

DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL

Laura JUNQUEIRA¹
Letícia Percinoto LEIRIÃO²

RESUMO: A presente pesquisa visou expor, de maneira simples e didática, as características do Controle de Convencionalidade, instituto presente no ordenamento jurídico brasileiro, indispensável no contexto atual das relações entre Estados, e na proteção dos direitos humanos. Para chegar às conclusões, foi necessário passar também pelo Controle de Constitucionalidade, assim como estudar o valor normativo que os Tratados Internacionais detêm no direito interno.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Controle de Convencionalidade.

ABSTRACT: *This paper aimed to expose, in a simple and didactic way, the characteristics of the Conventional Control, an institute present in the Brazilian legal system, indispensable in the current context of relations between States, and in the protection of human rights. In order to achieve the conclusions, it was also necessary to pass through the Judicial Review, as well as to study the normative value that the International Treaties have in the domestic law.*

Keywords: *Judicial Review. International Human Rights Treaties. Conventional Control.*

¹ Discente do 1º ano do Curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Voluntária no Grupo de Iniciação Científica: Novo Processo Civil Brasileiro: Garantias Fundamentais e Inclusão Social do Programa de Iniciação Científica da Toledo Prudente Centro Universitário. E-mail: laura.junqueira@outlook.com.br.

² Discente do 1º ano do Curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: leticiapercinoto9@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo teve como objetivo estudar afundo o instituto do Controle de Convencionalidade, antes desconhecido, mas que atualmente é fundamental para a garantia e defesa dos direitos fundamentais, e indispensável para o operador do Direito.

Primeiramente, foi necessário abordar o Controle de Constitucionalidade, que, embora semelhante, não se confunde com o tema principal da pesquisa. Entender o Controle de Constitucionalidade e suas vertentes é passo fundamental para compreensão do Controle de Convencionalidade.

Depois, pesquisa tratou de explicar o status que os tratados internacionais têm no ordenamento brasileiro, assim como o valor normativo em comparação com as normas de direito interno.

Finalmente, o trabalho se voltou ao Controle de Convencionalidade, instituto que apareceu no ordenamento jurídico brasileiro na última década, e, de logo se mostrou como fundamental não só para a aplicação da lei, como na criação de novas leis.

Com o fenômeno mundial da globalização, os países passam cada vez mais a assumir compromissos perante a comunidade internacional, e o Controle de Convencionalidade é uma realidade que já faz parte do direito. É a garantia de que os acordos firmados serão cumpridos, e os direitos respeitados.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O Controle de Constitucionalidade, tão discutido por estudiosos, nada mais é do que a obrigatoriedade de observância das normas constitucionais para a validação de todo o ordenamento jurídico. Esse controle é característico de países cujas Constituições são rígidas, ou seja, possuem em seu texto todo um procedimento a ser respeitado para que possa haver sua modificação. Dessa maneira, há a instituição de uma determinada hierarquia, representada por uma pirâmide normativa, sendo que, nessa pirâmide, o ápice é ocupado pela Constituição Federal.

Dessa maneira, elucidam Luiz Araujo e Vidal Júnior (2009, p. 25):

Assim sendo, a existência de uma Constituição rígida cria uma relação piramidal entre esta e as demais normas do mesmo ordenamento jurídico, que com ela devem guardar relação de necessária lealdade.

Há, porém, duas vertentes desse Controle. A constitucionalidade pode ser dar formal e materialmente.

Para que a norma seja formalmente constitucional é necessário que ela obedeça todos os procedimentos legislativos obrigatórios. Se as regras procedimentais não forem respeitadas, a norma será formalmente inconstitucional e, portanto, não fará parte do ordenamento jurídico.

Pode ocorrer, também, de a norma, apesar de cumprir todo o processo legislativo, ser materialmente inconstitucional, ou seja, ter seu conteúdo em desacordo com o texto da Lei Maior. Assim, não há possibilidade de uma norma instituir pena de morte, visto que esta seria uma ofensa ao art. 5º, XLVII da Constituição Federal: “não haverá penas: a) de morte, salvo em casos de guerra declarado, nos termos do art. 84, XIX” e, portanto, seria inconstitucional em razão da matéria.

Então, assim que perceber-se a inconstitucionalidade de determinada norma, ela deve ser logo tida como inválida para que não haja contradição no ordenamento jurídico.

