

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E CONVENCIONALIDADE – humanização das normas jurídicas

Alacir Câmara Ferreira¹
Antonio Welton Alves Nogueira²
Francisco Flávio de Jesus Martins³
Jadson de Jesus Silva⁴
Patrick Henrique Sousa Carvalho⁵

RESUMO:

Este artigo teve como objeto de estudo o controle de constitucionalidade e convencionalidade das leis. Esses mecanismos de controle de validade das leis e atos normativos tem como objetivo relacionar as leis e atos normativos diante da Constituição Federal e dos tratados internacionais de direitos humanos. Dessarte, observa-se a materialidade – analisando se está de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana – e a formalidade, ou seja, se seguiu os trâmites legais de produção. A metodologia aplicada foi a pesquisa bibliográfica embasada nos autores Pedro Lenza, Valério de Oliveira Mazzuoli, Alexandre de Moraes, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, também, através de artigos e de julgados no STF. Os resultados obtidos confirmaram a tese de que tais controles de validade das leis e atos normativos garantem a manutenção dos princípios defendidos pelos tratados de direitos humanos a segurança jurídica. Acredita-se que as leis infraconstitucionais precisam passar por um controle de constitucionalidade para que sejam assegurados os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil e os direitos elencados nos tratados internacionais.

Palavras-Chave: CONTROLE. CONSTITUCIONALIDADE. CONVENCIONALIDADE.

¹ Bacharelado em Direito pelo Instituto de Educação Superior Raimundo Sá - IESRSA.
Contato: alacircamara@gmail.com

² Bacharelado em Direito pelo Instituto de Educação Superior Raimundo Sá - IESRSA.
Contato: welton-nogueira@hotmail.com
arian10mouraarian@outlook.com

³ Bacharelado em Direito pelo Instituto de Educação Superior Raimundo Sá - IESRSA.
Contato: martinsflaviomf123@gmail.com

⁴ Bacharelado em Direito pelo Instituto de Educação Superior Raimundo Sá - IESRSA.
Contato: jadsonsilva004@gmail.com

⁵ Bacharelado em Direito pelo Instituto de Educação Superior Raimundo Sá - IESRSA.
Contato: patrick_ph10@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade e convencionalidade são mecanismos de comparação das normas. No primeiro caso, as normas infraconstitucionais são comparadas com a Constituição de 1988, já no segundo caso, as normas internas (brasileiras) são comparadas com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que foram aceitos pelo Estado brasileiro.

No que tange ao controle de constitucionalidade, Moraes (2014) entende que é uma forma de adequar leis ou atos normativos com a constituição, observando o procedimento de produção e a matéria que regulamenta. Destarte, esse controle só pode ser feito através das normas positivadas na Carta Magna, as quais se encontram no vértice da pirâmide de escalonamento das normas, isto é, no último grau de comparação.

O controle de convencionalidade, Mazzuoli (2011), é uma forma de analisar verticalmente a compatibilidade das normas do direito interno com as convenções internacionais de direitos humanos em vigência no Brasil, outrossim, “técnica *judicial* de compatibilização vertical das leis com tais preceitos internacionais de direitos humanos” (MAZZUOLI, 2011, p. 23).

Esses controles só acontecem devido a existência de uma norma fundamental – controle de constitucionalidade – e de princípios jurídicos universais – direitos humanos regidos pelos tratados e convenções internacionais.

Hans Kelsen (1934) na sua obra “Teoria Pura do Direito”, teoriza a norma fundamental como sendo a norma que, ao ser considerada válida, valida as demais normas de um sistema jurídico, a mesma possibilita o ordenamento das normas já existentes e as que posteriormente irão ser abarcadas pelo direito. Dessa forma, ele entende que a constituição é colocada pela norma fundamental, a partir do escalonamento jurídico positivo, no ponto mais alto da camada, regulando os órgãos e os procedimentos de produção das leis.

