

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DO DIREITO BRASILEIRO: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL *VERSUS* VALERIO MAZZUOLI

Carlos Eugênio Sousa Silva Júnior

Daniele Rodrigues Ferreira

Lêide Diel Batista Barbosa de Oliveira

Jenaldo Alves de Araújo

RESUMO

O presente estudo trata sobre as divergências acerca da convencionalidade das normas jurídicas brasileiras, à luz do entendimento majoritário da Suprema Corte do Brasil e a compreensão dos doutrinadores brasileiros, em especial, a de Valerio Mazzuoli. Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, surge uma nova espécie de controle da produção normativa do direito brasileiro, chamado controle de convencionalidade. O desentendimento entre parte dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e os doutrinadores aflorasse no que concerne à hierarquia normativa dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos que não foram ratificados pelo rito de aprovação estabelecido no § 3º do artigo supra.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Convencionalidade das leis.

ABSTRACT

This study deals with disagreements about the conventionality of Brazilian legal rules in the light of the prevailing understanding of the Supreme Court of Brazil and understanding of Brazilian legal scholars, in particular, Valerio Mazzuoli. With the enactment of Constitutional Amendment No. 45/2004, which added § 3 to art. 5 of the Federal Constitution, a new kind of control of the normative production of Brazilian law, called control of conventionality. The disagreement between the Ministers of the Supreme Court and scholars aflorasse regarding the legal hierarchy of international treaties for the protection of human rights that have not been ratified by the approval rite established in § 3 of article above.

Keywords: Constitutional Law. Hierarchy of International Human Rights Treaties. Conventionality of the laws.

INTRODUÇÃO

A partir do processo de redemocratização do País, o Brasil vem adotando importantes medidas de internalização dos instrumentos jurídicos internacionais de proteção dos direitos humanos. Com o advento da Constituição Federal de 1988, se verifica a incorporação de importantes tratados internacionais de direitos humanos, como a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1989); a Convenção Americana de Direitos Humanos (1992), entre muitos outros (PIOVESAN, 2013, p. 374-375).

Para além do rol de direitos e garantias fundamentais previstos com as inovações da Constituição de 1988, nota-se maior integração entre o Direito interno brasileiro e o Direito Internacional. Grande parte desse avanço jurídico-político se dá pelo restabelecimento da democracia no Brasil, época em que o Estado brasileiro assumiu perante a comunidade internacional a responsabilidade de manter e desenvolver o Estado Democrático de Direito, além de proteger os direitos básicos, mesmo em situações de emergência (PIOVESAN, 2013, p. 379).

Considerando a inserção do Brasil nos principais debates internacionais – de assuntos econômicos, políticos, diplomáticos, comerciais e, sobretudo, de direitos humanos – e a evolução do ordenamento jurídico pátrio cada vez mais humanista, constata-se a relevância de tratar a respeito da hierarquia normativa dada aos tratados firmados pela República brasileira, haja vista os numerosos tratados internacionais de proteção de direitos humanos e tratados comuns incorporados ao direito doméstico e os eventuais conflitos que surgem com a legislação interna vigente.

Assim sendo, um dos maiores internacionalistas brasileiros da atualidade, o Doutor Valerio de Oliveira Mazzuoli, elaborou a sua tese de doutorado sobre um assunto jamais abordado pelos doutrinadores pátrios. Trata-se do chamado

controle jurisdicional da convencionalidade das leis, tese sustentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre, em 4 de novembro de 2008 e aprovada *summa cum laude* (MAZZUOLI, 2011, p. 15). A título de esclarecimento, *summa cum laude* é o reconhecimento por obter a máxima qualificação possível em uma titulação universitária.

À vista disso, por meio de revisão bibliográfica que trata sobre o assunto proposto, o presente artigo pretende esclarecer a definição do controle de convencionalidade das normas jurídicas brasileiras – que é distinto do já consagrado controle de constitucionalidade –, bem como o entendimento da Suprema Corte brasileira e o ponto de vista antagônico de boa parte da doutrina, em especial o de Valerio Mazzuoli, quanto ao objeto de pesquisa deste artigo científico.

2 Controle de convencionalidade - A teoria da dupla compatibilidade vertical material

É pacífico entre os doutrinadores que a Constituição Federal de 1988 trouxe um rol de direitos e garantias fundamentais sem precedentes nas constituições brasileiras anteriores. Dentro do elenco dos direitos fundamentais previstos no art. 5º da CF/88, destaca-se o parágrafo segundo, considerando a sua abertura para a inclusão de outros direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte (REZEK, 2014, p. 138). Assim preceitua o § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta 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**”. (grifo nosso) (BRASIL, 1988).

