

# O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Marcos Souza Alves<sup>1</sup>

Ilzver de Matos Oliveira<sup>2</sup>

---

1 Formado em Administração de Empresas e Direito pela Universidade Tiradentes, Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Tiradentes, Advogado na cidade de Itabaiana - SE. marsalves@ig.com.br, mars.alves@hotmail.com.

2 Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO), Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), professor-pesquisador na Universidade Tiradentes (UNIT). ilzver@gmail.com

## RESUMO

O presente artigo científico, trata da questão do controle de convencionalidade de tratados ou convenções internacionais sobre Direitos Humanos que foram ratificados no Brasil podendo ter status de Emenda Constitucional como esta previsto no artigo 5º § 3º da Constituição Federal que foi acrescentado pela Emenda Constitucional 45/05. Será necessário conceituar e explicar o que vem a ser tratados internacionais, convenções internacionais, direitos humanos e por fim o que é controle de convencionalidade. Para entrar no problema proposto, observando a incorporação das convenções e tratado internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

## PALAVRAS-CHAVE

Controle de Convencionalidade. Tratados Internacionais. Convenções Internacionais. Direitos Humanos. Emenda Constitucional.

## ABSTRACT

This scientific article deals with the issue of control of conventionality of international treaties or conventions on Human Rights that were ratified in Brazil may have the status of constitutional

amendment as this provided for in Article 5 paragraph 3 of the Federal Constitution which was added by Constitutional Amendment 45 / 05. It will be necessary conceptualize and explain what has to be international treaties, international conventions, human rights and finally what is control of conventionality. To enter the proposed problem, noting the incorporation of conventions and international treaty to protect human rights in the Brazilian legal system.

## KEYWORDS

Control of Conventionality. International Treaties. International Conventions. Human Rights. Constitutional Amendment.

## 1 INTRODUÇÃO

Com a preocupação em proteger o ser humano, cada vez mais vem se aprimorando leis neste sentido, sendo uma apreensão global o Direito Internacional ganha espaço para o homem ter seus direitos protegidos em todo globo terrestre, observando suas culturas e suas limitações, assim um Estado que seja signatário de um Tratado ou Convenção Internacional terá este introduzido no ordenamento jurídico pátrio. Com essa visão o presente estudo discorre sobre um tema bastante polêmico, o Controle de Convencionalidade de Tratados ou Convenções Internacionais Sobre Direitos Humanos ratificados no Brasil, tendo assim *status* de Emenda Constitucional como esta prevista no artigo 5º § 3º da Constituição Federal.

O artigo tem o objetivo de fazer algumas reflexões a respeito da inclusão das Convenções e Tratados Internacionais que protege os Direitos Humanos, após a Emenda Constitucional nº 45, no qual tange à sua integração e aplicabilidade no ordenamento brasileiro.

Esse tema escolhido terá sua ênfase na verificação de que os Direitos Humanos vigentes no Brasil não se restringem apenas as leis infraconstitucionais e a Constituição Federal mais sim a todo um ordenamento jurídico que venha a proteger o ser humano, tendo essa proteção através de

Tratados e Convenções Internacionais que o Brasil seja signatário.

Este artigo tem uma abordagem qualitativa, fundamentada, por implicar no estudo do material sobre o assunto pesquisado onde será necessária a pesquisa documental, bibliográfica, desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos, sendo o referido um artigo de revisão.

Em relação ao método utilizado é o dedutivo, por intermédio de uma formulação geral busca a parte do fenômeno específico, ou seja, partindo do geral para o particular, ao final chegando a uma conclusão.

## 2 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Antes, porém, para melhor entendimento do assunto proposto no artigo científico é necessária a conceituação do que vem a ser Tratados e Convenções Internacionais.

Siqueira Júnior (apud Leite, 2006, p.6), fala que 'há uma variedade de denominações para os tratados: convenção, ato, protocolo, convênio, ajuste e acordo. Tratados e Convenções são expressões sinônimas...'

Mas o que são os Tratados Internacionais? Para Coelho (2007, p 2) Tratado Internacional

é uma espécie de norma jurídica especialíssima no que diz respeito à forma de constituição e peculiar quanto à sua posição estática e/ou dinâmica em dada ordem jurídica nacional, entretanto, é uma norma jurídica como qualquer outra no que diz respeito à sua finalidade pragmática de incidência sobre a realidade social, pois uma vez consumada a sua introdução em determinado ordenamento jurídico, portanto, vigente e eficaz, o seu destino será a aplicação, observando que é obrigatoriamente escrita.