Ademais, o Controle de Constitucionalidade pode ser preventivo e repressivo. O controle repressivo ainda se subdivide em dois – difuso e concentrado –, que serão analisados posteriormente.

O Controle Preventivo, como o próprio termo já elucidada, diz respeito àquele feito antes que a norma faça parte do sistema normativo. Ele ocorre antes ou durante o processo legislativo, e “os detentores do poder de deflagrar o processo devem analisar a regularidade do projeto, compatibilizando-o com o texto constitucional” (ARAÚJO; JÚNIOR, 2009, p. 26).

O projeto então será analisado pela Comissão de Constituição e Justiça, que é responsável pela adaptação formal e material do projeto de lei ou de emenda constitucional com a Constituição Federal.

Contudo, mesmo após o parecer da Comissão, ainda há possibilidade de recurso por parte dos parlamentares. Ainda, de acordo com o §1º do art. 101 do Regimento Interno do Senado Federal:

[...] quando a Comissão emitir parecer pela inconstitucionalidade e injuridicidade de qualquer proposição, será esta considerada rejeitada e arquivada definitivamente, por despacho do Presidente do Senado, salvo, não sendo unânime o parecer, recurso interposto nos termos do artigo 254'.

Na última fase do processo legislativo, cabe ao Presidente da República sancionar ou vetar a nova norma. O veto pode ser justificado, de acordo com o art. 66, §1º, da Constituição Federal: "se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público".

Porém, mesmo com o veto presidencial, a norma tem ainda a possibilidade de ser promulgada. Para isso, é preciso que a maioria absoluta do Legislativo seja favorável à sua promulgação.

Já o Controle de Constitucionalidade Repressivo pode se dar de duas maneiras, como exposto a seguir.

2.1. Controle Difuso de Constitucionalidade

O Controle de Constitucionalidade Difuso aconteceu pela primeira vez nos Estados Unidos, em 1803, no caso *Marbury versus Madison*. No caso em questão, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América teve de decidir o empasse entre uma lei (seção 13 do *Judiciary Act*, de 1789) e a Constituição de 1787. A regra que vigorava na época era a de que a lei mais recente revogava a lei anterior. Mas, nesse caso, a lei posterior estava em desacordo com a própria Constituição. Assim, o Juiz da Suprema Corte norte-americana, John Marshall, decidiu pela prevalência da Constituição, reconhecendo sua superioridade hierárquica.

Esse tipo de Controle ocorre quando a norma em questão já faz parte do ordenamento e, nesse caso, faz-se a análise de sua constitucionalidade

observando o caso em concreto. É importante observar que a decisão sobre a inconstitucionalidade (ou não) da norma é válida apenas no caso específico, ou seja, não possui efeito *erga omnes*. Além disso, qualquer juízo ou tribunal (desde que competente) pode determinar sua inconstitucionalidade.

Também, o controle difuso pode ser chamado de controle aberto, via de exceção (pois não tem efeito *erga omnes*) e via de defesa. Contudo, é importante não interpretar equivocadamente a expressão via de defesa, já que:

O interessado que pede a prestação jurisdicional não precisa estar no pólo passivo da lide, podendo ser o autor da ação. Por tal razão, a expressão "via de defesa" significa que o interessado está defendendo-se dos efeitos de uma norma inconstitucional e não, obrigatoriamente, ocupando o pólo passivo da ação. Defende direito seu (ou de seu grupo), que vem postado em uma norma inconstitucional. (ARAUJO; JÚNIOR, 2009, p. 28)

O Controle Difuso pode ser invocado por diversas formas processuais e, apesar de a primeira instância ser competente, há a possibilidade de o Superior Tribunal Federal julgar, desde que utilizado o recurso adequado. Quando isso ocorre e a norma é considerada inconstitucional, a decisão por si só, mesmo sendo emitida pelo STF, não tem efeito *erga omnes*, visto que a decisão foi apenas para o caso em concreto. Contudo, o STF deve notificar o Senado Federal, que poderá suspender a execução da norma.

Por fim, até mesmo no Controle Difuso é necessário o voto da maioria absoluta para que a norma seja declarada inconstitucional.

2.2 Controle Concentrado de Constitucionalidade

Diferentemente do difuso, no qual qualquer juiz ou tribunal competente pode declarar a inconstitucionalidade da norma, o Controle Concentrado recebe esse nome, pois, concentra-se apenas em um tribunal, há apenas um foro competente, ou seja, esse controle só pode ser praticado pelo Supremo Tribunal Federal.

