitucionalidade, na sua modalidade difusa e concentrada, questiona-se neste trabalho, uma vez que a possibilidade de uma interpretação de inconvenção feita pela Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre lei doméstica, repercute na revisão de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Utilizando como centro deste estudo o cenário acima descrito, se analisará como é processada a revisão de constitucionalidade (convencionalidade) das leis nacionais à luz da CADH.

Para tanto, este ensaio se desenvolverá a partir de uma exposição do entendimento doutrinário acerca dos conceitos de direitos fundamentais e direitos humanos, demonstrando a relevância da sua distinção, para, a seguir, submetê-lo à análise da Constituição Federal de 1988 e à relevância dada por ela aos direitos fundamentais, ponderando tanto a sua ampla tipificação no art. 5º, quanto a sua abertura a outros direitos implícitos e decorrentes de tratados internacionais. Considerar-se-á a teoria do bloco de constitucionalidade nacional, reconhecido pelo STF, destacando, contudo, sua aplicação tímida perante as instâncias da justiça nacional, do mesmo modo que, seu aprimoramento em incluir disciplinas materialmente constitucionais, como é o caso da Convenção Americana.

Consolidadas as reflexões, será explicado em seguimento o Controle de Constitucionalidade brasileiro por possuir ligação direta com a efetividade do controle de Convencionalidade na compatibilização vertical das leis (no capítulo concernente ao controle de Convencionalidade será destacada a atuação conjunta destes mecanismos).

Por fim, far-se-á uma análise sobre em que posição nos encontramos com relação à aplicação do controle de convencionalidade quando da proteção e reafirmação de direitos humanos; tanto os direitos fundamentais conhecidos pela Constituição quanto àqueles decorrentes dos tratados (a Convenção Americana em exame); na detida observância das

ADPF's 153 e 320, que versam sobre a inconstitucionalidade (e inconvencionalidade) da Lei de Anistia 6683/79 e a recepção da inconvencionalidade decretada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Gomes Lund vs. Brasil.

Cumpra também como um objetivo deste processo, mencionar a corrente interpretativa do transconstitucionalismo, como mecanismo capaz de conciliar os anseios do Constitucionalismo Moderno e do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS OU DIREITOS HUMANOS?

Antes de iniciar a exposição técnica a que se dedica este trabalho, em respeito ao rigor da temática e ao contínuo debate da extensa doutrina relacionada aos direitos humanos, cumpre de antemão separar o conceito daquele da definição de direitos fundamentais.

Muitas vezes colocamos estes vocábulos como sinônimos de modo equívoco e precipitado, sendo a realidade diversa, pois, até o momento, não se conseguiu chegar a um denominador comum sobre tais noções. Contudo, parte-se da premissa que os termos em estudo possuem a mesma origem em um ideal de liberdades públicas (PELLEGRINI, apud GUERRA, 2013, p. 36), que deriva da ideia de que são administrados pelo Estado, ou seja, no confronto com a sociedade civil, são impostos limites e respeito ao seu exercício.

A imprecisão da locução “direitos humanos” tem instigado uma busca incessante por uma descrição objetiva que afaste o seu sentido da banalidade e vulgarização, e dentro da bibliografia utilizada para este trabalho, se entende que os direitos humanos surgem de uma evolução histórica acerca do reconhecimento da dignidade da pessoa humana e da tutela dos direitos do homem - reconhecida pela Declaração de Virgínia nos Estados Unidos e na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, na França iluminista (GUERRA, 2013, p.50).

Na França (GUERRA, 2013, p.34) o termo direitos do homem se distancia da percepção coletiva dos direitos humanos e encontra-se mais vinculado à noção de “condição de existência” do indivíduo na sociedade, conceito este extraído do jus naturalismo, conforme enfrentamento dado por Carlos Bittar (apud GUERRA, 2013, p.36) ao dizer que direitos do homem são por excelência os direitos que derivam da própria natureza humana, sendo reconhecidos pelo Estado, em forma de direitos positivos, que por meio e através dele, incorporam-se e fundamentam as liberdades públicas.

Com o surgimento do Estado Democrático, os direitos do homem passaram pelo processo de positivação e proteção no âmbito interno na forma de direitos fundamentais, a partir de expressa previsão nas Constituições modernas, vinculando-os, portanto, ao Estado, enquanto o dever de proteção e as garantias que lhes confere aos cidadãos (LUÑO, apud GUERRA, 2013, p. 38). Infere-se, a partir daqui, que os direitos do homem, ao atingirem status constitucional com sua positivação no ordenamento, passam a ser compreendidos enquanto direitos fundamentais: nisso exsurge o conceito de liberdades públicas como um modo de atuação e observância do Estado ao reconhecer e reafirmar tais direitos, admitindo a sua intervenção na liberdade do indivíduo, como modo de protegê-los e garanti-los.

Neste momento, os direitos fundamentais ganham formato próprio, sendo compreendidos enquanto “prerrogativas do indivíduo em face o Estado” (BASTOS apud GUERRA, 2013, p. 35), ao passo em que, o Estado Democrático de Direito concede e garante os direitos coletivos/individuais, através da própria legislação constitucional, ele, também, encontra neles, limites para a sua atuação em face do indivíduo/cidadão.

Ada Pellegrini (apud GUERRA, 2013, p. 36) entendia que todas as liberdades são públicas desde que, ao Estado esteja reservado à proteção e imposição de respeito aos direitos positivados, já que, aquele possui o dever precípua de fazer impor o respeito aos direitos fundamentais, intervindo quando necessário para a defesa deles (a que chamou de liberdades positivas), ou de abster-se de intervir, possibilitando os mecanismos jurídicos para a fruição dos direitos pelo cidadão (liberdades negativas), ao aduzir que “a obrigação de respeitá-las é imposta pelo Estado e pressupõe sua intervenção. O que torna pública uma liberdade é a intervenção do poder, através da consagração do direito positivo” (PELLEGRINI, apud GUERRA, 2013, p. 36).

Neste sentido, Paulo Bonavides (apud GUERRA, 2013, p. 37) alerta para o perigo em confundir-se as liberdades públicas com os direitos de primeira geração que englobam a autonomia do indivíduo, os direitos civis e políticos, devendo ser entendido como de fato o processo de “amadurecimento da sociedade” que permitiu a consagração dos direitos fundamentais nas Constituições.

Por sua vez, os direitos humanos alcançam os direitos positivados em sede de direito internacional, (FUSTER, apud GUERRA, 2013, p. 35) e que por sua vez, os direitos fundamentais estão reservados ao direito interno de cada Estado, “garantidos pelos ordenamentos jurídico-positivos estatais” (NOGUEIRA, apud GUERRA, 2013, p. 35).

O que une tais percepções, é o fato de que os direitos humanos e fundamentais são oriundos da mesma realidade, por tanto, direitos e garantias que derivam do conceito de liberdade, enquanto instrumento de autonomia do indivíduo e de seu exercício em face da coletividade e do Estado:

[...] Os direitos humanos formam um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade, da igualdade humanas, as quais deem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional. Portanto, possuem ao mesmo tempo caráter descritivo (direito e liberdades reconhecidos nas declarações e convenções internacionais) e prescritivo (alcançam as exigências mais vinculadas ao sistema de necessidades humanas e que, devendo ser objeto de positivação, ainda assim não foram consubstanciados)”. (Perez Luño, apud GUERRA, 2013, p. 41)

Progressivamente, a evolução internacional dos direitos humanos culminou na sua sistematização através da tese proposta por Karl Vasak, em 1979 (RAMOS, 2020, p. 43) a qual, permitiu o seu reconhecimento histórico e a sua divisão em gerações (hodiernamente se fala em dimensões), a saber: a primeira referenciando os direitos inerentes à liberdade, a segunda atinente à igualdade e a terceira aos direitos correlacionados ao princípio da fraternidade.

O desenvolvimento dos direitos humanos, tanto no âmbito doméstico quanto naquele internacional, caminha lado a lado com a gradativa importância e valoração dada ao princípio da dignidade da pessoa humana, estando o homem apartado da ideia de coisificação, vez que, difere de coisa na medida em que utiliza-se da sua autonomia ao criar regras sobre o modo de viver e segui-las, no entendimento de COMPARATO (apud GUERRA, 2013, p. 68) “(...) todo homem tem dignidade, e não um preço, como as coisas”.

“A dignidade da pessoa humana (...) é uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET; apud GUERRA, 2013, p.69)

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana a nível Constitucional – tema que se dedica o capítulo seguinte – confere ao indivíduo lastro para se insurgir contra eventuais excessos que possam vir a ser cometidos pelo Estado, e não só: o mencionado princípio, por estar vinculado a condição de “ser” do sujeito, também reside no âmago dos direitos assistidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos (RAMOS, 2020, p. 106), derivando inclusive a máxima da interpretação mais benéfica, “pro homine” (que será abordado em momento oportuno no capítulo relacionado ao controle de convencionalidade).

Portanto, para fins a que se dedica este trabalho e por tudo o que fora exposto, conclui-se que o vocábulo “direitos humanos” está ligado ao nível de proteção internacional dos direitos inerentes a natureza humana, enquanto os ditos “direitos fundamentais” são a consequência do reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa, dos direitos do homem (e mulher) e do cidadão (e cidadãs), positivados no plano interno de cada país, obrigando ao Estado a garantir os meios de sua fruição, através de liberdades positivas e as negativas.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

2.1 A CRFB/88 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988 surgiu da necessidade de reconstrução da democracia brasileira, tão vilipendiada no período que lhe antecedeu, durante a Ditadura Militar: a supressão dos direitos sociais, limitações ao direito ambulatorial, ao direito da livre manifestação de pensamento e do direito à vida, são exemplos que marcaram uma época a qual se espera não mais voltar. Para afirmar o compromisso com os ideais de um Estado Democrático de Direito, a Carta Maior se sustenta na soberania popular, sob a qual “a base do conceito de democracia está ligada à noção de governo do povo, pelo povo e para o povo” (CUNHA JR., 2016, p. 462).

Disto, se extrai que a nação brasileira é o início, meio e fim da ordem política atual, ainda que o mencionado poder político seja exercido de modo indireto através dos representantes do povo no Congresso Nacional, agindo em prol do interesse coletivo.

Além da soberania, a República Federativa Brasileira se estabelece a partir de outros quatro princípios basilares: os valores sociais do trabalho e livre iniciativa, o pluralismo político, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Por força da temática aqui trazida a este trabalho, cumpre focalizar o estudo nesta última.

A dignidade da pessoa humana enquanto princípio constitucional, eleva a necessidade de tutela ao indivíduo, impondo ao Estado limites em sua atuação, vez que, tal preceito alcança o nível de fundamento para as Garantias Fundamentais arroladas nos incisos do art. 5º, da CRFB88. Consoante ao entendimento do Ministro Barroso (2018, p. 152), em sua obra:

“A dignidade humana é **um valor fundamental**. Valores, sejam políticos ou morais, ingressam no mundo do Direito, assumindo, usualmente, a forma de princípios. **A dignidade, portanto, é um princípio jurídico de status constitucional**. Como valor e como princípio, a dignidade humana **funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais**. Na verdade, ela constitui parte do conteúdo dos direitos fundamentais”. (grifo pessoal)

Se pode aduzir, portanto, que a dignidade da pessoa humana ao ser considerada como um dos valores fundantes do ressurgimento do Estado Democrático de Direito Brasileiro, é também princípio norteador que legitima todos os direitos fundamentais reconhecidos na Carta Magna de 1988.

