

Tratados Internacionais para Proteção de Direitos Humanos
Fundamentais e Entidades Responsáveis por Sua Efetivação

O Controle da Convencionalidade das Leis pelo Poder Judiciário

CARLOS GERALDO TEIXEIRA

Juiz Federal em Minas Gerais, Pós-Graduado em Direito Público e Direito de Empresas, Curso de Especialização: “O Direito no Limiar do III Milênio” – Universidade Lusíada do Porto/Portugal, Mestrando em Direito Socioambiental – PUC/PR.

DOI: 10.11117/22361766.33.01.02

RESUMO: O presente trabalho é sobre o controle de convencionalidade das leis pelo Poder Judiciário. Trata-se de assunto novo, versado de forma inédita no Brasil pelo Professor Mazzouli. A Corte Interamericana de Direitos Humanos já consignou que o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade”, e esse tema já foi objeto de manifestação pelo Ministro Celso de Mello em julgamento pelo Superior Tribunal Federal – STF. Essa Corte, após a Emenda Constitucional nº 45/2004, também avançou no entendimento quanto à hierarquia das normas dos tratados de direitos humanos no Brasil (RE 466.343/SP, J. 03.12.2008), que passam a ter *status* supralegal ou constitucional quando atendido o disposto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal. Em que pesem as diferenças de posições quanto à hierarquia das normas dos tratados de direitos humanos em face da ordem normativa interna, que grassam na doutrina e na jurisprudência, fato é que a Constituição de 1988 foi um marco significativo para o início do processo de redemocratização do País e de institucionalização dos direitos humanos, e, com a EC 45/2008, verificaram-se avanços quanto ao nível hierárquico e à busca de efetividade dos tratados de direitos humanos, o que leva também o tema “controle de constitucionalidade” a ocupar um espaço na pauta das discussões jurídicas mais atuais. Esse, em síntese, o objeto do trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de convencionalidade das leis; direitos humanos.

ABSTRACT: This paper is about the control of conventionality of law by the judiciary. This is a new subject, versed in an unprecedented way in Brazil by Professor Mazzouli. The Inter-American Court of Human Rights as enshrined that the Judiciary should have some kind of “control conventionality” and this theme has been the subject of disclosure by the Minister Celso de Mello on trial by the Supreme Court. This Court, after the EC 45/2004, Progress in understanding how the hierarchy of norms of human rights treaties in Brazil (RE 466.343/SP, J. 03.12.2008), which are replaced by supra-status, or constitutional when treated the provisions of § 3º of art. 5 of CF. Notwithstanding the differences in positions on the hierarchy of norms of human rights treaties in the face of internal normative order which is occurring in the doctrine and jurisprudence, the fact is that the Constitution of 1988 was a significant milestone for the start of the democratization process the country and institutionalization of human rights, and the EC 45/2008, it has been made as to the authority and effectiveness of the search for human rights treaties, which also raises the theme “judicial review” to occupy a space on the agenda of most current legal discussions. This, in short, the object of work.

KEYWORDS: Control of conventionality of law; human rights.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Controle de convencionalidade das leis; 1.1 Um assunto novo; 1.1.1 Doutrina inovadora. Origem; 1.1.2 Corte Interamericana de Direitos Humanos e STF; 1.2 Algumas premissas e conclusões do controle jurisdicional da convencionalidade das leis defendidas pelo Professor Mazzuoli; 1.2.1 Vigência, validade e eficácia das leis; 1.2.2 Dupla compatibilidade vertical material; 2 Relação hierárquico-normativa entre tratados internacionais, especialmente de direitos humanos, e a Constituição Federal. Posição do STF; 3 Reflexos da posição do STF adotada no RE 466.343/SP quanto à hierarquia das normas dos tratados de direitos humanos, no tocante ao controle de constitucionalidade na forma defendida pelo Professor Mazzuoli; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

O presente ensaio trata do controle de convencionalidade das leis, meio judicial de declaração de invalidade de leis incompatíveis com tratados internacionais – assunto muito pouco trabalhado e debatido no País até o presente momento. O ineditismo no trato da matéria no Brasil é defendido pelo Professor Valério de Oliveira Mazzouli em tese de doutoramento versada posteriormente em livro¹ e, mais resumida, em artigo publicado em várias revistas do ramo².

A Constituição de 1988 foi um marco significativo para o início do processo de redemocratização do Estado brasileiro e de institucionalização dos direitos humanos no País. No entanto, a posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais em face da Constituição, ou, de outro modo, em face do direito interno, sempre foi assunto controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátria. A celeuma também persiste se reduzirmos a questão apenas aos tratados de direitos humanos.

O Professor Valério integra a corrente de doutrinadores que atribui superioridade às normas dos tratados em face da legislação doméstica. Defende que a cláusula aberta do § 2º do art. 5º da Carta de 1988 sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais. Posiciona-se, por conseguinte, mesmo antes da EC 45/2004, pelo *status* constitucional (material) dos tratados de direitos humanos e, após a emenda, pelo *status* formal e material dos referidos tratados.

Defende também que os instrumentos convencionais comuns têm *status* supralegal no Brasil, por não poderem ser revogados por lei interna posterior, como estão a demonstrar vários dispositivos da própria legislação infraconstitu-

1 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

2 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, a. XXXVI, n. 113, 2009. O artigo também foi publicado em outras revistas: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 889, n. 98, p. 105-147, nov. 2009; *Revista de Informação Legislativa*, v. 46, n. 181, p. 113-133, jan./mar. 2009. Ver Biblioteca do Senado Federal. Disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em: 2 fev. 2010.

cional brasileira, entre eles o art. 98 do Código Tributário Nacional e as normas internacionais que regem a matéria (em especial o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969), situando-se em patamar superior à legislação interna, inferior, contudo, ao Texto Constitucional.

Em razão disso, assegura que as normas dos tratados de direitos humanos são paradigmas de controle de convencionalidade e que os tratados (comuns) são normas paradigmas do controle de legalidade ou suprallegalidade³.

Como se verá mais adiante, o controle de convencionalidade já foi objeto de pronunciamento em julgamentos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, § 124, julgado em 2006) e pelo Supremo Tribunal Federal (RE 466.343/SP, 03.12.2008, voto do Ministro Celso de Mello).

A entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45, que introduziu o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, trouxe a possibilidade de os tratados de direitos humanos serem equivalentes às emendas constitucionais, se verificado um *quorum* qualificado no mesmo *iter* de sua aprovação. Nesse cenário, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 466.343/SP, em 3 de dezembro de 2008, alterou sua posição anterior de paridade das normas dos tratados de direitos humanos com a legislação ordinária.

Avançou aquela Corte, se não foi ao patamar almejado por muitos internacionalistas e defensores dos direitos humanos, entre outros o Professor Mazzuoli e a Professora Flávia C. Piovesan, superando o entendimento anterior que era pela paridade. Duas teses estavam em debate naquele julgamento: a defendida pelo Ministro Gilmar Mendes de *status* supralegal dos tratados de direitos humanos e a do Ministro Celso de Mello, que alçava os tratados de direitos humanos ao nível constitucional. Venceu, por cinco votos a quatro, a tese defendida pelo Ministro Gilmar Mendes.

Importante ressaltar que, naquele julgamento, modificando posição anterior, a Corte Suprema inadmitiu a prisão civil por dívida do depositário infiel – prevista em legislação interna e na Constituição. Entendeu pela insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretou o art. 5º, LXVII e §§ 1º, 2º e 3º da CF, à luz do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

Prevaleceu uma norma da Convenção Americana de Direitos Humanos que proíbe prisão por dívida, salvo no caso de inadimplemento de obrigação alimentícia. Nesse novo cenário, realça-se a importância desse julgamento juntamente com o controle de constitucionalidade para os fins de efetivação das normas de direitos humanos estabelecidas em tratados internacionais subscritos pelo Brasil.

3 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Ob. cit., p. 24; 54-65; p. 3.

Ao final deste trabalho, pretende-se ter colaborado, ao tratar do novel assunto controle de constitucionalidade das leis, com a sua disseminação. Reconhece-se no controle de constitucionalidade um valioso instrumento para auxiliar na efetivação dos tratados de direitos humanos no País. Endossam-se as palavras do Professor Luiz Flávio Gomes, que, doravante, como destaca o Professor Valério, o profissional de direito tem a seu favor um arsenal enormemente maior do que havia anteriormente para poder invalidar as normas de direito interno que materialmente violam a Constituição ou algum tratado internacional ratificado pelo governo e em vigor no País⁴.

1 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS

1.1 UM ASSUNTO NOVO

A primeira observação que se impõe sobre o assunto é que se trata de algo novo. Seja a tese defendida pelo Dr. Mazzouli, sejam as recomendações e/ou manifestações da Corte Interamericana e do próprio Supremo Tribunal Federal, a novidade do assunto ainda impera. Isso, contudo, não significa que nem juízes e Tribunais brasileiros já não tenham utilizado as normas de tratados internacionais ou suas interpretações pelas Cortes Internacionais, como fundamentos em seus julgados.

1.1.1 Doutrina inovadora. Origem

A teoria do controle de convencionalidade das leis, segundo seu formulador, o Professor Valério de Oliveira Mazzouli, diz respeito à possibilidade de se proceder à compatibilização vertical das leis (ou dos atos normativos do Poder Público), não só tendo como parâmetro de controle a Constituição, mas também os tratados internacionais (notadamente os de direitos humanos, mas não só eles) ratificados pelo governo e em vigor no País⁵.

