



O ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO E O DUPLO CONTROLE DE VERTICALIDADE

SCHNEIDER, Débora¹; FALCONI, Adalberto²

Resumo

O estudo do controle de convencionalidade, ou duplo controle de verticalidade, mostra-se, mais nitidamente nos dias atuais, de grande importância. Dele decorre a análise referente à validade das normas jurídicas internas frente aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Recentemente, após a entrada em vigor da emenda constitucional n. 45 (2004), e da decisão do Supremo Tribunal Federal, no final do ano de 2008, a chamada pirâmide hierárquica, projetada por Kelsen, a qual demonstra a graduação das normas no mundo jurídico, sofreu alteração. Agora, as normas de cunho internacional, mais precisamente os tratados internacionais celebrados em razão dos direitos humanos, ganharam posição hierárquica mais elevada. O crescimento do valor dado aos direitos humanos e à globalização de seus sentidos introduziu, na ordem interna, a concepção de superioridade das normas internacionais que deles tratam. Em razão de seus novos posicionamentos e com a ressalva de algumas controvérsias, os tratados celebrados pelo Brasil, em âmbito internacional, devem servir como parâmetro de controle para leis e demais atos normativos internos.

Palavras-Chave: Tratados. Normas Jurídicas Internas. Graduação. Validade.

¹ Acadêmica do 10º semestre do curso de Direito da Universidade de Cruz Alta – deborasschneider@hotmail.com

² Professor do curso de Direito da Universidade de Cruz Alta – adalbertofalconi@yahoo.com.br



Introdução

A presente pesquisa tem como objetivo o estudo do duplo controle de verticalidade e, também, dos efeitos concretos dele decorrentes no ordenamento jurídico pátrio.

Para tanto, será traçado um indicativo referente à sua utilização e cabimento frente às premissas constitucionais do Estado Democrático de Direito, perfazendo-se análise quanto à importância das normas que tratam dos direitos humanos, os quais ganham especial relevo no cenário mundial, nos dias atuais.

No mesmo contexto, será procedida à análise da hierarquia das normas de cunho internacional e suas aplicabilidades no direito brasileiro, bem como das consequências de suas entradas em vigor frente ao ordenamento jurídico pátrio e o controle exercido por elas, do qual servem como objeto as leis e demais atos normativos internos.

Revisão de Literatura

O estudo do duplo controle de verticalidade, também chamado de controle de convencionalidade, ainda que de suma importância para o controle das normas de ordem interna, surgiu no cenário jurídico recentemente.

Caracteriza-se seu conceito pelo controle das normas jurídicas internas (leis e demais atos normativos) do país com os tratados internacionais ratificados. Ambas as normas – as internas e as internacionais – devem estar em conformidade. Daí a importância do tema, já que dele decorre a análise da validade das leis e demais atos normativos infraconstitucionais.

A partir da aprovação da emenda constitucional 45, de 2004, os tratados internacionais que versarem sobre direitos humanos, desde que aprovados pelo *quorum* de 3/5, em votação realizada em dois turnos, nas duas casas legislativas, procedimento esse previsto pelo parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, serão incorporados no sistema jurídico com força constitucional, ou seja, serão equivalentes às emendas.

Até o presente momento, o Congresso Nacional aprovou apenas um único tratado internacional sobre direitos humanos nos termos do artigo 5º: a Convenção



sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu respectivo Protocolo Facultativo.

A novidade, no âmbito das normas internacionais e sua receptividade no ordenamento jurídico interno, é: a caracterização dos tratados internacionais sobre direitos humanos que não submetidos ao procedimento específico, destinado a dar equivalência às emendas, ou seja, aqueles que são incorporados à ordem jurídica sem força constitucional mas que versem sobre direitos humanos.

A discussão surge no momento em que os direitos humanos e o princípio da dignidade humana ganham especial destaque no cenário mundial. Sobre o caráter universal dessas normas, lecionam Mazzuoli e Gomes:

A internacionalidade (ou transnacionalidade) dos direitos humanos (nisto reside um dos eixos da terceira onda), que constitui a essência da nova e evoluída configuração do Estado de Direito constitucional, merece (neste momento) expressivo destaque no Brasil (...) (GOMES, 2010, p. 80).

