

XI CONGRESSO ESTADUAL DE MAGISTRADOS
Montevideo – Uruguai
Setembro/2015

PROPONENTE: Marlene Marlei de Souza, 1º Juizado da 4ª Vara Cível do Foro Central

TESE 1: O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

EMENTA: O comprometimento do poder judiciário nacional de realizar o controle de convencionalidade em todos os graus de jurisdição para a efetivação dos direitos humanos no ordenamento brasileiro, com o objetivo de salvaguardar parâmetros mínimos afetos à dignidade humana, de forma que o acionamento da via internacional seja necessário apenas como mecanismo coadjuvante ou complementar de controle jurisdicional interno.

JUSTIFICATIVA

Não basta que a norma de direito interno seja compatível com a Constituição Federal, mas também deve ser compatível com os tratados ratificados pelo Brasil, seja de direitos humanos ou de direito comum, sob pena de invalidade.

No caso dos tratados internacionais de direitos humanos, a compatibilidade do direito interno deve ser realizada pelos órgãos da justiça nacional mediante o controle de convencionalidade, complementarmente ao controle da constitucionalidade. Referido controle tem por finalidade compatibilizar as normas internas vigentes no país com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Em razão disso, é necessário o comprometimento do Poder Judiciário de realizar o controle de convencionalidade em todos os graus de jurisdição para que os atos ou leis internas sejam adaptados ou conformados aos tratados internacionais que o Estado ratificou, sob pena de responsabilidade internacional.

É cabível ressaltar que o referido controle não deve apenas ser exercido pelos tribunais internos, mas também pelos tribunais internacionais ou supranacionais, que são criados por convenções entre Estados.

É bem verdade que a sociedade civil, as associações, as próprias ONGS têm a possibilidade de fiscalizar o cumprimento das obrigações assumidas pelo país internacionalmente. Todavia, em caso de descumprimento os legitimados poderão oferecer representação perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e não havendo solução o caso será submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos para exercer o controle vertical, situação essa que coloca o País em posição vexatória perante a Comunidade Internacional e poderia ser evitada em inúmeros casos se os órgãos do justiça nacional fizessem o controle devido, independente de intervenção supranacional.

Ademais, o controle difuso de convencionalidade pelo Poder Judiciário nacional não requer autorização internacional, pode ser realizado desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, a exemplo do controle difuso de constitucionalidade, por qualquer juiz ou tribunal, à medida que os tratados forem incorporados ao ordenamento interno.

Já a realização do controle concentrado de convencionalidade sobre os tratados internacionais de direitos humanos, aprovados pelo quórum qualificado do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, passou a existir somente a partir da EC nº 45, de 08.12.2004, e apenas pode ser realizado pelo STF.

Não obstante a possibilidade de todos os órgãos da justiça nacional realizarem o controle de convencionalidade difuso desde a CF/88, a doutrina brasileira não fez qualquer referência a essa terminologia e nem mesmo dos legitimados do art. 103 da CF para ingressarem perante o STF com uma das ações do controle concentrado.

Diante disso, o controle de convencionalidade restringia-se aos mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos, sempre com a finalidade aferir a compatibilidade normativa local com as normas internacionais ou medidas legislativas de compatibilização das leis em elaboração com os tratados internacionais.

Isso quer dizer que embora a expressão controle de convencionalidade adotada pelo Brasil tenha seguido o posicionamento adotado pelo sistema interamericano de direitos humanos, este jamais explicou como seria o funcionamento no país.

Mazzuoli foi o primeiro autor a empregar as expressões “controle difuso de convencionalidade”, “controle concentrado de convencionalidade” e “controle de supralegalidade” levando em conta como os tratados são incorporados internamente: se incorporados a nível constitucional, serão paradigma de controle difuso de convencionalidade; se incorporados equivalentes a emendas constitucionais, serão paradigma de controle concentrado, além do controle difuso, e se incorporados com o status supralegal, serão paradigma de controle de supralegalidade, que é o caso dos tratados comuns no Brasil.

A teoria adotada por Mazzuoli do controle jurisdicional interno da convencionalidade das leis no ordenamento brasileiro não se trata de compatibilização de técnica legislativa de normas internas com as internacionais, mas de “meio judicial de declaração de invalidade de leis incompatíveis com tais

tratados, tanto por via de exceção (controle difuso ou concreto) como por meio de ação direta (controle concentrado ou abstrato)”.

Com efeito, o controle interno pelos juízes e tribunais de convencionalidade das normas domésticas é o primeiro que deve ser realizado antes de qualquer manifestação das cortes internacionais, que, aliás somente realizarão o controle das normas internas caso o Poder Judiciário de origem não tenha controlado essa convencionalidade ou tenha realizado de forma ineficiente. Isso porque o controle de convencionalidade internacional é apenas coadjuvante ou complementar ao controle oferecido pelo direito interno, consoante estabelece o segundo considerando da Convenção Americana de Direitos Humanos “coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos”.