O Professor Mazzouli esclarece que a ideia de “controle de convencionalidade” tem origem francesa e data do início da década de 1970⁶. Tal se deu originariamente quando o Conselho Constitucional francês, na Decisão nº 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975, entendeu não ser competente para analisar a convencionalidade preventiva das leis (ou seja, sua compatibilidade com os tratados ratificados pela França, notadamente – naquele caso concreto – a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950), pelo fato de não se tratar

4 Prefácio de GOMES, Luiz Flávio. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Ob. cit., p. 7-14; p. 3.

5 Mazzouli, 2009, p. 335.

6 Esclarece o professor que não foram os autores pátrios citados em sua obra (p. 64-69: “O controle jurisdicional da convencionalidade das leis”), tampouco a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que por primeiro se utilizaram dessa ideia de controle e o seu consequente (e já conhecido) neologismo. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Ob. cit., p. 70.

de um controle de constitucionalidade propriamente dito, o único em relação ao qual teria competência dito Conselho para se manifestar a respeito⁷.

Esclarece, ainda, o Professor Mazzuoli que a teoria de convencionalidade, por ele apresentada, é inédita no Brasil, não tendo sido desenvolvida por nenhum jurista (constitucionalista ou internacionalista) anteriormente entre nós. Segundo o professor, não se trata de técnica legislativa de compatibilização dos trabalhos do parlamento com os instrumentos de direitos humanos ratificados pelo governo, nem de mecanismo internacional de apuração dos atos do Estado em relação ao cumprimento de suas obrigações internacionais, mas sim de *meio judicial de declaração de invalidade de leis incompatíveis com tais tratados, tanto por via de exceção (controle difuso ou abstrato) como por meio de ação direta (controle concentrado ou abstrato)*. (grifei)

Assegura ter sido o primeiro, na doutrina brasileira, a empregar as expressões “controle difuso de convencionalidade” e “controle concentrado de convencionalidade” (informa que também não viu na doutrina estrangeira qualquer utilização, ainda que similar, dessas expressões)⁸. Frisa que esse controle de convencionalidade por parte dos Tribunais internos, como está a defender, tem sido recomendação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujas decisões o Brasil se comprometeu (desde 1998, pelo Decreto-Legislativo nº 89) a respeitar e a fielmente cumprir. Assim, no que tange ao sistema interamericano de direitos humanos, o Poder Judiciário, no exercício do controle de convencionalidade, tem ainda o dever de levar em conta não somente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mas também a interpretação que dela faz a Corte Interamericana, intérprete última e mais autorizada do Pacto de San José⁹.

1.1.2 Corte Interamericana de Direitos Humanos e STF

A expressão “controle de convencionalidade” e/ou os fins que almeja já foram objeto de manifestação por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como já consignado pelo Professor Mazzuoli, e do Supremo Tribunal Federal.

Ao julgar o caso *Almonacid Arellano vs. Chile*¹⁰, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já se manifestou sobre o exercício de uma espécie de “controle de convencionalidade” pelo Poder Judiciário integrante de um país

7 ALLAND, Denis (Coord.). *Droit internacional public*. Paris: PUF, 2000. p. 301-371. No mesmo sentido, v. MARTINS, Thomas Passos. A implementação do constitucionalismo na França. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, a. XXXIV, n. 108, dez. 2007, p. 320-321. Apud MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Ob. cit., p. 71.

8 Vide nota 11 de MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Ob. cit., p. 71.

9 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Ob. cit., p. 73.

10 Breve relato sobre o caso: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu, em 15 de setembro de 1998, uma petição em que se sustentava a responsabilidade da República do Chile por violação do direito de acesso à justiça, em virtude da decretação, em 25 de março de 1998, do arquivamento definitivo da investigação por assassinato do Senhor Luis Alfredo Almonacid Arellano, em aplicação do Decreto-Lei nº 2.191, de 1978, sobre a anistia. A petição denunciava violações aos arts. 1 (1), 8 (1) e 25 da Convenção.

que ratificou um tratado internacional como a Convenção Americana. Nessa tarefa, *os juízes devem ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana*. Nesse sentido, o pronunciamento da Corte:

[...] Quando um Estado ratificou um tratado internacional, como a Convenção Americana, *seus juízes, como parte do aparato do Estado*, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a zelar para que os efeitos dos dispositivos da Convenção não se vejam mitigados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e 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 que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, *o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana*. (Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, § 124)¹¹ (grifei)

A respeito dessa manifestação da Corte Interamericana, Mazzuoli chama atenção para a redação imperativa da Corte no sentido de ser um dever do Poder Judiciário interno o de controlar a convencionalidade de suas leis em face dos tratados de direitos humanos em vigor no País.

Observa ainda que, na fase derradeira do trecho citado, de que o Poder Judiciário “deve ter em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana”, fica claro que o controle de convencionalidade exercido pelos juízes e Tribunais nacionais deverá também pautar-se pelos padrões estabelecidos pela “intérprete última” da Convenção Americana. Isso tem reflexos no chamado controle difuso de convencionalidade, pois se a Corte Interamericana não limita o dito controle a um pedido expresso das partes em um caso concreto, e se, ao seu turno, os juízes e os Tribunais nacionais “devem” levar em conta a interpretação que do tratado faz a Corte Interamericana, tal significa

Foi relatado que, em 16 de setembro de 1973, um grupo de policiais retirou Almonacid Arellano, militante do Partido Comunista do Chile, de sua residência, na presença de seus familiares, com agressões que culminaram com o disparo de um tiro que ceifou a sua vida. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos levou o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos – a qual, em 26 de setembro de 2006, decidiu que o Estado do Chile descumpriu as suas obrigações derivadas dos arts. 1.1 (dever de respeitar os direitos e liberdades reconhecidos no Pacto de San José da Costa Rica) e 2 (dever de adotar disposições de direito interno para tornar efetivos esses direitos e liberdades) da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, assim como violou os direitos consagrados nos arts. 8.1 (direito do acusado a um devido processo legal por um juiz natural) e 25 (direito à proteção judicial diante das violações de direitos fundamentais) desse tratado, em prejuízo dos familiares do Senhor Almonacid Arellano. Decidiu ainda essa Corte que, ao pretender anistiar os responsáveis pelos delitos de lesa-humanidade, o Decreto-Lei nº 2.191 é incompatível com a Convenção Americana e, portanto, carece de efeitos jurídicos à luz desse tratado.

Resumo extraído do julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso: *Almonacid Arellano v. Chile*. Julgado em 26.09.2006. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 25 jan. 2010.

- 11 Cejil Gazeta. Publicação do Centro pela Justiça e o Direito Internacional. Sessão “Jurisprudência e doutrina”. A revista intitulou o excerto da decisão nos seguintes termos: “Os juízes e juízes devem fazer o controle de convencionalidade”.

que o Poder Judiciário interno não deve se prender à solicitação das partes, mas controlar a convencionalidade das leis *ex officio* sempre que estiver diante de um caso concreto de direitos humanos cuja solução possa ser encontrada em tratado internacional de direitos humanos de que a República Federativa do Brasil seja parte: *iura novit curia*. Assim, segundo o professor, a negativa do Poder Judiciário em controlar a convencionalidade pela via difusa, sob o argumento de que não foi solicitado pelas partes ou de que não é possível exercê-lo *ex officio*, é motivo suficiente para acarretar a responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos¹².

Lembra, ainda, o Professor Mazzuoli que a Corte americana, no seu papel de “intérprete última” da Convenção Americana, emite pareceres consultivos que devem ser respeitados na órbita do direito interno, exatamente com o fim de auxiliar os juízes e os Tribunais nacionais a controlar a convencionalidade das leis em face dos tratados internacionais de direitos humanos. Alguns Tribunais de Estados interamericanos já têm o hábito de se fundamentar com base nas opiniões consultivas da Corte (v.g., como ocorre na Suprema Corte da Costa Rica). Outros países (como a Argentina) têm também seguido as manifestações da Corte como paradigma aos julgamentos de seus juízes e Tribunais. A Suprema Corte argentina, nos casos Simon (2005) e Mazzeo (2007), trilhou no sentido de ser obrigatória a adoção dos entendimentos da Corte Interamericana no plano do direito interno daquele país¹³.

Também o Supremo Tribunal Federal, na mencionada decisão histórica proferida em dezembro de 2008, afirmou competir aos juízes e Tribunais o dever de atuar como instrumento da Constituição – e garante de sua supremacia – na defesa incondicional e na garantia real das liberdades fundamentais da pessoa humana, conferindo, ainda, efetividade aos direitos fundados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte, sendo essa a missão socialmente mais importante e politicamente mais sensível que se impõe aos Magistrados, em geral, e àquela Suprema Corte, em particular. Essa alta missão qualifica-se como uma das mais expressivas funções políticas do Poder Judiciário. Colaciono, a seguir, trecho do voto do Ministro Celso de Melo¹⁴:

[...] *Nesse sentido* – e no contexto histórico-social em que se formaram –, as *Declarações de Direitos* representaram, *sempre*, um poderoso instrumento de tutela e de salvaguarda dos direitos e liberdades civis, das franquias constitucionais e dos direitos fundamentais *assegurados* pelos tratados e convenções internacionais *subscritos* pelo Brasil. *Essa alta missão*, que foi confiada aos juízes e Tribunais, *qualifica-se* como uma das mais expressivas funções políticas do Poder Judiciário.