2.2 APLICABILIDADE E ALCANCE DOS DIREITOS INSCRITOS NO ART. 5º

A relevância do Art. 5º não comporta somente a descrição dos direitos inerentes a dignidade da pessoa e se estende às particularidades na aplicação das normas de direitos fundamentais, a saber: no §1º a eficácia imediata das normas definidoras de direitos fundamentais; §2º a dita cláusula aberta para direitos fundamentais fora do texto constitucional; e o emendado §3º, que estabelece procedimento de incorporação dos tratados internacionais, conferindo-lhe natureza de emenda constitucional. No que tange ao § 4º, não se observa pertinência ao debate, por referenciar apenas a anuência do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, fazendo-se, aqui, mera menção do dispositivo.

Sobre a aplicabilidade imediata referenciada no § 1º, neste momento, cumpre-se fazer uma sinalização de concordância com a corrente que compreende as normas definidoras de direitos fundamentais. As leis que dão escopo ao gozo destas garantias, como detentoras de aplicabilidade imediata, e, caso o Estado não seja capaz de propiciar os meios para sua fruição, o Poder Judiciário, no uso do seu dever-poder, está legitimado a suprir, por analogia, a omissão legislativa (CUNHA JR, 2016, p. 559).

Importante também é a referência ao posicionamento adotado por CUNHA JR (2016, p. 553/554), para o qual a aplicabilidade será imediata “independentemente do seu grau de eficácia” uma vez que “todos os direitos fundamentais submetem-se ao mesmo regime jurídico constitucional, em razão da marcada indivisibilidade que os caracteriza”, sendo a mesma linha de pensamento utilizada neste trabalho.

Passando para a análise a que interessa este artigo, defende-se que há na Constituição Federal, cláusula aberta para recepção de direitos fundamentais inscritos ao longo da Lei Maior e para além dela, nos tratados internacionais sobre direitos humanos aos quais o Brasil faça parte, inscrita no §2º, do Art. 5, CRFB, ao afirmar que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. É possível extrair da breve leitura do dispositivo que a Constituição recepciona os direitos humanos que o Brasil tenha se comprometido em garantir sob o âmbito internacional.

O embate inicia-se neste ponto: por mais que a Constituição afirme de modo explícito e reconheça direitos fundamentais decorrentes de instrumentos internacionais, se afigurando, portanto, como direitos materialmente compatíveis com o texto constitucional, o legislador entendeu ser necessário acrescentar através da EC nº 45/2004, o § 3º: que impõe o rito específico para incorporação de tratado internacional em matéria de direitos humanos à

CRFB/88; devendo ser aprovado em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros de cada Casa do Congresso Nacional, adquirindo natureza de emendas constitucionais, sob alegada dificuldade em se alcançar um consenso sobre a posição jurídica dos supracitados pactos internacionais.

Post isto, exsurge certa dissonância acerca do entendimento ao valor jurídico dado aos direitos humanos tutelados nas convenções internacionais anteriores à referida emenda.

Por um lado, autores como MORAES (2016, p.1157/8) entendem não ser possível a inclusão a nível constitucional de tratados internacionais recepcionados pela cláusula aberta, ainda que anteriores à EC nº 45/2004, tendo em consideração a imposição ao respeito do princípio da supremacia da constituição, não devendo estes tratados internacionais, portanto, ultrapassarem a Lei Fundamental, e sim subordinar-se a ela.

A percepção trazida por este trabalho entende, todavia, que o argumento da soberania da constituição deve ser relativizado dada a importância e o compromisso na tutela dos direitos humanos, consoante ao pensamento de PIOVESAN (2019, p. 60), em que “fortalece-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve reduzir-se ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional”, inclusive pontua-se a necessidade de se repensar a ideia de soberania absoluta, visando o avanço na proteção destes direitos.

Sobre o tema, dentre os Constitucionalistas, CUNHA JR (2016, p. 563) dá um enfrentamento maior a este debate ao apresentar o fenômeno da “fundamentalização”, como elemento necessário para a o reconhecimento da cláusula aberta do art. 5º, §2º, conhecida também como cláusula da não tipicidade dos direitos humanos (porque eles não se limitam àqueles inscritos na Carta Magna).

O mencionado fenômeno caracteriza-se como sendo a reunião de justificações que dão escopo formal e material aos direitos quando inscritos em um texto legal, são os ritos procedimentais e a carga principiológica que garantem valor às normas. Explica CUNHA JR (2016, p. 563), que a “fundamentalização” no aspecto formal garante a fisionomia daquele direito fundamental no ordenamento jurídico, enquanto sob o aspecto material, este encarrega-se de dar “ênfase ao conteúdo dos direitos (...) e é indispensável para a constituição e manutenção das estruturas básicas do estado e da sociedade”.

Decorrente deste entendimento relacionado a “fundamentalização” formal e material, é possível chegar à conclusão na qual cláusula de abertura - ao reconhecer direitos e garantias para além dos texto constitucional, “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”-, admite também a “fundamentalidade material dos direitos fundamentais na medida em que, se associou

a um conceito materialmente aberto dos mesmos direitos” (CUNHA JR, 2016, 564), estando inclusive sustentado pelo preceito da dignidade da pessoa humana (Art.1, III, CRFB88).

A notoriedade da cláusula de não tipicidade dos direitos fundamentais desponta ainda como um forte mecanismo de atualização e renovação contínua do direito nacional em relação à tutela daqueles (CUNHA JR, 2016, p. 567).

Por consequência lógica, CUNHA JR (2016, p.568/69) conclui que os direitos recepcionados pelo art. 5º, §2º, da Lei Maior, são entendidos como direitos fundamentais, titulares das mesmas prerrogativas, quais sejam a tutela da Constituição impossibilidade de supressão ou extinção por emendas, a capacidade vinculativa aos poderes públicos, “além de desfrutarem de aplicabilidade imediata e servirem de parâmetro obrigatório a atuação estadual”.

Redirecionando a análise, tem-se que no STF, após o julgamento da RE 466343-SP (que examinou a validade da prisão civil por dívida), o pensamento majoritário que predomina com relação a natureza jurídica das Convenções sobre direitos humanos é o da suprallegalidade dos tratados (corrente encabeçada pelo Min. Gilmar Mendes) na qual reitera que tais tratados, apesar da relevância da matéria, encontram-se abaixo da Constituição e acima da legislação ordinária.

Entretanto, cumpre um adendo importante: neste julgamento, houve proposta de tese contrária e muito mais palpável à realidade jurídica brasileira, lançada pelo Min. Celso de Mello, no mesmo julgamento em seu extenso e didático voto, a qual entende-se ser a mais apropriada.

Ao seu entender, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (que será enfrentada mais à frente) constitui instrumento de alta relevância na fundamentação da invalidade da prisão por dívida do depositário infiel, considerando a flagrante violação ao princípio de proibição de detenção por débito, e que, por via de consequência, atinge direitos inscritos na nossa Carta Magna, a liberdade.

Em seu voto enfatizou que o mencionado tratado internacional, em vigor no Brasil desde 1992:

“ (...)constitui instrumento normativo destinado a desempenhar um papel de extremo relevo no âmbito do sistema interamericano de proteção aos direitos básicos da pessoa humana, **qualificando-se, sob tal perspectiva, como peça complementar no processo de tutela das liberdades públicas fundamentais**”. (Página:5/6 STF – RE 466343/SP - 12/03/2008 TRIBUNAL PLENO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1 SÃO PAULO – VOTO: Min. CELSO DE MELO. (grifo meu)

Em outros termos, admite a força completiva da Convenção Americana, ao estabelecer uma interpretação tendente a extrair a máxima eficácia do bem protegido no objeto daquele recurso, o direito à liberdade.

Na inteligência do seu voto, o Ministro entende o pertencimento material de tais instrumentos à Constituição Federal, ao que se lê:

“Após muita reflexão sobre esse tema, e não obstante anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator (RTJ 174/463-465 – RTJ 179/493-496), **inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos, reconhecendo, para efeito de outorga dessa especial qualificação jurídica**, tal como observa CELSO LAFER, a existência de três distintas situações concernentes a referidos tratados internacionais” resumidamente, considera (1) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da Constituição de 1988 (tais convenções internacionais revestem-se de índole constitucional, porque formalmente recebidas, nessa condição, pelo § 2º do art. 5a da Constituição) ; (2) tratados internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC nº 45/2004 (essas convenções internacionais, para se impregnarem de natureza constitucional, deverão observar o "iter" procedimental estabelecido pelo § 3s do art. 5º da Constituição); e (3) **tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu) entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC n2 45/2004 (referidos tratados assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade, que é "a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados")**.

(Página:27/28 STF – RE 466343/SP - 12/03/2008 TRIBUNAL PLENO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1 SÃO PAULO – VOTO: Min. CELSO DE MELO. (grifo meu)

Sabe-se que a Corte Suprema age de modo a sempre extrair o sentido mais eficaz da lei constitucional, e sendo sua guardiã, também, é responsável por promover o exercício de atualização da ordem jurídica com a realidade viva no momento histórico a qual pertence. Portanto, tendo em vista estes fatores, o entendimento dado à supralegalidade dos tratados não se trata de um entender imutável e inabalável, podendo ser alterado, e espera-se que o seja, corroborando com a compreensão defendida por grande parte da doutrina voltada ao Direito Internacional dos Direitos Humanos: uma interpretação que sobreleva os tratados, como a CADH, ao patamar constitucional.

Somado a este raciocínio, cumpre trazer a crítica dada CUNHA JR., onde atesta que, o entendimento majoritário dado pelo STF e do legislador nacional é insuficiente e limitado, tendo em vista, que normas materialmente constitucionais não devem ter seu juízo suprimido, e sim elevados de tal forma a alcançar a eficácia na tutela de direitos fundamentais a qual se propôs (2016, p.569).

MAZZUOLI (2009, p. 237), no mesmo sentido, considera que os tratados sobre direitos humanos, abraçados pela cláusula de não tipicidade dos direitos fundamentais, são caracterizados enquanto normas constitucionais e que, “podem eles ser paradigma de controle das normas infraconstitucionais no Brasil” (num controle difuso, como será explicado no capítulo pertinente).

Ante ao exposto, reitera-se a defesa do aperfeiçoamento do entendimento dado ao STF, por demais limitador, devendo reconhecer os direitos recepcionados pela cláusula aberta do §2º, art. 5, da CRFB88, não somente detentoras de um status supralegal, que não possui praticidade concreta à proteção dos direitos humanos, e sim como materialmente compatível com a constituição, complementando o rol de direitos fundamentais tutelados pela Lei Maior – via de consequência haverá a sua capacidade de ser protegido pelo art. 60, §4, IV, e na possibilidade em figurar como parâmetro de controle de constitucionalidade das normas nacionais.

2.3 TEORIA DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE

Corroborando com a inclusão dos direitos recepcionados pelo art. 5º, § 2º, da CRFB, enquanto direitos fundamentais e considerando-se estes materialmente compatíveis com a Lei Maior, tem-se a teoria do Bloco de Constitucionalidade admitida pelo STF em 2002, a qual cumpre alguns esclarecimentos e elucidações.

É de clareza cristalina o conceito de bloco de constitucionalidade trazido pelas autoras Lopes e Chehab (2016, p. 83) no qual “o bloco de constitucionalidade pode ser definido como o conjunto de normas materialmente constitucionais que, junto com a constituição codificada de um Estado, formam um bloco normativo de hierarquia constitucional”.

A primeira vez que apareceu no ordenamento pátrio foi no julgamento da ADI 595, pelo STF, em 2002, e desde então, dada a sua tímida aplicabilidade pela Corte Suprema, vê-se poucos efeitos reverberando na jurisprudência nacional.