Outra convergência em relação ao controle repressivo difuso é que, no controle concentrado, não há um caso concreto, visto que a própria constitucionalidade (ou não) da norma é o mérito da ação. Devido a isso, esse tipo

de controle também pode ser chamado de abstrato, pois não analisa um caso em concreto específico. Nesse sentido, Pedro Lenza (2015, p. 496-497) dispõe que:

Ao contrário da via de exceção ou defesa, pela qual o controle (difuso) se verificava em casos concretos e incidentalmente ao objeto principal da lide no controle concentrado a representação de inconstitucionalidade, em virtude de ser em relação a um ato normativo em tese, tem por objeto principal a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado. O que se busca saber, portanto, é se a lei (*lato sensu*) é inconstitucional ou não, manifestando-se o Judiciário de forma específica sobre o aludido objeto.

Assim, a decisão tomada pelo STF em relação à norma posta em questão terá efeito *erga omnes*, ou seja, valerá para todos. A norma, se declarada inconstitucional por um vício – que pode ser material ou formal – não terá mais validade, sendo, portanto, considerada inválida.

O Controle Concentrado pode acontecer por meio de três procedimentos – as ações constitucionais –, quais sejam, Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADIn), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADCon) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

A ADIn tem por finalidade o reconhecimento da incompatibilidade da norma com a Constituição Federal. A ADCon, por sua vez, anseia pela confirmação da presunção de constitucionalidade da norma. Por fim, a ADPF está relacionada com o desrespeito aos preceitos fundamentais, ou seja, desrespeitos aos conteúdos mais importantes da Constituição Federal.

3 STATUS DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

A Constituição Federal de 1988 traz um extenso rol de Direitos e Garantias Fundamentais. Contudo, o próprio §2º do art. 5º da CF propõe que:

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.

Nesse sentido, a posição que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ocupam na pirâmide normativa ainda é motivo de debate entre doutrinadores, legisladores e ministros do Supremo Tribunal Federal.

Apesar de a Emenda Constitucional n. 45, de 8-12-2004, ter acrescentado ao art. 5º da Constituição Federal um §3º, com o seguinte dizer:

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

Não é consenso entre doutrinadores sobre a hierarquia que o Tratado Internacional de Direitos Humanos adquire. Importante lembrar que, antes dessa reforma constitucional, os Tratados estavam no mesmo nível hierárquico de leis ordinárias. Dessa maneira, explicam Luiz Araujo e Vidal Júnior (2008, p. 215):

Entendem alguns autores que o tratado tem *status* constitucional, ingressando no sistema na qualidade de norma constitucional. Outros entendem que a norma de ingressar no plano ordinário. Somos por esta última corrente. Se pudéssemos entender que o decreto legislativo pode alterar a Constituição Federal, incluindo direitos, estaríamos afirmando que se trata de um texto flexível, não rígido, abandonando uma tradição constitucional e não aplicando os princípios do art. 60 e seus parágrafos, regra de imutabilidade implícita.

Apesar das controversas, a EC 45/04, como posto anteriormente, tratou de pacificar a questão dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos aprovados com quórum de Emenda Constitucional. Com isso, em 2009 foi promulgada a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, com nível normativo equivalente à emenda constitucional.

Contudo, restou ainda a divergência sobre os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil que não alcançassem os votos necessários para se tornarem Emendas Constitucionais. Estariam eles em qual posição na pirâmide hierárquica? Para Flávia Piovesan (2013, p. 128-129), o que os difere é a formalidade constitucional, visto que mesmo não obtendo quórum necessário, ainda tratam de matéria constitucional.

Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O *quorum* qualificado está tão somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. Como já defendido por este trabalho, na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o oposto. Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela.

O Supremo Tribunal Federal tratou de pacificar também essa questão, tendo em vista a decisão tomada em relação ao Recurso Extraordinário 349.703. Com isso, esses tratados não ocupam nível hierárquico constitucional, tampouco o nível ordinário; e sim, são considerados infraconstitucionais e supralegais. O agora também ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes (2016, p. 207-208), coloca:

Importante destacar, também, que, além do surgimento desse novo instrumento, a evolução na ampla proteção e garantia de efetividade dos direitos humanos foi reforçada pela alteração de posicionamento jurídico do Supremo Tribunal Federal, que passou a proclamar o *status da supralegalidade* dos tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados no ordenamento jurídico brasileiro antes da EC no 45/04, dando-lhes prevalência sobre o ordenamento jurídico pátrio, pois como definido pelo STF, “o *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão” (RE 349703).

