

TEORIA GERAL DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Sumário: 1. Introdução. 2. Definição.

1. Introdução.

O estudo do controle de constitucionalidade será dividido em 3 tópicos:

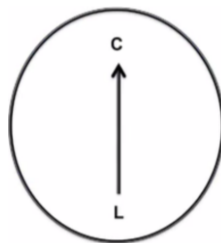
- Teoria geral do controle de constitucionalidade;
- Controle concreto-incidental;
- Controle abstrato-principal.

A abordagem alusiva à **teoria geral do controle de constitucionalidade** será dividida em 6 tópicos:

- Definição;
- Elementos;
- Pressupostos;
- Classificação ou tipologia da inconstitucionalidade;
- Sistemas de controle de constitucionalidade;
- Métodos de controle de constitucionalidade.

2. Definição.

Em sentido estrito, o controle de constitucionalidade pode ser definido como a **verificação da relação imediata de compatibilidade vertical entre norma legal e norma constitucional**. Portanto, a definição pode ser sistematizada através do seguinte gráfico:



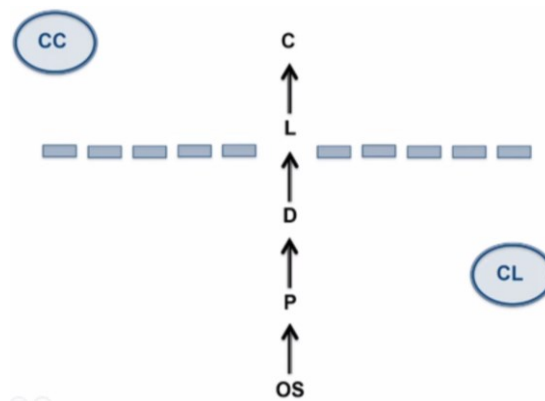
É importante destacar que a relação mantida entre as duas normas é imediata e vertical. **Imediata** pois não há nenhuma norma entre a norma legal e a norma constitucional. Além disso, trata-se de uma relação **vertical**, para que seja possível identificar qual norma figura como objeto e aquela que figura como parâmetro de controle. A norma legal se coloca abaixo, na posição objeto; e a norma constitucional se coloca acima, na posição de parâmetro.

Em sentido amplo, o controle de constitucionalidade seria um **sistema de imunização do texto da Constituição**. A Constituição é sujeita a contaminações, e em razão disso predispõe um sistema que busca imunizar o seu texto, esse sistema é o controle de constitucionalidade.

Deve ser feita ainda uma distinção entre controle de constitucionalidade, controle de legalidade e controle de convencionalidade.

A doutrina estrangeira tradicional, especialmente Mauro Cappelletti, sempre propôs uma distinção entre controle de constitucionalidade (CC) e controle de legalidade (CL).

A Constituição é regulada pela lei, que é regulamentada por decreto, em seguida portarias e ordens de serviço. Portanto, parte-se daquilo que é mais genérico e abstrato (Constituição), passa-se por situações intermediárias (leis, decretos, portarias) e chega-se ao que é mais específico concreto (ordem de serviço).



Só é possível falar em **controle de constitucionalidade** até o **primeiro nível abaixo da Constituição**, ou seja, a lei. Em regra, a norma que ocupa a posição de norma legal será uma daquelas previstas, de modo exemplificativo, no art. 59, da CRFB/88, que se reporta a sete espécies normativas: emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. Em relação às **demais normas**, abaixo da lei, se houver alguma forma de controle não será o controle de constitucionalidade, mas o **controle de legalidade**.

O controle de constitucionalidade, portanto, envolve apenas a primeira norma abaixo da Constituição, que busca fundamentação de validade imediata/direta no texto constitucional. Quanto às demais normas inferiores, se houver relação que envolva a Constituição, será uma relação mediata/indireta, pois haverá no mínimo uma norma intermediando a relação entre aquela submetida ao controle e a Constituição, e quanto mais inferior for o nível da norma, maior será o número de normas interpostas entre ela e a Constituição.

O **controle de constitucionalidade** pressupõe que a Constituição esteja envolvida em uma relação com outra norma de **modo imediato, direto**. Quando as relações deixam de imediatas/diretas e passam a

ser **mediatas/indiretas** não se pode mais falar em controle de constitucionalidade, mas em **controle de legalidade**.

Controle de constitucionalidade é matéria que pertence ao Direito Constitucional, ao passo que controle de legalidade é matéria que pertence ao Direito Administrativo, ora abordado como *controle da Administração Pública*, ora como *controle dos atos administrativos*, a depender se a matéria é analisada do ponto de vista subjetivo (Administração Pública) ou do ponto de vista objetivo (atos administrativos).

O controle de constitucionalidade tem ações próprias, como ADI (ação direta de inconstitucionalidade), ADC (ação declaratória de constitucionalidade), ADO (ação direta de inconstitucionalidade por omissão), ADIi (ação direta de inconstitucionalidade interventiva) e ADPF (arguição de descumprimento de preceito fundamental).

De outro lado, o controle de legalidade não tem ações próprias, valendo-se, por simbiose, de remédios constitucionais, notadamente o mandado de segurança e a ação popular. Não são ações criadas com esse propósito, mas também são utilizadas para efeito de controle de legalidade.

A doutrina brasileira contemporânea – especialmente Valério Mazzuoli – estabelece uma distinção entre controle de constitucionalidade e **controle de convencionalidade**, categoria que nasce a partir da posição tomada pelo STF no RE 466.343, e consolidada na Súmula Vinculante 25. Trata-se da hipótese do controle feito a partir de **tratados e convenções de direitos humanos** que o Brasil tenha ratificado **antes de 2004**, em relação aos quais o STF reconheceu o **status normativo supralegal**.

