

NOTA DO AUTOR À 4.^a EDIÇÃO

O tema do controle jurisdicional da convencionalidade das leis não havia sido tratado sistematicamente no Brasil antes da 1.^a edição desta monografia (impressa em agosto de 2009). Sem falsa modéstia, este livro foi pioneiro em nosso país, pois antes dele nenhum desenvolvimento havia na doutrina nacional sobre como se operacionalizam (no plano do direito interno) os controles *difuso* e *concentrado* de convencionalidade, bem assim o controle *de supralegalidade* das leis, assuntos que versamos em absoluta primeira mão. Foi depois da publicação deste livro que o tema do controle da convencionalidade efetivamente emergiu no direito pátrio, não obstante ter vindo à luz entre nós desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 (em sua modalidade *difusa*).

As edições anteriores desta monografia tiveram repercussão nacional e internacional que nos surpreenderam. Se antes da publicação deste livro nada se havia desenvolvido no Brasil sobre o tema, muito menos sobre a mecânica e o funcionamento do modelo *brasileiro* de controle de convencionalidade, atualmente já é possível perceber uma movimentação na doutrina (especialmente a de direito constitucional) tendente a melhor compreender o assunto e seus desdobramentos no direito pátrio.¹ As teses lançadas neste livro foram rapidamente tomadas

1. Foi por influência direta desta monografia – bem assim de outros estudos de nossa autoria sobre a matéria – que muitos constitucionalistas nacionais atualmente vêm tratando do controle de convencionalidade das leis. Para citar apenas alguns, v. Fachin, Zulmar. *Curso de direito constitucional*, 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 156; Sarlet, Ingo Wolfgang, Marinoni, Luiz Guilherme & Mitidiero, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 1180-1199; e Mendes, Gilmar Ferreira & Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, 8.

por vários juristas, nacionais e estrangeiros, sem contar pelos inúmeros trabalhos acadêmicos (de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado) elaborados a partir de então. Também em Portugal, país cuja doutrina (seja constitucionalista ou internacionalista) jamais havia versado a questão, já se percebe, doravante, um real interesse por essa nova temática.² A jurisprudência pátria, por sua vez, parece já se acostumar à ideia de que, para além do controle de constitucionalidade, deve-se também proceder ao exercício de compatibilização das normas internas com as convenções internacionais de direitos humanos ratificadas e em vigor no país.³

É evidente que essas constatações são, para nós, motivo de alegria e honra, uma vez que o avanço do estudo do tema no Brasil decorreu diretamente da publicação deste livro. Tal, entretanto, não há de servir como fator de acomodação de seu próprio Autor, que deve a cada edição da obra aperfeiçoá-la, fazer os necessários ajustes e compor eventuais lacunas. Portanto, é com esse espírito e sob tal inspiração que lançamos à luz esta nova edição, totalmente revista, atualizada e ampliada. Nela, mantivemos o nosso pensamento original, acrescido, porém, de novos e atuais contornos, bem como de inúmeras atualizações, tanto doutrinárias como jurisprudenciais (merecendo destaque a atualização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos).

No que tange às atualizações doutrinárias, cabe destacar os estudos recentemente desenvolvidos na Argentina, no Chile e no México,

ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1015. No âmbito das ciências criminais, também por influência deste livro, já discorre sobre o controle de convencionalidade, Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, vol. 1, 19. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 248 e ss.

2. Nesse exato sentido, e baseado também em estudo de nossa lavra, v. Miranda, Jorge. *Curso de direito internacional público*, 5. ed. rev. e atual. Cascais: Princípiã, 2012, p. 181, ao falar na existência “de um *controle de convencionalidade* paralelo ao controle de constitucionalidade e ao de legalidade”.

3. V. STF HC 87.585/TO, Tribunal Pleno, j. 03.12.2008, voto do Min. Celso de Mello, fls. 341.

países que têm colaborado grandemente para com a difusão do tema em nosso Continente. Muito do que se está a falar sobre o assunto, hoje, nesses países, já havia, porém, sido desenvolvido desde a 1.^a edição deste livro, como o leitor atento perceberá *prima facie* (especialmente no que toca ao controle *difuso* de convencionalidade). Seja como for, o certo é que os estudos desenvolvidos nesses países agregam mais forças a essa nova doutrina que se está a construir no Brasil.