Assim sabendo o que vêm a ser os tratados internacionais é necessário saber o que é Direitos Humanos, para Moraes (2006, p. 21),

é o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que visa a preservar sua dignidade, estabelecer condições mínimas de vida e permitir o desenvolvimento da personalidade humana, protegendo os indivíduos contra o arbítrio estatal.

E por fim, Russowsky (2012, p1753) determina que:

Enquanto o controle de constitucionalidade embasa-se na supremacia da constituição, que decorre da construção teórica do poder constituinte e que é fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, o controle de convencionalidade embasa-se no dever internacional de cumprir com os pactos (*pacta sunt servanda*), que acaba por gerar a supremacia da Convenção.

O Controle de Convencionalidade teve sua origem na França, designadamente na década de 1970, em um caso em que o Conselho Constitucional francês, na decisão 74-54 DC, de 1975, percebeu-se não ser competente para analisar a convencionalidade preventiva das leis, ou seja, compatibilidade das leis com os tratados ratificados pela França, nesse caso, tratava da compatibilidade das leis com a Convenção Europeia de Direitos Humanos (MAZZUOLI, 2011).

A Emenda Constitucional 45 de 2004, também conhecida por reforma do judiciário acrescentou o §3º do artigo 5º da Constituição Federal onde estabelece que os Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos aprovados, da mesma forma especifica do artigo 60 §2º da Constituição Federal equivalerão às emendas constitucionais.

Assim os tratados não relacionados ao Direito Humano prevalece à aprovação tradicional menos rigorosa, mas se os 'tratados comuns' (não são relacionados aos Direitos Humanos) forem aprovados desta forma mais severa, não serão equi-

parados a Emendas Constitucionais, visto que, o artigo 5º §3º da Constituição Federal é taxativo ao se referis aos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos.

Porém, atualmente, todos os tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos só poderão ser ratificados da forma mais ríspida prevista na Constituição Federal, antes apenas serviam para as Emendas Constitucionais. E assim todos os tratados anteriores que não foram aprovados deste formato devem passar por um exame de recepção, conforme esta prevista na teoria da recepção, defendida por Flávia Piovesan, Celso Lafer e por alguns dos ministros do STF (MARTINS e MOREIRA p.295)

A teoria da recepção defende que o artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, compreende a esfera de materialidade constitucional dos Direitos Humanos, garantindo assim uma superioridade aos Tratados que versam sobre Direitos Humanos em relação às demais normas, ainda que não estejam convencionalmente ou prevista na Carta Magna.

Esses Tratados e Convenções supracitados podem versar sobre Direitos Internacionais Humanos e Direitos Internacionais dos Direitos Humanos, desde que atendam o coram de votação, previsto para as Emendas Constitucionais serão equiparados a estas.

Segundo Del'Olmo ( 2011, p 277)

[...] o Direito Internacional do Direito Humano se destina a proteger o ser humano na paz, enquanto o Direito Internacional Humano tem seu campo de atuação durante os conflitos armados [...] ambos os ramos se complementam, destinando-se à proteção do ser humano diante de vicissitudes [...]. destinados a salvaguardados direitos basilares do ser humano, quais sejam, a vida, a integridade física e mental, a honra e a dignidade pessoal [...]

Desta forma, esses direitos são classificados como direitos e garantias fundamentais, pois estão estabelecidos no título II da CF, por sua vez no §1º do artigo 5º da CF, estabelece aplicação imediata para tais direito. Assim, os Tratados e Convenções internacionais sobre Direitos Humanos, terão de ser incorporados imediatamente ao ordenamento Brasileiro, com suas respeitativas alterações nas leis infraconstitucionais.

Ainda sobre o assunto Mazzuoli (2006, p 22) estabelece que:

[...] se as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, uma vez ratificados, por também conterem normas que dispõem sobre direitos e garantias fundamentais, terão, dentro do contexto constitucional brasileiro, idêntica aplicação imediata.

Assim os tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos e sejam aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às Emendas Constitucionais sendo tidas como cláusulas *pétreas*, não podendo ser suprimidos por Emenda à Constituição, nos termos do art. § 4.º, IV, do art. 60 da CF, e também pelo princípio da vedação ao retrocesso, estabelecido na teoria da recepção já citada anteriormente.

Com relata Martins e Moreira (2012, p. 295) em sua obra.

