

O tema que trago hoje à reflexão dos leitores é inédito no Brasil, tendo surgido entre nós a partir da Emenda Constitucional 45/2004, que acrescentou o § 3.º ao art. 5.º da Constituição. Contudo, até o presente momento, nenhum jurista pátrio o havia desenvolvido. Sequer um autor brasileiro havia percebido a amplitude e a importância dessa nova temática, capaz de modificar todo o sistema de controle no direito pátrio.

Versamos ineditamente o assunto no Capítulo II, Seção II, da nossa Tese de Doutorado da UFRGS. Em resumo, o que ali defendemos é que, 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, a nossa tese foi no sentido de ser plenamente possível utilizar-se das ações do controle concentrado, como a ADIn (para invalidar a norma infraconstitucional por inconvenção), 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 art. 5.º, § 3.º 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, passam eles a ser paradigma apenas do controle difuso de convencionalidade

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS

(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 outras palavras, o que nós ineditamente defendemos (e não vimos ninguém fazê-lo até o momento) foi o seguinte: quando o texto constitucional (no art. 102, inc. I, alínea a) diz competir precipuamente ao Supremo Tribunal Federal a "guarda da Constituição", cabendo-lhe julgar originariamente as ações diretas de inconstitucionalidade (ADIn) de lei ou ato normativo federal ou estadual ou a ação declaratória de constitucionalidade (Adecon) 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) estiverem sendo violadas por normas infraconstitucionais.

A partir da Emenda Constitucional 45/2004, é necessário entender que a expressão "guarda da Constituição", utilizada pelo art. 102, inc. I, alínea a, alberga, além do texto da Constituição propriamente dito, também as normas constitucionais por equiparação. Assim, ainda que a Constituição silencie a respeito de um determinado direito, mas estando es-

se mesmo direito previsto em tratado de direitos humanos constitucionalizado pelo rito do art. 5.º, § 3.º, passa a caber, no Supremo Tribunal Federal, o controle concentrado de constitucionalidade (v.g., uma ADIn) para compatibilizar a norma infraconstitucional com os preceitos do tratado constitucionalizado.

Assim, a nossa conclusão é a de que 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, com as especificações que se fez acima: a)

tratados de direitos humanos internalizados com quorum qualificado (equivalentes às emendas constitucionais) são paradigma do controle concentrado (para além, obviamente, do controle difuso), cabendo, v.g., uma ADIn no STF a fim de invalidar norma infra-

constitucional incompatível com eles; b) tratados de direitos humanos que têm apenas status de norma constitucional (não sendo equivalentes às emendas constitucionais, posto que não aprovados pela maioria qualificada do art. 5.º, § 3.º) são paradigma apenas 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 (nunca concordamos, nesse ponto, com o STF que ainda continua a atribuir a tais tratados o nível

de leis ordinárias). Se bem que não equiparados às normas constitucionais, os instrumentos convencionais comuns (como sempre defendemos, com base no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969) têm status supralegal no Brasil, posto não poderem 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 (verbis: "Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha").

Nesse 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) que não servirão de paradigma do controle de convencionalidade (expressão reservada aos tratados com nível constitucional), mas do controle de legalidade das normas infraconstitucionais.

Portanto, as justificativas que se costumam dar, sobretudo no Brasil, para o descumprimento das obrigações assumidas pelo Estado no plano internacional são absolutamente ineficazes à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos e, agora, pela própria ordem constitucional brasileira, que passa a estar integrada com um novo tipo de controle das normas infraconstitucionais: o de convencionalidade.

É assim, doravante, que deve ser resolvido o problema das leis (ainda que compatíveis com a Constituição) que violem tratados de direitos humanos. Mas, e quando o conflito for entre a própria Constituição e um tratado de direitos humanos? Nesse caso, aplica-se uma outra teoria: a do diálogo das fontes (expressão criada pelo jurista alemão Erik Jayme, no seu *Curso da Haia*, de 1995, trazida ao Brasil por Claudia Lima Marques e desenvolvida em nossa Tese de Doutorado para aplicação às relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno). Mas isso, como teria dito Kipling, é outra história.

VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI

Doutor em Direito Internacional pela UFRGS, mestre em Direito Internacional pela Unesp, professor de Direito Internacional Público da Universidade Federal de Mato Grosso, autor, entre outros, do livro *Curso de Direito Internacional Público* (Ed. RT)