

Podem os Tratados de Direitos Humanos Não “Equivalentes” às Emendas Constitucionais Servir de Paradigma ao Controle Concentrado de Convencionalidade?

VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI

Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, Doutor *summa cum laude* em Direito Internacional pela UFRGS, Mestre em Direito Internacional pela UNESP, Professor Adjunto de Direito Internacional da UFMT, Coordenador-Adjunto do Programa de Mestrado em Direito da UFMT, Professor Honorário da Faculdade de Direito e Ciências Políticas da Universidade de Huánuco (Peru), Membro da Sociedade Brasileira de Direito Internacional (SBDI) e da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD), Advogado, Consultor Jurídico.

Submissão: 22.04.2015

Decisão Editorial: 25.06.2015

Comunicação ao autor: 25.06.2015

RESUMO: Este ensaio busca esclarecer como (e em quais condições) podem os tratados de direitos humanos ratificados e em vigor no Brasil servir de paradigma aos controles concentrado e difuso de convencionalidade das leis.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de convencionalidade; controle concentrado; controle difuso; controle de suprallegalidade.

ABSTRACT: This essay seeks to clarify how (and under what conditions) can human right treaties ratified and that are in force in Brazil serve as a paradigm for the concentrated or diffuse conventionality control of laws.

KEYWORDS: Conventionality control; concentrated control; diffuse control; suprallegality control.

SUMÁRIO: Introdução; 1 ADPF 320/DF relativa à invalidação da Lei de Anistia; 2 Tratados “equivalentes” às emendas como paradigma do controle abstrato de convencionalidade; 3 Tratados de direitos humanos “equivalentes” às emendas e tratados com *status* constitucional; 4 De volta à ADPF 320/DF: quais os “preceitos fundamentais” violados? Os da Constituição e também os da Convenção Americana?; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Este ensaio tem por finalidade verificar como (e em quais condições) podem os tratados de direitos humanos servir de paradigma ao *controle de convencionalidade* das leis no Brasil. Para tanto, necessário diferenciar os tratados

de direitos humanos incorporados com “equivalência” de emenda constitucional daqueles que detêm apenas *status* constitucional (não aprovados por três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos). Buscar-se-á demonstrar que apenas os tratados de direitos humanos “equivalentes” às emendas constitucionais podem servir de paradigma ao controle *concentrado* de convencionalidade das leis no Brasil.

1 ADPF 320/DF RELATIVA À INVALIDAÇÃO DA LEI DE ANISTIA

O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) propôs, no STF, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 320/DF, com o fim de obter tutela jurisdicional relativa a certos efeitos da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, conhecida como “Lei da Anistia”, especialmente em face do julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos relativo ao caso Gomes Lund e outros vs. Brasil. Na inicial, requereu ao STF que declare

que a Lei Federal nº 6.683/1979 não se aplica aos crimes de graves violações de direitos humanos cometidos por agentes públicos, militares ou civis, contra pessoas que, de modo efetivo ou suposto, praticaram crimes políticos; e, de modo especial, que a Lei de Anistia não se aplica aos autores de crimes continuados ou permanentes, tendo em vista que os efeitos desse diploma legal expiraram em 15 de agosto de 1979. (fls. 1-2)

Pretendeu o PSOL, ainda, que o STF “determine a todos os órgãos do Estado brasileiro que deem cumprimento integral aos doze pontos decisórios constantes da conclusão da referida sentença de 24 de novembro de 2010 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Gomes Lund e outros vs. Brasil”. Por fim, sustentou que foram afrontados os preceitos fundamentais dos arts. 1º, incisos I e II, 4º, inciso II, e 5º, § 2º, da Constituição Federal e do art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) de 1988.

2 TRATADOS “EQUIVALENTES” ÀS EMENDAS COMO PARADIGMA DO CONTROLE ABSTRATO DE CONVENCIONALIDADE

Não fosse a alegação de descumprimento dos citados dispositivos constitucionais, não poderia o PSOL (infelizmente) propor, perante o STF, a citada ADPF, tendo como paradigma exclusivamente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pelo motivo de que, para que se possa propor quaisquer ações do controle abstrato de normas, necessário se faz “equivaler” o tratado de direitos humanos em causa às normas constitucionais em vigor, tal como prevê o art. 5º, § 3º, da Constituição¹.