O Supremo Tribunal Federal, em dezembro de 2008, reconheceu o valor supralegal dos tratados internacionais sobre direitos humanos sem força de emenda à Constituição. A decisão foi exarada nos julgamentos do RE 466.343-1-SP e do HC 87.585-TO, nos quais o voto do Ministro Gilmar Mendes foi vencedor, reconhecendo a importância das normas internacionais.

A questão discutida era a prisão do depositário infiel. Enquanto a Constituição Federal, (artigo 5º, inciso LXVII) permitia a prisão civil do depositário infiel, ao lado da hipótese permissiva quanto ao devedor de alimentos, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) a proibia expressamente.

Apreciando o caso, o Supremo, percebendo a importância e o caráter mais benéfico da norma internacional, elevou o tratado já ratificado ao patamar supralegal, ou seja, ainda que se submeta à Constituição Federal, está em posição superior às demais leis e atos normativos internos. Editou, com isso, a súmula vinculante n. 25.

Mazzuoli, defendendo – ainda que sem muitos seguidores – que os tratados sobre direitos humanos, em sua generalidade, têm força constitucional, ou seja, se equiparam à Constituição Federal e, em determinados casos, supraconstitucional, explica:



Se os direitos e garantias expressos no texto constitucional não excluem outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar certos direitos e garantias, a Constituição os inclui no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando, assim, o seu bloco de constitucionalidade. (MAZZUOLI, 2008, p. 104)

Controvérsias a parte, prevalece o entendimento de que os tratados internacionais que não versam sobre direitos humanos são acolhidos pelo ordenamento jurídico pátrio com a mesma força normativa, ou seja, no mesmo patamar hierárquico que as normas infraconstitucionais e ainda inferiores às supralegais, por lógica.

O supramencionado caso do depositário infiel incitou a discussão a respeito do parâmetro de controle das leis e demais atos normativos internos, bem como, em determinados casos, dos próprios tratados internacionais.

Sabe-se que, no ordenamento jurídico interno, as normas infraconstitucionais são submetidas ao controle de constitucionalidade. Trata-se da análise de compatibilidade dessas com a norma Constitucional. A Constituição Federal determinou para tanto, que as normas infraconstitucionais sejam submetidas ao controle difuso e/ou concentrado, do qual dependeriam suas validades.

Quanto ao controle dos tratados frente à Constituição, leciona Mendes, indicando o seu posicionamento adotado no Supremo, pela infraconstitucionalidade dos tratados internacionais:

Esse modelo permite a propositura da ação direta para aferição da constitucionalidade do decreto legislativo, possibilitando que a ratificação e, portanto, a recepção do tratado na ordem jurídica interna ainda sejam obstadas. É indispensável, pois, qualquer esforço com vistas a conferir caráter preventivo ao controle abstrato de normas na hipótese. É possível, igualmente, utilizar-se da medida cautelar para retardar ou suspender a ratificação dos tratados até a decisão final. (MENDES, 2008, p. 1.119)

Vale-se, o autor, do método utilizado para que o tratado tenha validade no Brasil: o decreto legislativo com a aprovação do Congresso Nacional e a ratificação pelo Presidente da República.

Desde que ratificadas, como se presumem em conformidade com a Constituição Federal, servem como parâmetro de controle de convencionalidade.



Isso quer dizer que, a partir de sua entrada na ordem jurídica interna, as leis ou atos normativos infraconstitucionais devem observar não somente uma, mas duas compatibilidades: a compatibilidade material com a Constituição Federal e aquela advinda do tratado sobre direitos humanos ratificado.

Tendo em vista que, a partir da mudança da hierarquia, a qual acabou por transformar o cenário das normas anteriormente apontado por Kelsen, os tratados internacionais sobre direitos humanos passaram a ter força constitucional ou ainda supralegal, todas as normas hierarquicamente abaixo desses, devem manter sintonia com seus ditames.