Essa cautela, tanto no reconhecimento (tardio) do bloco de constitucionalidade, quanto o seu escasso uso, se devem justamente pelo fato de que esta teoria se encontra intrinsecamente ligada à cláusula de tipicidade dos direitos humanos, vez que, dada a sua natureza, sustenta ainda mais a compatibilidade material dos tratados e seu entendimento, enquanto normas constitucionais. Ambas as temáticas, bloco de constitucionalidade e da cláusula da não tipicidade, possuem opiniões ainda não pacificadas pelo Supremo Tribunal Federal, sendo imprescindível o seu futuro enfrentamento para a revisão de sua posição com relação aos direitos materialmente constitucionais.

A intenção do bloco de constitucionalidade é reunir as normas de valor constitucional, materialmente compatíveis a ela, capaz de complementar o seu sentido e interpretação de suas normas, servindo-lhes, inclusive como parâmetro de controle das leis infraconstitucionais.

Uma das passagens interessantes do voto do Min, Celso de Mello (2008, p.30), em tópico precedente, é a referência à doutrina de Flávia Piovesan, em que realça a materialidade dos tratados internacionais em direitos humanos anteriores à EC 45/2004, quando diz que “por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do 'quorum' de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade”.

Com esta sapiência de inclusão dos direitos desta forma e a consolidação da ideia de que são direitos “*materialmente*” fundamentais, é plenamente plausível concluir que estes sejam protegido pela força do art. 60, §4º, na forma de cláusulas pétreas, assim como, também, enquanto mecanismos de parâmetro de controle, sendo defendidos em sede das ações diretas (seja de inconstitucionalidade ou como tutelados na arguição de descumprimento de preceitos fundamentais, quando violados).

Em relação ao objeto deste estudo o bloco de constitucionalidade manifesta-se como um modelo amplo de matérias a serem visualizadas como parâmetros de controle convencional, pois traz à tona não apenas as leis formais, mas aquelas normas de caráter constitucional que permitirão uma maior interpretação e atualização do direito interno.

3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO: CONSIDERAÇÕES

A ideia defendida sobre a aplicabilidade das normas materialmente constitucionais recepcionadas pelo art. 5, § 2º, da CRFB, como detentoras de valor de norma constitucional, alcançam as mesmas características inatas às normas sobre direitos fundamentais, custodiados pelo art. 60, § 4º, enquanto cláusulas pétreas, tutelados pela Lei Fundamental, força vinculante pelo Poder Público e, também, a capacidade de figurarem como parâmetro de controle de constitucionalidade das normas.

Tal parâmetro se refere ao critério constitucional utilizado pelos juízes, tribunais e pelo Supremo Tribunal Federal no exame de compatibilidade de lei ou ato normativo que venha a ser identificado como lesivo à ordem jurídica em que se encontra.

Portanto, neste momento, faz-se necessário expor as características e funcionamento do controle de constitucionalidade no ordenamento pátrio, a fim de apontar sua relevância e esclarecer o funcionamento deste mecanismo de verificação da conformidade da legislação infraconstitucional.

Conforme, brevemente, citado, o Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil é a ferramenta “judicial” (CUNHA JR., 2016, p. 269) que permite o exame de compatibilidade de lei ou ato normativo primário, tendo como parâmetro de aferição a própria Constituição Federal de 1988, sendo exercido pelos juízes e tribunais estaduais em sua modalidade difusa-incidental, incorporado pelo modelo estadunidense de controle, e na forma concentrado praticado pelo Supremo Tribunal Federal, por força da integração da teoria austríaca de controle, caracterizando-se, portanto, como um controle misto (MORAES, 2016, p. 1131).

A importância do controle jaz na proteção aos limites constitucionais de aplicação da lei ou no momento de sua criação. Em outras palavras, visa garantir a supremacia da Constituição (CUNHA JR., 2016, p. 232) sobre as leis e atos normativos a ela subordinados, através de fiscalização dos órgãos competentes constitucionalmente para fazê-lo. Na lição de CUNHA JR.:

“(…) o controle de constitucionalidade ocorre assim: quando houver dúvida se uma norma entra em conflito com a Constituição, o órgão ou os órgãos competentes para o controle de constitucionalidade, quando provocados, realizam uma operação de confronto entre as normas antagônicas, de modo que, constatada a inequívoca lesão a preceito constitucional, a norma violadora é declarada inconstitucional e tem retirada, em regra retroativamente, a sua eficácia, deixando de irradiar efeitos, quer para o caso concreto (no controle concreto), quer para todos ou “erga omnes” (no controle abstrato)”. P. 233.

Em linhas gerais, portanto, é a “expressão da supremacia da constituição sobre os atos normativos e leis inferiores à ela” (MORAES, 2016, p. 1118), e possui como finalidade “verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais” (MORAES, 2016, p. 1120).

Aquela norma que for posta em confronto com a Constituição Federal poderá ser examinada sob o aspecto formal, material, ou ambos, a depender de qual seja a origem da suposta inconstitucionalidade arguida.

Requisitos formais tratam do aspecto procedimento, que a lei ou ato normativo deverá seguir para que seja considerada compatível, em face das regras constitucionais. Vícios de forma estão comumente associados à malignidade na iniciativa legislativa, “vício formal subjetivo” (MOARES, 2016, p. 1121), e a mácula à procedibilidade de construção legislativa constante na Seção VIII da Constituição Federal de 1988 (MOARES, 2016, p. 1122), a inconstitucionalidade formal propriamente dita.

O vício de competência afigura-se, por exemplo, quando um Estado Federado toma para si competência legislativa privativa da União, ao sancionar lei sobre qualquer das disciplinas constantes no art. 22, da CRFB, conforme aduz SARLET (2017, p. 1085): “no que toca a certo tema, a iniciativa de apresentação de projeto de lei, ou seja, a incoação do processo de produção da lei, pode ser privativa de determinado órgão ou agente público”. Neste caso, a norma promulgada nasce eivada de inconstitucionalidade.

Já a inconstitucionalidade formal, propriamente dita, relaciona-se diretamente com os procedimentos e competência necessárias à criação de leis ou atos normativos nos moldes dos artigos 59 a 68 da CRFB/88.

Por sua vez, a inconstitucionalidade material diz respeito à compatibilidade do conteúdo da lei ou ato normativo, ou seja, quando o legislador não honra com os limites materiais, princípios e valores inscritos na CRFB, para o exercício da atividade legislativa, nas palavras de SARLET (p. 1088) “há inconstitucionalidade material quando a lei não está em consonância com a disciplina, valores e propósitos da Constituição”. Aborda-se aqui os limites ao que o Poder Legislativo está vinculado, ou seja, tudo aquilo que for flagrante contrário à Constituição ou a sua interpretação dada pela Suprema Corte, padecerá tendo em vista a inconstitucionalidade material que a permeia, vedando-se “exceder ou ficar aquém dos limites da Constituição” (SARLET, 2016, p. 1088)

Ambas espécies de inconstitucionalidades, quando declaradas, resultam na incompatibilidade daquela lei e na sua nulidade, em face ao ordenamento em que está inserida,

retroagindo seus efeitos desde a origem (*ex tunc*). Mas, há exceção na legislação nacional como o art. 27, Lei 9868/99, que faculta ao STF, observando a segurança jurídica ou excepcionalidade do caso para o interesse nacional, “por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. Ao que na doutrina fica conhecido como a “modulação da eficácia temporal” (CUNHA JR, 2016, 282).

Quando se fala no parâmetro de controle, ou seja, qual a extensão da norma jurídica que determinará o limite à atuação do Poder Público. Para tanto, existem três correntes para determina-lo: “a) toda a Constituição formal, incluindo os princípios e regras implícitos; b) apenas alguns dispositivos da Constituição, ou c) um bloco formado pela Constituição formal mais os princípios superiores definidos como direito supralegal. ” (CUNHA JR, 2016, p.265). Nesta senda, cumpre evidenciar que o modelo brasileiro alcança a primeira hipótese; portanto, para todo o tipo de controle de constitucionalidade, seja ele difuso ou concentrado, o parâmetro será o mesmo: a Constituição Federal.

Sobre o mencionado bloco de constitucionalidade, reconhecido pelo STF, em virtude da timidez em seu uso, ainda não atingiu a alçada de figurar como parâmetro de controle, todavia, por tudo já exposto até o momento, é defensável o entendimento de que as normas pertencentes ao bloco de constitucionalidade brasileiro podem servir como parâmetro para a discussão da validade de leis e atos normativos do Poder Público.

Por hora, se faz uma observação, que será exposta mais à frente, na qual se defende neste trabalho, a possibilidade de um entendimento interpretativo sobre lei nacional, oriundo do Controle de Convencionalidade - praticado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos - poder figurar como parâmetro para apresentação de ação direta de inconstitucionalidade por ação ou arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Já o objeto da análise de constitucionalidade em qualquer dos modelos, tanto no difuso quanto no concentrado, será toda lei ou ato normativo primário, desde que federal, que viole a constituição, sob seu aspecto formal (atinente ao procedimento e iniciativa legislativa) ou material (quando relacionado ao conteúdo da matéria legislativa) (MORAES, 2016, p. 1148).

Quando se tratar do momento em que é feito controle, este poderá ocorrer de modo preventivo ou repressivo.

O primeiro, como se pode inferir do seu nome, ocorre antes da própria existência do ato no plano jurídico, ou seja, durante o processo de sua criação. No Brasil, o controle preventivo não é legalmente previsto e seu uso é escasso, admitindo-se, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a sua ocorrência para discutir critérios de formalidade da lei, no curso da sua

criação, devendo ser apresentado por congressista através de Mandado de Segurança endereçado ao STF (CUNHA JR., 2016 p. 267).

O segundo, por consequência, ocorrerá após “a conclusão do processo de elaboração do ato, independentemente de encontrar-se o mesmo em vigor” (CUNHA JR., 2016, 266) e abarca as modalidades mencionadas de controle difuso incidental e concentrado.

O controle difuso é entendido como espécie de controle de constitucionalidade que poderá ser exercido por qualquer juízo ou tribunal que se depare com incidente de inconstitucionalidade no curso de um processo.

A teoria do controle difuso surgiu no direito norte americano, no caso *Marbury vs. Madison*, em que o juiz ao decidir sobre a controvérsia do caso entendeu que:

“ (...) **a interpretação das leis era uma atividade específica dos juizes**, e que entre essas figurava a leis constitucional, como a lei suprema, de tal modo que, **em caso de conflito entre duas leis a aplicar a um caso concreto, o juiz deve aplicar a lei constitucional e rejeitar, não a aplicando, a lei inferior** (...) ou a Constituição é a lei suprema e prepondera sobre todos os atos legislativos que com ela contrastam ou a Constituição não é suprema e o poder legislativo pode muda-la ao seu gosto através de lei ordinária” (grifo meu) (CUNHA JR., 2016, p.237)

No controle difuso de constitucionalidade, portanto, impera a doutrina da supremacia constitucional, a qual “se expressa em uma vinculação mais forte: a Constituição vincula o juiz mais fortemente do que as Leis, as quais somente poderão ser aplicadas se estiverem em conformidade com a Constituição” (ENTERRÍA apud CUNHA JR, 2016, p. 237). Ou seja, o juiz, enquanto aplicador da lei, possui o dever de interpretá-la de acordo com a Constituição e realizar o exercício de compatibilidade dela no caso em que foi levantada.

Como consequência desta tese, entendeu-se que, dentro de um sistema jurídico, a Constituição e as suas normas imperam a supremacia em face das normas infraconstitucionais, “devendo sempre prevalecer, de tal sorte que, diante da desconformidade entre a Constituição e uma lei, o juiz é obrigado a aplicar a Constituição e não aplicar a lei que, nesse caso, é irrita”. (CUNHA JR., 2016, p 239)

A recepção desta tese, historicamente, apareceu na Constituição Republicana de 1891, em que permitia aos tribunais dos estados a “negar a validade às leis federais, quando contrárias à Constituição quando o Poder Legislativo, (...) não se teve nos limites, em que a Constituição o autoriza a legislar” (MORAES, 2016, p.1134).

