



Defensoria Pública é essencial ao controle de convencionalidade

A Defensoria Pública — assim como as demais Instituições Essenciais à Justiça, o Parlamento e o Poder Executivo — é protagonista de fundamental importância para o regime republicano e o Estado Democrático de Direito, e este é um aspecto pouco referido no trato do assunto no que diz respeito ao exercício do controle de convencionalidade das leis.¹

Esse papel protagonista veio à luz no Brasil desde o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, quando foi possível identificar que os tratados de direitos humanos passaram a ter assento constitucional tanto por um viés (*i*) exclusivamente material, por versarem direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5º, § 2º),² quanto (*ii*) por um prisma material e formal, por equivalerem às emendas constitucionais, pois internalizados (neste caso) por processo legislativo com rigor idêntico ao das emendas, com a aprovação, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus respectivos membros (CF, art. 5º, § 3º).³

No que tange a este último aspecto, ainda que os tratados assim incorporados não se tornem verdadeiras “emendas” — segundo o texto constitucional, eles terão “*equivalência* de emendas” — que se incorporariam *na letra* constitucional propriamente dita, certo é que sua equivalência às emendas (trata-se de normas “constitucionais” *fora do texto* da Constituição, como se nota) lhes garante serem paradigmas de controle — de convencionalidade *concentrado*, para além de *difuso* — da normatividade interna no Brasil.

Portanto, ao lado do clássico controle de constitucionalidade, que se exerce invalidando as leis internas tendo como paradigma a Constituição, surge no ordenamento brasileiro uma *nova* modalidade de controle das normas do Direito interno: o controle de convencionalidade das leis, nos casos de (in)compatibilidade legislativa com os tratados de direitos humanos (formalmente constitucionais ou não) em vigor no Brasil.⁴

Não obstante os tratados que veiculem normas de direitos humanos poderem ser (*i*) materialmente constitucionais (art. 5º, § 2º) ou (*ii*) material e formalmente constitucionais (art. 5º, § 3º), não há dúvidas de que o exercício de compatibilidade vertical que se exerce em razão deles não se traduz num controle *de constitucionalidade* propriamente, dado que o texto constitucional pode permanecer incólume em vários casos, notadamente quando a violação legislativa se dirige *ao tratado* internacional de direitos humanos e não ao texto da Constituição. Assim, é equivocada dizer que o controle de convencionalidade desembocaria no próprio controle de constitucionalidade, pois há casos (vários deles) em que o texto constitucional permanece intocável e o que se atinge é, propriamente, a norma *internacional* em vigor no Estado.



Tanto o controle de constitucionalidade quanto o de convencionalidade, embora distintos, têm o mesmo poder de invalidar leis (menos benéficas) que contrariem ou o texto constitucional ou o tratado de direitos humanos em vigor. Tal é consequência lógica – no caso do art. 5º, § 3º, da Constituição — da aprovação do tratado pelo Parlamento com a *mesma dificuldade* com que se aprovam as emendas constitucionais *stricto sensu*, pelo que passam a integrar indeclinavelmente o processo de compatibilização vertical das normas domésticas com os comandos encontrados nas convenções de direitos humanos vigentes no Estado. E, neste caso, passam tais tratados a serem paradigma do controle *concentrado* de convencionalidade perante o STF.

São as instituições essenciais à Justiça — Defensoria Pública, Ministério Público, Advocacia Pública e Privada — que têm provocado a realização do controle de convencionalidade no Brasil, de forma a compatibilizar as leis domésticas com o conteúdo das normas internacionais de direitos humanos em vigor no País, embora não haja dúvidas de que tal controle deve ser exercido pelos órgãos da Justiça nacional *ex officio*.

Tal controle pode se dar (i) em *caráter difuso*, quando provocado de forma incidental pelas instituições essenciais à Justiça, de maneira similar ao controle difuso de constitucionalidade, em relação aos tratados que forem sendo incorporados ao direito pátrio, ou (ii) em *caráter concentrado* no STF, na hipótese dos tratados de direitos humanos (e somente eles) aprovados pelo rito do art. 5º, § 3º, da CF/1988, ou seja, por maioria qualificada nas duas Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, provocada pelos legitimados explícitos e implícitos inscritos na Constituição, em especial no art. 103.

Verifica-se, portanto, a nítida desnecessidade de qualquer alteração constitucional ou legislativa para que os magistrados de primeiro grau, tribunais locais ou superiores realizem o controle *difuso* da convencionalidade das normas do direito interno, a partir da provocação da Defensoria Pública ou das demais Instituições Essenciais à Justiça.

Tal controle, inclusive, é um *dever* que decorre diretamente da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, desde o julgamento do caso *Almonacid Arellano e Outros Vs. Chile*, em 2006, vem entendendo que o controle de convencionalidade interno é o *principal* a ser exercido no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, sendo o controle internacional apenas *mediato* ou *secundário*, levado a efeito se os sistemas nacionais de justiça não lograrem controlar a convencionalidade das leis de maneira adequada.⁵

Quanto ao controle concentrado da convencionalidade pelo STF, nos casos dos tratados de direitos humanos que entraram em vigor no Brasil com a referida “equivalência de emenda constitucional” (CF, art. 5º, § 3º), este nascera apenas com a promulgação da EC 45, em 30 de dezembro de 2004, e para que haja integridade e coerência com as demais normas constitucionais, é necessário um aprimoramento interpretativo e possivelmente algumas alterações normativas, como se verá.



