

**TOLEDO PRUDENTE CENTRO UNIVERSITÁRIO**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE**

Letícia Ferreira Gasques

Presidente Prudente/SP

2014

**TOLEDO PRUDENTE CENTRO UNIVERSITÁRIO**

**FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE**

Letícia Ferreira Gasques

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Sérgio Tibiriçá do Amaral.

Presidente Prudente/SP

2014

## **CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE**

Monografia aprovada como requisito parcial  
para obtenção do Grau de Bacharel em  
Direito.

---

Sérgio Tibiriçá do Amaral  
Orientador

---

Ângelo José Corrêa Frasca  
Examinador

---

Gabriel Lino de Paula Pires  
Examinador

Presidente Prudente/SP, 27 de Novembro de 2014.

“A vontade de Deus nunca irá leva-lo aonde a graça Dele não irá protegê-lo”.

Ajudou-me a enxergar a capacidade e a força que existe dentro de mim.

*Epígrafe*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus pai, pela minha saúde, pelo meu sustento físico e emocional, e principalmente pela minha fé, que me move todos os dias para perto dos meus sonhos. Que Ele esteja sempre ao meu lado, para que todo o mal se afaste de mim, devido à Sua proteção.

Sobretudo a Jesus Cristo, que é meu auxílio, escudo e sustento se fazendo presente nas mais difíceis situações.

Ao meu orientador, professor, coordenador, Sérgio Tibiriçá, que se fez presente durante todo o curso, nas mais diversas situações, sempre disposto a me ajudar. É uma pessoa digna de admiração, por todo seu excelente trabalho e, sobretudo pelo ser humano que é capaz de nos ensinar valores que levaremos pro resto da vida.

Aos meus pais, pessoas mais importantes em minha vida, que despertam em mim a vontade de vencer todas as batalhas, a fim de orgulhá-los sempre, por toda confiança e paciência depositada em mim, por acreditar nas minhas escolhas e serem meu exemplo.

Ao meu irmão Guilherme, meu eterno companheiro e amigo, com quem divido minha vida, e acima de tudo pela pessoa maravilhosa que é, pois o que o torna uma pessoa grande é o seu coração.

A minha família e amigos, por torcerem pelas minhas vitórias, além de terem paciência e compreensão.

Aos meus bancas: Ângelo José Correa Frasca sempre disposto a me ajudar, me aconselhar como profissional, e principalmente pelo homem que é e a Gabriel de Paula Lino, professor e ser humano exemplar, íntegro e profissional.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objeto primordial o estudo do controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade. Ambos tiveram como marco inicial diversos fatores históricos, onde na Idade Média surgiram leis para limitar o poder dos governantes, que o exerciam com violações e arbitrariedades aos direitos humanos. A partir de então as primeiras constituições apareceram, e logo em seguida sua supremacia foi confirmada se fazendo necessária a verificação das normas infraconstitucionais perante as Constituições, cujos principais requisitos são a rigidez e forma escrita, e nada mais é do que o Controle de Constitucionalidade, responsável pela fiscalização. Ocorre que o referido controle pode ser feito da maneira preventiva, cuja finalidade é evitar que uma norma inconstitucional adentre no ordenamento jurídico através das Comissões de Constituição e Justiça, Veto Jurídico e do Direito Função, e pode ser repressivo, cuja finalidade é retirar do ordenamento jurídico uma norma inconstitucional, que por sua vez pode ser concentrada, que é adotada pelos países europeus e pela Áustria, onde o poder é concentrado em apenas um juiz, feito pelas vias principais através da Adin, Adecon e ADPF, ou de maneira difusa, onde o poder cabe a qualquer juiz ou tribunal, feito pela via incidental. Um breve histórico das Constituições brasileiras foi feito, e ficou constatado que o Brasil adota um controle misto, de modelo concentrado e difuso ao mesmo tempo. Já o controle de convencionalidade é peculiar, pois traz uma nova mudança ao ordenamento jurídico, onde os tratados de direitos humanos devem ser compatíveis com as leis federais após ser signatário do Pacto de San José da Costa Rica. Em decorrência disso, se torna imprescindível a verificação da compatibilidade de uma lei federal perante um tratado internacional. A grande novidade é trazida pela Emenda Constitucional nº45, através do §3º, do artigo 5º da Constituição Federal, que dá aos tratados internacionais de direitos humanos natureza de emenda constitucional, onde possui o status de ser supralegal, ou seja, os tratados internacionais de direitos humanos estão acima das leis federais, mas abaixo da Constituição Federal. O referido controle é feito com o fim de solucionar conflitos internacionais, através dos chamados tribunais internacionais de caráter e jurisdição permanente. Atualmente o mais conhecido e importante tribunal é a Corte Internacional de Justiça além de alguns tribunais regionais especializados, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com se em San José, na Costa Rica.