Na Constituição Federal de 1998, o controle difuso-incidental pode ser praticado por qualquer juiz ou tribunal que se depare com incidente de inconstitucionalidade no curso de um processo, enquanto questão prejudicial, “a declaração de inconstitucionalidade é necessária

para o deslinde do caso concreto, não sendo, pois, objeto principal da ação” (MORAES, 2016, 1135). Esse modelo de controle também é conhecido como “por via de exceção ou defesa”, justamente pela questão de inconstitucionalidade decorrer de natureza não-principal, sem a qual não pode ser resolvida a questão principal.

A inconstitucionalidade tratada no controle difuso surge diante de um caso concreto, no qual para que seja dada sua solução, deve-se antes ser resolvida a controvérsia sobre a incompatibilidade, formal ou material, de lei ou ato normativo suscitado no decurso do processo.

O texto Constitucional de 1988 reconhece ainda a possibilidade de controle difuso praticado por tribunais estaduais, impondo-lhes, contudo, cláusula de efetividade, em seu art. 97, no qual estatui que “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público” (MORAES, 2016, p. 1131).

Esta regra, conhecida como cláusula da reserva de plenário, garante maior segurança jurídica e uniformidade das decisões sobre inconstitucionalidade proferida por tribunais, sob pena de nulidade da declaração de incompatibilidade, ou tão somente de afastamento da norma, se proferida por órgão fracionário ou que não respeite o procedimento, consoante previsão da Súmula Vinculante nº 10: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CRFB, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

É relevante destacar, ainda, que a ordem imposta pela cláusula de reserva de plenário atinge também o Supremo Tribunal Federal para a declaração de inconstitucionalidade quando se tratar de controle concentrado (MORAES, 2016, p. 1135),

Existem, entretanto, exceções à aplicabilidade da regra da Súmula mencionada quando: a) houver o pronunciamento da constitucionalidade de lei ou ato do poder público; b) a lei invocada ao caso concreto for interpretada de modo a ser inaplicável à lide; c) se for invocada lei anterior ao texto constitucional vigente que com este seja incompatível, solucionando-se através da revogação daquela (CUNHA JR., 2016, p.278).

No rol das excepcionalidades do art. 97, a Corte Suprema entende que quando já existir pronunciamento sobre inconstitucionalidade da lei pelo pleno do STF ou quando o pleno do tribunal já tenha decidido sobre a controvérsia judicial sobre o mesmo ato do Poder Público, fica dispensada a obrigatoriedade da cláusula de reserva de plenário. (MORAES, 2016, p.1135).

Agora, uma vez declarada a inconstitucionalidade de uma norma no curso incidental de um processo, os seus efeitos merecem atenção, já que atingem somente aos sujeitos da lide,

“inter partes”, e a situação jurídica da lei inconstitucional será “ex tunc”, nas palavras de MORAES (2016, p.1139), “desfaz-se, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as consequências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica”.

A Constituição Federal também reconhece a possibilidade de alteração do efeito “inter partes” para “erga omnes”, atribuindo ao Senado Federal, por força do art. 52, X, competência privativa para “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Essa participação do Poder Legislativo no Controle Difuso ocorrerá apenas após a declaração de inconstitucionalidade, quando for oficiado pelo STF para que adote a respectiva medida, não estando obrigado a atuar sem que seja chamado a fazê-lo (MORAES, 2016, p. 1136).

Após o ofício do Supremo Tribunal Federal ao Senado, de decisão definitiva sobre inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, este órgão ficará responsável por suspender a execução da lei, através de resolução “que terá efeitos ‘erga omnes’, porém, ‘ex nunc’, ou seja, a partir da publicação da citada resolução senatorial. Efeitos tão somente ‘ex nunc’.” (MORAES, 2016, p. 1136).

Já no tocante ao controle concentrado, este teve origem na tese austríaca, a qual consiste em reservar o controle de constitucionalidade das leis a um único tribunal, conhecido como Tribunal Constitucional, e difere, principalmente, do modelo anterior pela concentração da competência (aspecto subjetivo), a sua forma de propositura (aspecto modal) e pelos efeitos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade (aspecto funcional) (CUNHA JR., 2016, 246).

Sistematicamente, o primeiro diz respeito à concentração em uma única Corte para a aferição da constitucionalidade, ou inconstitucionalidade, de lei ou ato do Poder Público, conforme explica MORAES (2016, p. 1147) “este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto, mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal”. Já o segundo aspecto, refere-se ao modo com o qual é proposta, sendo pela via direta, através de petição direcionada à própria Corte Constitucional, como questão principal, as petições endereçadas ao STF, no Brasil, são conhecidas como ações diretas. E, por fim, a respeito do seu sentido funcional têm-se que atinge a todos (“erga omnes”), vinculando todos os órgãos do Poder Público.

No Brasil, o modelo austríaco de controle foi incorporado no ordenamento nacional na Lei Fundamental de 1988, em seu art. 102, I, a, o qual atribui competência ao Supremo Tribunal

Federal para guardar a “constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

Somente através do controle concentrado de constitucionalidade é que se pode discutir a lei em tese, “in abstrato”, ou seja, o exame da compatibilidade da lei será feito em face aos limites constitucionais para apreciar o seu pertencimento ou não ao ordenamento jurídico. Conforme entendimento de MORAES (2016, p.1148), o objetivo a ser alcançado pela declaração de inconstitucionalidade é “à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais”

O controle abstrato poderá ser suscitado através das ditas ações diretas, cada qual com objeto específico, quais sejam elas: para questionar atos comissivos (ADI) ou omissivos (ADO) do Poder Público, assim como suscitar a necessidade de abolir as controvérsias jurisprudenciais com escopo de uniformizar as decisões do Poder Judiciário (ADC), e, também, arguir eventuais violações praticadas em face aos preceitos fundamentais tutelados pela Constituição (ADPF). O procedimento das três primeiras, encontra-se na Lei 9868/99, enquanto a última possui procedimento particular descrito na Lei 9882/99.

A Constituição Federal, conforme inteligência do art. 103, estabelece um rol específico de legitimados para a propositura das ações diretas: o Presidente da República, as respectivas Mesas do Congresso Nacional, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado, ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Destaca-se para o fato do qual, dentre os legitimados há uma divisão entre os especiais, que devem apresentar pertinência temática para a propositura da ação (a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado, ou do Distrito Federal e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional), e os universais, dispensados de provar pertinência tendo em vista a defesa do interesse nacional que eles representam.

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo posto em apreço, alcançará todos os atos dele decorrentes até a origem (“ex tunc”), bem como, em face a todos (“erga omnes”) ao vincular todos os órgãos do Poder Público a respeitá-la, consoante percepção de MORAES (2016, p.1178) sobre a sentença de inconstitucionalidade que “decreta a total nulidade dos atos emanados do Poder Público, desampara as situações constituídas sob

sua égide e inibe – ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos – a possibilidade de invocação de qualquer direito”.

Ao controle abstrato também incide a hipótese de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, devendo cumprir os mesmos requisitos citados em sede de controle difuso, “a decisão da maioria de dois terços dos membros do Tribunal (...) presença de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social” (MORAES, 2016, p 1180).

Diante o exposto, exaurida a temática do controle brasileiro de constitucionalidade, tendo sido apresentado o funcionamento deste instituto e sua relevância para o ordenamento pátrio, a seguir, será apresentado o sistema regional americano e o controle de Convencionalidade como modelo de proteção e efetivação dos direitos humanos, e, por fim, como mecanismos complementares de verificação da constitucionalidade de uma norma nacional, tanto com a Constituição servindo como parâmetro, quanto a Convenção Americana de Direitos Humanos e a interpretação que a Corte IDH faz dela.

4 DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

O compromisso mundial em proteger a dignidade da pessoa humana e enxergar o nacional de um país enquanto sujeito internacional de direitos, que devem ser respeitados em qualquer lugar do planeta, ganhou forma e força com as instituições internacionais nascidas no pós-guerra, a fim de evitar que se repitam os atentados contra a vida e perseguições cometidos no período nazifascista.

Entidades como as Nações Unidas (ONU, 1945), Organização dos Estados Americanos (OEA, 1948) e o Conselho da Europa (posteriormente nomeado União Europeia, 1949), se insurgiram como núcleos de unificação das nações, com o objetivo principal de salvaguardar a integridade da pessoa e alcançar a harmonia entre povos, e para tanto, cada um desenvolveu o seu próprio sistema de proteção aos direitos humanos dos indivíduos pertencentes a cada um dos Estados signatário.

O escopo deste trabalho releva foco do sistema regional de proteção americano, oriundo da OEA.

4.1 O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

O sistema interamericano surgiu por iniciativa dos países membros da OEA, em 1969 – entretanto, autores como GUERRA (2013, p. 138), sinalizam que, muito antes do seu surgimento, a mencionada organização já possuía instrumentos enaltecendo a preocupação com a proteção dos direitos humanos, como a Carta de Organização da OEA e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. A princípio, estes documentos estabeleceram regras que não possuíam um condão vinculante tão forte, ou seja, apresentaram-se de forma menos protetivos, tão somente dedicando-se a estabelecer um rol de direitos fundamentais comuns aos Estados-parte, bem como, condicionava deveres àqueles para a fiscalização e cumprimento dos direitos humanos em seu território.

No ano de 1969, na cidade de San José, Costa Rica, os países membros da OEA, reuniram-se para decidir sobre a criação de um novo instrumento que fosse capaz de efetivar a proteção aos direitos humanos no continente americano – exsurge, portanto, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) ou Pacto de San José da Costa Rica (PIOVESAN, 2019, p. 153).

A Convenção Americana surge de modo a refinar a tutela dos direitos humanos nos territórios nacionais dos países signatários da OEA, que, nas palavras de Cansado Trindade (apud Guerra, 2013, p.139), passou por diversas fases que possibilitaram a sua evolução, enquanto mecanismo de proteção internacional, as que sistematiza “antecedente histórico, período de formação, fase de institucionalização convencional, fase de consolidação e fase de aperfeiçoamento”.

O sistema de proteção interamericano possui correlação com o surgimento da OEA e toda a proposta de unificação dos países americanos, estendendo laços econômicos, culturais e protetivos – relembrando aqui o art. 4º, IX, da CRFB88, no qual apresenta o princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, somando-se ainda o parágrafo único do mesmo artigo que versa sobre a busca de integração política, econômica, social e cultural com os demais países da América Latina.

A inovação do Pacto de San José fica por conta da sua amplitude protetiva e fiscalizadora, a qual prevê a existência de dois órgãos independentes e imparciais responsáveis pelo papel de fiscalização e avaliação dos mecanismos domésticos de respeito às determinações e direitos inscritos na Convenção Americana: a Comissão Interamericana (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (GUERRA, 2013, p. 144).

A primeira, em linha gerais, é responsável por “promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América” (PIOVESAN, 2019, p. 157), e o faz através da confecção de estudos e relatórios sob a situação dos direitos humanos em cada Estado-parte, o qual quando necessário, conterà as recomendações a serem seguidas, e reportar anualmente à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos um informe sobre todos os membros. Salienta-se que, o alcance da competência da Comissão se estende, também, aos “Estados integrantes da OEA, em relação aos direitos consagrados na Declaração Americana de 1948” (GUERRA, 2013, p. 146)

A Comissão ainda é competente para conhecer as petições ou comunicações de violações a direitos humanos que tenham ocorrido em algum dos países signatários do Pacto de San José, por pessoa, grupo de pessoas ou entidades não governamentais que sejam reconhecidas pelos Estados-parte (Art. 44, CADH).