Como dito, tanto a Defensoria Pública como as demais instituições essenciais à Justiça, cujo elenco se encontra no Capítulo IV do Título IV, da Constituição, têm papel importante a ser desempenhado no controle de constitucionalidade/convencionalidade das normas do Direito interno, e cada qual no âmbito de suas missões institucionais-constitucionais participam do controle difuso (apresentando as ações em nome próprio ou em representação processual dos seus constituídos) e concentrado de normas, além da possibilidade de atuação extrajudicial nesse sentido.

Especificamente no que tange à Defensoria Pública, alçada à condição de instituição permanente e essencial, corresponsável pela construção do regime democrático, percebe-se não ter autorização expressa para o ajuizamento de ações de controle concentrado perante o STF, não obstante o tenha no âmbito de alguns dos Tribunais de Justiça dos Estados (v.g., Ceará, Mato Grosso e Rio de Janeiro). Contudo, à Defensoria Pública é possível participar do controle concentrado de constitucionalidade como *amicus curiae* ou como *custos vulnerabilis*.⁶

Conforme observação colhida da práxis da Defensoria Pública em ações coletivas — ação civil pública⁷, habeas corpus coletivo⁸, Reclamação Constitucional coletiva⁹ etc — junto ao Poder Judiciário, uma mutação interpretativa é necessária e alguma alteração constitucional é desejável à explicitação das competências, atribuições e instrumentos para que sirvam ao aprimoramento do controle de convencionalidade, quer difuso ou concentrado em nosso País, inclusive pelo que o seguimento da jurisprudência internacional (Corte Interamericana de Direitos Humanos) se impõe firmemente nessa matéria.

Importante, por exemplo, seria deixar expressa a regra de “diálogo” (ou “cláusula de retroalimentação”) segundo a qual, assim como os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados em que a República Federativa do Brasil seja parte, também os direitos e garantias expressos nos tratados de direitos humanos em vigor no Brasil *não excluiriam ou mitigariam* outros direitos ou garantias decorrentes de leis nacionais, do regime e dos princípios adotados na Constituição. Bem assim, também seria importante explicitar as competências dos órgãos do Poder Judiciário para o controle difuso, tal a questão da reserva de plenário para a decretação da inconveniência nos Tribunais.

A par dessas propostas, seria também imprescindível a normatização para o controle concentrado de constitucionalidade/convencionalidade, consistente na implementação de mecanismos de maior participação da Defensoria Pública, e, por conseguinte, a inclusão democrática e a multiplicidade das formas de expressões dos indivíduos e grupos vulneráveis, democratizando o processo, ampliando e qualificando o diálogo jurídico para todos os estratos sociais que têm sua voz ampliada pela Instituição.

A explicitação da participação da Defensoria Pública como autora das ações concentradas, e interventora obrigatória nos demais casos, é inadiável, mesmo diante do reconhecimento de que a Instituição já é detentora dessas legitimidades a partir da alteração implementada pela Emenda Constitucional nº 80/2014, que a ressignificou como corresponsável pela promoção dos Direitos Humanos, alçando-a também à condição de expressão e instrumento do regime democrático.



Em suma, essa é a tendência tanto do constitucionalismo quanto do internacionalismo contemporâneo: fazer prevalecer o *dialogismo* (inclusão) em detrimento da *dialética* (exclusão) na proteção dos direitos humanos, e a pluralização das Instituições que assegurem sua observância.

Nesse sentido, a instituição Defensoria Pública é um pilar importante à democracia brasileira e à proteção dos vulneráveis, tornando a plataforma emancipatória do nosso tempo mais próxima da realidade desejada.

1 Sobre o controle de convencionalidade, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 5. ed. rev., atual, e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

2 Art. 5º (...) § 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

3 Art. 5º (...) §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.

4 Para detalhes, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 5. ed. rev., atual, e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

5 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2020, p. 205 e ss.

6 ROCHA, Jorge Bheron; GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; CASAS MAIA, Maurílio. *Custos vulnerabilis: a Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis*. Belo Horizonte: CEI, 2020.

7 Conforme I Relatório Nacional de Atuações Coletivas da Defensoria Pública: um estudo empírico sob a ótica dos ‘consumidores’ que pode ser lido em https://www.anadep.org.br/wtksite/I-RELAT_RIO-NACIONAL.pdf; e o II Relatório Nacional de Atuações Coletivas da Defensoria Pública, encontrado em [https://www.anadep.org.br/wtksite/Preview_Livro_Defensoria_II_Relat_rio\(1\).pdf](https://www.anadep.org.br/wtksite/Preview_Livro_Defensoria_II_Relat_rio(1).pdf)

8 Na jurisprudência STF HC 143.641. E na doutrina ROCHA, Jorge Bheron. Habeas Corpus coletivo: uma proposta de superação do prisma individualista. **ConJur** <https://www.conjur.com.br/2017-mai-30/tribuna-defensoria-hc-coletivo-proposta-superacao-prisma-individualista>

9 Na jurisprudência STF RCL 29.303 e na doutrina JANUÁRIO, Eduardo Newton; ROCHA, Jorge Bheron. **ConJur** <https://www.conjur.com.br/2019-abr-16/tribuna-defensoria-uso-reclamacao-constitucional-coletiva-defensoria-publica>

Date Created

19/05/2020