12 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Ob. cit., p. 74.

13 Ibid., p. 74-75.

14 Voto do Ministro Celso de Melo no julgamento pelo Pleno do STF, RE 466.343/SP, 03.12.2008. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 25 jan. 2010.

O juiz, no plano de nossa organização institucional, representa o órgão estatal incumbido de concretizar as liberdades públicas proclamadas pela declaração constitucional de direitos e reconhecidas pelos atos e convenções internacionais fundados nos direitos das gentes. Assiste, desse modo, ao Magistrado, o dever de atuar como instrumento da Constituição – e garante de sua supremacia – na defesa incondicional e na garantia real das liberdades fundamentais da pessoa humana, conferindo, ainda, efetividade aos direitos fundados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Essa é a missão socialmente mais importante e politicamente mais sensível que se impõe aos Magistrados, em geral, e a esta Suprema Corte, em particular.

É dever dos órgãos do poder Público – e notadamente dos juízes e Tribunais – respeitar e promover a efetivação dos direitos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais e assegurados pelas declarações internacionais, em ordem a permitir a prática de perspectiva, como peça complementar no processo de tutela das liberdades públicas fundamentais. (grifos no original)

É indubitável que, em temática de direitos humanos, encontremos em novo estágio após a EC 45/2004, que introduz os §§ 3º e 4º ao art. 5 da CF, sendo também de ressaltar o novo quadrante interpretativo da hierarquia dos tratados em que se encontra o direito brasileiro após o julgamento do RE 466.343/SP pelo STF em 3 de dezembro de 2008, o que realça a importância de se debruçar sobre o tema “controle da convencionalidade das leis”, tratado de forma inédita no Brasil pelo Professor Mazzuoli¹⁵, que, segundo suas palavras: “Sequer um autor brasileiro (constitucionalista ou internacionalista) percebeu, até o presente momento, a amplitude e a importância [...] capaz de modificar todo o sistema de controle no direito brasileiro”¹⁶.

Com efeito, não se pode olvidar a existência de julgamentos proferidos por juízes e Tribunais brasileiros¹⁷, visando a dar concretude a direitos fundamentais tutelados em tratados internacionais, nos quais integram os fundamentos das decisões a análise de compatibilidade da norma interna disciplinadora do caso em exame face às normas de tratados internacionais subscritos pelo Brasil, bem como são consideradas, em muitos casos, as interpretações das Cortes Internacionais, sobretudo naqueles que envolvem tratados de direitos humanos. Contudo, tal proceder é adotado de forma assistemática, permeando-lhe, ainda, as dificuldades que resultam da falta de entendimento pacificado e harmônico sobre a hierarquia das normas internacionais em face do ordenamento interno e acerca dos limites entre o direito interno e o externo.

15 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Ob. cit., 2009, p. 333.

16 Ibid., p. 333.

17 A título de exemplo, são vários os julgamentos, inclusive do STF: O próprio RE 466.343/SP, J. 03.08.2008; HC 70.389-5, J. 23.06.1994; HC 72.131/RJ, J. 22.11.1995; RE 206.482/SP; HC 76.561/SP, J. 27.05.1998; RE 243.613, J. 27.04.1999. No antigo Tribunal de Alçada Cível de São Paulo: Apelação nº 515.807-2; Apelação nº 521.054-8. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 25 jan. 2010.

Nessa missão e/ou controle, não se deparam os julgadores, como de resto toda a comunidade jurídica, com os balizamentos metodológicos e entendimentos, jurisprudenciais e doutrinários, que há muito já informam o sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos exercida pelo Judiciário, seja na via difusa ou concentrada, que gozam de regência constitucional e disciplina regulamentar¹⁸. Portanto, é inegável a contribuição do trabalho do Professor Valério Mazzuoli para inserção e maior compreensão do assunto.

Pertinente registrar as lições de Antônio Augusto Cançado Trindade, para quem

as obrigações convencionais de proteção vinculam os Estados-partes, e não só seus governos. Ao Poder Executivo incumbe tomar todas as medidas – administrativas e outras – a seu alcance para dar fiel cumprimento àquelas obrigações. [...] Ao Poder Legislativo incumbe tomar todas as medidas dentro de seu âmbito de competência, seja para regulamentar os tratados de direitos de modo a dar-lhes eficácia no plano do direito interno, seja para harmonizar este último com o disposto naqueles tratados. *E ao Poder Judiciário incumbe aplicar efetivamente as normas de tais tratados no plano do direito interno, e assegurar que sejam respeitadas.* Isto significa que o Judiciário nacional tem o dever de prover recursos internos eficazes contra violações tanto dos direitos consignados na Constituição como dos direitos consagrados nos tratados de direitos humanos que vinculam o país em questão, ainda mais quando a própria Constituição nacional assim expressamente o determina. O descumprimento das normas convencionais engaja de imediato a responsabilidade internacional do Estado, por ato ou omissão, seja do Poder Executivo, seja do Legislativo, seja do Judiciário.¹⁹

1.2 ALGUMAS PREMISSAS E CONCLUSÕES DO CONTROLE JURISDICIONAL DA CONVENCIONALIDADE DAS LEIS DEFENDIDAS PELO PROFESSOR MAZZUOLI

Segundo o Professor Valério Mazzuoli,

a Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição, trouxe a possibilidade de os tratados internacionais de direitos humanos serem aprovados com um *quorum* qualificado, a fim de passarem (desde que ratificados e em vigor no plano internacional) de um *status* materialmente constitucional para a condição (formal) de tratados “equivalentes às emendas constitucionais”. E tal acréscimo constitucional trouxe ao direito brasileiro um novo tipo de controle à produção normativa doméstica, 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, § 2º) ou material e formalmente consti-

18 Lei nº 9.868/1999: “Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”; Lei nº 9.882/1999: “Dispõe sobre o processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal; Código de Processo Civil, Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

19 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997. p. 442.

tucionais (art. 5º, § 3º), 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 da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no País.²⁰

Com relação aos tratados comuns, entende o Professor Mazzuoli que gozam de nível hierárquico supralegal (abaixo da Constituição, mas acima da legislação interna). A compatibilização das normas infraconstitucionais com os tratados internacionais comuns faz-se por meio do chamado “controle de supralegalidade”.

Isso tudo somado demonstra que, doravante, todas as normas infraconstitucionais que vierem a ser produzidas no País devem, para a análise de sua compatibilidade com o sistema do atual Estado Constitucional e Humanista de Direito, passar, pois, por dois níveis de aprovação: (1) A Constituição e os tratados de direitos humanos (material ou formalmente constitucionais) ratificados pelo Estado e (2) os tratados internacionais comuns também ratificados e em vigor no País. No primeiro caso, tem-se o controle da convencionalidade das leis e, no segundo, o seu controle de supralegalidade²¹.

1.2.1 Vigência, validade e eficácia das leis

A primeira ideia que o autor da tese procura fixar é a de que a compatibilidade da lei com o Texto Constitucional não mais lhe garante validade no plano do direito interno. Para tal, deve a lei ser compatível com a Constituição e com os tratados internacionais (de direitos humanos e comuns) ratificados pelo governo. Caso a norma esteja de acordo com a Constituição, mas não com o eventual tratado já ratificado e em vigor no plano interno, poderá ela ser até considerada vigente (pois está de acordo com o Texto Constitucional e não poderia ser de outra forma) – e ainda continuará perambulando nos compêndios legislativos publicados, mas não poderá ser tida como válida, por não ter passado imune a um dos limites verticais materiais agora existentes: os tratados internacionais em vigor no plano interno.

Mazzuoli sustenta que não se poderá mais confundir *vigência* com *validade* (e a conseqüente eficácia) das normas jurídicas. Afirmar que se deve seguir, a partir de agora, a lição de Ferrajoli, que bem diferencia ambas as situações.

20 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Ob. cit., p. 64.

21 Para tanto, distinguem-se quatro modalidades de controle: de legalidade, de “supralegalidade”, de “convencionalidade” e de constitucionalidade. Para o Mestre Mazzouli, os controles de constitucionalidade e “convencionalidade” dizem respeito à compatibilidade das normas do ordenamento interno com a Constituição e com os tratados de direitos humanos, respectivamente. À expressão “controle de convencionalidade” fica reservada a compatibilidade das normas de direito interno com os tratados internacionais de direitos humanos, por terem eles índoles e nível constitucionais. Noutra via, o “controle de supralegalidade” seria o exercício de controle que tem como paradigma os tratados internacionais comuns, que guardam nível de norma supralegal no Brasil. Por último, o controle de legalidade sem sentido estrito seria o realizado tendo como paradigma as leis ordinárias (ou complementares), que estão abaixo dos tratados internacionais comuns na hierarquia das normas do direito brasileiro. Este último caso seria o relativo à compatibilização de um decreto em face de uma lei ordinária, por exemplo.