Nesse mesmo sentido, Norberto Bobbio (1993), mesmo divergindo do autor supracitado em relação ao entendimento que a constituição é a norma fundamental, entende que a norma fundamental é “[...] uma norma que impõe obediência ao que o poder constituinte estabeleceu: e essa é a norma fundamental, que, embora não expressa, é o pressuposto da nossa obediência às leis que derivam da Constituição e à própria Constituição” (BOBBIO, 2010, p. 221). Ademais, “[...] é o critério supremo que permite estabelecer a pertinência de uma norma a um ordenamento; em outras palavras, *é o fundamento de validade de todas as normas do sistema*”. (BOBBIO, 2010, p. 222).

No que diz respeito aos tratados internacionais eles são, como define a Convenção de Viena de 1986 promulgada pelo Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009, “um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”. Visto isso, percebe-se que é um contrato jurídico que dispõe de mecanismos de adesão e de controle, os quais regram os atos praticados pelas partes.

Com vistas a dar caráter de igualdade entre os tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição Federal, foi aprovada a Emenda Constitucional 45/2004. Doravante, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos poderão, seguindo os trâmites constitucionais, ser considerados tal qual a constituição. Data vênua, não se considera essa a melhor forma de incorporar os tratados no ordenamento jurídico brasileiro, visto que, mesmo se não forem considerados norma constitucional, os tratados internacionais de direitos humanos ou os tratados internacionais comuns balizam a criação de normas do direito interno (MAZZUOLI, 2011).

Por conseguinte, infere-se que tanto o controle de constitucionalidade como o controle de convencionalidade contribuem para a equiparação das normas jurídicas brasileiras com a constituição e os tratados internacionais vigentes. Os procedimentos são diferentes, as normas tidas como parâmetros também, porém o que se tem em vista é a sistematização das normas dentro de um escalonamento em que a Lei Maior juntamente com os tratados internacionais em vigor no Brasil são o norte e o limite do que se pode e deve ser regulamentado.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 A supremacia da norma fundamental

O escalonamento das normas dentro do sistema jurídico é gerido através da norma fundamental que ordena toda a estrutura do direito. Ela harmoniza as normas entre si e direciona a produção de novas leis com vistas a garantir os princípios basilares da norma máxima.

Kelsen (1934) afirma que,

Uma pluralidade de normas forma uma unidade, um sistema, um ordenamento, quando sua validade pode ser atribuída a uma única norma, como fundamento último dessa validade. Essa norma fundamental, como fonte comum, constitui unidade na pluralidade de todas as normas que integram um ordenamento. E que uma norma pertença a determinado ordenamento só acontece porque sua validade – que

constitui esse ordenamento – pode ser referida à norma fundamental”. (KELSEN, 2013, p. 121-122)

Dessarte, para que todas as normas, no direito positivado, tenha força normativa é salutar o estabelecimento de uma norma hipotética fundamental, “situada no **plano lógico**, e não no jurídico, caracterizando-se como fundamento de validade de todo o sistema, determinando -se a obediência a tudo o que for posto pelo Poder Constituinte Originário” (LENZA, 2012, p.75). No Brasil é a Constituição Federal de 1988 que elenca os princípios fundamentais norteadores do direito brasileiro e os mecanismos de controle de criação de novas normas jurídicas.

Em relação aos tratados internacionais de direitos humanos, essa mesma constituição possibilita – a partir da Emenda Constitucional 45/2004 – a equiparação desses tratados, seguido os trâmites constitucionais, à Magna Carta. Isso se aplica devido às matérias que os direitos humanos regulamentam, os mesmos estão em consonância com os princípios defendidos pela Constituição/88, que busca a dignidade da pessoa humana.

A partir da Constituição, percebe-se que os tratados internacionais são classificados como “*materialmente* constitucionais (art. 5º, § 2º) ou *material e formalmente* constitucionais (art. 5º, § 3º)” (MAZZUOLI, 2011, p. 73). Isso se aplica porque aquele parágrafo trata do conteúdo – direitos humanos – inerente à constituição o qual é essencial à sociedade, já este parágrafo normatiza a matéria seguindo o procedimento – aprovação através de 3/5 (três quintos) dos votos, duas vezes em cada Casa do Congresso Nacional – o qual é idêntico ao de aprovação de emenda constitucional.