Mazzuoli e Gomes, atentando-se pela sujeição e conseqüente dependência de validade das normas internas aos tratados a que se sujeita o Brasil, lecionam:

A lei que conflita com a Constituição é inconstitucional e inválida; se se trata de lei antinômica anterior à Constituição de 1988, fala-se em não recepção (ou invalidade); a lei que conflita com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, pouco importando se anterior ou posterior, também é inválida. Como se vê, qualquer que seja a antinomia entre a lei e as ordens jurídicas superiores (Constituição ou Direito Internacional dos Direitos Humanos), tudo se conduz para a invalidade. (GOMES, 2010, p. 102)

Os autores confirmam a invalidade das leis que, quando postas como objetos de controle, não se mostram em conformidade com os tratados internacionais que se submete o Brasil.

Pouco importando se a lei é anterior ou posterior à Constituição, havendo conflito entre essa e o tratado ratificado pelo Brasil, ou seja, com o tratado que passou a constituir o ordenamento jurídico interno (ainda que internacional), sendo esse último mais favorável, tem primazia em frente àquela.

Assim como no controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade poderá ser exercido através das vias difusas e concentradas. Na forma concentrada, o Supremo Tribunal Federal terá competência para analisar, por via de ação, a compatibilidade da lei ou demais ato normativo com o tratado que passou a vigorar com força de emenda. As demais análises poderão ser feitas pela via difusa, tendo competência qualquer juiz ou tribunal.

O ordenamento jurídico interno deve, portanto, levar em consideração os ditames internacionais, no que tange aos direitos humanos, como lembram Mazzuoli e Gomes:



Essa característica de “imobilização” das normas internas, de rigor, também se faz presente na onda internacionalista. O Direito internacional público, nos termos do art. 27 da Convenção de Viena sobre o direito dos Tratados, impede o direito interno estatal de exercer, de maneira contrária, algo já expresso em tratado internacional ratificado pelo Estado. (GOMES, 2010, p. 186)

Como se referem os autores, a *onda do internacionalismo* e da ideia de globalização servem como ditames, não somente em caráter geral, mas, atualmente, em caráter abstrato.

O crescimento, cada vez mais acentuado, das problemáticas vivenciadas pelas diferenças encontradas nas diferentes nações, faz com que o direito internacional se volte, mais expressivamente, aos tratados sobre direitos humanos, aos quais ficam a validade do ordenamento jurídico puramente interno – originário de uma soberania - diretamente dependentes.

Metodologia e/ou Material e Métodos

O presente trabalho tem por base a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, para a qual foram utilizadas doutrinas atualizadas, legislação, artigos e comentários acerca do assunto, caracterizando-se, para tanto, o método dedutivo.

Resultados e Discussões

O estudo das normas internacionais – tratados internacionais ratificados pelo Brasil – frente às normas jurídicas internas e de suas consequências práticas é tema de importante debate entre os operadores do Direito.

Ainda que existentes controvérsias e novos posicionamentos, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil servem como parâmetro de controle, do qual são objetos as leis e demais atos normativos internos, dependendo suas validades da compatibilidade entre ambos.



Conclusão

Com a presente pesquisa, fez-se possível observar que o duplo controle de verticalidade é tema de suma importância no atual cenário mundial, frente à importância dada aos direitos humanos e às suas consequências.

A chamada onda de internacionalismo afirma a intenção/necessidade na globalização dos conceitos do direito humano e de sua aplicabilidade nas mais diferentes nações. Por essa razão, o pensamento quanto à hierarquia das normas, em âmbito interno, passou por significativa mudança.

Após a entrada em vigor da emenda constitucional n. 45, de 2004 e de decisões do Supremo Tribunal Federal, que acabaram por reconhecer a importância dos tratados internacionais sobre direitos humanos, as normas internacionais passaram a servir como parâmetro de controle frente às leis e demais atos normativos de cunho interno.

Tendo em vista que os tratados sobre direitos humanos, quando aprovados pelo *quorum* qualificado estipulado pelo parágrafo 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal, são incluídos no sistema normativo com força constitucional, bem como que quando assim não aprovados são recepcionados em caráter supralegal, todas as normas internas – desde que não mais benéficas – devem se submeter à análise de compatibilidade, sendo essa indicadora ou não de suas validades.

Referências

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Supraconstitucional: Do Absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional Público: parte geral**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 3 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.