Para Ferrajoli²², a identificação da *validade* de uma norma com a sua *existência* (determinada pelo fato de se pertencer a certo ordenamento e estar conforme as normas que regulam sua produção) é fruto “de uma simplificação, que deriva, por sua vez, de uma incompreensão da complexidade da legalidade no estado constitucional de direito que se acaba de ilustrar”²³. Com efeito, continua Ferrajoli,

o sistema das normas sobre a produção de normas – habitualmente estabelecido, em nossos ordenamentos, com nível constitucional – não se compõe somente de normas formais sobre a competência ou sobre os procedimentos de formação das leis, incluindo também “normas substanciais, como o princípio da igualdade e dos direitos fundamentais, que de modo diverso limitam e vinculam o Poder Legislativo, excluindo ou impondo-lhe determinados conteúdos”, o que faz com que uma norma – por exemplo, uma lei que viola o princípio constitucional da igualdade – por mais que tenha existência formal ou vigência, possa muito bem ser inválida e, como tal, suscetível de anulação por contrastar com uma norma substancial sobre sua produção.²⁴

Ainda, segundo Ferrajoli, a existência de normas inválidas

pode ser facilmente explicada distinguindo-se duas dimensões da regularidade ou legitimidade das normas: a que se pode chamar “vigência” ou “existência”, que faz referência à forma dos atos normativos e que depende da conformidade ou correspondência com as normas formais sobre sua formação; e a “validade” propriamente dita ou, em se tratando de leis, a “constitucionalidade” (e, acrescenta Mazzuoli, também a “convencionalidade”), que, pelo contrário, tem que ver com seu significado ou conteúdo e que depende da coerência com as normas substanciais sobre sua produção.²⁵

Nesse sentido, a *vigência* de determinada norma guardaria relação com a forma dos atos normativos, enquanto sua validade seria uma questão de *coerência* ou de *compatibilidade* das normas produzidas pelo direito doméstico com aquelas de caráter substancial (a Constituição e/ou os tratados internacionais em vigor no País), sobre sua produção.²⁶ (grifei)

Para Mazzuoli, deve ser afastada doravante a confusão que ainda faz o positivismo clássico (legalista, do modelo kelseniano), que atribui *validade* à lei *vigente*, desde que tenha seguido o procedimento formal da sua elaboração. Como explica Luiz Flávio Gomes, o positivismo legalista ainda não compreendia

22 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibanez e Andréa Greppi. Madrid: Trotta, 1999. p. 20-22. Apud MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Ob. cit., 2009, p. 333.

23 Idem, p. 337.

24 Idem, p. 337.

25 Idem, p. 337.

26 Idem, p. 340.

a complexidade do sistema constitucional e humanista de Direito, que conta com uma pluralidade de fontes normativas hierarquicamente distintas (Constituição, Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Ordinário). As normas que condicionam a produção da legislação ordinária não são só formais (maneira de aprovação de uma lei, competência para editá-la, *quorum* de aprovação, etc.), senão também, e sobretudo, substanciais (princípio da igualdade, da intervenção mínima, preponderância dos direitos fundamentais, respeito ao núcleo essencial de cada direito, etc.).²⁷

Devem-se afastar, também, os conceitos de “vigência”, “validade” e “eficácia” do positivismo (legalista) civilista, que confunde a validade (formal) com vigência (em sentido amplo).²⁸ (grifei)

Segundo Mazzuoli:

Lei formalmente vigente é aquela elaborada pelo Parlamento, de acordo com as regras do processo legislativo estabelecidas pela Constituição, que já tem condições de estar em vigor; lei válida é a lei vigente compatível com o Texto Constitucional²⁹ e com os tratados (de direitos humanos ou não) ratificados pelo governo, ou seja, é a lei que tem sua autoridade respeitada e protegida contra qualquer ataque (porque compatível com a Constituição e com os tratados em vigor no País). Daí não ser errôneo dizer que a norma válida é a que respeita o princípio da hierarquia³⁰. Apenas havendo compatibilidade vertical material com ambas as normas – a Constituição e os tratados – é que a norma infraconstitucional em questão será vigente e válida (e, conseqüentemente, eficaz). Caso contrário, não passando a lei pelo exame da compatibilidade vertical material com os tratados (segunda análise de compatibilidade), ela não terá qualquer validade (e eficácia) no plano do direito interno brasileiro, devendo ser rechaçada pelo juiz no caso concreto.³¹

27 GOMES, Luiz Flávio. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*. São Paulo: Premier Máxima, 2008. p. 75. Apud MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Ob. cit., p. 337.

28 DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 51. Apud MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Ob. cit., p. 337.

29 Para Kelsen: “Esta norma (a Constituição), pressuposta como norma fundamental, fornece não só o fundamento de validade como o conteúdo de validade das normas dela deduzidas através de uma operação lógica” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 218. Apud MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Ob. cit., p. 337).

30 Cf. SCHNAID, David. *Filosofia do direito e interpretação*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 62-63. Apud MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Ob. cit., p. 337.

31 Nesse sentido, o autor traz a posição de Miguel Reale, defendida muito antes de qualquer discussão sobre o tema. Embora sem se referir aos tratados internacionais comuns “que todas as fontes operam no quadro de validade traçado pela Constituição de cada país, e já agora nos limites permitidos por certos valores jurídicos transnacionais, universalmente reconhecidos como invariantes jurídico-axiológicas, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem”, à qual se pode aditar todos os tratados de direitos humanos. Segundo Mazzuoli, o que pretendeu o Professor Reale mostrar é que a validade de certa fonte do direito é auferida pela sua compatibilidade com o Texto Constitucional e com as normas internacionais, as quais ele alberga sob a rubrica dos “valores jurídicos transnacionais, universalmente reconhecidos” (In: REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 13. Apud MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Ob. cit., p. 342).

1.2.2 Dupla compatibilidade vertical material

Partindo da premissa defendida pelo Dr. Mazzuoli, segundo a qual os tratados internacionais têm superioridade hierárquica em relação às demais normas de estatura infraconstitucional – quer seja tal superioridade *constitucional*, como no caso dos tratados de direitos humanos, quer *supralegal*, como no caso dos demais tratados, chamados de *comuns* –, defende o mencionado autor que a produção normativa estatal deve contar não somente com limites formais (ou procedimentais), senão também com dois limites verticais materiais, quais sejam: a) a Constituição e os tratados de direitos humanos alçados ao nível constitucional e b) os tratados internacionais comuns de estatura supralegal. Assim, uma determinada lei poderá ser até considerada vigente por estar de acordo com o Texto Constitucional, mas não será válida se estiver em desacordo ou com os tratados de direitos humanos (que têm estatura constitucional) ou com os demais tratados dos quais a República Federativa do Brasil é parte (que tem *status* supralegal).

Para que exista a vigência e a concomitante validade das leis, necessário será respeitar-se uma dupla compatibilidade vertical, qual seja, a compatibilidade da lei (1) com a Constituição e os tratados de direitos humanos em vigor no País e (2) com os demais instrumentos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro. Portanto, a inexistência de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em controle tanto concentrado quanto difuso de constitucionalidade (nesse último caso, com a possibilidade de comunicação ao Senado Federal para que este – nos termos do art. 52, X, da Constituição – suspenda, no todo ou em parte, os efeitos da lei declarada inconstitucional pelo STF), mantém a vigência das leis no País, as quais, contudo, não permanecerão válidas se incompatíveis com os tratados internacionais (de direitos humanos ou comuns) de que o Brasil é parte.

Doravante, de acordo com a tese de Mazzuoli, quatro situações podem vir a existir em nosso direito interno:

- a) se a lei conflitante é anterior à Constituição, o fenômeno jurídico que surge é o da *não recepção*, com a consequente invalidade material da norma a partir daí;
- b) se a lei antinômica é posterior à Constituição, nasce *uma inconstitucionalidade*, que pode ser combatida pela via do controle difuso de constitucionalidade (caso em que o controle é realizado num processo subjetivo entre partes *sub judice*) ou pela via do controle concentrado (com a propositura de uma ADIn no STF pelos legitimados do art. 103 da Constituição);
- c) quando a lei anterior conflita com um tratado (comum – com *status* supralegal – ou de direitos humanos – com *status* de norma constitucional) ratificado pelo Brasil e já em vigor no País, a mesma

é revogada (derrogada ou ab-rogada) de forma imediata (uma vez que o tratado lhe é posterior, e a ela também é *superior*); e

- d) quando a lei é posterior ao tratado e incompatível com ele (não obstante ser eventualmente *compatível* com a Constituição), tem-se que tal norma é *inválida* (apesar de vigente) e, conseqüentemente, totalmente *ineficaz*.³²

De acordo com seu formulador, o chamado controle de convencionalidade é coadjuvante do controle de constitucionalidade das leis, jamais subsidiário. Nas palavras de Mazzuoli, iludem-se aqueles que bifurcam os controles de convencionalidade e constitucionalidade e entendem que o primeiro é somente exercido por Tribunais internacionais, ao passo que o segundo é somente exercido por Tribunais internos. Da mesma forma, iludem-se os que aceitam o exercício do controle de convencionalidade por parte de Tribunais internos, mas o entendem somente assimilável ao controle de constitucionalidade quando o conteúdo das disposições convencional e constitucional for materialmente idêntico.

A tese que Mazzuoli está a defender, segundo sua própria afirmação, terá lugar exatamente quando os conteúdos da Constituição e dos tratados de direitos humanos não forem idênticos. Se fossem, não haveria que se falar em passar a lei por qualquer outro exame de compatibilidade vertical material. É evidente que não sendo idênticos os conteúdos do Texto Constitucional e do tratado de direitos humanos, a antinomia existente entre eles, ou seja, entre a própria Constituição e o tratado internacional em questão será resolvida pela aplicação do princípio internacional *pro homine*, segundo o qual a primazia deve ser da norma, que, no caso concreto, mais proteja os direitos da pessoa em causa. Contudo, o problema de que ora se trata é outro, pois diz respeito à incompatibilidade das normas infraconstitucionais (e por que não dizer, segundo Mazzuoli, infraconvencionais, uma vez que também estão abaixo dos tratados comuns) com os tratados de direitos humanos (os quais têm sempre *status* de norma constitucional, tenham ou não sido aprovados por maioria qualificada no Congresso Nacional). É exatamente nesta última hipótese de leis compatíveis com a Constituição, mas violadoras das normas internacionais de direitos humanos em vigor, que tem lugar o “controle de convencionalidade”, tanto o difuso como o concentrado.

