

Valerio Mazzuoli: Controle de convencionalidade tem singularidades

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-se ao STF que “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*”. Sustentou-se, também, que foram afrontados os preceitos fundamentais dos artigos. 1º, incisos I e II, 4º, inciso II, e 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, e do artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) de 1988.

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 artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição.^[1] Os tratados de direitos humanos não internalizados pelo procedimento previsto nesse dispositivo (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 *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 artigo 5º, parágrafo 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 pode propor, com base nesses instrumentos, as ações do controle *abstrato* de normas (ADI, 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 muda. 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*, Ed. Revista dos Tribunais, 2009) ser plenamente possível utilizar-se das ações do controle concentrado, como a ADIn (para invalidar a norma infraconstitucional por *inconvencionalidade*), 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 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 humanos aprovados pela sistemática do artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição e em vigor no país. Então, pode-se dizer que os tratados de direitos humanos internalizados com *quorum* qualificado passam a servir de meio de controle concentrado (de *convencionalidade*) da produção normativa doméstica, para além de servirem como paradigma para o 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 eles 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 artigo 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 artigo 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 45/04, é necessário entender que a expressão “guarda da Constituição”, referida pelo artigo 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 artigo 5º, parágrafo 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.

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; *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 artigo 5º, parágrafo 3º) são paradigma somente do controle *difuso* de convencionalidade.

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 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 nº 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 artigos 1º, inciso III (princípio da dignidade do ser humano), 4º, inciso II (prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais), 5º, parágrafos 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 artigo 7º do ADCT (vinculação do Brasil a tribunais internacionais de direitos humanos)” (folhas 25-29). Nenhum dispositivo da Convenção Americana, como se nota, foi citado na manifestação do Procurador-Geral da República. Qual o motivo? Pelo fato de que a Convenção Americana não se internalizou no Brasil com “equivalência” de emenda constitucional, não servindo, portanto, de paradigma ao controle concentrado de convencionalidade, senão apenas ao controle *difuso*.

O alento que se tem é que sempre sobrarão as disposições dos parágrafos 1º, 2º e 3º, do artigo 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 artigo 5º, parágrafos 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, a dificuldade em tratar do tema e em demonstrar o cabimento da ADPF à espécie, tendo em vista saber que os tratados não internalizados 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 artigo 68(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e *violação a preceitos fundamentais da Constituição brasileira* (artigo 7º do ADCT, parágrafos 1º e 2º do artigo 5º e artigo 4º, II)” [grifo nosso]. Na visão do Procurador, os preceitos fundamentais violados dizem respeito, como se vê, *apenas* aos da 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 6.683/1979” (folha 50).

Tudo isto somado demonstra nitidamente que apenas os tratados de direitos humanos “equivalentes” às emendas constitucionais (aprovados nos moldes do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição) servem de paradigma para o controle abstrato (concentrado) de convencionalidade, 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).^[3] Daí se entender, em suma, que apenas os instrumentos de direitos humanos “equivalentes” às emendas constitucionais (aprovados por três quintos dos votos dos membros de cada 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 ADI ou uma ADPF seja proposta no Supremo visando 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 artigo 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.

[1]. Versamos o tema, em detalhes, no livro *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis* (Ed. Revista dos Tribunais, 2009).

[2]. V. RE 466.343-1/SP, julg. 03.12.2008.

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

Date Created

24/04/2015