Enfim, esperamos que esta nova edição seja bem recebida pela comunidade acadêmica brasileira e estrangeira, tal como foram as estampas anteriores. E o seu Autor, como sempre, se coloca à inteira disposição dos estimados leitores para críticas e sugestões.

Cuiabá, julho de 2016.

O Autor



PREFÁCIO

Todas as vezes que somos honrados com o convite para prefaciар um livro temos que logo eleger por onde começар: pelo Autor ou pela obra. Neste caso, vamos desde logo ao Autor, Valerio de Oliveira Mazzuoli, que conheci numa fila de aeroporto, logo depois de ter recebido a notícia (do nosso amigo comum José Carlos de Oliveira Robaldo) de que estávamos juntos aguardando o mesmo voo. Nos conhecemos, falamos e, a partir daí, minha admiração pelo seu trabalho nunca mais teve teto. Valerio, hoje, no Brasil, é, sem sombra de dúvida, o nosso internacionalista mais atualizado e mais produtivo.

É professor emérito, que se doutorou (com o grau *summa cum laude*) em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, tendo realizado pós-doutorado em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Clássica de Lisboa, sob a orientação do grande constitucionalista português Jorge Miranda. Antes, já havia conquistado o título de Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade Estadual Paulista – Unesp, aprovado com nota máxima e com voto de louvor pela banca examinadora. Depois de aprovado em 1.º lugar, tornou-se professor-adjunto de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Para o nosso orgulho e honra, também foi professor de Direito Internacional e Direitos Humanos na nossa Rede de Ensino – Rede LFG, em São Paulo. Leciona, ademais, em vários cursos de pós-graduação, tanto no Brasil como no exterior.

Pela sua contribuição ao estudo do Direito Internacional na América Latina, recebeu, em 2004, o título de *Professor Honorário* da Faculdade de Direito e Ciências Políticas da Universidade de Huánuco, no Peru. É autor de incontáveis artigos e livros, destacando-se, dentre tantos outros, os seguintes: *Prisão civil por dívida e o Pacto de San*

José da Costa Rica. Rio de Janeiro: Forense, 2002; *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002; *Tratados internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969*, 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004; *Natureza jurídica e eficácia dos acordos stand-by com o FMI*. São Paulo: Ed. RT, 2005; *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica* (com Luiz Flávio Gomes), 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010; *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010 (que é a versão revista de sua Tese de Doutorado em Direito Internacional da UFRGS); *Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro*, 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2011; *Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos: uma análise comparativa dos sistemas interamericano, europeu e africano*. São Paulo: Ed. RT, 2011; e *Direito dos tratados*, 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015 (este último também publicado em inglês, pela Forense, em 2016). É, ademais, autor do consagrado *Curso de direito internacional público*, publicado pela Ed. RT, com sucessivas edições.

No que diz respeito à obra, inédita em nosso país, que cuida do *controle de convencionalidade das leis*, creio que bastante apropriado seja comparar a doutrina de Valerio Mazzuoli (que coincide, no STF, com o pensamento do Min. Celso de Mello) com a posição majoritária (por ora) na nossa Corte Suprema, conduzida pelo voto do Min. Gilmar Mendes. Antes de Valerio, no Brasil, nada se havia desenvolvido sobre o controle jurisdicional da convencionalidade das leis. Agora, depois da decisão do STF proferida no RE 466.343/SP (e no HC 87.585/TO), no dia 03.12.2008, cabe evidenciar duas formas distintas de entender o tema. Vamos às diferenças:

I. Posição de Valerio Mazzuoli

Para Valerio Mazzuoli, todos os tratados internacionais de direitos humanos (reitere-se: *todos*) ratificados pelo Estado brasileiro e em vigor entre nós têm índole e nível de normas constitucionais, quer

seja uma hierarquia somente material (o que ele chama de “*status* de norma constitucional”), quer seja tal hierarquia material e formal (que ele nomina de “*equivalência* de emenda constitucional”). Não importa o *quorum* de aprovação do tratado. Cuidando-se de documento relacionado com os direitos humanos, todos possuem, no mínimo, *status* de norma constitucional (por força do art. 5.º, § 2.º, da CF), podendo ter o *plus* da “*equivalência*” de emenda constitucional (nos termos do art. 5.º, § 3.º, da CF).