Para Mazzuoli, “desde a promulgação da Constituição de 1988 (em 05.10.1988), afigura-se possível a um juiz ou tribunal controlar a convencionalidade (a partir de 1988, apenas pela via difusa e, desde a EC 45/2004, também pela via concentrada) das normas de direito interno em confronto com os tratados de direitos humanos em vigor no País”³³.

32 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Ob. cit., p. 346.

33 Idem, p. 17.

Observa-se que o controle de convencionalidade tem um *plus* em relação ao seu controle de constitucionalidade. Isso porque, enquanto o controle de constitucionalidade só é possível de ser exercido por parte de Tribunais internos, o de convencionalidade tem lugar tanto no plano internacional como no plano interno.

Do exposto, a teoria do Professor Mazzuoli defende que a produção normativa doméstica depende, para sua validade e consequente eficácia, de estar de acordo tanto com a Constituição quanto com os tratados internacionais (de direitos humanos ou não) ratificados pelo governo. O respeito à *Constituição* faz-se por meio do que se chama de *controle de constitucionalidade* das leis; o respeito aos *tratados* que sejam de *direitos humanos* faz-se, pelo até agora pouco conhecido, pelo menos no Brasil, *controle de convencionalidade* das leis; e o respeito aos *tratados* que sejam comuns faz-se por meio do *controle de suprallegalidade* das leis.

Enfim, a compatibilidade do direito interno doméstico (infraconstitucional) com os tratados em vigor no Brasil, da mesma forma que no caso da compatibilidade com a Constituição, também deve ser realizada, simultaneamente, em dois âmbitos: (1) relativamente aos direitos previstos nos tratados de direitos humanos pelo Brasil ratificados (controle de convencionalidade) e (2) em relação àqueles direitos previstos nos tratados comuns em vigor no País, tratados estes que se encontram abaixo da Constituição, mas acima de toda a normatividade infraconstitucional (controle de suprallegalidade).

2 RELAÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA ENTRE TRATADOS INTERNACIONAIS, ESPECIALMENTE DE DIREITOS HUMANOS, E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POSIÇÃO DO STF

Com efeito, qualquer discussão no âmbito do controle de convencionalidade pressupõe o exame preliminar da relação hierárquico-normativa entre os tratados internacionais e a Constituição.

Historicamente, podemos intitular como vacilante a posição da Corte Suprema quanto à relação hierárquica das normas dos tratados em face da Constituição. Contudo, é cabível elencar alguns julgados que expressaram, tal a sua relevância, uma mudança significativa da linha de entendimento predominante ou, em outro caso, a ratificação do entendimento anterior mesmo sob a regência da nova Constituição de 1988. São eles:

- a) RE 80.004/SE, julgado em 29.12.1977 – em exame matéria de direito comercial (Convenção de Genebra) –, a Corte passa a entender pela paridade entre lei federal e tratado em substituição ao entendimento anterior em que os tratados tinham superioridade à lei interna;
- b) HC 72.131/RJ, julgado em 22.11.1995 – sob a égide da Carta de 1988, tratava-se da possibilidade de prisão civil por dívida prevista no ordenamento interno em contraste com a Convenção Americana de Direitos Humanos. O Supremo ratifica a paridade entre lei federal e tratado de direitos humanos;

- c) RE 466.343/SP, julgado em 03.12.2008 – já sob o ordenamento constitucional após a EC 45/2004, a Corte avança e altera o posicionamento anterior. Por cinco votos a quatro, vence a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos. Vencida a tese da hierarquia constitucional. A hierarquia dos tratados de direitos humanos, equiparada à emenda constitucional, fica restrita aos tratados quando o seu *iter* de aprovação atender ao disposto no § 3º do art. 5º da CF (alteração introduzida pela EC 45/2004).

Segundo o Ministro Celso de Melo, o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o Texto Constitucional, atribuiu, em determinado momento (décadas de 1940 e de 1950), superioridade às convenções internacionais em face da legislação interna do Brasil (Apelação Cível nº 7.872/RS, Rel. Min. Laudo de Camargo – Apelação Cível nº 9.587/DF, Rel. Min. Lafayete de Andrada), muito embora, em sensível mudança de sua jurisprudência, viesse a reconhecer, em momento posterior (a partir da década de 1970), relação de paridade normativa entre as espécies derivadas dessas mesmas fontes jurídicas (RTJ 58/70, RTJ 83/809, RTJ 179/493-496, *v.g.*)³⁴.

Parte considerável da doutrina não coadunava do entendimento pela paridade adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Pode-se afirmar a existência de quatro correntes acerca da hierarquia das normas dos tratados internacionais em face do direito interno. A primeira, dos defensores da natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos³⁵; outra corrente, que defende seu *status* constitucional em se referindo a tratados de direitos humanos³⁶; há também aqueles que entendem sua posição infraconstitucional, mas com *status* supralegal³⁷; por fim, o entendimento pela hierarquia constitucional entre tratado e lei federal³⁸.

34 STF, RE 466.343/SP, Pleno, Rel. Min. César Peluso, J. 03.12.2008. Voto do Ministro Celso Melo, p. 40. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25 jan 2010.

35 Nesse sentido: I) MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 25-26. Apud STF, RE 466.343/SP, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, J. 03.12.2008. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 3. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25 jan. 2010. II) BIDART CAMPOS, German J. *Teoria general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ástrea, 1991. p. 353. Apud STF, RE 466.343/SP, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, J. 03.12.2008. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 3. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25 jan. 2010.

36 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, n. 113-118, 1998. Apud STF, RE 466.343/SP, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, J. 03.12.2008. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 3. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25 jan. 2010; e PIOVESAN, Flávia C. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 64.

37 Ministro Sepúlveda Pertence. Vide: STF, HC 79.785/RJ. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 25 jan. 2010. Art. 25 da Constituição da Alemanha; art. 55 da Constituição da França; art. 28 da Constituição da Grécia. Apud STF, RE 466.343/SP, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, J. 03.12.2008. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 3. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 25 jan. 2010.

38 Nesse sentido: STF, RE 80.004/SE, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJ 29.12.1977; HC 72.131, Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 25 jan. 2010.

Essa paridade normativa entre tratado e lei ordinária, firmada a partir do julgamento, ocorrido em 1977, do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE, sempre foi alvo de consistentes críticas por parte da doutrina. Nesse sentido, a posição de Celso D. Albuquerque Mello³⁹:

[...] Contudo, realça Celso D. Albuquerque Mello: “A tendência mais recente no Brasil é a de um verdadeiro retrocesso nesta matéria. No Recurso Extraordinário nº 80.004, decidido em 1977, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que uma lei revoga o tratado anterior. Esta decisão viola também a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) que não admite o término de tratado por mudança de direito superveniente”.

E de Flavia C. Piovesan⁴⁰:

Acredita-se que o entendimento firmado a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004 enseja, de fato, um aspecto crítico, que é a sua indiferença diante das consequências do descumprimento do tratado no plano internacional, na medida em que autoriza o Estado-parte a violar dispositivos da ordem internacional – os quais se comprometeu a cumprir de boa-fé. Essa posição afronta, ademais, o disposto pelo art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que determina não poder o Estado-parte invocar posteriormente disposições de direito interno como justificativa para o não cumprimento de tratado. Tal disciplina reitera a importância, na esfera internacional, do princípio da boa-fé, pelo qual cabe ao Estado conferir cumprimento às disposições de tratado, com o qual livremente consentiu. Ora, se o Estado, no livre e pleno exercício de sua soberania, ratifica um tratado, não pode posteriormente obstar seu cumprimento. Além disso, o término de um tratado está submetido à disciplina, da denúncia, ato unilateral do Estado pelo qual manifesta seu desejo de deixar de ser parte de um tratado. Vale dizer, em face do regime de Direito Internacional, apenas o ato da denúncia implica a retirada do Estado de determinado tratado internacional. Assim, na hipótese da inexistência do ato da denúncia, persiste a responsabilidade do Estado na ordem internacional.

Veio a lume um novo cenário normativo e protetivo dos direitos fundamentais com a Constituição de 1988. O Texto consagra de forma inédita, ao fim da extensa Declaração de Direitos por ele prevista, que os direitos e garantias expressos na 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” (art. 5º, § 2º). Referida Carta inova, assim, ao incluir entre os direitos constitucionalmente protegidos os direitos enunciados nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil.

39 PIOVESAN, Flávia C. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 62.

40 Idem, p. 62.

Esse processo de inclusão implica, na dicção de Flávia C. Piovesan, a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos, o que resulta em atribuir-lhe natureza de norma constitucional. Segundo a professora:

Os direitos anunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.⁴¹

Antônio Augusto Cançado Trindade realça os avanços no Texto Constitucional na proteção dos direitos humanos que alberga as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano:

Assim, a novidade do art. 5º (2) da Constituição de 1988 consiste no acréscimo, por proposta que avancei, ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte. Observe-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente das garantias. É alentador que as conquistas do Direito Internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no Direito Constitucional, enriquecendo-o e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista.⁴²

Todavia, mesmo após a Carta de 1988, a tese da paridade entre tratado e lei federal foi reiterada pelo Supremo Tribunal Federal em 22 de novembro de 1995, quando do julgamento do HC 72.131, Relator Ministro Celso de Mello, relativo à prisão civil por dívida de depositário infiel.