[...] teoria da recepção [...] mérito desta corrente reside no fato de não negar ingenuamente a possibilidade de antinomia entre direito humanos previstos em tratados internacionais e direitos fundamentais individuais, reconhecido a preferência destes últimos, uma vez que gozam da cláusula de perenidade do artigo 60,§4º,IV da CF sendo, portanto, parâmetro jurídico-material para se verificar compatibilidade do tratado internacional com eles.

O Controle de Convencionalidade por sua vez surge para dar validade e comprimento aos dispositivos pactuados nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos como um instrumento de sua verificação.

Segundo Valério Mazzuoli (apud Russowsky 2012, p. 1780), Controle de Convencionalidade está ligado à 'compatibilidade vertical das normas do direito interno com as convenções internacionais de direitos humanos em vigor em um determinado país'.

## 2.2 Controle de Convencionalidade Vertical

Verificando a compatibilização vertical no nosso ordenamento jurídico, pode ser analisado o surgimento de uma adequação do direito estatal para com o direito alienígena, vindo a ser introduzido no país, visto que, tais normas têm de estar compatível com o Tratado Internacional sobre Direitos Humanos ratificado e a nossa Constituição. Não se tratando de uma discussão do que aborda o tratado e o direito interno mais sim um instrumento de adaptação do Direito Interno ao Direito Internacional pactuado.

Gomes (2007, p. 2) estabelece que:

[...] toda lei ordinária, doravante, para ser válida, deve (então) contar com dupla compatibilidade vertical, ou seja, deve ser compatível com a Constituição brasileira assim como com os tratados de direitos humanos. Se a lei (de baixo) entrar em conflito (isto é: se for antagônica) com qualquer norma de valor superior (Constituição ou tratados), não vale (não conta com eficácia prática).

Esse controle não está superior a nossa Constituição Federal, nem esta inferior e sim trabalham conjuntamente para que os Direitos Humanos sejam garantidos a todos, ou seja, é uma feramente garantidora do direito de forma mais ampla e uniforme.

Conforme relata Russowsky (2012 p. 1813) em sua obra.

O controle de convencionalidade é complementar e coadjuvante, jamais subsidiário, ao controle de constitucionalidade. Dessa forma, o controle de convencionalidade tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos [...].

Neste contexto os Tratados sobre Direitos Humanos que forem ratificados pelo Estado brasileiro, passa a ser de observância obrigatória para o poder legislativo, executivo e judiciário, como, também, as instituições nacionais, não podendo agir contrário ao Tratado Internacional sobre Direitos Humanos, caso contrário podendo ser punido sob pena de responsabilidade.

O Controlar a Convencionalidade pode ser feito por um juízo ou tribunal, podendo ser realizada através da via difusa, onde o juiz ou tribunal poderá administrá-la, ou pelo via concentrada, o controle concentra-se em um tribunal somente.

Desta forma, o magistrado tem o dever de análise do controle de compatibilidade vertical dos direitos internos em relação aos Direitos Internacionais vigentes no estado, isso dependendo do caso concreto, estendendo assim o poder do judiciário interno apreciar o exercido exclusivamente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (MAZZUOLI, 2006).

Deste mesmo feito pode-se citar Martins e Moreira (2012, p. 299), estabelecendo que:

[...] além do controle efetivado pela Corte Americana de Direitos Humanos, estenderam os membros do Tribunal que as jurisdições internas são submetidas também às disposições da CADH, devendo todo magistrado nacional realizar o exame e, em se constatando incompatibilidade, declara a invalidez/inconveniência de lei e ato normativo.

Observando que o Poder Legislativo tem a capacidade de exercer o controle, tanto na forma preventiva, quanto na forma repressiva, tendo como parâmetro o direito assegurado na convenção sobre Direitos Humanos que o estado seja signatário, e não podendo violar a CADH.

O Controle de Convencionalidade foi estabelecido com as decisões ministradas pela jurisdição contenciosa da Corte, mas podendo ser realizado também per decisões da jurisdição consultiva (MARTINS e MOREIRA, 2012).

### 2.3 controle de Convencionalidade Concreto e Abstrato.

Controle de Convencionalidade concreto é realizado em sua maioria para dirimir uma lide, podendo ser criada pela via principal ou até mesmo pela via de exceção, mas tem de existir o caso concreto e o direito pleiteado seja adequado ao caso em litígio.

Como prevê Russowsky (2012 p. 1751)

Esse controle exige caso concreto, dessa forma, só pode realizar o controle aquele que foi atingido pela lei inconstitucional, assim, a legitimidade para suscitar o controle é de qualquer pessoa em qualquer processo, sendo os efeitos da declaração de inconstitucionalidade apenas *inter partes*, entre as partes.