Disso resulta, como enfatiza o Autor, “que os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil são também (assim como a Constituição) paradigma de controle da produção normativa doméstica. É o que se denomina de controle de convencionalidade das leis, o qual pode se dar tanto na via de ação (controle concentrado) quanto pela via de exceção (controle difuso), como veremos logo mais”. Assim, “para que haja o controle pela via de ação (controle concentrado), devem os tratados de direitos humanos ser aprovados pela sistemática do art. 5.º, § 3.º, da Constituição (ou seja, devem ser *equivalentes* às emendas constitucionais), e para que haja o controle pela via de exceção (controle difuso), basta sejam esses tratados ratificados e estarem em vigor no plano interno, pois, por força do art. 5.º, § 2.º, da mesma Carta, já têm eles *status* de norma constitucional”.

Os demais tratados internacionais, não relacionados com os direitos humanos, possuem *status* de suprallegalidade (não de mera *legalidade* como pretende o STF). Com isso, “o sistema brasileiro de controle da produção normativa doméstica também conta (especialmente depois da EC 45/2004) com um controle jurisdicional da convencionalidade das leis (para além do clássico controle de constitucionalidade) e ainda com um controle de suprallegalidade das normas infraconstitucionais”.

A Constituição (no caso do direito brasileiro atual) deixou de ser o único paradigma de controle das normas do direito interno. Além do texto constitucional, são paradigma de controle da produção normativa doméstica os tratados internacionais de direitos humanos (controles difuso e concentrado de convencionalidade), bem assim os instrumentos internacionais comuns (controle de suprallegalidade).

Para Valerio Mazzuoli, temos então que distinguir quatro modalidades de controle: de legalidade, de supralegalidade, de convencionalidade (difuso e concentrado) e de constitucionalidade (difuso e concentrado).

Sua conclusão final é a seguinte: o direito brasileiro está integrado com um novo tipo de controle das normas infraconstitucionais, que é o controle de convencionalidade das leis, tema que antes da Emenda Constitucional 45/2004 era praticamente desconhecido entre nós.

Para Valerio, pode-se também concluir que, doravante, a produção normativa doméstica conta com um duplo limite vertical material: *a*) a Constituição e os tratados de direitos humanos (1.º limite) e *b*) os tratados internacionais comuns (2.º limite) em vigor no país. No caso do 1.º limite, relativo aos tratados de direitos humanos, estes podem ter sido ou não aprovados com o *quorum* qualificado que o art. 5.º, § 3.º, da Constituição prevê. Caso não tenham sido aprovados com essa maioria qualificada, seu *status* será de norma (somente) materialmente constitucional, o que lhes garante serem paradigma (apenas) do controle difuso de convencionalidade; caso tenham sido aprovados (e entrado em vigor no plano interno, após sua ratificação) pela sistemática do art. 5.º, § 3.º, tais tratados serão material e formalmente constitucionais, e assim servirão também de paradigma do controle concentrado (para além, é claro, do difuso) de convencionalidade das leis.

Os tratados de direitos humanos paradigma do controle concentrado autorizam que os legitimados para a propositura das ações do controle abstrato (ADIn, ADECON, ADPF etc.), previstos no art. 103 da Constituição de 1988, proponham tais medidas no STF como meio de retirar a validade de norma interna (ainda que compatível com a Constituição) que viole um tratado internacional de direitos humanos em vigor no país.

Quanto aos tratados internacionais comuns, Valerio entende que eles servem de paradigma do controle *de supralegalidade* das normas infraconstitucionais, de sorte que a incompatibilidade destas com os preceitos contidos naqueles invalida a disposição legislativa em causa em benefício da aplicação do tratado.

