

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

ANTONIO CELSO BAETA MINHOTO

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

LUCAS CATIB DE LAURENTIIS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C755

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Lucas Catib De laurentiis; Antonio Celso Baeta Minhoto – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-027-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição e Democracia I durante o Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 23 a 30 de junho de 2020, sob o tema geral “Constituição, Cidades e Crises”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito em parceria com a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES e o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPQ. Trata-se da primeira experiência de encontro virtual do CONPEDI em quase três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde os direitos fundamentais constitucionalizados, passando pelo controle de constitucionalidade e as experiências diversas de exercício da democracia. Teoria e hermenêutica constitucionais, bem como a história do Direito Constitucional e a filosofia a ela relacionada, como não poderia deixar de ser, também estão presentes nos artigos.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Prof. Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto - Universidade Cruzeiro do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA Business School/Faculdade Arnaldo/Escola Superior Dom Helder Câmara

Prof. Dr. Lucas Catib de Laurentiis – Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Constituição e Democracia I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Filosofia do Direito. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**ASPECTOS HIERÁRQUICOS DO TEXTO NORMATIVO CONSTITUCIONAL
DIANTE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A CONSEQUENTE
ALTERAÇÃO DA PIRÂMIDE KELSENIANA**

**HIERARCHICAL ASPECTS OF CONSTITUTIONAL NORMATIVE TEXT
BEFORE CONVENTIONALITY CONTROL AND THE CONSEQUENTIAL
CHANGE OF THE KELSENIAN PYRAMID**

**Rafael Robson Andrade do Carmo
Gustavo Noronha de Avila**

Resumo

O artigo aborda a relação teórica entre a “Pirâmide de Kelsen” e a Teoria do Controle de Convencionalidade desenvolvida pelo Professor Valério Mazzuoli, visto que esta última provocou uma alteração na ordem hierárquica contida naquela. A aludida alteração ocorreu por conta da Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual estabeleceu que tratados internacionais de direitos humanos podem ter status de emendas constitucionais, desde que passado pelo crivo qualificado. Ao equiparar os instrumentos normativos internacionais às emendas constitucionais, o legislador colocou tais instrumentos no topo da hierarquia estabelecida por Kelsen, alterando nitidamente a denominada “Pirâmide de Kelsen”.

Palavras-chave: Pirâmide de kelsen, Controle de convencionalidade, Emenda constitucional, Hierarquia, Normas

Abstract/Resumen/Résumé

The article addresses the theoretical relationship between the “Kelsen Pyramid” and the Theory of Conventionality Control developed by Professor Valério Mazzuoli, since the latter caused a change in the hierarchical order contained therein. The referred change occurred due to Constitutional Amendment nº 45/2004, which established that international human rights treaties may have constitutional amendments status, provided that it is passed through qualified scrutiny. By equating international normative instruments with constitutional amendments, the legislator placed these instruments at the top of the hierarchy established by Kelsen, clearly altering the so-called “Kelsen Pyramid”.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Kelsen pyramid, Conventionality control, Constitutional amendment, Hierarchy, Standards

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo busca estabelecer uma relação entre a teoria hierárquica das normas denominada “Pirâmide de Kelsen”, a Teoria do Controle de Convencionalidade desenvolvida pelo Professor Valério Mazzuoli, bem como a possibilidade desta última teoria ter alterado aquela.

Nesse caminho, deve-se destacar que a teoria do Controle de Convencionalidade foi elaborada, conforme indicado acima, pelo Professor Valério Mazzuoli, docente residente na cidade de Cuiabá/MT e professor da Universidade Federal de Mato Grosso.

Com finalidade de contextualização temática, deve-se ponderar que a Constituição Federal de 1988 é a norma primaz do nosso ordenamento jurídico, estabelecendo, consequentemente, uma hierarquia com os demais textos normativos.

Essa hierarquia é estabelecida de forma automática pela simples existência da previsão constitucional, a qual contribui significativamente para o controle social e pacificação do comportamento humano, de modo que as demais normas servem para regular circunstâncias específicas da coletividade.