Diante disso, constata-se a responsabilidade do Poder Judiciário nacional de realizar o controle de convencionalidade, seja de forma difusa, no caso concreto; seja pelo controle concentrado, de forma abstrata; para evitar que a sociedade civil, organizações não governamentais ou governamentais, ou outras entidades necessitem acionar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos ou a Corte Internacional para que os direitos humanos sejam efetivados.

É sabido que o direito interno deve ser compatível com a Constituição e, para tanto, é realizado o controle difuso, no bojo de qualquer ação, no caso concreto; ou o controle concentrado, abstratamente, pelos legitimados no art. 103 da CF. Assim, também os mecanismos de controle de convencionalidade, de acordo com a nova interpretação.

Como se pode observar deve haver dupla compatibilidade vertical material para que o direito doméstico existente seja válido na ordem jurídica brasileira. Além de ser compatível com a Constituição, dever ser com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, sem a qual nenhuma lei sobrevive no pós-modernidade, em face da nova visão.

Não havendo compatibilidade do direito infraconstitucional com a Constituição Federal ou com os Tratados Internacionais o Poder Judiciário nacional está autorizado a realizar o controle de constitucionalidade *difuso*, em qualquer ação, desde a promulgação da CF, e da mesma forma, o controle *interno* de convencionalidade. No caso do controle concentrado ou abstrato, o art. 103 da Carta Política assegura os legitimados à propositura das ações Diretas de Inconstitucionalidade, de Constitucionalidade ou Ação de Descumprimento de Preceito Constitucional perante o Pretório Excelso, e também o controle de convencionalidade, sendo este somente possível a partir da EC nº 45/2004.

Diante do exposto, é possível constatar que o controle *interno* da convencionalidade das leis pelo Poder Judiciário *nacional* é uma forma nova de adequar e compatibilizar o ordenamento interno com os tratados internacionais de direitos humanos. Requer um olhar atento da magistratura e o comprometimento para viabilizar a efetivação dos direitos humanos, além de evitar o acionamento da via internacional em face do descumprimento da obrigação assumida pelo Estado, por ausência ou deficiência interna.

A magistratura nacional não pode, diante do “novo”, manter como paradigma do controle de convencionalidade a realização de compatibilidade

normativa somente pelas instâncias internacionais de proteção dos direitos humanos ou medidas legislativas de compatibilização das leis em elaboração com os tratados internacionais, quando está autorizada constitucionalmente a realizar o controle *interno* da convencionalidade, seja de forma difusa, no caso concreto, ou mediante o controle concentrado, com o intuito de assegurar a prevalência dos direitos humanos.

Não basta ser signatário dos principais instrumentos internacionais de direitos humanos, é fundamental transformar a cultura jurídica tradicional, muitas vezes refratária e resistente ao Direito Internacional, a fim de que se realize o controle da convencionalidade, contando com o comprometimento da magistratura nacional quando da avaliação para aplicação ou inaplicação das normas internas, em caso de conflitos entre as fontes internas e as internacionais (diálogo das fontes), tratando-se de convenções internacionais de direitos humanos, estas guardem primazia em face da legislação comum, atribuindo uma força expansiva dos direitos humanos, de servir ao direito como instrumento de paz.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Valdir. Controle de Convencionalidade das Normas Internas em face dos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos equivalentes às Emendas Constitucionais. In Luiz Guilherme Marinoni et Valerio de Oliveira Mazzuoli (Org.). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 309-337.

APPIO, Eduardo. Os Juízes e o Controle de Convencionalidade no Brasil. In Luiz Guilherme Marinoni et Valerio de Oliveira Mazzuoli (Org.). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano : Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 181-202.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI**. Wwww.Scielo.br/pdf/rbpi. Acesso em 16/09/2014, p. 167-177.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **O Controle de Convencionalidade da Lei da Ficha Limpa : Direitos Políticos e Inelegibilidade**. LumenJuris Editora, 2015, 147-169.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro. In Luiz Guilherme Marinoni et Valerio de Oliveira Mazzuoli (Org.). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 03-52.

PIOVESAN, Flávia. Controle de Convencionalidade Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. In Luiz Guilherme Marinoni et Valerio de Oliveira Mazzuoli (Org.). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 115-14.

PIOVESAN, Flávia. Controle de Convencionalidade Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. In Luiz Guilherme Marinoni et Valerio de Oliveira Mazzuoli (Org.). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai.** Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 115-14.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Notas em torno dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Âmbito do Estado Constiucional (Cooperativo e aberto?) Brasileiro.** Congresso em Honra de Peter Haberle: O constitucionalismo do século XXI na sua dimensão estadual, supranacional e global. Lisboa, 2013.

PLENÁRIA: Aprovada à unanimidade.