1 Para detalhes, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013.

Os tratados de direitos humanos não internalizados pelo procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Carta (ou seja, não aprovados por três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos) possuem, segundo defendemos, *status* (não “equivalência”) constitucional, por serem *materialmente* constitucionais, o que lhes garante servirem de paradigma apenas ao controle *difuso* de convencionalidade, não ao controle *concentrado*. É exatamente esse o caso da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. E mais: segundo o STF, todos os tratados não internalizados pelo rito do art. 5º, § 3º, guardam apenas nível *supralegal* no País (o que, na visão do Supremo, impediria utilizar tais tratados como fundamento para o controle abstrato de normas)².

Desse modo, por não serem tais instrumentos “equivalentes” às emendas constitucionais, não podem servir de paradigma ao controle *concentrado* de convencionalidade. Em outras palavras: não se podem propor, com base nesses instrumentos, as ações do controle *abstrato* de normas (ADIn, ADC, ADPF, etc.) para invalidar as leis federais ou estaduais contrárias aos seus comandos, senão apenas se utilizar do controle *difuso* de convencionalidade (se se entender, como nós, que os tratados de direitos humanos não aprovados por maioria qualificada no Congresso têm *status* – não “equivalência” – de norma constitucional) ou do controle de *supralegalidade* das normas infraconvencionais (se se entender, como o STF, que os tratados de direitos humanos não aprovados por maioria qualificada guardam nível *supralegal* no Brasil).

Caso o tratado em causa tenha sido aprovado por maioria qualificada e, posteriormente, ratificado e entrado em vigor no Brasil com “equivalência” de emenda constitucional, a situação se altera³. De fato, se a Constituição possibilita sejam os tratados de direitos humanos alçados ao patamar constitucional, com *equivalência de emenda*, por questão de lógica deve também garantir-lhes os meios que prevê a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional.

Nesse sentido, defendemos ineditamente no Brasil (v. nosso livro *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis* já citado) ser plenamente possível utilizar-se das ações do controle concentrado, como a ADIn (para invalidar a norma infraconstitucional por *inconveniência*), a Adecon (para garantir à norma infraconstitucional a compatibilidade vertical com um tratado de direitos humanos formalmente constitucional) e até mesmo a ADPF (para exigir

2 V. RE 466.343-1/SP, J. 03.12.2008.

3 Cf., a propósito, BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto; PEREIRA, Antonio Celso Alves (Coord.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 207.

o cumprimento de um “preceito fundamental” encontrado em tratado de direitos humanos formalmente constitucional), não mais fundamentadas apenas no Texto Constitucional, senão também nos tratados de direitos humano aprovados pela sistemática do art. 5º, § 3º, da Constituição e em vigor no País.

Então, pode-se dizer que os tratados de direitos humanos internalizados com *quorum* qualificado pelo Congresso Nacional (e, posteriormente, ratificados pelo Governo) passam a servir de meio de controle concentrado (de *convencionalidade*) da produção normativa doméstica para além de servirem como paradigma para o seu controle *difuso*.

Quanto aos tratados de direitos humanos não internalizados pela dita maioria qualificada (como é o caso da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), passam a servir de paradigma apenas do controle *difuso* de convencionalidade (pois, no nosso entendimento, os tratados de direitos humanos não aprovados por tal maioria qualificada são *materialmente constitucionais*, diferentemente dos tratados aprovados por aquela maioria, que têm *status* material e *formalmente* constitucionais).

Em nosso livro referido, defendemos (pioneiramente) que, à medida que o Texto Constitucional (no art. 102, inciso I, alínea a) diz competir precipuamente ao Supremo Tribunal Federal a “guarda da Constituição”, cabendo-lhe julgar originariamente as ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual ou a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, está autorizando que os legitimados próprios para a propositura de tais ações (constantes do art. 103 da Constituição) ingressem com tais medidas sempre que a *Constituição* ou *quaisquer normas a ela equivalentes* (como, *v.g.*, os tratados de direitos humanos internalizados com *quorum* qualificado) forem violadas por normas infraconstitucionais.

Assim, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, é necessário entender que a expressão “guarda da Constituição”, referida pelo art. 102, inciso I, alínea a, alberga, além do Texto Constitucional propriamente dito, também as normas constitucionais *por equiparação*. Dessa forma, ainda que a Constituição silencie a respeito de um determinado direito, mas estando esse mesmo direito previsto em tratado de direitos humanos *constitucionalizado* pelo rito do art. 5º, § 3º, passa a caber, no Supremo Tribunal Federal, o controle concentrado de convencionalidade (*v.g.*, uma ADIn ou uma ADPF) para compatibilizar a norma infraconstitucional com os preceitos do tratado constitucionalizado.