Ainda acerca da hierarquia das normas, deve-se considerar a própria hierarquia entre as normas constitucionais, especificamente entre as originárias e as normas oriundas do poder derivado, relação a qual recebe singular atenção no decorrer da presente pesquisa, visto que foi realizada uma abordagem acerca das normas constitucionais originárias, aquelas as quais se diferenciam das elaboradas pelo Poder Constituinte.

Nesse mesmo sentido, deve-se considerar que a jurisprudência e a doutrina nacional entendem que não existe hierarquia entre as normas constitucionais originárias.

Já com relação a teoria desenvolvida por Hans Kelsen, é destacado que as normas inferiores sofrem direta interferência, desde a sua criação até a sua aplicação, das normas superiores.

Para melhor compreensão da temática abordada, se apresenta de suma importância a identificação do papel normativo da Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual estabeleceu de forma expressa que instrumentos normativos internacionais, tais como tratados internacionais relacionados a direitos humanos, passaram a ter status de emendas constitucionais, estabelecendo, para tanto, formalidade específica.

A emenda em tela se apresenta como um dos fundamentos fáticos da Teoria do Controle de Convencionalidade, pois com estabeleceu um formalidade específica para os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, os quais passaram do plano supralegal e alçaram o status de Emenda Constitucional.

E é aqui que se encontra o plano central da presente pesquisa, pois ao equiparar os instrumentos normativos internacionais às emendas constitucionais, o legislador colocou tais instrumentos no topo da hierarquia estabelecida por Kelsen, alterando nitidamente a denominada “Pirâmide de Kelsen”.

Desta forma, o objetivo geral do presente artigo científico é evidenciar que a teoria do controle de convencionalidade desenvolvida pelo Professor Valério Mazzuoli alterou de forma nítida a “Pirâmide de Kelsen” acerca da hierarquia normativa, tendo, por conseguinte, como objetivos específicos abordar de forma detalhada a teoria kelseniana e a própria teoria do controle de convencionalidade; compreender o papel normativo da emenda constitucional n. 45/2004; identificar a formalidade expressa na Emenda Constitucional n. 45/2004 que permite o tratado de direito internacional passar a ter status de emenda constitucional.

Na busca por uma melhor compreensão do tema abordado, o presente artigo científico foi estruturado em 03 (três) capítulos, sendo que no primeiro contém breves considerações acerca da hierarquização das normas constitucionais, hierarquia contida na teoria kelseniana. Já o segundo capítulo é dedicado aos aspectos elementares do controle de convencionalidade, possibilitando assim uma melhor compreensão acerca de tal teoria e o seu contexto teórico. No terceiro capítulo é dada importância ao recorte principal da presente pesquisa, a relação existente entre a hierarquia normativa desenvolvida por Kelsen diante do controle de convencionalidade, de modo a corroborar a assertiva que este controle alterou a ordem do entendimento de Hans Kelsen. De forma derradeira, o presente artigo

científico encerra-se com a exposição das conclusões, a qual contém pontos ilativos sobre a temática submetida à pesquisa.

A partir do problema “a teoria do Controle de Convencionalidade ocasionou mudança teórica na sequência hierárquica desenvolvida por Hans Kelsen?”, sugere-se como hipótese que ao permitir, após submetido ao crivo formal qualificado, que os tratados internacionais sobre direitos humanos possam ter status de emenda constitucional, a aplicabilidade prática do controle de convencionalidade gera alteração na ordem hierárquica desenvolvida por Hans Kelsen, pois os gêneros tratados internacionais poderão pertencer a dois planos na “Pirâmide de Kelsen”.

Considerando a impossibilidade de se medir a importância e complexidade do tema em evidência, a pesquisa qualitativa compõe a natureza da pesquisa.