Atenta-se ao fato pelo qual, quando a Comissão aceita a petição ou comunicação – avaliados os seus requisitos de admissibilidade contidos no art. 46, da CADH – esta atuará em primeiro momento enquanto órgão investigador, responsável por requerer do Estado as informações referentes ao fato violador, e, após a reunião de dados, operará como mediadora, em segundo momento, para tentar conciliar entre a vítima e o Estado formas de cercear a

violação e evitar a sua reincidência, conforme as regras preconizadas no art. 48, da CADH (GUERRA, 2019, p. 155).

No exame da alçada restam possíveis as opções: a) se houver solução amistosa entre a vítima e o Estado-parte, a Comissão redigirá um informe com o resultado alcançado e reiteração do compromisso do Estado em coibir novas violações, que será eventualmente fiscalizado pela Comissão, no prazo fixado no relato (Art.49, da CADH); b.1) não havendo composição amigável, a Comissão elaborará um relatório com a descrição dos fatos e as suas conclusões, sendo finalmente encaminhado ao Estado que terá 3 (três) meses para sanear a violação (Art. 50 CADH); e b.1) caso no prazo estipulado, o Estado não tome as providências para reforçar a assistência e proteção aos direitos humanos, será redigido novo relatório, de caráter mandatório, com as indicações que deverão ser obedecidas e efetivadas pelo Estado, sob pena de submissão do caso à Corte (do voto unânime dos membros da Comissão) (art. 51, CADH). No entender de PIOVESAN (2019, p. 163), com a reiterada atuação da Comissão, a remessa à Corte, na última opção, poderá ser procedida automaticamente.

Observa-se que, no sistema interamericano existe uma limitação ao “jus standi”, ou seja, à capacidade de propositura de petições diretamente à Corte IDH, sendo legitimados apenas a Comissão Interamericana e os Estados-parte, “não estando prevista a legitimação do indivíduo, nos termos do art. 61 da Convenção Americana” (PIOVESAN, 2019, p. 163).

O segundo órgão, a Corte Interamericana atua em casos contenciosos encaminhados pela Comissão, quando esta não conseguir conciliar amistosamente o impasse entre vítima e Estado ou quando por votação unanime de seus membros entender pertinente a remessa, ou por solicitação de algum dos Estados-partes para consulta de opinião relativa a interpretação da CADH sobre lei doméstica (PIOVESAN, 2019, p.165).

Guerra (2013, p. 161) sistematiza a competência contenciosa da Corte em três elementos: a) “*ratione personae*”, que se refere ao já mencionado “jus standi” e a legitimidade restrita para acionar a Corte – o autor pontua que a importância do exercício de petição individual pela vítima “representa um resgate histórico do individuo como sujeito de Direito Internacional dos Direitos Humanos” (TRINDADE apud GUERRA, 2013, p. 162); b) “*ratione materiae*”, a qual estabelece que o objeto das petições deverá estar correlacionado a disciplina da CADH; c) “*ratione temporis*”, enfatizando que há uma limitação temporal para o conhecimento de uma ação.

Por sua vez, as opiniões consultivas proferidas pela Corte Interamericana dizem respeito “a capacidade da Corte poder se manifestar nas consultas que lhe forem encaminhadas pelos Estados-partes, emitindo pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas

e os instrumentos internacionais” (GUERRA, 2013, p. 163), e integram o arcabouço jurisprudencial deste órgão.

Em sua vasta jurisprudência, a Corte, além de reconhecer em suas sentenças a violação praticada e estabelecer obrigações positivas e negativas (PIOVESAN, 2019, p. 155,156) a serem cumpridas pelo Estado-parte, pode condená-lo, ainda, ao pagamento de uma justa compensação ao dano sofrido pela vítima (PIOVESAN, 2019, p. 171). Sendo que a própria sentença valerá como título executivo, conforme regra do Art. 63, 1, CADH.

Não se limitando a aspectos materiais e obrigacionais, a Corte Interamericana, a cada caso, pode vir a realizar um controle de Convencionalidade (PIOVESAN, 2019, p. 166) entre a legislação doméstica e a própria Convenção Americana, a fim de auferir a compatibilização das normas nacionais com as obrigações internacionais em que o Estado-parte se comprometeu, assunto este adiante explorado.

O Brasil aderiu a CADH em 1992, pelo Decreto nº 678/1992, anuindo automaticamente à competência da Comissão Interamericana (PIOVESAN, 2019, p.159), e somente em 1998 reconheceu a competência da Corte interamericana, através do Decreto Lei nº 89/1998 (PIOVESAN, 2019, p. 172) e desde então coleciona condenações por ofensa a direitos humanos em território nacional.

4.2 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PRATICADO PELA CORTE IDH

Conforme já mencionado, as sentenças proferidas pela Corte Interamericana possuem força vinculante (PIOVESAN, 2019, 171), no sentido em que obrigam ao Estado condenado o seu cumprimento voluntário, independente do conteúdo: seja da tomada de providencias para cercear a violação e impedir que novas situações ocorram, a justa compensação pelo dano praticado ou até o comando de revisão ou revogação da legislação interna (GUERRA, 2013, p. 176).

Sobre a obrigatoriedade de revisão das normas domésticas, convém explicar que, durante a atividade judicante da Corte interamericana, este tribunal internacional está autorizado a “opinar sobre a compatibilidade de preceitos da legislação doméstica em face dos instrumentos internacionais, efetuando, assim, o ‘controle de convencionalidade das leis’”, como leciona PIOVESAN (2019, p. 166).

De modo bem esclarecedor, RAMOS (2020, p. 371) conceitua o controle de Convencionalidade da seguinte perspectiva:

“O controle de convencionalidade consiste na análise da compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organizações internacionais). Esse controle pode ter efeito negativo ou positivo: o efeito negativo consiste na invalidação das normas e decisões nacionais contrárias às normas internacionais, resultando no chamado controle destrutivo ou saneador de convencionalidade; o efeito positivo consiste na interpretação adequada das normas nacionais para que estas sejam conformes às normas internacionais (efeito positivo do controle de convencionalidade), resultando em um controle construtivo de Convencionalidade.”

Esta atividade de compatibilização das normas internas, tendo como parâmetro a Convenção Americana ou a interpretação dos seus dispositivos feita por aquele tribunal internacional, propicia, nas palavras de GUERRA (2013, p. 173), “uma transmutação hermenêutica dos direitos fundamentais”, ou seja, permite a sua constante renovação e a abertura de um diálogo entre o âmbito de proteção internacional e doméstico.

A importância da frequente atualização dos direitos humanos no território americano é evidente, por exemplo, nas reiteradas decisões em matéria de leis de anistia, ou auto anistia, proferidas pela Corte Interamericana, nas quais entendeu pela “inconvencionalidade” de tais normas em face aos preceitos da Convenção Americana “por afrontarem direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, obstando o acesso à justiça, o direito à verdade e a responsabilização por graves violações a direitos humanos” - as polêmicas questões envolvendo o direito a verdade e o desaparecimento forçado de pessoas durante os períodos ditatoriais (PIOVESAN, 2019, p. 179), vivenciados na América Latina - principalmente Brasil, Chile, Argentina e Peru – sendo pioneiro o caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, sobre o reconhecimento do Controle de Convencionalidade praticado por este tribunal internacional.

O Brasil, no que lhe concerne, também já sofreu duas condenações relativas à inconvencionalidade da Lei de Anistia nº 6683/79: a primeira, no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, em 2010, e a segunda, no caso *Vladimir Herzog vs. Brasil*, em 2018. Em ambas situações, a Corte Interamericana reforçou a incompatibilidade de leis que anistiam crimes de grave violações a direitos humanos com a CADH (PIOVESAN, 2019, p. 179).

Para todos os efeitos, é entendimento consolidado na Corte Interamericana de Direitos Humanos que “as leis de anistia violam o dever internacional do Estado de investigar e punir graves violações a direitos humanos” (PIOVESAN, 2019, p. 180).

Ocorre que, a atuação de tribunais internacionais sobre temas domésticos é dotada de natureza subsidiária, no entender de CANÇADO TRIDADE (apud PIOVESAN, 2019, p. 171) cujo “os Tribunais internacionais de direitos humanos existentes não substituem os Tribunais

internos, e tampouco operam como tribunais de recursos ou de cassação de decisões dos Tribunais internos”.

Nesta senda, conforme leciona MAZZUOLI (2018, p. 30), a atividade de compatibilização da norma interna, tendo como parâmetro a CADH, deverá ser precípua e, preferencialmente, exercido pelos tribunais internos, em sede de Controle Convencional Difuso, e relegado à Corte Interamericana sua subsidiariedade. Veja-se:

“Para além da obrigação convencional, o controle de Convencionalidade é também obrigação decorrente de jurisprudência constante da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a ‘interprete última’ da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Em seus reiterados pronunciamentos, a Corte Interamericana tem demonstrado a preocupação de que seja o controle de Convencionalidade bem exercitado pelo Poder Judiciário dos Estados-partes à Convenção Americana, pelo que atribui aos juízes desses Estados a obrigação primária (inicial, imediata) de compatibilização das normas internas com os mandamentos dos instrumentos internacionais de direitos humanos de que o Estado é parte” (grifo meu)

Em suma, é admitido o controle de Convencionalidade praticado pela Corte Interamericana, conquanto esteja evidente a leniência do Poder Judiciário do Estado-parte na apreciação da matéria, corrente essa a qual se concorda neste ensaio.

O capítulo seguinte será dedicado ao Controle de Convencionalidade praticado no Brasil e os eventuais entraves, por exemplo, na adesão de decisões proferidas pela CADH, como sendo um tratado de natureza tão somente supralegal de acordo com o STF.

5 CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Conforme visto, precedentemente, e defendido no capítulo sobre as nuances do art. 5º, da CRFB, tanto os direitos provenientes de tratados internacionais recepcionados pela cláusula de não tipicidade do § 2º, quanto àqueles aprovados pela regra do § 3º, são compreendidos como normas constitucionais passíveis de atuar enquanto paradigma de controle de convencionalidade das leis (MAZZUOLI, 2018, p. 116).

Objetivamente, segundo MAZZUOLI (2018, p. 35) tal instituto refere-se à “compatibilização vertical das normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos (mais benéficos) em vigor no Estado”. Em outras palavras, significa que, todo o arcabouço legislativo infraconstitucional, além de respeitar os preceitos presentes na Constituição Federal, também deve obediência às convenções sobre direitos humanos em vigor no plano internacional e ratificados pelo país.

A partir dessa ideia, quando for identificada lei infraconstitucional - que esteja em desacordo com qualquer dos parâmetros mencionados- a norma dissonante será considerada inválida pelo ordenamento pátrio, por não apresentar compatibilidade material e/ou formal com aqueles (MAZZUOLI, 2018, p. 126).

O primeiro instante em que se ouviu falar nesta espécie de controle da validade das leis decorreu dos julgados proferidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, mais precisamente no caso *Almonacid Arellano vs Chile* (PIOVESAN, 2019, p. 179), em 2006. O que chama atenção nesta sentença é o fato do tribunal interamericano reconhecer como dever precípua do Poder Judiciário de cada um dos Estados-parte conduzir à verificação da conformidade do direito interno com os preceitos inscritos na CADH:

“A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas **quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias** a seu objeto e a seu 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 aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Nesta tarefa, **o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo.**” (Parágrafo 124 da Sentença *Almonacid Arellano vs Chile*, 2006) (grifo meu)

Se extrai do julgado, acima, que a investigação da harmonia entre norma doméstica e o Pacto San José da Costa Rica seguirá os dispositivos do mencionado tratado e a interpretação deles feita pela Corte, valendo-se da premissa de que, toda vez em que o Tribunal interamericano proferir uma decisão contenciosa, os Estados-parte são obrigados a conhecê-la vinculando, não somente o Estado condenado, mas, todos os demais (MAZZUOLI, 2018, p. 38).