**Palavras-chave:** Constituição. Controle. Constitucionalidade. Convencionalidade. Supremacia.

## ABSTRACT

The present work has as its primary object the study of judicial review and control of conventionality. Both had as starting point several historical factors, which arose in the Middle Ages laws to limit the power of rulers, that the exercised with violations of human rights and arbitrary. From then on the first constitutions appeared, and soon after his supremacy was confirmed to verification of infra-constitutional norms required before doing the Constitutions, whose main requirements are the stiffness and written form, and is nothing more than the Judicial Review, responsible for surveillance. Occurs that such control can be done in a preventative manner, whose purpose is to prevent an unconstitutional standard penetrating the legal system by the Committees on Constitution and Justice, Legal and Law Veto function, can be repressive and whose purpose is to remove spatial an unconstitutional legal norm, which in turn can be concentrated, which is adopted by European countries and Austria, where power is concentrated in just a judge, made the main routes through Adin, ADECON and ADPF, or diffusely, where the power lies to any court or judge, made by incidental means. A brief history of Brazilian Constitutions was done and it was found that Brazil adopts a mixed control, concentrate and diffuse at the same time model. Already conventionality control is peculiar because it brings a new change to the law, where human rights treaties should be consistent with federal law after being signed from Costa Rica San José Pact. As a result, it is essential to check the compatibility of federal law before an international treaty. The big news is brought by Constitutional Amendment No. 45, through Paragraph 3 of Article 5 of the Federal Constitution, which gives international human rights treaties nature of constitutional amendment, which has the status of being supralegal, ie international human rights treaties are above federal laws, but under the Federal Constitution. Such control is done in order to resolve international conflicts through so-called international courts of jurisdiction and permanent character. Currently the best known and most important court is the International Court of Justice as well as some specialized regional courts, such as the Inter-American Court of Human Rights, in San José, Costa Rica.

**Keywords:** Constitution. Control. Constitutionality. Conventionality. Supremacy. This paper has the primary object

# SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	9
1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....	11
2. CONSTITUIÇÃO.....	13
2.1 A Rigidez da Constituição e sua Supremacia .....	15
2.1.1 Tipos de constituição.....	17
3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE .....	19
3.1 História e Evolução do Controle.....	20
3.2 Cortes a partir da Áustria e Inglaterra .....	21
4. BRASIL: UM BREVE HISTÓRICO .....	24
4.1 Constituição de 1824 .....	25
4.2 Constituição de 1891 .....	26
4.3 Constituição de 1934 .....	26
4.4 Constituição de 1937 .....	27
4.5 Constituição de 1946 .....	27
4.6 Constituição de 1967/1969 .....	28
4.7 Constituição de 1988 .....	28
5. CONTROLE PREVENTIVO.....	30
5.1 Comissões de Constituição e Justiça.....	30
5.2 Veto Jurídico.....	31
6. CONTROLE REPRESSIVO.....	33
6.1 Controle Difuso.....	34
6.2 Os Tipos De Controle Concentrado .....	35
6.2.1 A pioneira Adin ou Adi .....	36
6.2.2 Adecon .....	39
6.2.3 Adpf: os dois tipos .....	40
7. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE .....	41
7.1 Meios Judiciais para Solução de Conflitos.....	45
7.2 Tipos de Controle .....	47
CONCLUSÕES .....	49
BIBLIOGRAFIA .....	50