Doravante, como destaca Valerio, o profissional do direito tem a seu favor um arsenal enormemente maior do que havia anteriormente para poder invalidar as normas de direito interno que materialmente violam ou a Constituição ou algum tratado internacional ratificado pelo governo e em vigor no país. E essa enorme novidade do direito brasileiro representa um seguro avanço do constitucionalismo pátrio rumo à concretização do almejado Estado Constitucional e Humanista de Direito.

II. Posição majoritária do STF

No dia 03.12.2008 foi proclamada, pelo Pleno do STF (HC 87.585/TO e RE 466.343/SP), uma das decisões mais históricas de toda a sua jurisprudência. Finalmente, nossa Corte Suprema reconheceu que os tratados de direitos humanos valem mais do que a lei ordinária. Duas correntes estavam em pauta: a do Min. Gilmar Mendes, que sustentava o valor *supralegal* desses tratados, e a do Min. Celso de Mello, que lhes conferia valor *constitucional*. Por 5 votos a 4 (dois Ministros não participaram do julgamento), foi vencedora (por ora) a primeira tese.

Caso algum tratado 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. 5.º, § 3.º, 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 possui o significado de uma verdadeira revolução na pirâmide jurídica de Kelsen, que era composta (apenas) das leis ordinárias (na base) e a Constituição formal (no topo).

Consequência prática: doravante, toda lei (que está no patamar inferior) que for contrária aos tratados mais favoráveis não possuirá validade. Como nos diz Ferrajoli, são vigentes, mas inválidas (isso corresponde, no plano formal, à derrogação da lei). O STF, no julgamento citado, sublinhou o não cabimento no Brasil de mais nenhuma hipótese de prisão civil do depositário infiel, porque foram “derrogadas”

(pelo art. 7.º, n. 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969) todas as leis ordinárias em sentido contrário ao tratado internacional. Depois desse julgamento, o STF editou, inclusive, uma Súmula Vinculante (n. 25) para impedir a prisão de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

Assim, toda lei ordinária, doravante, para ser válida, deve (então) contar com dupla compatibilidade vertical material, ou seja, deve ser compatível com a Constituição brasileira, bem como com os tratados de direitos humanos em vigor no país. Se a lei (de baixo) entrar em conflito (isto é: se for antagônica) com qualquer norma de valor superior (Constituição ou tratados) ela não vale (e não conta com eficácia prática). A norma superior irradia uma espécie de “eficácia paralisante” da norma inferior (como diria o Min. Gilmar Mendes).

Duplo controle de verticalidade: do ponto de vista jurídico, a consequência natural do que acaba de ser exposto é que devemos distinguir, com toda clareza, o controle de constitucionalidade do controle de convencionalidade das leis. No primeiro é analisada a compatibilidade do texto legal com a Constituição. No segundo, o que se valora é a compatibilidade do texto legal com os tratados de direitos humanos. Todas as vezes que a lei atritar com os tratados mais favoráveis ou com a Constituição, ela não vale.

Tese de doutoramento de Valerio Mazzuoli: no Brasil, quem desenvolveu, pela primeira vez, com solidez e precisão técnica, a teoria do controle de convencionalidade foi Valerio Mazzuoli, em sua tese de doutoramento (sustentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre, em 04.11.2008), aprovada *summa cum laude* por unanimidade. O que ali defendeu (a exato um mês antes da decisão do STF no *RE* 466.343/SP e no *HC* 87.585/TO, de 03.12.2008) foi rapidamente tomado pela doutrina e jurisprudência brasileiras (inclusive, como se viu, a do STF) e por incontável doutrina estrangeira.

