

Controle de convencionalidade

A Constituição "é a lei suprema do Estado, pois nela se acham as normas fundamentais e nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas".^[1] O princípio da dignidade humana, previsto no artigo 1º, III, da CF, fixou novo paradigma hermenêutico na questão dos direitos humanos,^[2] em sintonia com a tendência internacional de aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção de grupos sociais com vulnerabilidade socioeconômica. O novo modelo de constitucionalismo contemporâneo baseia-se na internacionalização dos direitos humanos e constitucionalização do Direito Internacional.^[3]
caram-se os tratados internacionais para proteção da pessoa humana, os direito interno dos países signatários.



Fernando Capez
candidato a deputado

No Brasil, com a EC 45/2004, que acrescentou o § 3º ao artigo 5º da CF,

surgiram dois níveis hierárquicos distintos de tratados sobre direitos humanos. Referido dispositivo estabeleceu que "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

Obedecido o procedimento rígido e qualificado na sua aprovação, os tratados de direitos humanos terão a mesma força de emendas constitucionais e sua observância se fará por controle de constitucionalidade. É o caso da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência — Convenção de Nova York, que passou a integrar nosso ordenamento jurídico como norma constitucional por meio do Decreto 6.949/2009. Criou-se um bloco de constitucionalidade formado pelas emendas constitucionais e os tratados de direitos humanos aprovados pelo mesmo quórum qualificado.

Alguns tratados internacionais de direitos humanos, no entanto, ingressam no ordenamento aprovados por decreto legislativo em procedimento ordinário de votação, ou seja, por maioria simples (CF, artigo 47). Nesta hipótese, por força do artigo 5º, §2º, da CF, ficarão em posição intermediária, abaixo da Constituição, já que não possuem força de emenda constitucional, mas acima das leis e atos normativos.

Essa hierarquia foi estabelecida de maneira clara pelo STF, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 466.343[4], em que se decidiu pela ilegitimidade da prisão civil do depositário infiel, com base no Pacto de São José da Costa Rica. Procedeu-se à distinção hierárquica entre os tratados de direitos humanos incorporados com base no § 2º do artigo 5º da CF e os que obedecerem ao rito previsto pelo § 3º do mesmo dispositivo. De acordo com o STF, os primeiros possuem *status* supralegal, enquanto os demais gozam de hierarquia constitucional. Por serem normas supralegais, os tratados de direitos humanos aprovados sem quórum qualificado ocupam posição superior à das leis e ficarão sujeitos ao chamado controle convencionalidade.

Surgem duas espécies de controle: constitucionalidade e convencionalidade. *"O controle de verificação da compatibilidade das leis com a Constituição é o já conhecido controle de constitucionalidade. O controle de verificação da compatibilidade das leis com os tratados e convenções supralegais é o controle de convencionalidade"*.[\[5\]](#)

A competência para o julgamento do controle de convencionalidade é também do STF, conforme acentuou o saudoso Ministro Teori Zavascki, em voto acerca da natureza do Pacto de San José da Costa Rica: *"Considerada norma de hierarquia supralegal (e não constitucional), o controle de convencionalidade deve aferir a compatibilidade entre norma supralegal e norma legal. O exercício desse controle é exercido pelo Supremo Tribunal Federal"*.[\[6\]](#)

O controle de constitucionalidade pode ser material, quando se referir ao conteúdo da norma (supremacia material da CF), ou formal, quando vinculada ao procedimento para sua criação (supremacia formal). A inconstitucionalidade pode ser parcial, quando limitada a trechos da lei, ou total, se afetar sua integralidade. Inconstitucionalidade por arrastamento ocorre quando a incompatibilidade parcial afetar trechos conexos ou toda a lei.[\[7\]](#) Pode também ocorrer que a afronta à CF se dê de forma omissiva, quando houver omissão do legislador em dar cumprimento ao mandamento constitucional.