3 TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS “EQUIVALENTES” ÀS EMENDAS E TRATADOS COM STATUS CONSTITUCIONAL

Todos os tratados que formam o *corpus juris* convencional dos direitos humanos de que um Estado é parte servem como paradigma ao controle de

convencionalidade das normas infraconstitucionais, porém, com as seguintes especificações:

- a) tratados de direitos humanos internalizados com *quorum* qualificado (equivalentes às emendas constitucionais) são paradigma do controle concentrado (para além, evidentemente, do controle *difuso*), cabendo, v.g., uma ADIn ou uma ADPF no STF para invalidar norma infraconstitucional incompatível com eles; e
- b) tratados de direitos humanos que têm apenas “*status* de norma constitucional” (não sendo “*equivalentes* às emendas constitucionais”, porque não aprovados pela maioria qualificada estabelecida pelo art. 5º, § 3º) são paradigma somente do controle *difuso* de convencionalidade.

Ocorre que os tratados internacionais *comuns* (que versam temas alheios a direitos humanos) também têm *status* superior ao das leis internas (conforme entendemos). Se bem que não equiparados às normas constitucionais, os instrumentos convencionais comuns (v. art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969) têm *status* supralegal no Brasil, pois não podem ser revogados por lei interna posterior, como também estão a demonstrar vários dispositivos da própria legislação brasileira, entre eles o art. 98 do Código Tributário Nacional: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

Neste último caso, tais tratados (comuns) também servem de paradigma ao controle das normas infraconstitucionais, posto estarem situados acima delas, com a única diferença (em relação aos tratados de direitos humanos) de que não servirão de paradigma para o controle *de convencionalidade* (expressão reservada aos tratados com, no mínimo, nível constitucional), senão apenas para o controle *de supralegalidade* das normas infraconstitucionais (destaque-se que, para o STF, esse controle de supralegalidade é o que deve ser exercido para os tratados *de direitos humanos* não internalizados pelo rito do art. 5º, § 3º, da Constituição⁴).

4 DE VOLTA À ADPF 320/DF: QUAIS OS “PRECEITOS FUNDAMENTAIS” VIOLADOS? OS DA CONSTITUIÇÃO E TAMBÉM OS DA CONVENÇÃO AMERICANA?

É certo que, no julgamento das ADPFs 33/PA, 144/DF e 187/DF, o STF assentou a admissibilidade de ADPF contra interpretação judicial de que possa resultar lesão a preceito fundamental. Qual, porém, há de ser tal preceito

4 Cf. RE 466.343-1/SP, J. 03.12.2008.

fundamental? Trata-se, como parece, ou de um preceito constitucional ou de um preceito a ele “equivalente” (previsto em tratado de direitos humanos com *equivalência* de emenda constitucional).

Em parecer exarado relativamente à citada ADPF 320/DF, de 28 de agosto de 2014, o Procurador-Geral da República, ao defender o cabimento da ADPF ao caso, entendeu que “deve reconhecer-se admissível, sob a perspectiva do postulado da subsidiariedade, a utilização do instrumento processual da arguição de descumprimento de preceito fundamental contra interpretações judiciais que, contrariando o disposto na sentença Gomes Lund, declarem extinta a punibilidade de agentes envolvidos em graves violações a direitos humanos, com fundamento na Lei da Anistia, por óbices de prescrição da pretensão punitiva do Estado ou por não caracterizarem como crimes permanentes o desaparecimento forçado de pessoas, ante a tipificação de sequestro ou de ocultação de cadáver”. Ao final, frisou que “essas interpretações violentam *preceitos fundamentais da Constituição da República*, de maneira a ensejar a admissibilidade da arguição”. Mais especificamente, disse:

Há potencial violação aos preceitos dos arts. 1º, inciso III (princípio da dignidade do ser humano), 4º, inciso II (prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais), 5º, §§ 1º e 2º (eficácia plena e imediata de preceitos de proteção a direitos fundamentais e aplicabilidade dos tratados internacionais de direitos humanos), todos da Constituição da República, e ao art. 7º do ADCT (vinculação do Brasil a tribunais internacionais de direitos humanos). (fls. 25-29)

Nenhum dispositivo da Convenção Americana, como se nota, foi citado na manifestação do Procurador-Geral da República. Qual o motivo? O motivo diz respeito ao fato de a Convenção Americana não ter se internalizada no Brasil com “equivalência” de emenda constitucional, não servindo, portanto, de paradigma ao controle *concentrado* de convencionalidade, senão apenas ao controle de convencionalidade *difuso*.