É importante observar que a Constituição Federal do Brasil não deixa dúvida quanto a sua supremacia em relação às demais normas jurídicas, no entanto, isso não acontece em relação aos tratados internacionais, quer sejam de direitos humanos ou não, que não passaram pelo procedimento de constitucionalização. Isso causa uma insegurança jurídica, haja vista que os acordos assinados pelo país têm força jurídica no âmbito internacional.

Um exemplo que se pode ter tanto do controle de constitucionalidade quando do controle de convencionalidade é o que se verificou com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153 impetrada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), com o intuito de invalidar a Lei nº 6.683 de 1979 – Lei da Anistia Política – em face da Constituição Federal, do Decreto nº 40/91 – Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Porém, o Supremo Tribunal Federal (Arguição de Descumprimento de Preceito

Fundamental 153, 2010, p. 2) indeferiu a arguição, pois considerou “o argumento deslocado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, não prospera”. Visto que “a chamada *Lei de anistia* diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia”.

Após esse entendimento jurisprudencial do STF, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na qual o Brasil é signatário, no Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil proferiu a seguinte sentença:

Conforme salientou a Comissão, a demanda se refere à alegada “responsabilidade [do Estado] pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil [...] e camponeses da região, [...] resultado de operações do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975 com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar do Brasil (1964–1985)”. A Comissão também submeteu o caso à Corte porque, “em virtude da Lei No. 6.683/79 [...], o Estado não realizou uma investigação penal com a finalidade de julgar e punir as pessoas responsáveis pelo desaparecimento forçado de 70 vítimas e a execução extrajudicial de Maria Lúcia Petit da Silva [...]; porque os recursos judiciais de natureza civil, com vistas a obter informações sobre os fatos, não foram efetivos para assegurar aos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada o acesso a informação sobre a Guerrilha do Araguaia; porque as medidas legislativas e administrativas adotadas pelo Estado restringiram indevidamente o direito de acesso à informação pelos familiares; e porque o desaparecimento das vítimas, a execução de Maria Lúcia Petit da Silva, a impunidade dos responsáveis e a falta de acesso à justiça, à verdade e à informação afetaram negativamente a integridade pessoal dos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada”. A Comissão solicitou ao Tribunal que declare que o Estado é responsável pela violação dos direitos estabelecidos nos artigos 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 7 (direito à liberdade pessoal), 8 (garantias judiciais), 13 (liberdade de pensamento e expressão) e 25 (proteção judicial), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conexão com as obrigações previstas nos artigos 1.1 (obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos) e 2 (dever de adotar disposições de direito interno) da mesma Convenção. Finalmente, solicitou à Corte que ordene ao Estado a adoção de determinadas medidas de reparação. (Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010)

Destarte, a justiça brasileira, a partir do controle de convencionalidade feito pela Corte Interamericana, mudou de entendimento sobre a validade da Lei de Anistia a qual se tornou inválida, visto que o Estado brasileiro não poderá “impedir a apuração dos referidos crimes cometidos pelos seus agentes (ditadores ou por quem agiu em nome da ditadura), devendo eliminar todos os obstáculos jurídicos que durante anos impediram as vítimas do acesso à informação, à verdade e à justiça” (MAZZUOLI, 2011, p. 164).

Assim, percebe-se que as leis brasileiras, anteriores ou não à Constituição e aos tratados ratificados pelo Brasil, sofrem o controle de validade a partir do texto constitucional e das regras elencadas nos tratados. Em vista disso, observa-se que a formalidade de criação das leis é importante, mas a matéria que elas regulamentam é a pedra de toque dos controles de validade, a julgar pela grande importância dos princípios constitucionais e universais que regem o sistema jurídico interno e externo, os quais defendem a vida, a dignidade da pessoa humana, a liberdade civil e política, também, recriminam o preconceito, a tortura e os maus tratos.