Naquele julgado, em que a Corte Suprema analisou se seria cabível ou não prisão civil por dívida prevista em ordem interna, mas em confronto com o Pacto de São José da Costa Rica (particularmente do art. 7, VII, que proíbe a prisão civil por dívida, salvo em caso de alimentos), o STF, em votação, não unânime (vencidos os Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence), afirmou que

inexiste, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que a ordem normativa externa não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da

41 PIOVESAN, Flávia C. Ob. cit., p. 20.

42 CANÇADO ANDRADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos*, p. 631. Apud PIOVESAN, Flávia C. Ob. cit., p. 20 e 52.

República. [...] A circunstância de o Brasil haver aderido ao Pacto de São José da Costa Rica – cuja posição, no plano da hierarquia das fontes jurídicas, situa-se no mesmo nível de eficácia e autoridade das leis ordinárias internas – não impede que o Congresso Nacional, em tema de prisão civil por dívida, aprove legislação comum instituidora desse meio excepcional de coerção processual.⁴³

Cabível realçar que, no julgamento de 1995, mencionado acima, a questão envolvia cerceamento de liberdade por dívida, enquanto, no julgamento de 1977, referia-se a tema comercial (conflito entre a Convenção de Genebra – Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias – e o Decreto-Lei nº 427, de 1969). Ou seja, mesmo em se tratando de direitos humanos e após a Carta de 1988, o Supremo *manteve o entendimento pela paridade entre tratado e lei federal*.

A doutrina continua a defender tese diversa da adotada pelo STF, agora adicionando fundamentos decorrentes das normas e princípios informadores da nova ordem constitucional. Flávia C. Piovesan acredita que:

Ao revés, que conferir hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, com a observância do princípio da prevalência da norma mais favorável, é interpretação que se situa em absoluta consonância com a ordem constitucional de 1988, bem como com sua racionalidade e principiologia. Trata-se de interpretação que es-tá em harmonia com os valores prestigiados pelo sistema jurídico de 1988, em especial do valor da dignidade humana – que é o valor fundante do sistema constitucional. Insiste que a teoria da paridade entre o tratado internacional e a legislação não se apli-ca aos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 assegura a estes garantia de privilégio hierárquico, reconhecendo-lhes natureza de norma constitucional. Esse tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo art. 5º, § 2º, da Carta de 1988, justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre os Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes. Os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano, e não das prerrogativas do Estado.⁴⁴

Nesse sentido, o esclarecimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sua Opinião Consultiva nº 2, de setembro de 1982:

Ao aprovar estes tratados sobre direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem legal dentro da qual eles, em prol do bem comum, assumem várias obrigações, não em relação a outros Estados, mas em relação aos indivíduos que estão sob a sua jurisdição.⁴⁵

43 Trechos extraídos do voto do Ministro Celso de Mello no julgamento do HC 72.131/RJ, em 22.11.1995. Note-se que esse entendimento foi posteriormente reiterado nos julgamentos do RE 206.482/SP; HC 76.561/SP, Plenário, 27.05.1998; ADI 1480-3/DF, 04.09.1997; e RE 243.613, 27.04.1999. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 25 jan. 2010.

44 PIOVESAN, Flávia C. Ob. cit., p. 20 e 65.

45 PIOVESAN, Flávia C. Ob. cit. p. 20 e 65; PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 109. Apud PIOVESAN, Flávia C. Ob. cit., p. 20 e 67.

A esses argumentos se somam ainda aqueles sustentados por parte da doutrina publicista, de que os tratados de direitos humanos apresentam superioridade hierárquica em relação aos demais atos internacionais de caráter mais técnico, formando um universo de princípios que apresentam especial força obrigatória, denominado *jus cogens*⁴⁶. A respeito, lecionam André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros:

Um dos traços mais marcantes da evolução do direito internacional contemporâneo foi, sem dúvida, a consagração definitiva dos *jus cogens* no topo da hierarquia das fontes do Direito Internacional, como uma “supralegalidade internacional”.⁴⁷

Esses argumentos sustentam a conclusão de Flávia C. Piovesan de que o direito brasileiro faz opção por um sistema misto disciplinador dos tratados, sistema que se caracteriza por combinar regimes jurídicos diferenciados: um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e outro aplicável aos tratados tradicionais. Enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, § 2º – apresentam hierarquia constitucional, os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional.

No intuito de pôr fim às discussões relativas à hierarquia dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio e respondendo à polêmica doutrinária e jurisprudencial, a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, introduziu um § 3º no art. 5º, dispondo: “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 à Constituição”.

A redação, contudo, não veio ao encontro do que esperavam vários doutrinadores que entendiam cabível para sanar eventuais dúvidas sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos uma redação que apenas endossasse a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados, na esteira de constituições de outros países, como são exemplos a da Argentina (reforma constitucional de 1994), Venezuela (1999), Peru (1979) e Nicarágua (1986)⁴⁸.

Mazzuoli, após traçar várias incongruências que exsurtem daquela redação, entre elas que inexiste qualquer menção ou ressalva dos compromissos anteriormente pelo Brasil e, assim sendo, poderá ser interpretado no sentido de que,

46 Na definição de Juan Antônio Travieso: “Uma norma de *jus cogens* é uma norma imperativa de Direito Internacional geral, aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados, em seu conjunto, como norma que não admite acordo em contrário e que só pode ser modificada por uma norma posterior de Direito Internacional geral, que tenha o mesmo *status* (Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados de 1969. Art. 53). In: TRAVIESO, Juan Antônio. *Derechos humanos y derecho internacional*. Buenos Aires: Heliasta, 1990. p. 33. Apud PIOVESAN, Flávia C. Ob. cit., p. 20 e 66.

47 PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 109. Apud PIOVESAN, Flávia C. Idem, *ibidem*.

48 PIOVESAN, Flávia C. Ob. cit., p. 71.

não obstante um tratado de direitos humanos tenha sido ratificado há vários anos, pode o Congresso Nacional novamente aprová-lo, mas agora pelo *quorum* do § 3º, para que esse tratado mude de *status*. [...] O Congresso Nacional teria, assim, o poder de, a seu talante, decidir a qual hierarquia normativa devem ter determinados tratados de direitos humanos em detrimentos de outros, violando a completude material do bloco de constitucionalidade.

Manifesta, quanto ao texto, sua contrariedade nos seguintes termos:

Se a sua intenção foi colocar termo às controvérsias (doutrinárias e jurisprudenciais) sobre o nível hierárquico dos tratados de direitos humanos no Brasil, parece que a tal desiderato não conseguiu chegar. Nós também sempre entendemos inevitável a mudança do Texto Constitucional brasileiro, a fim de se eliminarem as controvérsias a respeito do grau hierárquico conferido pela Constituição aos tratados internacionais de direitos humanos pelo Brasil ratificados. Mas a nossa ideia era outra, em nada semelhante à da Emenda Constitucional nº 45. Entendíamos ser premente, mais do que nunca, incluir em nossa Carta Magna não um dispositivo hierarquizando os tratados de direitos humanos, como fez a EC 45, mas sim um dispositivo que reforçasse o significado do § 2º do art. 5º, dando-lhe verdadeira interpretação autêntica. Essa redação do Texto Constitucional [...] é exemplo claro da falta de compreensão e de interesse (e, sobretudo, de boa vontade) do nosso legislador relativamente às conquistas já alcançadas pelo direito internacional dos direitos humanos nessa seara.⁴⁹

Cançado Trindade, em tom de desabafo público, assim se manifestou:

Esse retrocesso provinciano põe em risco a inter-relação ou indivisibilidade dos direitos protegidos em nosso País (previstos nos tratados que o vinculam), ameaçando-os de fragmentação ou atomização, em favor dos excessos de um formalismo e hermetismo jurídicos evadidos de obscurantismo.

E continua:

Os triunfalistas da recente Emenda Constitucional nº 45/2004 não se dão conta de que, do prisma do direito internacional, um tratado ratificado por um Estado o vincula *ipso jure*, aplicando-se de imediato, quer tenha ele previamente obtido aprovação parlamentar por maioria simples ou qualificada. Tais providências de ordem interna – ou ainda menos de *interna corporis* – são simples fatos do ponto de vista do ordenamento jurídico internacional, ou seja, são, do ponto de vista jurídico internacional, inteiramente irrelevantes.

