

Luiz Flávio Gomes
Valerio de Oliveira Mazzuoli

o JUIZ e o DIREITO

O método dialógico e a
magistratura na pós-modernidade

Luiz Flávio Gomes
Valerio de Oliveira Mazzuoli

o JUIZ e o DIREITO

O método dialógico e a
magistratura na pós-modernidade

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E O PAPEL DO JUIZ

Como já enfatizado, no dia 3 de dezembro de 2008 foi proclamada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal uma das decisões mais históricas de toda a sua jurisprudência.¹ Finalmente nossa Corte Suprema reconheceu que os tratados de direitos humanos valem mais do que a lei ordinária. Caso algum tratado venha a ser devidamente aprovado pelas duas Casas Legislativas com *quorum* qualificado (de três quintos, em duas votações em cada Casa, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição) e ratificado pelo Presidente da República, terá ele “equivalência de emenda constitucional” (isso foi o que ocorreu com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, que foram os primeiros tratados aprovados no Brasil com esse *quorum* qualificado). Fora disso, todos os (demais) tratados de direitos humanos vigentes no Brasil contam (repita-se, para o STF) com valor supralegal (ou seja, valem mais que a lei e menos que a Constituição). Ainda que não comunguemos com essa tese (pois, para nós, todos os tratados, tenham ou não sido aprovados pela maioria qualificada do art. 5º, § 3º, já têm *nível* de norma

1. STF, RE 466.343-SP e HC 87.585-TO.

constitucional, nos termos do art. 5º, § 2º, da Constituição), o certo é que essa jurisprudência do STF possui o significado de uma verdadeira (e salutar) revolução na pirâmide jurídica de Kelsen, que era composta (apenas) pelas leis ordinárias (na base) e a Constituição formal (no topo).

Doravante, depois do julgamento do STF citado, nenhuma lei (que está no patamar inferior) contrária aos tratados mais favoráveis possuirá validade. Como nos diz Ferrajoli, é vigente, mas não possui validade (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. 7º, 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) todas as leis ordinárias em sentido contrário ao tratado internacional.

Toda lei ordinária, para ser válida, deve (então) contar com *dupla* compatibilidade vertical material, ou seja, deve ser compatível com a Constituição brasileira assim como com os tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte. Se a lei (de baixo) entrar em conflito (isto é, se for antagônica) com qualquer norma de valor superior (Constituição ou tratados de direitos humanos), não vale (e, conseqüentemente, também não contará com eficácia). A norma superior irradia uma espécie de “eficácia paralisante” da norma inferior (como também disse o Min. Gilmar Mendes no RE 466.343-SP).

Do ponto de vista jurídico, a consequência natural do que acaba de ser exposto é que devemos distinguir (doravante) com toda clareza o controle de constitucionalidade

do controle de *convencionalidade*.² 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 internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no País. Todas as vezes que as normas internas atitarem com os tratados de direitos humanos mais favoráveis, ainda que compatíveis com o texto constitucional, não valerão, porque inconventionais (não obstante constitucionais). Norma interna constitucional, porém inconventional é *inválida* por não ter passado incólume ao exercício de dupla compatibilidade vertical material, necessário à produção de efeitos das normas domésticas na pós-modernidade.

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 de direitos humanos forem sendo incorporados ao direito pátrio, os juízes e tribunais locais – estando tais tratados em vigor no plano internacional – poderão, desde já e independentemente de qualquer condição ulterior, compatibilizar as leis domésticas com o conteúdo desses instrumentos internacionais, invalidando as normas internas que não passarem incólumes ao exame de compatibilidade vertical material com o tratado de direitos humanos mais favorável (sempre

2. A teoria do controle de convencionalidade foi defendida, pela primeira vez no Brasil, por MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013 [a primeira edição é de 2009].

o *mais favorável*, repita-se). Mas, também, pode ainda existir o controle de convencionalidade *concentrado* no Supremo Tribunal Federal, na hipótese dos tratados de direitos humanos internalizados pelo rito do art. 5º, § 3º, da Constituição. 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 garante a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional. Essa mecânica de invalidação das normas domésticas *in abstracto* é o que se nomina (a exemplo do controle concentrado de constitucionalidade) de controle concentrado ou abstrato de convencionalidade.

Quanto aos tratados de direitos humanos não internalizados pelo *quorum* qualificado referido, passam eles a ser paradigma apenas do controle *difuso* de convencionalidade. Esse controle deve ser levantado em linha de preliminar, em cada caso concreto, cabendo ao juiz 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, devendo ser realizado antes da decisão de mérito.

Os tratados aprovados pela maioria qualificada do § 3º do art. 5º 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 do STF).³ O controle de convencionalidade

3. Idem, p. 164 e ss.

concentrado (perante o STF) tem o mesmo significado do controle de constitucionalidade concentrado (porque os tratados com aprovação qualificada equivalem a uma emenda constitucional e a eles passam a ser garantidos todos os meios de proteção do controle abstrato de normas). Assim, em relação *ao controle de convencionalidade concentrado* (só cabível, repita-se, quando observado o § 3º do art. 5º da Constituição), cabe admitir o uso de todos os instrumentos desse controle perante o STF, ou seja, de ADIn (para eivar a norma infraconstitucional de inconstitucionalidade e inconvencionalidade), de ADC (para garantir à norma infraconstitucional a compatibilidade vertical com a norma internacional com valor constitucional) e 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 ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADIn por omissão).

Em conclusão, o jurista do terceiro milênio (Hermes) não pode deixar de reconhecer e de distinguir os seguintes controles: (a) de legalidade; (b) difuso de convencionalidade (ou de supralegalidade); (c) concentrado de convencionalidade; e (d) controle de constitucionalidade (difuso e concentrado).

O pensamento doutrinário clássico (científico, dogmático), ao estruturar a teoria das fontes do direito, distinguia a fonte de produção ou substancial ou material (quem pode criar o conjunto de normas que integra o direito; quem é o *sujeito* competente para isso) das fontes formais (fontes de cognição ou de conhecimento ou de exteriorização desse direito), que se dividem em fontes