Para tanto se utilizou, basicamente, a pesquisa bibliográfica na legislação e na doutrina, surtindo um resultado convincente acerca do tema. No que tange ao método, deve-se ressaltar que foi utilizado o dialético, justamente por possibilitar a investigação da realidade e de uma eventual contradição relacionada à mudança dialética que ocorre na sociedade.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA HIERAQUIZAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Como pode-se plenamente constatar no título do presente artigo, a pesquisa em tela debruçou-se em sistematizar os aspectos teóricos acerca da hierarquia das normas no ordenamento jurídicos brasileiro, logo, no presente capítulo, com o intuito de avançar progressivamente no universo da temática proposta, consta abordagens relacionadas à composição hierárquica do próprio texto normativo, especificamente quanto ao conteúdo e à formalidade.

Nesse caminho, não se pode negar que a Constituição Federal de 1988 é, de modo a estabelecer uma hierarquia primaz entre todos os textos normativos, a norma mestra do nosso

arcabouço jurídico.

Para melhor compreensão da assertiva indicada acima, apresenta-se como fundamento o fato de constar na carta magna a conceituação e legitimação de valores jurídicos, bem como de bens relevantes que receberam tutela estatal, além do próprio status de lei maior concedido pela constituinte.

Outra abordagem pertinente quanto a importância da Constituição Federal, é acerca do estabelecimento do modelo de Estado desejado e positivado pelo Poder Constituinte, sobre as disposições elementares do texto constitucional, ensina Furtado (1993, p. 114):

Dessa forma, são basilares na estrutura do Estado Democrático de Direito o apego à constituição, sendo esta a ordem jurídica fundamental, suprema, emanada da vontade popular, onde são vinculados tanto os poderes de um modo geral, como seus atos e as garantias de uma livre atuação das regras da jurisdição constitucional.

Sendo então a Constituição Federal a principal norma, visto que é justamente nela que se encontra toda a estrutura de ordenamento jurídico pátrio, é evidente que a lei primaz deverá, tanto com o seu conteúdo quanto com sua formalidade, relacionar-se com diversas outras normas, as quais desenvolvem o papel de regulamentar os diversos aspectos elementares da Constituição Federal, tais como normas de direito civil, direito penal, direitos ambiental e demais ramos do direito.

É justamente essa relação entre normas de hierarquicamente distintas que permite vislumbrar um grau de aceitação no meio social e, conseqüentemente, o alcance de uma efetivação real de seu teor positivado.

Com o exposto acima, tem-se que por uma questão de lógica, uma vez que a Constituição Federal é o texto principal de um ordenamento jurídico, todos os demais textos normativos desse ordenamento estarão, conforme já colocado acima, em um patamar abaixo desta, e justamente para melhor compreender o conceito de ordenamento jurídico, faz-se necessário o destaque ao ensinamento de Bobbio (1999, p. 19):

No primeiro livro, estudamos a norma jurídica, isoladamente considerada; neste, estudaremos aquele conjunto ou complexo de normas que constituem o ordenamento jurídico. A exigência da nova pesquisa nasce do fato de que,

na realidade, as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si (e estas relações serão em grande parte objeto de nossa análise). Esse contexto de normas costuma ser chamado de “ordenamento”. (Aspas do autor)

Contudo, de outro plano, vale ponderar que o cenário hierárquico entre normas constitucionais, especificamente entre as originárias, não se apresenta tão nítido e pacificado assim, uma vez que a possibilidade de questionamento acerca da existência de hierarquia entre normas constitucionais é plenamente razoável e objeto de muitas controvérsias.

Para melhor compreensão do tema proposto no presente capítulo, é pertinente uma breve abordagem acerca das normas constitucionais originárias, aquelas as quais se diferenciam das elaboradas pelo Poder Constituinte.