A responsabilidade internacional do estado por violações comprovadas de direitos humanos permanece intangível, independentemente dos malabarismos pseudojurídicos de certos publicistas (como a criação de distintas modalidades de prévia aprovação parlamentar de determinados tratados, a previsão de pré-re-

49 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Ob. cit., p. 28.

quisitos para a aplicabilidade direta de tratados no direito interno, dentre outros), que nada mais fazem do que oferecer *subterfúgios vazios aos Estados para tentar evadir-se de seus compromissos de proteção do ser humano no âmbito do contencioso internacional dos direitos humanos*.⁵⁰ (grifei)

Para Celso Lafer, “o novo § 3º do art. 5º pode ser considerado uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo § 2º do art. 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que preexiste, ao clarificar a lei existente”⁵¹. Essa manifestação corrobora o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente à alteração trazida pela EC 45/2004 têm hierarquia constitucional, situando-se como normas materiais e formalmente constitucionais. Segundo Flávia C. Piovesan, esse entendimento decorre de quatro argumentos:

- a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que este último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e a racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; d) teoria geral da recepção do direito brasileiro.⁵²

Sustenta-se, nas palavras da referida jurista, que

essa interpretação é absolutamente compatível com o princípio da interpretação conforme a Constituição. Isto é, se a interpretação do § 3º do art. 5º aponta para uma abertura envolvendo várias possibilidades interpretativas, acredita-se que a interpretação mais consonante e harmoniosa com a racionalidade e teleologia constitucional é a que confere ao § 3º do art. 5º, fruto da atividade do Poder Constituinte Reformador, o efeito de permitir a “constitucionalização formal” dos tratados de proteção de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

No dia 3 de dezembro de 2008, em decisão histórica, no julgamento do RE 466.343/SP, o Supremo Tribunal Federal finalmente avançou ao reconhecer que os tratados de direitos humanos se situam em patamar superior à lei ordinária. Eis a ementa do acórdão:

Prisão civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, LXVII, §§ 1º, 2º e

50 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI. In: CAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (Org.). *Desafios do direito internacional contemporâneo*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007. p. 209. Apud MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Ob. cit., p. 29-30.

51 LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005. p. 16. Apud PIOVESAN, Flávia C. Ob. cit., p. 73.

52 PIOVESAN, Flávia C. Ob. cit., p. 73.

3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE 349.703 e dos HCs 87.585 e 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

Naquela decisão, estendeu a Suprema Corte, por unanimidade, a proibição da prisão civil por dívida à hipótese de alienação fiduciária em garantia, com fundamento na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7º, § 7º). O entendimento unânime do Supremo foi no sentido de conferir prevalência ao valor da liberdade, em detrimento do valor da propriedade, em se tratando de prisão civil do depositário infiel, com ênfase na importância do respeito aos direitos humanos. Convergiu, ainda, aquela Corte em conferir aos tratados de direitos humanos um regime especial e diferenciado, distinto do regime jurídico aplicável aos tratados tradicionais. Todavia, divergiu no que se refere especificamente à hierarquia a ser atribuída aos tratados de direitos humanos. Duas correntes estavam em pauta: a do Ministro Gilmar Mendes, que sustentava o valor *supralegal* desses tratados, e a do Ministro Celso de Mello⁵³, que lhes conferia valor *constitucional*. Por cinco votos a quatro, venceu a primeira tese.

Posicionou-se o Supremo no sentido de que, caso algum tratado de direitos humanos venha a ser devidamente aprovado pelas duas casas legislativas com maioria qualificada (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, acrescentado 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 significa, na expressão de Luiz Flávio Gomes, “uma verdadeira revolução na pirâmide jurídica de Kelsen, que era composta (apenas) pelas leis ordinárias (na base) e pela Constituição formal (no topo)”⁵⁴.

Em que pese o entendimento do Ministro Celso não ter sido, por ora, o majoritário, pertinente à transcrição de parte de seu voto, que retrata o reconhecimento do ministro de sua evolução sobre o tema, lança luzes para futuros avanços no entendimento da Corte sobre a efetivação dos direitos humanos reconhecidos pelo Brasil em tratados internacionais, em consonância com os valores axiológicos constitucionais que informam a avançada Carta de 1988 – sobretudo o da dignidade humana, e ajustando-se às concepções que prevalecem atualmente no cenário internacional. Colaciono, a seguir, trechos do voto do Ministro Celso de Mello:

53 Restaram vencidos junto ao Ministro Celso de Mello os Ministros Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 25 jan. 2010.

54 Prefácio de GOMES, Luiz Flávio, p. 10, ob. cit., p. 3.

Com essa *nova percepção do caráter subordinante* dos tratados internacionais em *matéria* de direitos humanos, dar-se-á consequência e atribuir-se-á efetividade ao sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana, reconhecendo-se, com essa evolução do pensamento jurisprudencial desta Suprema Corte, *o indiscutível primado* que deve orientar, sobre o direito interno brasileiro, as convenções internacionais de direitos humanos, *ajustando-se*, desse modo, a visão deste Tribunal às *concepções* que hoje prevalecem no cenário internacional – *consideradas* as realidades deste emergentes – *em torno* da necessidade de amparo à defesa da integridade dos direitos da pessoa humana.

Neste contexto, e sob essa perspectiva hermenêutica valorizar-se-á o sistema de proteção aos direitos humanos, mediante atribuição, a tais atos de direito internacional público, *de caráter* hierarquicamente superior ao da legislação comum, em ordem a outorgar-lhes, *sempre que se cuide* de tratados internacionais de direitos humanos, *supremacia e precedência* em face de nosso ordenamento doméstico, de natureza meramente legal.

[...]

Como precedentemente salientei neste voto, *e após detida reflexão* em torno dos fundamentos e critérios que me orientaram em julgamentos anteriores (RTJ 179/493-496, v.g.), evoluo, Senhora Presidente, *no sentido de atribuir*, aos tratados internacionais em *matéria* de direitos humanos, *superioridade jurídica* em face *da generalidade* das leis internas brasileiras, *reconhecendo*, a referidas convenções internacionais, *nos termos* que venho de expor, *qualificação constitucional*. (grifos no original)

Inarredável reconhecer a significativa evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal, embora ainda não se tenha alçado ao patamar do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos, indiferentemente do *iter* de aprovação legislativa, como defendem os doutrinadores já mencionados neste trabalho, a Corte não acolhe mais a posição anterior da paridade legal, que perdurou por mais de 32 anos e representava expressivo descompasso da posição da Corte em comparação com o cenário internacional. Além disso, não é de todo improvável acreditar em novos avanços no futuro, dada a ínfima diferença de votos verificada no resultado da votação.

3 REFLEXOS DA POSIÇÃO DO STF ADOTADA NO RE 466.343/SP QUANTO À HIERARQUIA DAS NORMAS DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS, NO TOCANTE AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA FORMA DEFENDIDA PELO PROFESSOR MAZZUOLI

Nada obstante os avanços verificados no julgamento do Supremo Tribunal Federal quanto à posição hierárquica das normas dos tratados internacionais de direitos humanos, é patente que ela ainda discrepa daquela (posição constitucional) defendida pela corrente da qual faz parte o Professor Mazzuoli, tendo, por conseguinte, reflexos no controle de convencionalidade na forma defendida por aquele mestre. Observe-se que o reconhecimento do nível constitucional

dos tratados internacionais de direitos humanos, por parte do Supremo Tribunal Federal, ficou restrito apenas aos casos em que a aprovação do tratado se der nos termos do § 3º do art. 5º da CF (EC 45/2004).

O Professor Luiz Flávio Gomes, após traçar um paralelo da tese defendida por Mazzuoli com a histórica decisão do STF RE 466.343/SP, de 3 de dezembro de 2008, concluiu que a diferença é de tom: a primeira está um tom acima, mas que, de qualquer modo, tanto a tese quanto a decisão do STF fazem parte de uma orquestra jurídica espetacular, porque finalmente tornou-se realidade no Brasil a terceira onda (internacionalista) do Direito, do Estado e da Justiça⁵⁵.

Contribuem substancialmente para o entendimento e esclarecimento da matéria, no que toca aos reflexos da decisão do STF no controle da convencionalidade das leis na forma defendida por Mazzuoli, as observações e conclusões do Professor Luiz Flávio Gomes, que, face à clareza de sua exposição e à densidade da análise, merecem ser trazidas à baila:

Fazendo-se a devida adequação da inovadora doutrina de Valério Mazzuoli (que entende que todos os tratados de direitos humanos possuem valor constitucional) com a histórica decisão do STF 03.12.2008 (que reconheceu valor supralegal para os tratados de direitos humanos, salvo se ele foi aprovado por *quorum* qualificado), cabe concluir o seguinte:

a) os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e vigentes no Brasil, mas não aprovados com *quorum* qualificado, possuem nível (apenas) supralegal (posição do Ministro Gilmar Mendes, por ora vencedora, no RE 466.343/SP e HC 87.585/TO) [para Valério Mazzuoli, todos os tratados de direitos humanos seriam constitucionais];

b) admitindo-se a tese de que, em regra, os tratados de direitos humanos não contam com valor constitucional, eles servem de paradigma (apenas) para o controle difuso de convencionalidade (ou de supralegalidade) [para Valério Mazzuoli, há uma distinção entre controle de convencionalidade que versa sobre os tratados de direitos humanos e controle de supralidade que diz respeito aos demais tratados];

c) o controle difuso de convencionalidade (ou de supralegalidade) não se confunde com o controle de legalidade (entre um decreto e uma lei, v.g.) nem com o controle de constitucionalidade (que ocorre quando há antinomia entre uma lei e a CF) [para Valério Mazzuoli, teríamos que distinguir quatro controles: de legalidade, de supralegalidade, de convencionalidade e de constitucionalidade)];

d) o controle difuso de convencionalidade desses tratados com *status* supralegal deve ser levantado em linha de preliminar, em cada caso concreto, cabendo ao juiz respectivo a análise dessa matéria antes do exame do mérito do pedido principal.