Assim, terão status de Emenda Constitucional os Tratados Internacionais que cumprirem os requisitos para tal. Não ocorrendo isto, e se tratando de tratado que verse sobre direitos humanos, este terá status de norma supralegal, ou seja, abaixo da Constituição Federal e acima de todas as normas infraconstitucionais.

4 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Diz-se controle de Convencionalidade, quando uma norma que tem vigência em determinado país, não está só de acordo com a sua constituição (controle de constitucionalidade), mas também é compatível com os tratados internacionais que foram ratificados pelo mesmo.

Percebe-se claramente que o Brasil vem se comprometendo (internacionalmente) à assegurar os direitos humanos, como dito por Valério de Oliveira Mazzuoli (2011, p. 26):

(...) já se encontram ratificados pelo Brasil (estando em pleno vigor entre nós) praticamente todos os tratados internacionais significativos sobre direitos humanos pertencentes ao sistema global de proteção dos direitos humanos (...).

Essa interferência proporcionada pelos tratados e convenções internacionais ao Direito Brasileiro surgiu após a 2ª Guerra Mundial, quando se teve a ideia entre as grandes nações de abdicarem de parte da sua soberania interna, para que houvesse uma melhor relação entre as mesmas.

O principal exemplo de mitigação da soberania no ordenamento jurídico brasileiro se deu com a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos, ou também chamado Pacto de San José da Costa Rica, no qual o Brasil permitiu a aplicação de alguns princípios trazidos por essa carta de direitos.

Vale ressaltar, que o controle de convencionalidade realiza um duplo controle vertical de constitucionalidade, pois a constituição realiza um primeiro controle sobre as normas infraconstitucionais e as convenções acabam por realizar um segundo controle.

Diante dessas atribuições faz-se necessário o Controle de Convencionalidade, para que nenhum direito assegurado por esses tratados seja violado.

4.1 Exemplos no Brasil

Com a inobservância para controlar a Convencionalidade, pode-se acabar criando uma norma que, apesar de estar dentro da constitucionalidade, estará em desacordo com os tratados. Diante disso o país sofrerá com o descumprimento de suas normas internas, mesmo que vigentes, como uma forma de coerção para que respeite os tratados ratificados por ele.

É o que vem ocorrendo com a Constituição Federal brasileira de 1988, como apresentado por Mariana Kuhn Massot Padilha (2009, p.2):

(...)A questão é que o art. 5º, LXVII admite que haja prisão civil do responsável por inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e do depositário infiel, enquanto que o Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, somente a admite no caso do devedor de alimentos.

Ao se deparar com essa desavença entre o pacto de San José e a Constituição Federal, foi criada a súmula 25 do STF, que dispõe: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito", mostrando novamente o respeito para com os tratados aceitos pelo Brasil.

Além do Pacto de San José, o Brasil ratificou a Convenção de Viena sobre os Tratados, que dispõe em seu artigo 27: "uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado".

Com isso reforça-se a ideia de obrigatoriedade, dando permissão e dever ao Estado brasileiro de descumprir qualquer norma que seja de sua legislação interna, para honrar os tratados por ele ratificados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chega-se ao fim do trabalho com a ideia de que, embora não tão desconhecido mais, o Controle de Convencionalidade tem mais importância do que se imagina.

Compreender este instituto, assim como o Controle de Constitucionalidade, é extremamente necessário para o operador do direito, não só aplicando a lei, como também por parte do Legislativo no momento de elaboração de novas leis.

A exemplo de outros países latinos, *verbi gratia*, a Argentina e o Chile, o Brasil está cada vez mais se preocupando com esse tema, que já trouxe reflexos marcantes para o direito interno, como mostrado na pesquisa, no tocante à prisão civil por dívida.

Conclui-se que, embora não tenha se esgotado todas as dúvidas e controvérsias a respeito do Controle de Convencionalidade, o que nunca foi o objetivo, a pesquisa conseguiu adentrar as questões mais pertinentes, capazes de proporcionar, do leitor mais leigo, até o operador de direito, uma ampla visão acerca do tema.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional de Convencionalidade das leis**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PADILHA, Mariana Kuhn Massot. **Prisão civil e o Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em: <www.ambito-juridico.com.br> Acesso em ago 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo : Saraiva, 2013.