Nesse sentido, em que pese ser o entendimento da doutrina minoritária, deve-se ponderar a lição exarada por Bachof (1994, p. 54-55) no sentido de ser possível a declaração de inconstitucionalidade de uma norma constitucional originária, conforme consta:

Põe-se, além disso, a questão de saber se também uma norma originariamente contida no documento constitucional (e emitida eficazmente, sob o ponto de vista formal), uma norma criada, portanto, não por força da limitada faculdade de revisão do poder constituído, mas da ampla competência do poder constituinte, pode ser materialmente inconstitucional. Esta questão pode parecer, à primeira vista, paradoxal, pois, na verdade, uma lei constitucional não pode, manifestamente, violar-se a si mesma. Contudo, poderia suceder que uma norma constitucional de significado secundário, nomeadamente uma norma só formalmente constitucional, fosse de encontro a um preceito material fundamental da Constituição: ora, o fato é que por constitucionalistas tão ilustres como Krüger e Giese foi defendida a opinião de que, no caso de semelhante contradição, a norma constitucional de grau inferior seria inconstitucional e inválida.

Repito. Em que pese ser a corrente minoritária, a indicação da citação acima possui, ao menos no bojo do presente artigo, a finalidade de evidenciar que no campo teórico as normas constitucionais originárias também são passivas de discussão acerca de sua autonomia hierárquica, logo, a fim de evitar qualquer diferenciação, a abordagem acerca da hierarquia material e formal da norma constitucional a que se destina o presente capítulo, se dará sem distinguir as originárias das normas oriundas do poder constituinte derivado.

Por outro lado, a jurisprudência e doutrina nacional entendem que não existe hierarquia entre as normas constitucionais originárias, conforme destacado na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 815.

Vejam os:

A tese da hierarquia entre as normas constitucionais originárias é incompatível com o sistema de Constituição rígida. O fundamento da validade de todas as normas constitucionais originárias repousa no poder constituinte originário, e não em outras normas constitucionais.

Em ato contínuo, não se apresenta razoável falar sobre hierarquia normativa sem dar o devido destaque para a teoria desenvolvida pelo jurista austríaco Hans Kelsen, denominada “Pirâmide de Kelsen”.

Hans Kelsen (1987, p. 240) é enfático ao estabelecer que as normas inferiores sofrem direta interferência, desde a sua criação até a sua aplicação, das normas superiores, conforme trecho indicado abaixo:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.

Com trecho acima fica evidente que, para Hans Kelsen, o primeiro critério de validade da norma é a falta de contrariedade da previsão expressa da norma tida como superior.

Uma vez já indicado o conceito de ordenamento jurídico e devidamente evidenciado a existência de uma hierarquia entre as normas, passa-se então a, utilizando da teoria desenvolvida por Kelsen, a identificar o nivelamento normativo do ordenamento jurídico

brasileiro.

O primeiro aspecto a ser evidenciado quanto a teoria de Kelsen é o que, inclusive, já foi dito anteriormente, nenhuma norma do ordenamento jurídico poder contrariar o texto da lei magna, ou seja, da Constituição Federal, vez que trata-se de lei superior as demais.

Ainda nesse plano, para Kelsen, estão as normas originárias e derivadas, já citadas anteriormente.

Nessa Seara, outra importante questão que merece destaque é a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual estabeleceu de forma expressa que instrumentos normativos internacionais, tais como tratados internacionais relacionados a direitos humanos, passaram a ter status de emendas constitucionais.

Todavia, deve-se ponderar que para ocorrer tal equiparação o instrumento internacional sobre a temática indicada acima deverá obedecer a uma forma também expressa na emenda em tela, conforme íntegra do constitucional indicado abaixo:

[...] § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. [...]

É nesse exato ponto que se encontra a abordagem central da presente pesquisa e que, no próximo capítulo, receberá o devido destaque.

Percebe-se que ao equiparar os instrumentos normativos internacionais às emendas constitucionais, o legislador colocou tais instrumentos no topo da hierarquia estabelecida por Kelsen.

Por fim, tem-se que os demais patamares da “Pirâmide de Kelsen” não se apresentam pertinentes de serem, ao menos no contexto da presente pesquisa, abordados, visto que a teoria denominada Controle de Convencionalidade, desenvolvida pelo professor

Valério Mazzuoli, possui fundamento justamente no teor da Emenda Constitucional n. 45/2004.