A edição da Emenda Constitucional nº 45 de 8 de dezembro de 2004, que introduziu o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal de 88, *in fine*, fez surgir o controle de convencionalidade, ao estabelecer a possibilidade de que tratados internacionais de direitos humanos pudessem equivaler às emendas constitucionais, se observado o *quorum* de aprovação. Assim dispõe o § 3º: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” (MAZZUOLI, 2009, p. 113).

Deste modo, e esse é o entendimento de Valerio Mazzuoli e de boa parte dos doutrinadores brasileiros renomados como Luiz Flávio Gomes, conclui-se que a produção normativa brasileira – para adquirir validade jurídica e, conseqüente, eficácia – deve passar pelo crivo de dois limites verticais materiais, quais sejam: I – a Constituição Federal e os tratados de direitos humanos erguidos ao patamar constitucional; e II – os tratados internacionais comuns de *status* supralegal (MAZZUOLI, 2011, p. 117).

De modo geral, sabe-se que os tratados internacionais possuem hierarquia superior quanto às normas infraconstitucionais, seja essa superioridade constitucional, como ocorre com os tratados de direitos humanos, ou, supralegal, conferida aos tratados internacionais comuns, que não versam sobre direitos humanos. É o que se chama de compatibilidade vertical material (MAZZUOLI, 2009, p. 113). Dessarte, para além do conhecido controle de constitucionalidade, o aplicador do Direito deverá analisar a compatibilidade da norma infraconstitucional com os tratados internacionais de direitos humanos e os tratados comuns, constituindo o controle de convencionalidade e de supralegalidade.

Uma importante distinção deve ser feita no que concerne à vigência e a validade da norma jurídica. Nesse sentido, Valerio Mazzuoli explica que: (MAZZUOLI, 2011, p. 117)

Uma determinada lei interna poderá ser até considerada vigente por estar (formalmente) de acordo com o texto constitucional, mas não será válida se estiver (materialmente) 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 têm *status* supralegal).

Uma importante distinção deve ser feita entre vigência e validade jurídica. A imprecisão entre esses dois elementos era bastante comum no modelo positivista de Hans Kelsen. Todavia, é mais condizente com o ordenamento jurídico atual a instrução de Ferrajoli, segundo o qual para que uma norma seja considerada eficaz e possa gozar de aplicabilidade no caso concreto deverá ela ser anteriormente válida, isto é, compatível com normas superiores, além de ainda ter que possuir vigência (MAZZUOLI, 2013, p. 400). De modo que, uma determinada norma pode estar vigente, entretanto, não possuir validade jurídica se for incompatível com norma superior.

3 Controle de convencionalidade - O entendimento majoritário do STF

Por ser um tema que gera certos impasses tanto no campo doutrinário como na jurisprudência, importante se faz destacar a interpretação dada pelo STF acerca da hierarquia dos tratados internacionais que versa sobre direitos humanos no ordenamento jurídico interno, uma vez que a Constituição Federal possibilitou a integração de direitos fundamentais constantes nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil ao direito interno brasileiro (art. 5º, § 2º da CF/88), como já mencionado.

No que tange à inclusão de direitos fundamentais por meio de tratados internacionais firmados pelo Brasil, o Supremo Tribunal Federal, nos anos seguintes à promulgação da Constituição Federal, não se posicionou quanto ao tema, haja vista que a maioria dos Ministros à época se mostravam pouco receptivos à ideia de que determinados direitos não oriundos do ordenamento jurídico pátrio pudessem compor o bloco de constitucionalidade, se expressos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil. À época, considerando as decisões majoritárias que o STF tomou, a jurisprudência deste possuía entendimentos sombrios, a julgar pela decisão que envolvia a prisão do depositário infiel frente o Pacto de São José da Costa Rica (REZEK, 2014, p. 138-139).