Dessa forma, compreende-se, desde que seja levado em conta o princípio da dignidade da pessoa humana, o grande valor que tem a norma fundamental, visto que ela organiza, estrutura, harmoniza e valida as demais normas do ordenamento jurídico. Acredita-se que essa norma fundamental é produto da interação entre a Constituição Federal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

2.2 Mecanismos de controle (repressivo) de validade das normas jurídicas

Para que haja o controle de validade das normas do direito brasileiro é necessário seguir os procedimentos que a Constituição determina. Com o intuito de possibilitar esses procedimentos, as normas constitucionais versam sobre o direito de impetrar, de julgar e as matérias passivas de controle. Ressalte-se que, é o Poder Judiciário quem faz o controle constitucional repressivo das normas infraconstitucionais, isto é, o controle de normas jurídicas que já foram sancionadas pelo Presidente da República.

Nesse sentido, pode-se perceber dois modelos de controles adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro, que são o modelo **difuso** e o **concentrado**. No difuso, todos os órgãos do Poder Judiciário podem analisar a constitucionalidade da norma, já no controle concentrado o número de órgãos do judiciário é limitado, geralmente, o STF.

Um exemplo de controle concentrado, é o artigo 102, I, *a* e o §1º da Constituição Federal que atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência de processar e julgar ADI

(Ação Direta de Inconstitucionalidade), ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade) e ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental).

Outrossim, em relação aos mecanismos de controle de constitucionalidade, a formalidade a ser seguida depende da forma de impugnação de uma lei perante os órgãos da justiça. Ela pode ser pela **via incidental** ou pela **via principal**. Na via incidental, a validade da norma é observada no caso concreto, sem extrapolar o pedido principal (*incidenter tantum*), ou seja, a lei não se tornará inválida de forma geral e obrigatória. No que diz respeito à via principal, busca analisar, de fato, a constitucionalidade do ato normativo. Nela o impetrante da ação quer que a lei seja comparada com a Constituição com vista a analisar sua harmonia com a Magna Carta. Para isso, não há a presença de caso concreto e o acórdão proferido tem caráter geral e obrigatório (LENZA, 2012).

O controle concentrado de constitucionalidade pode ser feito através de cinco ações diretas impetradas no STF, as quais são elencadas pela Constituição. Elas ratificam a supremacia da Carta da República em relação às demais leis. São elas: **ADI** (genérica) – Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 102, I, *a*); **ADO** – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, § 2º); **ADC** – Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 102, I, *a*); **ADPF** – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, § 1º); **ADI (interventiva)** – Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (art. 36, III).

No caso da ADI (genérica), tem-se como intuito “o controle de constitucionalidade de ato normativo em **tese, abstrato**, marcado pela **generalidade, impessoalidade e abstração**” (LENZA, 2012, p.286). O STF – por ser o guardião da Constituição – é o titular do julgamento sobre a constitucionalidade da lei ou ato normativo, que pode ser de âmbito federal, estadual ou distrital, em vigor editado após a Constituição de 1988. Ele deve dar um parecer de forma colegiada e é preciso a maioria absoluta dos votos – **cláusula de reserva** – para que se tenha a invalidação da lei.

Nessa ação, a Constituição Federal no artigo 103 legitima a propor ADI os seguintes agentes: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

O procedimento adotado segue os §§ 1º e 3º do artigo 103 da CF/88, como também o Regimento Interno do STF (arts. 169 e 178) e a Lei n. 9.868. A Constituição determina que o Procurador-Geral da República deve ser previamente ouvido e citado, de antemão, após a decisão. Dessarte, “a ação será proposta por um dos legitimados do art. 103 da CF/88, que deverá indicar na petição inicial o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações, bem como o pedido, com suas especificações” (LENZA, 2012, p.327).

É pertinente mencionar a ação de controle de constitucionalidade que está em visibilidade atualmente, que é sobre a possibilidade da condenação penal após julgamento em segunda instância. Nesse caso, não se trata de ADI, mas sim de ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). Ela ainda não foi julgada e a ação continua está em transito no STF.