3 ASPECTOS ELEMENTARES DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Com intuito de estabelecer uma sequência lógica para o desenvolvimento da pesquisa, pondera-se que, conforme colocado ao final do último capítulo, a Teoria do Controle de Convencionalidade tem seu arcabouço fundamental na Emenda Constitucional n. 45/2004, uma vez que tal emenda acrescentou, conforme já citado acima, o § 3.º ao art. 5.º da Constituição, trazendo a possibilidade dos instrumentos normativos internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados por maioria qualificada, serão equiparados a emendas constitucionais, percebe-se com isso, que a equivalência se dá tanto pelo critério material quando pelo formal.

E foi justamente essa alteração, ao nosso entender, que motivou o ilustríssimo professor Valério Mazzuoli (2011. p. 73) a desenvolver a respectiva teoria, conforme indicado abaixo:

[...] E tal acréscimo constitucional trouxe ao direito brasileiro um novo tipo de controle à normatividade interna, até hoje desconhecido entre nós: o controle de convencionalidade das leis. Ora, à medida que os tratados de direitos humanos ou são materialmente constitucionais (art. 5.º, § 2.º) ou material e formalmente constitucionais (art. 5.º, § 3.º), é lícito entender que, para além do clássico “controle de constitucionalidade”, deve ainda existir (doravante) um “controle de convencionalidade” das leis, que é a compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país. [...]

O autor da teoria até pondera que na sistemática submetida ao controle de convencionalidade até poderia tratar-se de controle de constitucionalidade, todavia, no entendimento do renomado Valério Mazzuoli (2011. p. 73), este último controle será

exercido somente nos casos de afronta ao texto constitucional, conforme trecho indicado abaixo:

[...] Poderia se objetar tratar-se de controle de constitucionalidade aquele exercido em razão dos tratados de direitos humanos internalizados pela sistemática do art. 5.º, § 3.º, por ostentarem equivalência de emenda constitucional. Para nós, apenas quando existe afronta à Constituição mesma é que pode haver controle de constitucionalidade propriamente dito. Ainda que os tratados de direitos humanos (material e formalmente constitucionais) sejam equivalentes às emendas constitucionais, tal não autoriza a chamar de controle “de constitucionalidade” o exercício de compatibilidade vertical que se exerce em razão deles, notadamente no caso de o texto constitucional permanecer incólume de qualquer violação legislativa (ou seja, no caso de a lei não violar a Constituição propriamente, mas apenas o tratado de direitos humanos). Em suma, doravante se falará em controle de constitucionalidade apenas para o estrito caso de (in)compatibilidade vertical das leis com a Constituição, e em controle de convencionalidade para os casos de (in) compatibilidade legislativa com os tratados de direitos humanos (formalmente constitucionais ou não) em vigor no país. [...]

Percebe-se com leitura do trecho indicado acima a preocupação do autor em deixar evidente que o controle de convencionalidade se limita unicamente ao procedimento formal pelo qual os tratados de direito humanos precisam passar para possuírem status de norma constitucional equivalente à emenda constitucional, o que por si só impede a utilização de tal controle com as demais normas do plano infraconstitucional.

Acerca da teoria em comento, apresenta-se pertinente ponderar que o Controle de Convencionalidade abrange os tratados internacionais de direitos humanos, submetendo, tanto os tratados com status de norma constitucional, ou seja, aqueles que não passaram pela formalidade do art. 5.º, § 3.º, da Constituição Federal, quanto os equivalentes a emenda constitucional, ao crivo hierárquico das normas infraconstitucionais.