Ainda sobre a sentença, a própria Corte IDH manifesta-se expressamente no sentido de indicar a competência do exame da convencionalidade aos magistrados locais, a dizer, equivale a um exercício principal e interno dos juízes e tribunais (brasileiros) por possuírem “maiores condições de avaliar o grau da violação de direitos humanos em causa, além de serem melhores conhecedores das realidades e complexidades locais” (MAZZUOLI, 2018, p. 40). Outra razão que reforça esta orientação da Corte Interamericana é o fato de chegarem a julgamento somente “grandes temas ou assuntos abrangentes” (MAZZUOLI, 2018, p.124), como os casos de desaparecimento forçado durante regimes ditatoriais ou relativos a direitos sociais, por exemplo – não é “qualquer” violação à direitos humanos que consegue chegar à Corte, sem antes ter sido processada e solucionada pela CIDH.

Por fim, se esclarece que a atividade da Corte, não deve usurpar as competências cabíveis ao Poder Público interno de cada país, inclusive as incumbências do Poder Judiciário local, sendo somente permitido ao órgão de jurisdição internacional a atuação subsidiária (GUERRA, 2013, p. 153), ou seja, quando os Estado-partes não promoverem as ferramentas adequadas a solução de violação contra direitos humanos em seu território (Art. 46, 2, alíneas, “a”, “b”, e “c”, da CADH).

No Brasil, já se poderia falar sobre o controle de convencionalidade das leis, por força da recepção dos direitos provenientes de tratados ou outros regimes adotados pelo Estado, como se admite a sua compatibilidade material com a Constituição, contudo, somente a partir da EC nº45/2004, os doutrinadores nacionais iniciaram um debate mais aprofundado sobre o tema.

Isso deveu-se pelo fato da introdução do §3º, ao Art.5, da CRFB, que considerou os tratados de direitos humanos, aprovados por maioria qualificada de três quintos dos membros de cada casa do Congresso Nacional e sancionados pelo Presidente da República, com natureza equivalente às Emendas Constitucionais, permitindo a estas Convenções as prerrogativas do Art. 60, § 4º, inclusive a possibilidade de serem paradigmas de controle tanto difuso quanto abstrato das normas.

Até 2019, apenas dois tratados, e seus respectivos protocolos facultativos, foram aprovados pela maioria qualificada do Congresso Nacional: os tratados de Marraqueche - para

Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso (D. Nº 9522/2018) e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (D. Nº 6949/2009).

Por tudo dissertado, até o momento, sobre a natureza jurídica das convenções internacionais, que versam sobre direitos humanos, se conclui que, aqueles tratados ratificados pelo Brasil e aprovados até a EC nº45/2004, possuem status de norma materialmente constitucional pela regra do Art. 5º, §2º, da CRFB, enquanto as convenções posteriores à referida emenda, quando vencido o rito descrito no §3º, integram, formal e materialmente, a Carta Magna (MAZZUOLI, 2018, p. 101).

Esta distinção se faz necessária pois, o controle de convencionalidade divide-se em duas modalidades: uma difusa, em que ambos os tratados poderão servir de parâmetro para o debate, e uma abstrata, na qual o julgador somente estará autorizado a realizar o confronto da legislação infraconstitucional em face daquelas convenções que possuem equivalência a emenda constitucional (sendo, por isso, menos “abrangente” que o controle difuso, que comporta tanto os tratados anteriores ou posteriores à EC nº45).

No que tange ao controle difuso da convencionalidade, este poderá ser praticado por qualquer magistrado ou tribunal, no curso de uma lide, quando provocada a discussão por quaisquer das partes, ou “ex officio” pelo próprio juiz (MAZZUOLI, 2018, p.44), considerando que a temática da proteção aos direitos humanos ser “reconhecido como tema de ordem pública internacional” (MAZZUOLI, 2018, p.43).

O magistrado, ao realizar o exame difuso da convencionalidade, deverá ter em conta, não somente, o aporte jurídico nacional, mas, também, todo o corpo legislativo internacional o qual o Brasil se submete, nesse caso: os tratados de direitos humanos em vigor no plano internacional, inclusive a interpretação daquele dada pela Corte correspondente (MAZZUOLI, 2018, p. 39). No país, a Convenção Americana possui compatibilidade material à Constituição e por isto, serve como paradigma de controle difuso.

Um detalhe importante: no caso de não existir, ainda, interpretação sobre dispositivo pela Corte IDH, caberá ao juiz nacional, na função judicante, agir como se juiz internacional o fosse, é o que MAZZUOLI (2018, p. 37) chama de “desdobramento de competências”. Convém alertar que para a compatibilização nesse caso, o juiz nacional, estará vinculado ao princípio “+pro homine”, consagrado em nosso ordenamento através da dignidade da pessoa humana (2018, p. 151) e a prevalência dos direitos humanos (2018, p. 153), a fim de decidir qual norma – doméstica ou convencional – será mais benéfica ao caso em apreço (2018, p. 55).

A título de complementação, as opiniões e pareceres consultivos (GUERRA, 2013, p. 164) proferidas pela Corte IDH também se incorporam ao seu acervo jurisprudencial, funcionando como interpretação a ser utilizada pelos magistrados no controle de convencionalidade (MAZZUOLI, 2018, p. 51).

Importa destacar que, na hipótese em que o juiz ou tribunal alegue não conhecer norma ou entendimento proferido pela Corte Internacional sobre o tratado de maneira a justificar o não exercício do exame da convencionalidade, poderá causar ao país a “responsabilidade do Estado por violação de direitos humanos” (MAZZUOLI, 2018, p. 45) visto que, a ausência de compatibilização por parte dos órgãos de justiça demonstra falta de compromisso com a tutela dos direitos humanos em escala internacional.

O mencionado voto do Ministro Celso de Mello, citado no capítulo segundo deste trabalho, trata do debate da prisão civil por dívida pelo STF no RE nº 446343/SP, e na sua fundamentação, ao referenciar o art. 7 (7) do Pacto San José da Costa Rica, controlou a convencionalidade (MAZZUOLI, 2018, p. 161) ao trazer para discussão a lei mais benéfica ao indivíduo – contudo, conforme já demonstrado em linhas anteriores, não prosperou a ideia de alçar a nível constitucional a CADH, restando caracterizada como norma “supralegal”.

Por sua vez, o controle abstrato de convencionalidade é a espécie de controle adstrita à competência do Supremo Tribunal Federal (MAZZUOLI, 2018, p. 156) e tal característica presente nesta modalidade está relacionada diretamente ao paradigma utilizado: os tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados sob o crivo do §3º e em vigor no âmbito internacional – a complexidade da regra de aprovação dos tratados, diferencia o status dele em face da Lei Fundamental, elevando-os ao nível de norma constitucional por serem material e formalmente compatíveis com ela (MAZZUOLI, 2018, p. 167).

Sob esse prisma, o controle de convencionalidade toma emprestado o uso das Ações Diretas do controle de constitucionalidade, para dar ensejo a observância e compatibilização dos direitos humanos inscritos naqueles tratados, considerando a sua equivalência às EC’s:

“... se a Constituição possibilita sejam os tratados de direitos humanos alçados ao patamar constitucional, com equivalência de emenda, **por questão lógica deve também garantir-lhes os meios que prevê a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional. Nesse sentido, é plenamente defensável a utilização das ações do controle concentrado**”. (MAZZUOLI, 2018, p.171)

Com base na premissa supra, pode-se compreender que, para controlar a convencionalidade e garantir o império de um tratado internacional sobre direitos humanos em

face à norma infraconstitucional, será viável a propositura de uma Ação Direta de Inconvencionalidade e das demais ações de controle concentrado, utilizando-se como objeto-paradigma os dispositivos dos tratados com força constitucional, indicando na petição inicial, em preliminar, se tratar de um controle de convencionalidade (MAZZUOLI, 2018, p. 171).

Nesse caso, frisa-se que o STF é o tribunal competente para sanear esta questão jurídica, vez que, se tratam de dispositivos formalmente constitucionais com consequências internacionais. Por caber-lhe a salvaguarda da Lei Maior, a atividade judicante dos Ministros da Corte Suprema se estende para “além do texto da Constituição propriamente dito, também as normas constitucionais por equiparação” (MAZZUOLI, 2018, p. 169).

Apesar do instrumento em estudo parecer em muito com o controle constitucional, MAZZUOLI alerta para o fato de não se tratar de defesa da constituição em si, mas sim dos tratados que possuem equivalência de emenda. Por isto, se pode inferir quanto uma lei poderá ser considerada válida sob a ótica da Lei Maior, por estar de acordo com o texto e as formalidades, mas ao mesmo tempo poderá ser considerada inconvencional, por não se coadunar com os propósitos da Convenção internacional sobre direitos humanos:

“Se existem normas constitucionais inconstitucionais, por violarem, v.g., o núcleo intangível (cláusulas pétreas) da Constituição, também é possível admitir que existam normas constitucionais inconvencionais, por violarem direitos humanos provenientes de tratados, direitos tais que (justamente por terem status constitucional) também pertencem ao bloco das cláusulas pétreas” (MAZZUOLI, 2018, p. 173)

Nesse sentido, fica claro quão até mesmo uma lei constitucional poderá ser atingida pelo instituto da inconvencionalidade, quando seja demonstrado seu descordo com preceito de tratado internacional posto que “o exercício do controle de convencionalidade deve paralisar a aplicação de uma lei mesmo quando ela seja constitucional” (MAZZUOLI, 2018, p. 170).

Fora do âmbito interno, há, ainda, o controle de convencionalidade secundário e complementar exercido pela Corte IDH, que agirá quando restar demonstrado que os órgãos do Poder Judiciário do país não o realizaram internamente, para equacionar a compatibilidade legislativa com a Convenção Americana em seu lugar, e que por fim, proferirá a decisão de inconvencionalidade (ou não) sendo obrigatório o seu cumprimento pelo Estado (MAZZUOLI, 2018, p. 44).

Diversamente do entendimento da própria Corte IDH, RAMOS (2020, p.372) aduz que o controle principal seria aquele feito pelo Tribunal Interamericano, dada a relevância temática e o âmbito de proteção o qual diz respeito – contudo, neste trabalho nos alinhamos ao próprio

comando jurisprudencial da Corte que entende o seu controle de convencionalidade ser apenas complementar, quando ausente atividade do Poder Judiciário nacional.

De um modo geral, o resultado do controle de convencionalidade, seja o doméstico ou internacional, quando declarar a incompatibilidade de uma lei infraconvencional, quais seriam os seus efeitos consequentes? De certo, a incompatibilidade de norma interna não pode revoga-la – o que só será possível através da edição de nova lei que a elimine do contexto jurídico (Art. 2º, LINDB) -, mas interrompe a sua validade (MAZZUOLI, 2018, p. 127), ou seja, a sua capacidade de produzir efeitos. Em outros termos, a validade de uma norma jurídica está atrelada a sua compatibilidade com a CRFB e com as Convenções em Direitos Humanos das quais faça parte (ela não será materialmente válida, e, portanto, não será capaz de produzir seus efeitos) (MAZZUOLI, 2018, p. 126).