O magistrado tem o poder-dever de realizar o controle concreto de convencionalidade na forma difusa, tendo o magistrado o conhecimento dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pertinentes à lide proposta para que não vá de encontro ao direito adquirido pela parte.

Assim o juiz ou o tribunal deve declarar a invalidez, com efeitos *inter partes* de lei ou ato quando for verificado a sua inconveniência em relação aos Tratados Internacionais, não existindo a figura da 'clausula da reserva de plenário', previsto para o controle de constitucionalidade segundo o artigo 97 da CF. Essa inconveniência deve ser alegado como questão preliminar (MARTINS e MOREIRA, 2012).

No controle abstrato conforme o entendimento do STF só poderá ser feito com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que foram ra-

tificados após a EC n.º. 45/2004, que cumprirem o rito do artigo 5º § 3º da CF, visto terem *status* de Emenda Constitucional (Martins e Moreira).

### 3 CONCLUSÃO

A discussão do tema ressaltante induz respostas claras da comunicação e funciona como instrumento de pedagogia social, com eficiência comprovação nos Tratados e Convenções sobre os Direitos Humanos no Brasil.

Com o artigo em análise, pode ser concluído que o Controle de Convencionalidade é uma ferramenta de proteção aos Direitos Humanos, observando o que expressa a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Americana de Direitos Humanos.

O controle de convencionalidade embasa-se no dever internacional de cumprir com os pactos firmados entre os Estados, porém só terão *status* de Emenda Constitucional naqueles votados como tal e versem sobre Direitos Humanos, sendo

estas tidas como *cláusulas pétreas*, não podendo ser suprimidos.

Tais direitos por estarem estabelecidas no título II da CF, são classificados como direitos e garantias fundamentais, sendo de aplicação imediata.

Esse Controle de Convencionalidade dá *status* constitucional aos Tratados e Convenções internacionais ratificados pelo Brasil e tratarem dos Direitos Humanos, logo, poderão configurar parâmetro tanto pelo controle difuso quanto pelo controle concentrado.

O magistrado tem o dever de análise do controle de compatibilidade vertical dos Direitos Internos em relação aos Direitos Internacionais vigentes no estado isso dependendo do caso concreto.

Por fim, foi observado que esse controle não é superior a nossa Constituição Federal nem esta inferior, e sim trabalham conjuntamente para que os Direitos Humanos sejam garantidos para todos, ou seja, é uma ferramenta garantidora de tal direito com uma forma mais ampla e uniforme.

### REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando. ROSA, Marcio Fernando Elias. SANTOS, Marisa Ferreira dos. CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Werner Nabiço: **Sobre a prevalência do tratado internacional na sistemática jurídica do Estado do Brasil**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4360/sobre-a-prevalencia-do-tratado-internacional-na-sistemática-jurídica-do-estado-do-brasil#ixzz2HVHJ9QGG>>. Acesso em: 23 dez. 2012.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GOMES, Luiz Flavio. **Controle de Convencionalidade**. Ano 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4360/sobre-a-prevalencia-do-tratado-internacional-na-sistemática-jurídica-do-estado-do-brasil#ixzz2HVHw1W0t>>. Acesso em: 18 dez. 2012.

LEITE, Simírame Pereira. **Tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos na Constituição de 1988 após a emenda constitucional n.º. 45" 2006**. Disponível em <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/.../Monografia\\_SimirameLeite.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/.../Monografia_SimirameLeite.pdf)>. Acesso em: 18 dez. 2012

MARTINS, Leonardo. MOREIRA, Thiago Oliveira. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Hierarquia Constitucional e Incorporação Automática dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Ordenamento Brasileiro**. 2006. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/rev.../artigos/art\\_valerio.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev.../artigos/art_valerio.htm)>. Acesso em: 18 dez. 2012

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

RUSSOWSKY, Iris Saraiva: **O controle de convencionalidade das leis: uma análise na esfera internacional e interna**. Disponível em: <[www.idb.dul.com/uploaded/files/2012\\_03\\_1745\\_1826.pdf](http://www.idb.dul.com/uploaded/files/2012_03_1745_1826.pdf)>. Acesso em: 23 dez. 2012

---

Recebido em: 28 de fevereiro de 2013  
Avaliado em: 12 de março de 2013  
Aceito em: 15 de março de 2013

---