Vejamos o entendimento exarado acima nas próprias palavras de Valério Mazzuoli (2011. p. 74):

[...] Portanto, a ideia que se irá defender nas páginas abaixo é a seguinte: quer tenham os tratados de direitos humanos “status de norma constitucional” (nos termos do art. 5.º, § 2.º, da Constituição), quer sejam “equivalentes às emendas constitucionais” (posto que aprovados pela maioria qualificada prevista no art. 5.º, § 3.º), em ambos os casos serão eles paradigma de controle das normas infraconstitucionais no Brasil, ao que se

nomina de controle de convencionalidade das leis (em suas modalidades difusa e concentrada). [...]

Considera-se ainda que a teoria em comento, conforme o próprio autor destaca, é inédita no Brasil, evidenciando que o termo “Controle de Convencionalidade” já foi utilizado por outros autores, contudo, tal utilização se deu sob a vertente da responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos em razão de atos do Poder Legislativo.

Com a leitura da obra utilizada nas citações anteriores, fica evidente que a teoria do Controle de Convencionalidade implica no estabelecimento da relação entre as espécies de controle como legalidade, supralegalidade, convencionalidade e constitucionalidade.

Com relação ao controle de legalidade os tratados que não passarem pelo crivo formal estabelecido pela Emenda Constitucional n. 45/2004 terão status de norma material constitucional, já, caso contrário, serão tanto materialmente quanto formalmente constitucionais, passando então serem objetos do controle de constitucionalidade.

Nesse caminho, tem-se que o Controle de Convencionalidade compõe o rol de controles suscetíveis de hierarquizar as normas do ordenamento jurídico brasileiro, estando assim no mesmo cenário de estudo dos controles de constitucionalidade e de supralegalidade das normas infraconvencionais.

De outro norte, se apresenta inteiramente pertinente destacar o exemplo prático utilizado pelo autor da teoria em comento acerca da Guerrilha do Araguaia, exemplo o qual Valério Mazzuoli (2011. p. 164) destaca a decisão da Corte Interamericana sobre a Lei de Anistia brasileira.

Vejamos trecho:

“No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8º e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. O

Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (pacta sunt servanda). Como já salientou esta Corte e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados-partes vinculam todos seus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (effet utile) no plano de seu direito interno.”

Percebe-se com o trecho disposto acima o nítido exercício, por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos, do controle de convencionalidade da Lei de Anistia brasileira ante a omissão do Judiciário brasileiro.

Com o exemplo prático acima fica melhor compreendido a aplicabilidade e extensão da teoria ora em destaque, se apresentando inteiramente pertinente.

É importante ressaltar a preocupação do autor da teoria em comento em não deixar dúvidas acerca do ineditismo da respectiva, tanto que faz referência à lição de André de Carvalho Ramos ao ensinar sobre controle de convencionalidade (2011. p. 78):

“Esse controle de convencionalidade pode ser feito de modo unilateral pelos demais Estados participantes da sociedade internacional, o que é o modo tradicional de apuração do respeito por um Estado de suas obrigações internacionais, uma vez que a sociedade internacional é uma sociedade ainda marcada pelo voluntarismo, sendo paritária e descentralizada.”

Em que pese ser a mesma terminologia utilizada por Valério Mazzuoli, percebe-se que o sistema do controle se dá unicamente no plano internacional, sem qualquer participação doméstica.

De outro norte, deve-se ponderar um efeito muito substancial do controle convencionalidade, que é justamente a autorização dos legitimados para a propositura das ações do controle abstrato, tais como Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Constitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, para proporem

tais institutos junto ao Supremo Tribunal Federal – STF em caso de violação de um tratado internacional de direitos humanos com vigência doméstica.

Nesse caminho, percebe-se a importância do controle ora abordado, visto que os tribunais se encontram em uma posição de obrigatoriedade quanto a realização do respectivo controle, devendo, em flagrante caso, invalidar as normas internas que estão em desconformidade com os tratados de direitos humanos em vigência.