Para chegar a essa conclusão, Mazzuoli se afasta da noção positivista de que vigência e validade da norma seriam sinônimos e recorre a doutrina de FERRAJOLI (apud MAZZUOLI, 2018, p.128) para quem a vigência de uma norma está ligada ao “desenho” dela no ordenamento jurídico e às formalidades que são necessárias à sua criação, enquanto a validade se relaciona com todo o arcabouço principiológico que dá sentido à norma e lhe confere conteúdo:

“Para nós, lei formalmente vigente é aquela elaborada pelo Parlamento, de acordo com as regras do processo legislativo estabelecidas pela Constituição, editadas pelo Poder Executivo, promulgadas e publicadas no DOU, tendo já condições de estar em vigor; **lei válida, por sua vez, é a lei vigente compatível com o texto constitucional e com os tratados internacionais (de direitos humanos ou não) ratificados pelo governo**” (MAZZUOLI, 2018, p.136)

Assim, quando um juiz ou tribunal interno exercitar o controle de Convencionalidade, terá a discricionariedade para avaliar se a aplicação de determinada norma viola ou não tratado sobre direitos humano, que tenha sido incorporado pelo ordenamento nacional, podendo, por via de consequência, declará-la inválida por sua incompatibilidade material com a Convenção paradigma (MAZZUOLI, 2018, p.154), que terá efeito “inter partes”, quando difuso (MAZZUOLI, 2018, p.159), e efeito “erga omnes”, quando abstrato (MAZZUOLI, 2018, p.170).

Mas, existe até então, a possibilidade de “salvamento” da norma inconvenicional, justamente, quando o magistrado, no confronto das leis e no uso do princípio da lei mais benéfica (“pro homine”), entender por atribuir um novo sentido àquela lei, que seria maculada pelo instituto da inconvenicionalidade, confirmando o seu sentido ao tratado que conflitava (MAZZUOLI, 2018, p. 176).

A importância desta exposição reside na abertura de um diálogo entre sistemas jurídicos, atuando como uma ponte entre o ordenamento interno e o sistema interamericano de proteção, em que “ambas as normas (Constituição e tratados) se unem para servir de obstáculo às normas infraconstitucionais que violem os preceitos ou da Constituição ou dos tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte” (MAZZUOLI, 2018, p.162), bem como, propiciam a renovação do direito interno através da atuação dos nossos julgadores na efetivação do controle de convencionalidade, sendo o resultado desta união a eliminação de lei inconveniente que reforça “o ‘diálogo das fontes’ na medida em que se expulsa dessa ‘conversa’ normativa a lei que não tem argumentos válidos que a autorizem a continuar no diálogo” (MAZZUOLI, 2018, p. 148).

Então, por tudo que fora aqui dissertado, se destaca que o controle de convencionalidade atua como instrumento principal do Poder Judiciário nacional na tarefa de compatibilizar a norma interna com dispositivo ou interpretação de tratado internacional – quando a Corte internacional não houver se manifestado sobre, ficará a cargo do magistrado doméstico a solução da lei mais benéfica, utilizando, assim, o princípio “pro homine” ou “pro persona”.

A única ressalva que se faz à tese da convencionalidade, talvez se deva pelo seu debate ainda tímido pela doutrina: o fato de não se considerar a Convenção Americana de Direitos Humanos, recepcionada pela ordem do Art.5, §2º, da CRFB, como norma constitucional de fato, capaz de figurar como paradigma de controle abstrato de convencionalidade pelo fundamento ético e relevância que carrega. Mazzuoli, ao longo de sua tese, limita o controle abstrato aos tratados incorporados pelo §3º, por serem material e formalmente constitucionais, mas não deixa de criticar a segregação cometida pelo legislador brasileiro ao hierarquizar tratados com mesmo fundamento ético (2018, p.87).

Ademais, se pode concluir que, das particularidades do controle de Convencionalidade a nível nacional, é possível constatar que a maior finalidade deste mecanismo é a harmonização entre o Direito Nacional com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao condicionar a atividade dos juízes a “limites verticais materiais, quais sejam: a Constituição e os tratados de direitos humanos alçados ao nível constitucional; b) os tratados internacionais comuns de estrutura supralegal” (MAZZUOLI, 2018, p. 142).

6 ESTADO ATUAL DA CONVENCIONALIDADE NO BRASIL

Após expostos todos os elementos que constituem a recepção do controle de convencionalidade, ou seja, do procedimento de compatibilização da legislação interna com base nos tratados sobre direitos humanos admitidos pela cláusula da não tipicidade (art. 5º, §2º) e pelo rito do §3º, art. 5º, da CRFB, cumpre neste instante a dedicação à análise sobre como e em que ponto nos encontramos com relação a revisão da constitucionalidade (convencionalidade) das leis nacionais em conformidade com a CADH.

Para tanto, será utilizado como base para o exame a ADPF 153 e 320 e as sentenças do Caso Gomes Lund vs Brasil e Herzog vs Brasil, proferidas pela Corte Interamericana que condenaram o país pelas violações a direitos humanos e declararam a inconvencionalidade da Lei de Anistia, também objeto daquelas duas ações mencionadas.

6.1 A REVISÃO DA LEI DE ANISTIA PELO STF E PELA CORTE IDH

Em abril de 2010, o STF julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF, proposta pelo Conselho Federal da OAB, (legitimado pelo Art. 103, VII, da CRFB), que sustentava a existência de “notória controvérsia constitucional” sobre o alcance e a constitucionalidade da anistia concedida pela Lei nº 6683/79, e se tal disposição legal incluía no perdão “os agentes públicos responsáveis, entre outros crimes, pela prática de homicídio, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor” (Petição Inicial, ADPF 153, fl. 3).

Nos votos, com o Relator, oito ministros entenderam pela improcedência da ADPF 153 e conseqüente constitucionalidade da “Lei de Anistia”, sendo vencidos o Min. Lewandowski, com voto divergente, e Min. Ayres Britto, que o acompanhou. No seu entendimento, caberia parcialmente provimento à ação e ressaltou que o instituto da prescrição dos crimes cometidos no lapso temporal previsto na lei de anistia, não impediria a análise de sua validade ou não no ordenamento jurídico, vez que os crimes comuns (conexos aos crimes políticos) cometidos à época se qualificariam como “crimes permanentes”, explicando que nestas situações “o resultado delituoso protraí-se no tempo, enquanto a vítima estiver privada de sua liberdade ou os seus restos mortais não forem encontrados” (LEWANDOWSKI, 2010, p. 103 – 104).

Sobrevém que, meses depois, a Corte Interamericana julgou procedente a ação Gomes Lund e outros vs. Brasil, condenando o país “em virtude do desaparecimento de integrantes da Guerrilha do Araguaia durante as operações militares ocorridas na década de 1970”

(PIOVESAN, 2019, p.179), como também, controlou a inconvenção da Lei nº 6683/79, nos seguintes termos:

“As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil”. (SENTENÇA Gomes Lund e outros vs. Brasil. 2010. Fls. 113)

Pela inércia do Poder Judiciário nacional, notadamente a Suprema Corte na oportunidade do julgamento da ADPF 153, a Corte Interamericana, no uso de sua competência residual, declarou inconvenção e inválida a Lei de Anistia Brasileira (MAZZUOLI, 2018, p. 184), destacando, inclusive, na situação em exame, que é “obrigação dos Estados de assegurar o conhecimento da verdade, bem como de investigar, processar e punir graves violações de direitos humanos” (PIOVESAN, 2019, p. 79).

De início, se percebe que a maior autoridade para controle doméstico de compatibilidade de leis nacionais e intérprete da Constituição, e dos direitos que dela derivam (como a CADH) não agiu de acordo com sua competência em aferir a validade da Lei de Anistia quando lhe incumbiu (MAZZUOLI, 2018, p. 183).

Esse descompasso entre a constitucionalidade e convencionalidade demonstra-se perigoso à segurança jurídica nacional, porquanto admite nos compêndios legislativos a subsistência de uma lei materialmente inválida: ao mesmo tempo em que se perdoam crimes contra a vida (memória, verdade e reparação) em prol de uma transação governamental (ROTHENBURG, 2013, p. 696), de outro contraria o compromisso do Estado Brasileiro em zelar pela defesa dos direitos humanos, nos instrumentos internacionais em que faz parte.

Para autores como Mazzuoli, a decisão internacional proferida pela Corte IDH inviabiliza a produção de efeitos da Lei de Anistia, ou seja, logo proferida a sentença, carece de efeitos práticos no direito brasileiro. Ato contínuo, a sentença já vincula o Estado ao seu cumprimento, permitindo, por sua vez, que não sejam obstados os procedimentos de “apuração dos referidos crimes cometidos pelos seus agentes (ditadores ou por quem agiu em nome da ditadura)” (MAZZUOLI, 2018, p. 184).

Se a realidade assim o fosse, desde 2010, já se teriam instaurado ações persecutórias dos agentes responsáveis pelos crimes praticados entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de

1979, na prática isso não se concretizou; sobre a Lei nº 6683/79 e a ADPF 153 aguarda-se julgamento de embargos opostos pelo Arguinte.

Mesmo a sentença internacional tendo força vinculante ao país condenado, ainda não foram tomadas as medidas orientadas pela Corte IDH. Destarte, tendo em vista a efetivação dos direitos à memória, verdade e reparação das vítimas e familiares das vítimas da Guerrilha do Araguaia, o partido do PSOL, em 2014, interpôs ADPF nº 320, contra a validade da Lei de Anistia, sob fundamento de violação aos preceitos fundamentais, a soberania, a cidadania, a prevalência dos direitos humanos, Art. 5, §2º, da CRFB, Art. 7, do ADCT, e inovou ao trazer como violação o não cumprimento da decisão Gomes Lund.

Pela conexão de temas, qual seja o exame da validade da Lei de Anistia, o Relator de ambas as Arguições apensou a mais recente aos autos da ADPF nº 153, que no momento ainda aguarda o já mencionado julgamento de Embargos de Declaração (ROTHENBURG, 2013, p. 690).

Neste interim, em 2018, o Brasil foi condenado novamente por dificultar a investigação do jornalista Vladimir Herzog, sendo a Lei de Anistia, por mais uma ocasião, considerada “incompatível com a Convenção Americana, endossando o direito à verdade, como o necessário esclarecimento dos fatos violatórios do caso, bem como o direito à justiça, com a necessária apuração das responsabilidades individuais relativamente às violações perpetradas” (PIOVESAN, 2019, p 180).

O que se percebe é que num lapso de temporal de 10 (dez) anos e duas sentenças internacionais afirmando a incompatibilidade da Lei nº 6683/79, o Poder Público nacional não foi capaz de alinhar-se com o compromisso internacional de tutela dos direitos humanos, sendo a Suprema Corte Brasileira ainda demasiadamente apática com relação ao esforço de compatibilizar o ordenamento pátrio com a Convenção Americana de Direitos Humanos em relação às causas que foi chamado a sanear.

Acentua-se que caberá ao STF o enfrentamento das sentenças vinculantes, mas não somente elas – já que se buscou demonstrar ao longo deste ensaio as vias interpretativas - as quais o Poder Judiciário está vinculado para tomar uma decisão: a cláusula da não tipicidade dos direitos fundamentais (que se insere a CADH), o art. 5º, §3º, da CRFB, e o bloco de constitucionalidade.

Pela gravidade dos crimes e da importância histórica da resignificação da democracia brasileira, se oportuniza à Suprema Corte a reconsideração de sua leitura à (in)validade da lei de anistia, visto que, nas palavras de Ramos (2020, p. 376), “foi destroçada no controle de convencionalidade”, alinhando-se “a tendência do mundo contemporâneo, em que o Direito

Internacional afirma-se por ser cada vez mais conhecido e cada vez mais praticado, e torna-se uma exigência tão grave quanto o Direito Constitucional” (ROTHENBURG, 2013, p. 684).

Concomitantemente, não perde o STF a chance de retornar à discussão relativa a hierarquização dos tratados e decidir também pela possibilidade de se admitir a natureza constitucional dos tratados recepcionados pela Constituição no §2º, do art. 5º, e não mais como detentores de natureza de supralegal.