O alento que se tem, nesta seara, é que sempre sobrarão as disposições dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal, como potenciais “preceitos fundamentais” violados em caso de desrespeito, pelo Brasil, dos comandos dos tratados de direitos humanos não equivalentes às emendas constitucionais. Assim, o respeito às decisões (que são *vinculantes*) da Corte Interamericana de Direitos Humanos proferidas no exercício de sua competência contenciosa também provém da própria Constituição, que estabelece (no seu art. 5º, §§ 1º, 2º e 3º) um regime diferenciado para os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil.

Percebe-se, novamente, no parecer do Procurador-Geral da República, exarado na ADPF 320/DP, a dificuldade em tratar do tema e em demonstrar o cabimento da ADPF à espécie, tendo em vista saber que os tratados não interna-

lizados com *quorum* qualificado não servem de paradigma ao controle abstrato de normas. Daí a sua conclusão:

Há, portanto, nítida incompatibilidade entre atos estatais (judiciais) brasileiros e o conteúdo da sentença internacional, o que caracteriza, a um só tempo, desrespeito à obrigação internacional inscrita no art. 68(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e *violação a preceitos fundamentais da Constituição brasileira* (art. 7º do ADCT, §§ 1º e 2º do art. 5º e art. 4º, II). (grifo nosso)

Na visão do Procurador, os preceitos fundamentais violados dizem respeito, como se vê, *apenas* à Constituição brasileira. A dificuldade redacional se deu porque sabia o Procurador-Geral da República que não seria conhecida a ADPF caso tomasse *apenas* a Convenção Americana como paradigma para a arguição. Daí a sua conclusão de se estar diante de violação direta ou indireta *do Texto Constitucional* brasileiro, aduzindo:

Ponto relevante desta ADPF é que a *própria Constituição brasileira*, se interpretada segundo a premissa de que os sistemas interno e internacional de proteção aos direitos humanos devem ser compatibilizados, confere plena força vinculante à sentença do caso Gomes Lund, inclusive no que se refere à interpretação judicial da Lei nº 6.683/1979. (fl. 50)

CONCLUSÃO

Tudo o que acima se disse demonstra nitidamente que apenas os tratados de direitos humanos “equivalentes” às emendas constitucionais (aprovados nos moldes do art. 5º, § 3º, da Constituição) servem de paradigma para o controle abstrato (concentrado) de convencionalidade, e não aqueles que possuem apenas *status* materialmente constitucional (posição doutrinária) ou nível supralegal (como pretende o STF).

O motivo para tanto liga-se à importância que atribuiu a Constituição Federal de 1988 ao controle abstrato de normas, invertendo a lógica dos Textos Constitucionais anteriores, nos quais a preponderância era para a fiscalização *difusa* de constitucionalidade. Prova disso é que a Carta de 1988 destinou legitimados *específicos* para o exercício do controle abstrato, dando particular *ênfase* à fiscalização concentrada de normas, em detrimento do controle de constitucionalidade *difuso* (veja-se, a esse respeito, todo o escólio doutrinário de Gilmar Mendes, explicando detalhadamente – com profunda visão histórica – essa evolução constitucional)⁵.

5 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 207 e ss.

Dáí se entender, em suma, que apenas os instrumentos de direitos humanos “equivalentes” às emendas constitucionais (aprovados por três quintos dos votos dos membros da Casa do Congresso Nacional, em dois turnos) podem ser paradigma ao controle *abstrato* de convencionalidade perante o STF, por se tratar de normas internacionais de direitos humanos que, igualmente, guardam maior importância na nossa ordem constitucional (*equivalentes* que são às próprias normas *formalmente constitucionais*).

Caso uma ADIn ou uma ADPF seja proposta no Supremo visando a invalidar lei doméstica incompatível com um tratado de direitos humanos não internalizado por maioria qualificada no Congresso Nacional, a solução do STF será o não conhecimento da ação em causa, por faltar-lhe requisito indispensável à sua propositura, qual seja, a equivalência de emenda constitucional, que, doravante, também deve compor a expressão “guarda da Constituição”, referida pelo art. 102 da Carta.

O ideal seria que se alterasse a Constituição autorizando o STF a controlar a convencionalidade das leis por todos os meios (pelas vias difusa e abstrata) e em quaisquer casos a envolver tratados de direitos humanos, o que reduziria, sobremaneira, a responsabilidade internacional do Estado brasileiro quando faltasse o efetivo controle de convencionalidade das normas internas contrárias e menos benéficas às disposições convencionais de direitos humanos ratificadas e em vigor no Brasil. Mas isso, como diria Kipling, é uma outra história.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto; PEREIRA, Antonio Celso Alves (Coord.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.