Tal possibilidade, na visão de Valério Mazzuoli (2011. p. 164) representa uma “enorme novidade do direito brasileiro representa um seguro avanço do constitucionalismo pátrio rumo à concretização do almejado Estado Constitucional e Humanista”

Ao desenvolver a Teoria do Controle de Convencionalidade o autor Valério Mazzuoli (2011. p. 119), também de forma muito clínica, destinou especial atenção à relação entre o próprio controle em tela e a fiel obediência ao texto constitucional e aos mecanismos de controle de constitucionalidade, tendo, para tanto, discorrido sobre no tópico n. 2.5.1 nos seguintes moldes:

Primeiramente, para a vigência e validade da produção doméstica de um direito, faz-se necessária a sua compatibilidade com o texto constitucional em vigor, sob pena de incorrer em vício de inconstitucionalidade, o qual pode ser combatido pela via difusa (de exceção ou defesa) ou pela via concentrada (ou abstrata) de controle, a primeira podendo ser realizada por qualquer cidadão (sempre quando se fizer presente um caso concreto) em qualquer juízo ou tribunal do país, e a segunda, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, por um dos legitimados do art. 103 da Constituição.

Com a citação exposta acima, fica evidente o cuidado do autor em deixar claro que o Controle de Convencionalidade, considerando ser exercido em normas domésticas, deverá sempre estar em plena conformidade com o texto constitucional, daí porque não se confunde, com o Controle de Constitucionalidade.

Não se pode olvidar que teoria desenvolvida por Valério Mazzuoli, ao sentir desses autores, representa um grande avanço para melhor compreensão do tratamento constitucional formal que os tratados de direitos humanos receberam após a edição da Emenda Constitucional n. 45/2004, devendo, ainda considerar, que a respectiva teoria

possui um vasto arcabouço de fundamentos suscetíveis de compatibilizá-la tanto com a percepção teórica quanto com a realidade prática.

Outro aspecto importante que chama atenção na obra objeto da presente pesquisa, é o cuidado do autor Valério Mazzuoli em deixar claro que o termo “Controle de Convencionalidade” não é inédito, todavia, a abordagem sim, pois não possui qualquer precedente teórico, o que representa com destreza o cuidado em ambientar o leitor acerca de todo o contexto da teoria, além, é claro, de demonstrar digna lealdade.

4 A HIERARQUIA NORMATIVA DESENVOLVIDA POR KELSEN DIANTE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Considerando que os capítulos anteriores foram dedicados para localizar o leitor acerca dos aspectos teóricos tanto da Teoria Kelseniana quanto da Teoria do Controle de Convencionalidade, o presente capítulo adentra ao ponto central da pesquisa, a saber a modificação realizada pela teoria desenvolvida por Valério Mazzuoli na chamada “Pirâmide de Kelsen”.

Para tanto, se faz necessária registrar que a sequência teórica da presente pesquisa, especificamente o recorte contido no presente capítulo, foi extraído do posicionamento do jurista Luiz Flávio Gomes (2009) ao analisar a decisão exarada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal – STF quando da análise dos Habeas Corpus n. 87.585-TO e do Recurso Especial n. 466.343-SP, decisão a qual, na opinião do jurista em tela, possui status de histórica, visto que a partir de então a Corte Suprema teria reconhecido os tratados de direitos humanos em um nível acima da lei ordinária.

Para melhor compreensão do posicionamento de Luiz Flávio Gomes (2009), cita-se:

“Caso algum tratado venha a ser devidamente aprovado pelas duas casas legislativas com quorum qualificado (de três quintos, em duas votações em cada casa) e ratificado pelo Presidente da República, terá ele valor de Emenda Constitucional (CF, art. 5º, § 3º, com redação dada pela EC 45/2004. Fora disso, todos os (demais) tratados de direitos humanos vigentes no Brasil contam com valor

supralegal (ou seja: valem mais do que a lei e menos que a Constituição). Isso possui o significado de uma verdadeira revolução na pirâmide jurídica de Kelsen, que era composta (apenas) pelas leis ordinárias (na base) e a Constituição (no topo).”

Ao sustentar tal posicionamento Luiz Flávio Gomes faz menção inclusive ao autor da Teoria do Controle de Convencionalidade, o que reforça ainda mais a pertinência teórica de Valério Mazzuoli.