O Autor, nesta sua original tese (de onde provêm as ideias centrais contidas na presente obra, que temos a honra de prefaciar), assim leciona:

“Para realizar o controle de convencionalidade das leis os tribunais locais não requerem qualquer autorização internacional. Tal controle passa, doravante, a ter também caráter difuso, a exemplo do controle difuso de constitucionalidade, em que qualquer juiz ou tribunal pode se manifestar a respeito. À medida que os tratados forem sendo incorporados ao direito pátrio os tribunais locais – estando tais tratados em vigor no plano internacional – podem, desde já e independentemente de qualquer condição ulterior, compatibilizar as leis domésticas com o conteúdo dos tratados (de direitos humanos ou comuns) vigentes no país. Em outras palavras, os tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro passam a ter eficácia paralisante (para além de derogatória) das demais espécies normativas domésticas, cabendo ao juiz coordenar essas fontes (internacionais e internas) e escutar o que elas dizem. Mas, também, pode ainda existir o controle de convencionalidade concentrado no STF, como abaixo se dirá, na hipótese dos tratados (neste caso, apenas os de direitos humanos) internalizados pelo rito do art. 5.º, § 3.º, da Constituição” (p. 227-228, do texto original).
(...)

“Ora, 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 garante a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional” (p. 235, do texto original).

Em relação aos tratados internacionais *comuns* (que versam temas alheios aos “direitos humanos”), segundo Valerio Mazzuoli, o entendimento é de que eles serão paradigma do controle de *supralegalidade* das leis (que também é um controle do tipo *difuso*).

III. Conclusões

Fazendo-se a devida adequação da inovadora doutrina de Valerio Mazzuoli (que entende que todos os tratados de direitos humanos possuem valor constitucional) com a histórica decisão do STF de 03.12.2008 (que reconheceu valor supralegal para os tratados de

direitos humanos, salvo se aprovados por maioria qualificada) 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 Min. Gilmar Mendes, por ora vencedora, no RE 466.343/SP) – para Valerio Mazzuoli, todos os tratados de direitos humanos teriam nível constitucional, independentemente do *quorum* de aprovação congressional;

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 Valerio Mazzuoli, há uma distinção entre o controle de convencionalidade – que se aplica apenas aos tratados de *direitos humanos* – e o controle de supralegalidade – que diz respeito aos demais tratados (acordos internacionais *comuns*);

c) o controle difuso de convencionalidade (ou o 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 Constituição) – para Valerio Mazzuoli, teríamos que distinguir quatro tipos de controle: de legalidade, de supralegalidade, de convencionalidade e de constitucionalidade;

d) o controle difuso de convencionalidade dos tratados de direitos humanos deve ser levantado em linha de preliminar, em cada caso concreto, cabendo ao juiz ou tribunal 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 Valerio Mazzuoli, existe ainda o controle de *supralegalidade* das normas internas, que diz respeito aos tratados internacionais *comuns*, que igualmente pode ser invocado em preliminar perante qualquer juiz ou tribunal;

e) os tratados aprovados pela maioria qualificada do § 3.º do art. 5.º, da Constituição (precisamente porque contam com “equivalência de emenda constitucional”) servirão de paradigma ao controle de convencionalidade *concentrado* (perante o STF) ou *difuso* (perante

qualquer juiz, incluindo-se os magistrados do STF) – foi Valerio Mazzuoli quem, pela primeira vez na doutrina brasileira, explicou a mecânica e o funcionamento dos controles de *difuso* e *concentrado* de convencionalidade, bem assim a diferença entre os dois, como o leitor poderá observar na Parte II, Cap. 2, deste livro);

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 Valerio 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 § 3.º do art. 5.º da CF) cabe admitir o uso de todos os instrumentos do controle abstrato 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 (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 chamada “ADIn por omissão”;

h) o jurista do terceiro milênio, em conclusão, não pode deixar de reconhecer e de distinguir os seguintes tipos de controle: (1) controle de legalidade; (2) controle difuso de convencionalidade (ou de supralegalidade); (3) controle concentrado de convencionalidade; e (4) controle de constitucionalidade (difuso e concentrado) – para Valerio Mazzuoli teríamos: (a) controle de legalidade, (b) de supralegalidade, (c) de convencionalidade difuso, (d) de convencionalidade concentrado e (e) de constitucionalidade (difuso e concentrado).