Finalmente, em dezembro de 2004, a questão foi resolvida com o surgimento do terceiro parágrafo ao art. 5º do texto constitucional, parágrafo introduzido por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004. Doravante, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos quando aprovados por rito da emenda constitucional – em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de sufrágio e o voto de três quintos do total de seus respectivos membros – equivalerão às normas da própria Constituição. Consoante Rezek,

essa nova regra, que se poderia chamar de cláusula holandesa por analogia com certo modelo prevalente nos Países Baixos e ali pertinente à generalidade dos tratados (...), autoriza algumas conclusões prospectivas. Não é de crer que o Congresso vá doravante bifurcar a metodologia de aprovação dos tratados sobre direitos humanos. Pode haver dúvida preliminar sobre a questão de saber se determinado tratado configura realmente essa hipótese temática, mas se tal for o caso o Congresso seguramente adotará o rito previsto no terceiro parágrafo, de modo que, se aprovado, o tratado se qualifique para ter estatua constitucional desde sua promulgação – que pressupõe, como em qualquer outro caso, a ratificação brasileira e a entrada em vigor no plano internacional (REZEK, 2014, p. 139-140).

Notadamente, no dia 3 de dezembro de 2008, por meio do HC 87.585/TO e RE 466.343/SP, o Pleno do STF proclamou uma das decisões mais marcantes de sua história. A Suprema Corte brasileira reconheceu que os tratados de direitos humanos possuem superioridade perante as leis ordinárias. Estavam em discussão dois entendimentos acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos: a do Ministro Gilmar Mendes, que sustentava o valor supralegal dos tratados, e a do Ministro Celso de Mello, que defendia o valor constitucional. Por cinco votos a quatro, lembrando que dois Ministros não participaram do julgamento, a tese vencedora foi a do valor supralegal.

Se determinado tratado de direitos humanos for aprovado pelo rito do § 3º, art. 5º, da Constituição Federal será equivalente às emendas constitucionais. Todavia, fora desse *quorum* de aprovação, o Supremo Tribunal Federal (por ora) entende que os demais tratados de direitos, isto é, não aprovados pela maioria qualificada, possuem valor supralegal (estão acima das normas infraconstitucionais, mas abaixo da Constituição). Assim sendo, a pirâmide hierárquico-normativa de Hans Kelsen – composta pelas leis ordinárias (na base) e a Constituição (no topo) – não possui mais aplicabilidade prática, pois não é compatível com a atual realidade normativa do País (GOMES apud MAZZUOLI, 2011, p. 14).

No memorável julgamento supra, o STF decidiu pela extinção de uma das duas possibilidades de prisão civil, que é a do depositário infiel (a outra diz respeito à inadimplência de alimentos, ainda vigente). Entendeu o Pretório Excelso pelo não cabimento da prisão civil do depositário infiel, pois fora derogado pelo que dispõe o art. 7º, n. 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica de 1969, ratificado pelo Brasil em 1992 (PIOVESAN, 2013, p. 638). Depois do retro julgamento, o STF editou a Súmula Vinculante n. 25 para impedir a prisão de depositário infiel, não importando a modalidade de depósito (GOMES apud MAZZUOLI, 2011).

4 Controle de convencionalidade - A visão de Valerio Mazzuoli

A Constituição Federal estabelece o processo de celebração de tratados internacionais, descrito em dois de seus dispositivos, *in verbis*: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VIII – celebrar tratados, convenções e

atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; (...)” e “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; (...)” (BRASIL, 1988).

Uma primeira impressão é de que a competência do Congresso Nacional para referendar os tratados internacionais ratificados pelo Chefe do Poder Executivo, autorizando este último à ratificação do acordo, não há uma supressão quanto ao previsto no § 3º, art. 5º, da CF/88, uma vez que a sua participação no processo de celebração de tratados internacionais pelo Estado brasileiro é tão somente a aprovação de seu conteúdo (MAZZUOLI, 2011, p. 42).

Como bem assevera José Borges, não há que se confundir a equivalência às emendas constitucionais (§ 3º, art. 5º, da CF/88) com as emendas constitucionais (art. 60 da mesma Carta), pois a relação entre ambas são de equivalência, não de igualdade, ao certo que desperta entender que a equivalência das normas se valem pela sua diferenciação, ao tempo em que temos em uma norma de um tratado a não aplicação dos procedimentos estabelecidos pela CF para aprovação de emendas, tampouco a regra sobre a iniciativa da proposta da emenda (BORGES, 2009, p. 313-314).

No que se refere às normas infraconstitucionais que vierem a ser produzidas no país devem, de acordo com o mérito Valerio Mazzuoli, para a análise de sua compatibilidade com o sistema do atual Estado Constitucional e Humanista de Direito – segundo o qual estabelece um rol de direitos supranacionais, isto é, não dependem de aceitação do Estado para serem cumpridos, como a Carta da ONU de 1945 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (GOMES; MAZZUOLI, 2013, p. 203) – passar por dois níveis de aprovação, quais sejam: a Constituição Federal e os tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro, e os tratados internacionais comuns também ratificados e em vigor no País (MAZZUOLI, 2011, p. 75).