O *status* normativo de um tratado ou convenção de direitos humanos pode ser:

- *Status* legal;
- *Status* supralegal;
- *Status* constitucional;
- *Status* supraconstitucional.

No direito comparado, prepondera o *status* constitucional atribuído aos tratados e convenções de direitos humanos (Portugal, Itália, Espanha e Alemanha), mas também é possível encontrar Estados que atribuem o *status* supraconstitucional (Costa Rica). Holanda e na França, por sua vez, atribuem o *status* supralegal. No Brasil, entendeu-se que um tipo de tratado e convenção de direitos humanos poderia ter *status* supralegal.

Segundo Mazzuoli, no Brasil afirmou-se um *status* intermediário entre o constitucional e o legal (ou seja, o *status* supralegal), o que obriga a criação de um controle intermediário entre os dois até então existentes, qual seja: o controle de convencionalidade, cujo parâmetro venha a ser tratado ou convenção de direitos humanos que o Brasil possa reconhecer *status* supralegal.

Assim, o controle de constitucionalidade tem como parâmetro a Constituição; o controle de convencionalidade (intermediário) tem como parâmetro tratado ou convenção de direitos humanos com *status* supralegal; por fim, o controle de legalidade tem como parâmetro a legislação.

O STF estabeleceu um marco temporal para definir quais tratados teriam o *status* supralegal, representado pelo advento da **EC 45/04**, traçando diferenças de **procedimento de ratificação (rito)** e **status normativo** atribuído aos tratados ratificados antes e depois da EC 45/04.

Os tratados internalizados **antes da EC 45**, como o Pacto de São José da Costa Rica, submetem-se ao rito do art. 49, I c/c 84, VIII, da CRFB/88: compete ao Chefe do Poder Executivo a celebração do tratado, e ao Congresso Nacional a ratificação. Com isso, a CRFB/88 estabelece um rito composto por três regras:

- Aprovação em sessão conjunta, unicameral, congressional;
- 1 turno de votação;
- Aprovação por maioria de votos simples.

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

Neste caso, no RE 466.343, o STF reconheceu o *status* supralegal, intermediário entre legislação e Constituição.

No entanto, se a ratificação ocorrer após 2004 estará o tratado sujeito a norma do art. 5.º, §3.º, da CRFB/88, incluída pela EC 45/04. Não há alteração da atribuição para celebrar ou ratificar o tratado (que continuam sendo, respectivamente, do Presidente da República e do Congresso Nacional), nem alteração do modo/formato pelo qual ocorrerá essa ratificação (Decreto legislativo em qualquer caso). Só haverá alteração do **procedimento** no Congresso Nacional e do **status normativo**.

Quanto ao procedimento, a aprovação se dará na seguinte forma:

- Sessões separadas (na Câmara dos Deputados e no Senado Federal);
- 4 votações, sendo 2 turnos em cada Casa legislativa;
- Aprovação por maioria qualificada de 3/5 dos votos (nas quatro votações).

Art. 5.º. §3.º. 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

Seguiu-se o rito próprio de proposta de emenda à Constituição, portanto o ato será equivalente à emenda, reconhecendo-se assim o *status* normativo constitucional.

Esse rito gera o **deslocamento do protagonismo do processo legislativo da Chefia do Poder Executivo para as Casas do Poder Legislativo**. Até então, no processo legislativo, o ator principal era o Presidente da República (se celebraria ou não o tratado); agora, o protagonismo é do Congresso Nacional (se irá ratificar ou não o tratado, nos termos da Constituição).

Além disso, destaque-se que, se no futuro for possível **eventual denúncia** (extinção do tratado ou convenção), essa extinção deverá ser feita com base no **mesmo rito pelo qual ocorreu a ratificação** (desde que a extinção não importe em retrocesso social vedado), assegurando-se a simetria entre as formas. Portanto, torna-se mais difícil eventual denúncia do tratado ou convenção de direitos humanos.

Note-se que a redação do art. 5.º, §3.º (“equivalente à emenda”, mas não é emenda) é similar a redação do art. 62 da CRFB/88 (“força de lei”, mas não é lei). O fato de o tratado não ser emenda, mas equivalente a ela, gera dois efeitos práticos:

- Não é incorporado ao texto da Constituição;
- Não tem numeração própria de emenda.

O ato, portanto, não será incorporado à Constituição e não terá numeração de emenda, com a advertência de que a forma pela qual se aprovou foi a do art. 5.º, §3.º, de maneira que poderia integrar o bloco de constitucionalidade¹.

Nesse caso, não há que se falar em controle de convencionalidade, mas em controle de constitucionalidade, pois se pretende uma ampliação do parâmetro do controle para além da Constituição formal, compreendendo o bloco de constitucionalidade.

Para que haja configuração do **controle de convencionalidade** (isto é, para que esse controle se manifeste) deve-se dar satisfação a três características:

- Forma: **tratado ou convenção internacional**.
- Matéria: **direitos humanos**.
- Tempo: **ratificação antes de 2004**, com base no art. 49, I c/c 84, VIII, reconhecendo-se à norma *status* supralegal. Em relação aos tratados ratificados depois de 2004 não haverá controle de convencionalidade, mas controle de constitucionalidade com parâmetro ampliado, uma vez que o parâmetro passa a ser o bloco de constitucionalidade.

¹ O STF fez menção ao bloco de constitucionalidade nas ADIs 514 e 595.