A diferença fundamental, em síntese, entre a tese de Valerio Mazzuoli e a posição vencedora (por ora) no STF está no seguinte: a primeira está um tom acima. Para o STF (tese majoritária, conduzida

pelo Min. Gilmar Mendes) os tratados de direitos humanos não aprovados pela maioria qualificada do art. 5.º, § 3.º, da Constituição, seriam supralegais (Valerio discorda e os eleva ao patamar constitucional); para o STF os tratados não relacionados com os direitos humanos possuem valor legal (para Valerio, eles são todos *supralegais*, com fundamento no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, ratificada pelo Brasil em 25.09.2009 e promulgada pelo Dec. 7.030, de 14.12.2009). Valerio 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.

São Paulo, julho de 2016.

LUIZ FLÁVIO GOMES

Doutor em Direito Penal pela Universidade Complutense de Madri.
Mestre em Direito Penal pela USP. Fundador da Rede de Ensino LFG.
Diretor-presidente do Instituto Avante Brasil.
Foi Promotor de Justiça (1980 a 1983),
Juiz de Direito (1983 a 1998) e Advogado (1999 a 2001).

SUMÁRIO

NOTA DO AUTOR À 4.ª EDIÇÃO	13
PREFÁCIO.....	17
I. Posição de Valerio Mazzuoli	18
II. Posição majoritária do STF.....	21
III. Conclusões.....	23
INTRODUÇÃO	31
Colocação do tema.....	31
Plano da Obra	34

PARTE I TEORIA GERAL DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

1. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO SISTEMA INTERAMERICANO	39
1.1. Dever do juiz nacional em controlar a convencionalidade....	39
1.2. Evolução da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	44
1.3. Aferição de convencionalidade.....	57
1.4. Bloco de convencionalidade <i>lato sensu</i>	60
1.5. Atividade do juiz interno e relações internacionais do Estado..	62
2. TÉCNICA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE	65
2.1. Fundamento do controle de convencionalidade.....	65
2.2. Tratados paradigmas do controle de convencionalidade.....	67
2.3. Efeitos do controle de convencionalidade	70
2.4. Um exemplo a não ser seguido	71

PARTE II
MODELO BRASILEIRO DE CONTROLE
DE CONVENCIONALIDADE

1. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO INTERNO	79
1.1. O <i>status</i> constitucional dos tratados de direitos humanos no Brasil	79
1.2. As incongruências do § 3.º do art. 5.º da Constituição	88
1.3. Em que momento do processo de celebração de tratados tem lugar o § 3.º do art. 5.º da Constituição?	95
1.4. Hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos independentemente da entrada em vigor da Emenda 45/2004..	104
1.5. Hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos independentemente da data de sua ratificação (se anterior ou posterior à entrada em vigor da Emenda 45/2004)	120
1.6. Aplicação imediata dos tratados de direitos humanos independentemente da regra do § 3.º do art. 5.º da Constituição.....	122
2. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO	125
2.1. Introdução	125
2.2. Pioneirismo da teoria no Brasil.....	129
2.3. Vigência, validade e eficácia das leis.....	138
2.4. Teoria da dupla compatibilidade vertical material	160
2.4.1. O respeito à Constituição e o conseqüente controle de constitucionalidade.....	162
2.4.1.1. A obediência aos direitos expressos na Constituição	163
2.4.1.2. A obediência aos direitos implícitos na Constituição	167
2.4.2. O respeito aos tratados internacionais e os controles de convencionalidade (difuso e concentrado) e de suprallegalidade das normas infraconstitucionais	173
2.4.2.1. Os direitos previstos nos tratados de direitos humanos.....	179
2.4.2.2. Os direitos previstos nos tratados comuns e o controle de suprallegalidade	201
2.5. Caso prático contra o Brasil (“Guerrilha do Araguaia” e a Lei de Anistia).....	207

2.6. Controles legislativo e executivo da convencionalidade das leis.....	212
2.6.1. Controle legislativo da convencionalidade	213
2.6.2. Controle executivo da convencionalidade.....	214
CONCLUSÃO	217
BIBLIOGRAFIA	219
OBRAS DO AUTOR	233
Livros publicados.....	233
Coautoria.....	234
Coautoria e coordenação.....	235
Organização.....	236



INTRODUÇÃO

Colocação do tema

Este livro propõe uma teoria do controle jurisdicional da convencionalidade das leis no Brasil, demonstrando a técnica pela qual se invalidam normas internas menos benéficas à luz das disposições dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no Estado.