O controle será preventivo, quando for anterior à incorporação da lei ao ordenamento jurídico. Neste caso, terá caráter político e será exercido pelas Comissões de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados e do Senado Federal ou pelo veto do presidente da República (CF, artigo 66, § 1º). Será repressivo, quando a lei já estiver incorporada ao ordenamento, sendo seu caráter eminentemente jurídico (o controle repressivo político é exceção).[\[8\]](#) Pode ser exercido para solução de um caso concreto (controle difuso ou por via de exceção) ou ter como objeto a própria lei (controle concentrado ou por via de ação direta).

O controle de constitucionalidade difuso se dará quando o indivíduo, pela via de exceção ou defesa, provocar o Poder Judiciário para afastar a incidência da norma inconstitucional a um determinado caso concreto. Aqui, busca-se como provimento jurisdicional, a tutela específica do bem ameaçado e não a declaração em tese da inconstitucionalidade da lei. Este controle é exercitável *incidenter tantum* e integrará a motivação da sentença, sendo seu efeito limitado às partes litigantes.^[9] É realizável por qualquer juiz ou Tribunal, devendo ser observada a cláusula de reserva da plenário.^[10] Possui legitimidade ampla, podendo ser exercido por qualquer pessoa que tiver interesse jurídico na demanda, normalmente o titular do interesse ameaçado de lesão. Se a questão chegar ao STF e houver declaração definitiva de inconstitucionalidade, a decisão poderá ser comunicada ao Senado Federal para suspender a execução da lei no todo ou em parte, por meio de resolução (CF, artigo 52, X).

No controle concentrado, ao contrário, a constitucionalidade é o próprio objeto da demanda, cuja finalidade é extirpar a norma abstrata do ordenamento jurídico. Diferentemente do que ocorre no controle difuso, não se ataca um ato concreto específico atingido ou ameaçado pela norma inconstitucional, mas a própria lei ou ato normativo em tese, razão pela qual seus efeitos serão *erga omnes*. Será de competência do STF quando se tratar de leis e atos normativos federais ou estaduais que afrontem a CF, e de Tribunais de Justiça Estaduais, quando se referir a leis municipais em face das Constituições Estaduais. Sua legitimidade é restrita pois somente os legitimados do art. 103, CF, poderão ingressar com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADI por omissão), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)^[11].

O ritmo frenético de alteração da Constituição e do ordenamento infralegal impõe ao operador do Direito uma constante atualização, pois novas figuras jurídicas vão surgindo e se incorporando aos conceitos doutrinários existentes. Quando se diz que o Brasil não é para amadores, isso vale também para nosso sistema jurídico.

[1] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional, 27ª edição, pág. 45.

[2] RIBAS, Ana Carolina, Lucas Carli Cavassin: Sistema Interamericano de Direitos Humanos e Controle de Convencionalidade no Brasil Rev-Juridica-PG-PR_n.07.06, pág. 11.

[3] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos. 1. ed. Sérgio Antônio Frabris Editor: Porto Alegre, 1997. v. 1, p. 401-404.

[4] “PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infel. Alienação Fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubstância da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de

depositário in&el, qualquer que seja a modalidade do depósito” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 466.343. Relator Ministro César Peluzo, julgado em 3 de dezembro de 2008, publicado no DJe-104, divulgado em 4 de junho de 2009, publicado em 5 de junho de 2009.)

[5] MARTINS, Flávio. Curso de Direito Constitucional, 3ª edição, Ed. SaraivaJur, 2019, p. 449.

[6] STF, ADI 5.240/15, rel. min. Teori Zavascki

[7] STF, ADI 2895-3/AL, rel. min. Carlos Veloso.

[8] Art. 49, CF. É de competência exclusiva do Congresso Nacional: V- sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; Art. 62, CF. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional: § 5º- A deliberação de cada uma das casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

[9] Excepciona-se o efeito inter pars das decisões proferidas em controle de constitucionalidade difuso, caso a demanda seja submetida a apreciação do STF, situação em que de pois de reconhecida a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, a Corte determinará que o Senado Federal suspenda a norma – fenômeno da Abstratização do controle difuso.

[10] S.V. 10 – Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência, no todo ou em parte.

[11] Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – O Presidente da República; II – A Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – A Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – O Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – O Procurador-Geral da República; VII – O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – Partido político com representação no Congresso Nacional; IX – Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Date Created

17/06/2021