A concepção do assunto também fora abordada por outros doutrinadores, como o André Ramos, ao dispor que o controle de convencionalidade seria o método a impedir o Parlamento local de adotar uma lei que viole direitos

humanos previstos em tratados internacionais já ratificados pelo Estado (RAMOS, 2004, p. 169-170).

É de se notar em que nada fora explanado sobre a mencionada tese, o que por sua vez torna notória sua efetivação. A conhecer a sua origem francesa, datado no início da década de 1970, o Conselho Constitucional francês, na Decisão n. 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975, entendeu não ser competente para analisar a convencionalidade preventiva das leis (isto é, a compatibilidade destas leis com os tratados ratificados pela França, naquele caso concreto, a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950) (MAZZUOLI, 2011, p. 81).

No tocante à hierarquia normativa, Valerio Mazzuoli sustenta que todos os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional n. 45 de 2004 possuem *status* de norma constitucional, isto é, estão ao mesmo nível da Constituição Federal, independente da regra de aprovação quanto ao *quorum* qualificado estabelecido no § 3º, art. 5º da CF/88. O mesmo entendimento pode ser aplicado àqueles tratados ratificados após a referida emenda constitucional (MAZZUOLI, 2011, p. 66).

Em contrapartida com tal preceito legal, temos a comparação errônea, acontecido em casos em que expressamente a Constituição exige lei complementar para a criação de normas gerais em matéria de legislação tributária, sendo então legítimo o raciocínio segundo o qual as normas tributárias anteriores da Constituição Federal sejam obrigatoriamente recepcionada com o *status* que doravante a Constituição lhes atribui, é o que se observa da regra a não exigência dos tratados serem aprovados pelo *quorum* que estabelece.

Em suma, à luz dos ensinamentos de Mazzuoli, todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais (art. 5º, § 2º, CF/88) ou material e formalmente constitucionais, se aprovados pelo *quorum* estabelecido no art. 5º, § 3º da Constituição Federal. Deste modo, o eminente autor entende que é correto entender que, ao lado do controle de constitucionalidade, deve ser verificada a compatibilidade das leis brasileiras com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro e em vigor no País, constituindo o controle de convencionalidade da (MAZZUOLI, 2009, p. 114).

Conclusão

Em virtude dos argumentos apresentados neste artigo científico sobre um tema que se encontra em uma espécie de “lacuna doutrinária”, haja vista raras discussões sobre o controle de convencionalidade entre os doutrinadores brasileiros, entretanto, a convencionalidade das normas brasileiras nunca esteve tão notória como hoje, e boa parte dessa notoriedade do tema em questão se deve à persistência de Valerio Mazzuoli de discorrer sobre algo tão escasso, mas extremamente condizente com a atual realidade do Direito Internacional e do Direito interno brasileiro.

Doravante, a Constituição Federal, diante do atual direito doméstico, deixou de ser o único paradigma de controle da produção normativa do ordenamento jurídico brasileiro. Além de verificar a compatibilidade entre as normas infraconstitucionais e a Constituição da República (controle de constitucionalidade), o julgador brasileiro deve desempenhar outro tipo congruência, qual seja, a coerência entre as leis internas e os tratados internacionais de direitos humanos (controle de convencionalidade).

Valerio Mazzuoli ensina ainda que além do controle de constitucionalidade e de convencionalidade, deve ser realizado o chamado controle de suprallegalidade, isto é, a relação de concordância entre a produção normativa interna e os tratados internacionais comuns, cujo conteúdo é diverso de direitos humanos e possuem *status* de normas supralegais. Essa conclusão é feita a partir da integração do direito brasileiro com o direito internacional.

Isto posto, Mazzuoli conclui que existem quatro tipos de controles da produção de normas domésticas que não podem ser confundidos: de legalidade; suprallegalidade; convencionalidade, difuso (compete à qualquer tribunal ou juiz) e concentrado (cabe ao STF) e de constitucionalidade (difuso e concentrado). Portanto, o profissional do Direito possui mecanismos variados para eventualmente invalidar determinada norma jurídica por ser incompatível com normas jurídicas superiores.

Referências

BORGES, José Souto Maior. **Curso de direito comunitário**: instituições de direito comunitário comparado – União Europeia e Mercosul. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito supraconstitucional**: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, [v. 46, n. 181 \(jan./mar. 2009\)](#). Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194897>>. Acessado em: 10/10/2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos**: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.