Falar em controle da *convencionalidade* significa falar em compatibilidade vertical material das normas do direito interno com as convenções internacionais *de direitos humanos* em vigor no país. Significa, também, falar especialmente em técnica *judicial* (tanto internacional como interna) de compatibilização vertical das leis com tais preceitos internacionais. Que os tribunais regionais de direitos humanos exercem o controle de convencionalidade não se tem dúvidas, eis que este é exatamente o seu papel. Porém, por decisão desses próprios tribunais regionais (v.g., da Corte Interamericana de Direitos Humanos) devem *também* (e em primeiro lugar) os juízes *internos* controlar essa mesma convencionalidade, fiscalizando a compatibilidade das normas domésticas (todas elas) com os mandamentos convencionais de direitos humanos (mais benéficos) de que o Estado é parte. Nesse sentido, não há dúvidas caber ao jurista pátrio investigar como há de se desenvolver a *mecânica* desse controle no plano do nosso direito interno.

Há, assim, *dois* modelos de controle de convencionalidade possíveis: um *internacional* (levado a efeito, de modo coadjuvante ou complementar, pelas cortes internacionais) e um *interno* (manejado especialmente, mas não exclusivamente, pelos juízes e tribunais nacionais em primeiro plano).¹ Neste estudo interessa investigar (no

1. Cf. Cantor, Ernesto Rey. *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*. México, D.C.: Porrúa, 2008, p. 46-48; Hitters, Juan Carlos. Con-

que tange ao direito brasileiro) esse segundo modelo de controle, que é prioritário (por isso chamado de “controle primário”) e deve ser exercido de acordo com o que ditam os tratados de direitos humanos ratificados e em vigor no país, acrescido da interpretação (se eventualmente existente) que deles faz a Corte Interamericana de Direitos Humanos, seguindo sempre o princípio *pro homine* ou *pro persona* de solução de antinomias entre as normas internacionais e internas (ou seja, aplicando a norma que, no caso concreto, for *mais benéfica* ou *mais protetiva* ao ser humano sujeito de direitos).²

Se é certo, porém, que incumbe ao Poder *Judiciário* dos Estados controlar prioritariamente a convencionalidade das leis no país, não é menos verdade que os demais poderes do Estado (Legislativo o Executivo) têm igualmente obrigações de respeito e acatamento para com o que dispõem as normas internacionais de direitos humanos das quais o Estado é parte. Por esse exato motivo é que – não obstante este estudo enfatizar o controle *jurisdicional* da convencionalidade das leis – se deve também analisar a responsabilidade dos poderes Legislativo e Executivo no que tange à observância dos tratados de direitos humanos em vigor no Brasil.

trol de convencionalidad (adelantos y retrocesos), *Estudios Constitucionales*, año 13, n. 1, Universidad de Talca, 2015, p. 126; e Alcalá, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad. In: Marinoni, Luiz Guilherme & Mazzuoli, Valerio de Oliveira (coords.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano (Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai)*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 479-491.

2. Como destaca Ernesto Rey Cantor, o “juiz interno tem competência para inaplicar o direito interno e aplicar a Convenção ou outro tratado, mediante um *exame de confrontação normativa* (direito interno com o tratado) em um caso concreto e adotar uma decisão judicial protegendo os direitos da pessoa humana”, ao que se nomina “controle de convencionalidade em sede nacional” (*Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, cit., p. 46-47). No mesmo sentido, v. FerrerMac-Gregor, Eduardo & Silva García, Fernando. *El caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México, D.C.: Porrúa, 2009, p. 39-40; e Herrerías Cuevas, Ignacio Francisco. *Control de convencionalidad y efectos de las sentencias*. México, D.C.: Ubijus, 2011, p. 47-48.