Em outras palavras: o controle difuso de convencionalidade pode ser invocado perante qualquer juízo e deve ser feito por qualquer juiz [para Valério Mazzuoli,

55 Prefácio de GOMES, Luiz Flávio. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Ob. cit., p. 7-14; p. 3.

o controle das leis frente aos tratados de direitos humanos tanto pode ser difuso como concentrado, independentemente do *quorum* de aprovação desse tratado];

e) os tratados aprovados pela maioria qualificada do § 3º do art. 5º da Constituição (precisamente porque contam com *status* constitucional) servirão de paradigma ao controle de convencionalidade concentrado (perante o STF) ou difuso (perante qualquer juiz, incluindo-se os do STF) [para Valério Mazzuoli, todos os tratados de direitos humanos permitem tanto o controle difuso como o concentrado];

f) o controle de convencionalidade concentrado (perante o STF) tem o mesmo significado do controle de constitucionalidade concentrado (porque os tratados com aprovação qualificada equivalem a uma Emenda constitucional) [para Valério Mazzuoli, todos os tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais e, quando aprovados por *quorum* qualificado, são formal e materialmente constitucionais];

g) em relação ao controle de convencionalidade concentrado (só cabível, repita-se, quando observado o § 3º do art. 5º da CF), cabe admitir o uso de todos os instrumentos desse controle perante o STF, ou seja, é plenamente possível defender a possibilidade de ADIn (para eivar a norma infraconstitucional de inconstitucionalidade e inconvenção), de Adecon (para garantir à norma infraconstitucional a compatibilidade vertical com a norma internacional com valor constitucional), ou até mesmo de ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) para exigir o cumprimento de um “preceito fundamental” encontrado em tratado de direitos humanos formalmente constitucional. Embora de difícil concepção, também não se pode desconsiderar a ADO (Ação Direta de Constitucionalidade por Omissão);

h) o jurista do terceiro milênio, em conclusão, não pode deixar de reconhecer e de distinguir os seguintes controles: (a) controle de legalidade; (b) controle difuso de convencionalidade (ou de supralegalidade); (c) controle concentrado de convencionalidade; e (d) controle de constitucionalidade [para Valério Mazzuoli, teríamos: controle de legalidade, de supralegalidade, de convencionalidade difuso, de convencionalidade concentrado e de constitucionalidade].

A diferença fundamental, em síntese, entre a tese de Valério Mazzuoli e a vencedora (por ora) no STF está no seguinte: a primeira está um tom acima. Para o STF (tese majoritária, conduzida pelo Ministro Gilmar Mendes), os tratados de direitos humanos não aprovados por *quorum* qualificado seriam supraleais (Valério discorda e os eleva ao patamar constitucional); para o STF, os tratados não relacionados com os direitos humanos possuem valor legal (para Valério, eles são supraleais).

Valério Mazzuoli e Celso de Mello estão no tom maior. Gilmar Mendes (e a maioria votante do STF) está no tom menor. A diferença é de tom. De qualquer modo, todos fazem parte de uma orquestra jurídica espetacular: porque finalmente tornou-se realidade no Brasil a terceira onda (internacionalista) do Direito, do Estado e da Justiça.⁵⁶

56 Idem, *ibidem*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As ordens jurídicas estão sempre a reboque dos fatos, especialmente as normas que tutelam os direitos humanos ou direitos fundamentais da pessoa humana. Elaboradas e aprovadas democraticamente, estágio seguinte e de fundamental importância é o da aplicabilidade dos conteúdos normativos, ou seja, tornar concreta a produção de seus próprios efeitos jurídicos.

Os horrores das duas grandes guerras mundiais ocorridas na primeira metade do século passado levaram a humanidade às mudanças fundantes no plano do direito internacional, inclusive nos paradigmas e conceitos de soberania dos Estados. Cria-se a ONU, Carta da ONU de 26.06.1945; em seguida, é lançada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

Esses dois documentos transformam, ao menos no plano normativo, a ordem jurídica do mundo, levando-o, no dizer de Ferrajoli⁵⁷,

do estado de natureza ao estado civil. A soberania, inclusive externa, do estado – ao menos em princípio – deixa de ser, com eles, uma liberdade absoluta e selvagem e se subordina, juridicamente, a duas normas fundamentais: o imperativo da paz e a tutela dos direitos humanos. A Carta da ONU assinala, em suma, o nascimento de um novo direito internacional e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, e depois os pactos internacionais de 1966 consagram os direitos humanos.

Reconhece-se aos direitos humanos o caráter de norma fundamental e lhes atribui um valor supraestatal, antes apenas constitucional, transformando-os de limites exclusivamente internos em limites agora também externos ao poder dos Estados.

Nesse novo cenário internacional, uma vez ultrapassados os anos de regime ditatorial, o Brasil inicia sua inserção, sendo a Constituição de 1988 um marco significativo tanto para o início do processo de redemocratização do Estado brasileiro quanto para o começo da institucionalização dos direitos humanos no País.

A Carta de 1988 é a primeira Constituição brasileira a elencar o princípio da prevalência dos direitos humanos, como princípio fundamental a reger o Estado nas relações internacionais.

A ação imediata dos princípios constitucionais, como escreve Jorge Miranda, “consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e de integração, pois conferem coerência geral ao sistema. Os princípios exercem uma força prospectiva, dinamizadora e transformadora, em virtude da força expansiva que possuem”⁵⁸.

57 FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Trad. Carlo Coccioli. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

58 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, v. 2, p. 226-227. Apud PIOVESAN, Flávia C. Ob. cit., p. 37.

Com efeito, atualmente, já se encontram ratificados pelo Brasil (estando em pleno vigor entre nós) praticamente todos os tratados internacionais mais significativos sobre direitos humanos pertencentes ao sistema global de proteção dos direitos humanos (também chamado de sistema das Nações Unidas). São exemplos desses instrumentos (já incorporados ao direito brasileiro): a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948); a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951); o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1966); o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966); o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965); a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1999); a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984); a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998); o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Referentes à Venda de Crianças, à Prostituição Infantil e à Pornografia Infantil (2000); o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativos ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados (2000); e, ainda, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, conhecida como Convenção de Mérida (2003). Isso tudo sem falar nos tratados sobre direitos sociais (v.g. as convenções da OIT) e em matéria ambiental, também incorporados ao direito brasileiro e em vigor no País⁵⁹. Consigne-se também que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (“Tratados dos Tratados”) foi finalmente promulgada no Brasil, em 14.12.2009, pelo Decreto nº 7.030⁶⁰.

Portanto, no plano normativo, inegável reconhecer o avanço do País na subscrição de tratados internacionais tutelando os direitos humanos, resultado da força dinamizadora do princípio fundamental de proteção dos direitos humanos adotado pelo Constituinte de 1988. Necessário, contudo, avançar na efetivação desses direitos, torná-los concretos. No dizer da bela fórmula de Dworkin, mencionada por Ferrajoli⁶¹: “‘levar a sério’ o direito internacional, e, portanto, assumir seus princípios como vinculadores e seu projeto normativo como perspectiva àquilo que de fato acontece; validá-los como chaves de interpretação e fontes de crítica e deslegitimação do existente; enfim, planejar as formas institucionais, as garantias jurídicas e as estratégias políticas necessárias para realizá-los”.

Nesse desiderato de tornar concretos os direitos humanos reconhecidos em tratados internacionais, inserem-se, como parcela significativa, além da postura firme pela efetivação desses direitos, o reconhecimento pelo Poder Judi-

59 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Ob. cit., p. 20-21.

60 Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 3 fev. 2010.

61 FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit., p. 46 e 31.

ciário da estatura constitucional dessas normas, bem como a observância da interpretação das Cortes Internacionais que exercem jurisdição no País.

Reconhecem-se avanços no entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à hierarquia das normas dos tratados internacionais, quando do julgamento do RE 466.343/SP. Assim como salutar a reafirmação por parte daquela Corte de que é dever do juiz e dos tribunais atuarem como instrumento da Constituição – e garante de sua supremacia – na defesa incondicional e na garantia real das liberdades fundamentais da pessoa humana, conferindo, ainda, efetividade aos direitos fundados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Essa é a missão socialmente mais importante e politicamente mais sensível que se impõe aos Magistrados, em geral, e ao Supremo Tribunal Federal, nas palavras do Ministro Celso de Mello⁶².

Nessa missão, em que, repita-se, é inegável reconhecer a importância da observância não só das normas dos tratados internacionais dos direitos humanos, mas também da observância da interpretação dada pelas Cortes Internacionais, bem como de assegurar a unidade sistemática da Constituição⁶³, emerge a relevância do tema controle de convencionalidade das leis, que encontra vetores basilares na tese do Professor Mazzuoli, nas manifestações tanto da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal, mencionadas neste trabalho.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CEJIL Gazeta. Publicação do Centro pela Justiça e o Direito Internacional. Rio de Janeiro, n. 8, 2008, Sessão “Jurisprudência e doutrina”.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Trad. Carlo Coccioli. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

62 Voto do Ministro Celso de Melo no julgamento pelo Pleno do STF, RE 466.343/SP, 03.12.2008. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 25 jan. 2010.

63 Para Luís Roberto Barroso, “princípios fundamentais são aqueles que contêm as decisões políticas estruturais do Estado, no sentido que a elas empresta Carl Schmitt. [...] Os princípios constitucionais sintetizam os principais valores da ordem jurídica instituída, irradiam-se por diferentes normas e asseguram a unidade sistemática da Constituição. Eles se dirigem aos três poderes e condicionam a interpretação e aplicação de todas as regras jurídicas” (BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – Limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 228 e 306).

_____. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, a. XXXVI, n. 113, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo. Saraiva, 1999.

PIOVESAN, Flávia C. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

_____. *Direitos humanos e justiça internacional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.