6.2 TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO OPÇÃO INTERPRETATIVA PARA A CONVENCIONALIDADE EXERCIDA PELO STF

Pelo controle de convencionalidade estar intimamente relacionado ao diálogo entre o direito constitucional doméstico e o sistema protetivo regional de direitos humanos, como mencionado por Rothenburg (2013, p. 685), há uma comunicabilidade entre estas ordens jurídicas que fomenta o aperfeiçoamento do regime de proteção aos direitos humanos no Brasil. Mazzuoli, também sustenta que, ao se efetivar o processo de compatibilização das normas interamericanas decorrente da CADH e dos julgados da Corte IDH, o país caminha à tendência a um “*ius commune interamericano*” (MAZZUOLI, 2018, p. 38).

Esse diálogo entre sistemas foi aprofundado na visão de Neves sob a forma do transconstitucionalismo, que é o instrumento capaz de sanear questões que transcendam ao domínio Constitucional Estatal, permitindo a este que se utilize da interação com outra ordem jurídica afim de que seja possibilitado “o intercambio construtivo de experiências entre racionalidades diversas” (NEVES, 2009, p. 38).

Explica Neves que a Constituição da sociedade mundial moderna se comporta como um mecanismo que abarca duas perspectivas que convivem concorrentemente e construtivamente, o direito e a política, (2009, p. 38) e a partir do ponto de vista do direito, estabelece-se enquanto “instancia reflexiva mais abrangente do sistema jurídico, permeando-lhe todos os âmbitos de validade, o material, o temporal e o territorial. Enquanto norma(s) de normas, ela perpassa transversalmente todo o sistema jurídico dando-lhe consistência” (NEVES, 2009, p.59) e para além desta perspectiva a lei fundamental de um Estado Constitucional comporta-se “como instancia da relação recíproca e duradoura de aprendizado e intercâmbio de experiências com as racionalidades particulares já processadas, respectivamente, na política e no direito”. (NEVES, 2009, p.62). Em uma linguagem mais palatável, a Carta Maior de um Estado Democrático de Direito dá suporte a todo “*corpus iuris*” nacional, conferindo-lhe diretrizes substanciais e formais, com base no direito e na política.

Quando Neves aborda a questão da “relação recíproca e duradoura de aprendizado” ele se refere aos instrumentos presente na Constituição do Estado que possam dialogar com outras ordens jurídico-políticas, que as chama de “pontes de transição” (NEVES, 2009, p. 62)

Neste contexto, transconstitucionalismo surge como um método de se visualizar a Constituição como racionalidade transversal autônoma apta a se relacionar com outras ordens jurídicas (NEVES, 2009, p. 115). Ainda mais, defende que na “sociedade mundial moderna” coexistem diversas expressões do direito em cada realidade jurídica, que se embasam em valores semelhantes, mas que se diferenciam da perspectiva doméstica (NEVES, 2009, p.116).

A troca ocorrida entre sistemas por vezes se dá por intermédio de “representantes estatais” que foram conferidos pela própria constituição como os responsáveis por proceder à esta tarefa (NEVES, 2009, p. 116). Comumente esta atividade está incumbida aos juízes e tribunais dos Estados de acordo com as delimitações presentes na Lei fundamental. (NEVES, 2009, p. 117).

De modo a complementar o raciocínio acima, Mazzuoli argui justamente “que a boa ação do juiz no exercício do controle de convencionalidade está intimamente ligada à conduta do próprio Estado do qual é longa manus” (2018, p. 38).

O objetivo ao qual o transconstitucionalismo se propõe, ou seja, de permitir a coexistência de regimentos pertencentes a regimes diferentes, mas com uma finalidade enriquecedora, é compreendido a partir da seguinte premissa posta por Neves (2009, p.118):

“No caso do transconstitucionalismo, as ordens se inter-relacionam no plano reflexivo de suas estruturas normativas que são auto-vinculantes e dispõem de primazia. Trata-se de uma ‘conversação constitucional’ que é incompatível com um ‘constitucional diktat’ de uma ordem em relação à outra. Ou seja, não cabe falar de uma estrutura hierárquica entre ordens: a incorporação recíproca de conteúdos implica uma releitura de sentido à luz da ordem receptora”. (grifo nosso)

A partir da atividade dos juízes nacionais, no controle de convencionalidade e no uso de critérios interpretativos, o transconstitucionalismo propõe essa conversa pra além dos limites da Lei Fundamental do Estado Brasileiro, que legitima a incorporação de um entendimento proveniente da Corte Interamericana, sem que se afete destrutivamente a ordem constitucional interna (NEVES, 2009, p. 122-129).

Conforme exarado ao longo desta dissertação a Constituição Federativa de 1988 já recepciona a troca com os regimes externos a que o Brasil faz parte, como na cláusula de não tipicidade dos direitos fundamentais, ideia esta, inclusive, defendida por Rothenburg “é facilitado por cláusulas de recepção contidas em constituições contemporâneas, a que Carvalho

Ramos considera ‘cláusulas abertas’ de compatibilização com os mandamentos internacionais” (2013, p. 688).

Dentre os problemas que transcendem ao direito comunitário e implicariam uma interpretação transconstitucionalista, Neves (2009, p. 120) sustenta:

“Os problemas dos direitos fundamentais ou dos direitos humanos ultrapassam fronteiras, de tal maneira **que o direito constitucional estatal passou a ser uma instituição limitada para enfrentar esses problemas.** (...) O tratamento desses problemas deixou de ser um privilégio do direito constitucional do Estado, **passando a ser enfrentado legitimamente por outras ordens jurídicas, pois eles passaram a apresentar-se como relevantes para essas**”.

Assim como, o controle de convencionalidade, o transconstitucionalismo é uma via interpretativa ainda pouco aventurada pelos juristas por uma mentalidade a qual Neves refere-se como “provincianismo constitucional” (2009, p.131). Um exemplo claro deste argumento foi a decisão de “supralegalidade” dos tratados internacionais sobre direitos humanos, encabeçada pelo Min. Gilmar Mendes, que entendeu pela prevalência de uma soberania constitucional em detrimento ao intercâmbio de sistemas jurídicos (CUNHA JR., 2016, p.573-574).

Assim, se conclui que, o transconstitucionalismo, sob a análise de uma sociedade mundial que admite a incorporação de sistemas e regras oriundas de outras ordens jurídicas, é uma realidade muito próxima ao ordenamento brasileiro em comunicação direta com os órgãos da Convenção Americana de Direitos Humanos (ROTHENBURG, 2013, p. 685), na aplicação decisória dos casos de controle de convencionalidade, implicando, com isto, uma ação mais pró ativa dos tribunais brasileiros, em especial, ao comportamento interpretativo do STF à conseqüente incorporação do transconstitucionalismo à prática judicante nacional.

CONCLUSÃO

Consoante ao que fora cautelosamente defendido, ao longo desta monografia, se pode identificar que a Constituição Federal de 1988 detém em seu bojo mecanismos e regras receptoras de direitos fundamentais (e direitos humanos!) para além do seu texto normativo, sendo um exemplo claro disto a Convenção Americana de Direitos Humanos – incorporada por força do parágrafo 2º do Art. 5º, e pertencente ao bloco de constitucionalidade brasileiro por sua compatibilidade material à Carta Magna.

Na efetivação dos direitos humanos em sede do direito interno, estes não serão mais compreendidos como um objetivo internacional do Estado Brasileiro, mas sim enquanto consequência do princípio da dignidade da pessoa humana e objetivo da República: as normas comunitárias sobre direitos humanos passarão a ser identificadas no corpo da lei nacional como parte dela, desenvolvendo-se, então, uma cultura de fomento e atenção ao sistema nacional de proteção.

Como consequência da recepção de tratados sobre direitos humanos, como a CADH, é defensável que a ordem infraconstitucional se subordine àqueles, da mesma forma que se submete à CRFB, como filtros normativos para que lhe confirmem validade. Em outras palavras, se condiciona, portanto, a produção de efeitos da norma nacional de acordo com os parâmetros constitucionais e aqueles decorrentes da cláusula de não tipicidade dos direitos fundamentais.

Como instrumento garantidor da validade vigoram concomitantemente duas espécies de controle que traduzem esta tarefa conciliadora: o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade.

Através destes procedimentos, há a facilitação do diálogo entre o direito doméstico e ordens internacionais, as quais o Brasil faz parte, ocasionando, como consequência desta “conversação”, que a legislação interna esteja oportunizada a renovar-se através da atuação conjunta entre o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade, para determinar a compatibilidade daquela tanto no âmbito interno e quanto no comunitário.

Ademais, do ponto de vista prático, ao observarmos como a Corte Suprema nacional vem se comportando com relação à aplicação do controle de convencionalidade, no caso das ADPF’s 153 e 320, e com o uso de interpretações internacionais sobre direitos inscritos em tratados sobre direitos humanos, vê-se que ainda há resistência por parte dos Ministros em proceder à revisão da constitucionalidade (convencionalidade) com diplomas agregados à CRFB.

Para a superação desse impasse interpretativo se considera uma abordagem menos voltada a provinciana ideia de uma “supremacia constitucional”, e mais inclinada à incorporação do transconstitucionalismo na percepção dos magistrados brasileiros, a qual propõe um aprofundamento na comunicação entre ordens jurídicas diversas: entre a Convenção Americana de Direitos Humanos – e a jurisprudência que a acompanha – e a própria Carta Magna de 1988.

Pela soma destes fatores e com a pressão incidente das condenações da Corte IDH sofridas pelo Estado Brasileiro, o Poder Público acabará por ser obrigado a confrontar-se a operar no sentido do Direito Internacional dos Direitos Humanos – reforçado pela demonstração da tese do transconstitucionalismo, que induz o direcionamento do direito nacional para uma renovação do pensamento Constitucional brasileiro.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7ª. ed. Ano 2018. São Paulo: Saraiva Educação.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento de Recurso Extraordinário nº 466343. Acórdão RE 466343. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>, acesso em 31 de maio de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento da ADPF 153. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>> acesso em 31 de maio de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento da ADPF 320. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4574695>> acesso 31 de maio de 2020.

Constituição da República Federativa do Brasil: Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> acesso em 31 de maio de 2020.

CONVENÇÃO AMERICANA (CADH): Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> acesso 29 abril de 2020.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentença de 26 setembro de 2006: Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_por.pdf> acesso 22 de maio de 2020.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Gomes Lund e outros vs Brasil: Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf> acesso 31 de maio de 2020.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Vladmir Herzog vs. Brasil: Disponível em <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf> acesso 31 de maio de 2020.

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. Ano 2016. Editora Jus Podivm

Decreto nº 6949/2009, Convenção Internacional sobre o direito das pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo: Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm> acesso 25 de maio de 2020

Decreto nº 9522/2018, Tratado de Marraqueche e seu protocolo facultativo: Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9522.htm> acesso 25 de maio de 2020

Decreto-lei nº 4657/1942, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm> acesso em 31 de maio de 2020.

GUERRA Sidney. **Curso Elementar de Direitos Humanos**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, Ano 2013.

LOPES, Ana Maria D'Avila; CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Bloco de Constitucionalidade e controle de Convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. *Revista Brasileira de direito*, 12(2): 82-94, jul. – dez. 2016 – ISSN 2238-0604

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 5ª ed. Ano 2018. São Paulo: GenJurídico.

MORAES, Alexandre De. **Direito constitucional**. 32ª. ed. rev. e atual. Ano 2016. São Paulo: Atlas.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 9ª ed. Ano 2019. São Paulo: Saraiva Jur

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7ª ed. São Paulo: Saraivajur. Ano 2020.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Constitucionalidade e Convencionalidade da lei de anistia brasileira. *Revista Direito GV*. São Paulo. 9(2). P. 681 – 706. Jul. – Dez. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. Ano 2017. São Paulo. Saraiva.