Se o tema do controle da convencionalidade das leis não havia sido sistematizado (e, efetivamente, *desenvolvido*) no Brasil até então, ele também não é novo. Seu aparecimento se deu, entre nós, com a promulgação da Constituição de 1988, que admitiu o *status* constitucional dos tratados de direitos humanos no Brasil (art. 5.º, § 2.º). Assim, desde a promulgação do texto constitucional brasileiro (em 05.10.88) afigura-se possível a um juiz ou tribunal local controlar a convencionalidade (a partir de 1988, apenas pela via *difusa*, e, desde a EC 45/04, também pela via *concentrada*) das normas de direito interno em confronto com os tratados de direitos humanos em vigor no Estado. Ocorre que, não obstante ser possível controlar a convencionalidade das leis desde a entrada em vigor da Constituição, parece que jamais tal fato foi suscitado em qualquer obra de direito constitucional ou internacional no Brasil. E mais: a partir da Emenda 45/2004 passou a ser juridicamente possível controlar a convencionalidade das leis também pela via *concentrada* perante o STF, como se verá.

O tema aqui desenvolvido foi versado em uma parte da nossa Tese de Doutorado em Direito Internacional, defendida na Universidade Federal do Rio Grande do Sul em 04.11.2008 (e depositada vários meses antes).³ A Tese, contudo, não tinha por objeto principal desenvolver um modelo brasileiro de controle da convencionalidade, senão estudar a teoria do “diálogo das fontes” (Erik Jayme) nas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno.⁴ Ocorre que, defendida a Tese, o tema do controle de convencionalidade foi imediatamente (um mês depois) referido pelo STF, no

3. Para o texto original, v. Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes*. Tese de Doutorado em Direito. Porto Alegre: UFRGS/Faculdade de Direito, 2008, publicada sob o título *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, São Paulo: Saraiva, 2010.

4. Na Tese referida, a teoria do controle de convencionalidade foi desenvolvida na Seção II do Capítulo II, especialmente às p. 226-241 (do texto original).

HC 87.585/TO,⁵ no exato sentido do nosso posicionamento, momento a partir do qual o tribunal passou a rever a sua antiga jurisprudência (sobre a hierarquia dos tratados no Brasil) datada do final da década de 70.⁶ Tal fato nos incentivou a desenvolver, em obra autônoma, ou seja, na presente monografia, o tema do controle da convencionalidade das leis, especialmente após verificar que a totalidade da doutrina brasileira não havia percebido, até aquele momento, a amplitude e a importância dessa nova temática, capaz de modificar todo o sistema de controle normativo do direito pátrio.

Plano da Obra

Dividimos o livro em duas Partes. Na primeira, buscou-se compreender a evolução da jurisprudência sobre o tema no seio da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Cap. 1) e a técnica do controle de convencionalidade (Cap. 2). Na segunda, pretendeu-se, preliminarmente, demonstrar que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil (e em vigor no plano internacional) têm *índole e nível* de normas constitucionais, independentemente de aprovação congressional por maioria qualificada, como se daria pela dicção do art. 5.º, § 3.º, da Constituição (Cap. 1). Isso porque, sem compreender o *status* normativo que guardam os tratados de direitos humanos em nosso direito interno, não há como investigar corretamente o tema do controle da convencionalidade das leis. Após essa análise – e partindo do acerto da tese do nível constitucional dos tratados de direitos humanos e do nível supralegal dos tratados comuns – desenvolveu-se a teoria da *dupla compatibilidade vertical material* como condição de validade das normas do direito interno em confronto com aquelas (Constituição e

5. Julgado em 03.12.2008; v. também o RE 466.343/SP, julgado conjuntamente.

6. O caso dizia respeito à questão da prisão civil por dívida de depositário infiel, tema que também havíamos estudado precedentemente: Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

tratados) que lhe são superiores; neste momento analisou-se o modelo *brasileiro* de controle de convencionalidade (em suas modalidades *difusa e concentrada*) e de supralegalidade das leis. Por derradeiro, delineou-se os principais contornos dos controles *legislativo e executivo* de convencionalidade (Cap. 2).

Em suma, a novidade que este estudo apresenta diz respeito à possibilidade de se proceder à compatibilização vertical das leis não só tendo como parâmetro de controle *a Constituição*, senão também *os tratados internacionais* (notadamente os de direitos humanos, mas não só eles) ratificados pelo governo e em vigor no Estado.