Esse impasse sobre a constitucionalidade da prisão antes de percorridas todas as instâncias se faz devido o que diz o artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, que é: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Isso se trata do princípio da presunção de inocência.

Porém, o entendimento que vem sendo adotado pelo STF desde de novembro de 2016, no Recurso Extraordinário com Agravo 964.246 de repercussão geral, é que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Antes disso, foram ajuizadas as ações declaratórias de constitucionalidade 43 (pelo Partido Ecológico Nacional – PEN) e 44 (pelo Conselho Federal da OAB), os quais requereram a declaração da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal que assegura que ninguém pode ser preso antes da sentença transitada em julgado, salve se flagrante delito, ou por ordem escrita e fundamentada, ou em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (LEAL, 2018, *in*: Migalhas).

Até aqui essas ações não tiveram transito em julgado, somando-se a elas uma outra ADC, de número 54, ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB). Infere-se com isso que é necessário uma decisão vinculante que dê segurança jurídica aos atos praticados com base nesse novo entendimento, seja confirmando ou não a essa jurisprudência. E que as controvérsias a respeito da norma constitucional (art. 5º, LVII) sejam sanadas.

Os mecanismos de controle de validade das normas jurídicas aqui apresentados são uma pequena parte do que dispõe o sistema jurídico brasileiro. Percebe-se que esse controle é feito de forma ordenada e regulamentada pela Carta Magna e outras leis infraconstitucionais. Esses procedimentos são essenciais visto que se trata da “fiscalização” de uma lei ou ato normativo produzidos pelo Poder Legislativo e/ou Executivo que tem validade até que se julgue o contrário.

2.3 Metodologia

A pesquisa foi desenvolvida através da consulta bibliográfica com enfoque nos autores Pedro Lenza, Valério de Oliveira Mazzuoli, Alexandre de Moraes e Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino. Também, utilizou-se do Portal do STF, Portal da Câmara Legislativa, artigos e julgados. Esse último, com vistas a demonstrar na prática, a través de acórdãos, o entendimento e procedimento adotado pelo Poder Judiciário brasileiro.

2.4 Resultados com a pesquisa

Notou-se que a o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos contribui para a humanização e harmonização do ordenamento jurídico brasileiro, visto que se busca com ele validar as normas infraconstitucionais diante da Constituição e dos tratados de direitos humanos.

Também, percebeu-se que os mecanismos de controle são meios de observar se as matérias e os procedimentos de produção de leis e atos normativos foram embasados na Carta Magna, com vistas a garantir a segurança jurídica do direito brasileiro.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presença de uma norma fundamental em um sistema jurídico positivado como o do Brasil é de muita importância. Sua imperiosidade e valor regimenta todas as normas que estão abaixo dela, contribuindo para a harmonização das leis dentro do arcabouço jurídico.

Destacando-se a necessidade que se tem de humanizar as normas de direito, defende-se que não só a Constituição Federal seja a pedra de toque de validação das demais leis, mas também os tratados internacionais que primam pelos direitos humanos. Dessa maneira, acredita-se que os valores sociais da pessoa humana serão defendidos e respeitados, visto que as normas, atuais e futuras, deveram seguir esse princípio.

REFERÊNCIAS

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. 20 de abril de 2018.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em:

<<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/sentenca-araguaia-24.11.10-1>>. 20 de abril de 2018.

LEAL, Saul Tourinho. **Prisão em segunda instância: a hora do STF**. Publicado em 2 de abril de 2018. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/ConversaConstitucional/113,MI277547,91041-Prisao+em+segunda+instancia+A+hora+do+STF>>. 22 de abril de 2018.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**.

2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Disponível em:

<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/11193/material/Control_e_Convencionalidade_V_Mazzuoli.pdf>. 19 de abril de 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 15 ed. rev., e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

Recurso Extraordinário com Agravo 964.246. Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>>. 23 de abril de 2018.

Vade mecum – método – legislação 2017. 6. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.