Fundamentando-se em todo o arcabouço argumentativo e jurídico indicado nos capítulos anteriores, tem-se realmente que a Teoria do Controle de Convencionalidade alterou de forma substancial a “Pirâmide de Kelsen”.

5 CONCLUSÃO

Com o desenvolvimento da presente pesquisa restou claro que a Constituição Federal de 1988 é a principal norma do ordenamento jurídico brasileiro, estabelecendo uma hierarquia com os demais textos normativos.

De igual modo, foi abordado que a hierarquia entre as normas constitucionais não se apresenta tão nítida e pacificada assim, pois existe a possibilidade de questionamento acerca da existência de hierarquia entre normas constitucionais originárias e aquelas oriundas do poder derivado.

Ainda sobre a hierarquia normativa, a pesquisa evidencia que Hans Kelsen, no plano doutrinário, se apresenta como o estandarte principal, pois o jurista é enfático ao estabelecer que as normas inferiores sofrem direta interferência, desde a sua criação até a sua aplicação, das normas superiores, sendo que nenhuma norma do ordenamento jurídico poder contrariar o texto da lei magna, ou seja, da Constituição Federal, vez que trata-se de lei superior as demais.

De outro norte, conclui-se também que a jurisprudência e doutrina nacional entendem que não existe hierarquia entre as normas constitucionais originárias, conforme destacado na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 815.

Já com relação à Teoria do Controle de Convencionalidade desenvolvida pelo Professor Valério Mazzuoli, tem-se que a mesma teve seu fundamento fático na elaboração da Emenda Constitucional n. 45/2004, a qual reconheceu que os tratados internacionais relacionados a direitos humanos passariam a ter status de emendas constitucionais desde que aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Tem-se ainda de forma conclusiva, que a terminologia “Controle de Convencionalidade” não é inédita, contudo, a sua aplicabilidade teórica, conforme as próprias palavras do professor Valério Mazzuoli, são inéditas.

Outro importante aspecto identificado na presente pesquisa foi o efeito do próprio controle de convencionalidade, o qual consiste na possibilidade dos legitimados para a propositura das ações do controle abstrato, tais como Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Constitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, proporem tais institutos junto ao Supremo Tribunal Federal – STF em caso de violação de um tratado internacional de direitos humanos com vigência doméstica.

Por fim, porém não menos importante, conclui-se que, usando como fundamento teórico o posicionamento do jurista Luiz Flávio Gomes, a teoria do controle de convencionalidade alterou de forma pertinente a hierarquia contida na “Pirâmide de Kelsen”, uma vez que tratados internacionais que versam sobre direitos humanos poderão ocupar, a depender do crivo formal a qual foram submetidos, dois patamares distintos na respectiva pirâmide.

REFERÊNCIAS

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. 1. ed. Lisboa: Almedina, 1994.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** Tradução de Maria Celeste Cordeiro dos Santos. 10. ed. Brasília: UNB, 1999.

BRASIL. Presidência da República. Constituição (1988). **Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004.** Altera dispositivos de diversos artigos da Constituição Federal, e

acrescenta os art. 103B, dentre outros. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm. Acesso em: 04 dez. 2019

FURTADO, Luísa Elisabeth Timbó C. **O estado democrático de direito e a sua relação com os direitos fundamentais**. Revista Pensar. Fortaleza: Unifor, v. 2, n. 2, p. 112-130, ago. 1993.

GOMES, Luiz Flávio. Controle de convencionalidade: STF revolucionou nossa pirâmide jurídica. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI77587,81042-Controlde+de+convencionalidade+STF+revolucionou+nossa+piramide+juridica>> Acesso em: 10 jun. 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, Martins Fontes, São Paulo, 1987, p. 240

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis** / Valerio de Oliveira Mazzuoli; prefácio Luiz Flávio Gomes. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011. – (Coleção direito e ciências afins ; v. 4 / coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terrade Oliveira)