## INTRODUÇÃO

No primeiro, abordou-se o fenômeno do constitucionalismo jurídico, que surgiu durante o século XVIII, obtendo como principal intuito a imposição de limites aos governantes, que cometiam arbitrariedades e violações, a fim de garantir os direitos dos cidadãos. Essa garantia foi consolidada com o advento das primeiras Constituições escritas e rígidas.

No segundo, usando o método dedutivo, buscou-se explicar o advento das primeiras Constituições, cuja origem foi a Revolução Francesa, e o famoso caso concreto *Marbury vs. Madison* que consagrou definitivamente a supremacia da Constituição. Foi objeto de estudo também a rigidez da Constituição, abordando as normas de caráter imperativo e permissivo, impondo um comportamento a ser seguido, ou seja, uma obrigação a ser cumprida, além de sua supremacia, onde a Constituição é tida como Lei Maior, onde as normas constitucionais ficam no topo de uma pirâmide, e as infraconstitucionais logo abaixo daquelas. Portanto, se houver um conflito entre a Constituição e uma lei ordinária, opta-se por aquela, pelo fato de ser rígida, e suprema. Por fim, foram abordadas as três diferentes classificações de Constituição.

Em seguida, explanou-se sobre o controle de constitucionalidade, cujo requisito é ter uma Constituição rígida e escrita, pois para que uma regra seja válida, deve estar de acordo com o que preconiza a Constituição. Foi abordada a finalidade de se fazer o controle, que é de verificação das normas infraconstitucionais, perante a Constituição, através da separação dos poderes, que são responsáveis pela fiscalização. Buscou-se demonstrar também o surgimento desse controle, que teve origem na civilização romana, idade média e Inglaterra. O controle concentrado surgiu na Áustria, adotados pelos países europeus, onde apenas o Tribunal Constitucional era legitimado para fazer o controle, abrangendo as vias principais e incidentais.

Após o histórico do controle de constitucionalidade, foram abordadas as Constituições brasileiras, desde o Império até os dias de hoje, onde se implantou

um controle misto de constitucionalidade, portanto cabe o controle norte-americano, chamado de Difuso, feito através da via incidental, além do controle austríaco, chamado de Concentrado, feito através da via de ação direta.

Posteriormente, foi abordado o controle preventivo, onde é feita a prevenção da entrada de uma norma inconstitucional no ordenamento jurídico por três diferentes maneiras. Pode ser feita pelo Poder Legislativo, através da Comissão de Constituição e Justiça, no Senado e na Câmara, pode ser feita também pelo Poder Executivo, através do Veto, e através dos Deputados e Senadores.

Subsequentemente, foi objeto de estudo o controle repressivo, cuja finalidade é retirar do ordenamento jurídico uma norma tida como inconstitucional. Vimos que via de regra é exercido pelo Poder Judiciário, se dividindo em duas maneiras: controle concentrado e controle difuso. O controle concentrado é aquele feito por apenas um juiz no momento em que alguma norma desrespeitar a Constituição Federal, abordando matéria meramente constitucional. Já no estudo do controle difuso, concluiu-se que é denominado de judicial, pois é realizado por todo e qualquer juiz ou tribunal, em decorrência de caso concreto por via incidental, conhecido também por via de exceção.

Em seguida, foram abordadas as três diferentes possibilidades de se realizar o controle repressivo, dos quais são por meio da Adin, Adecon e ADPF.

Por fim o objeto de estudo foi o controle de convencionalidade, onde ficou constatado que em caso de conflito de uma norma ordinária frente a um tratado internacional, é preciso que se submetam ao controle de convencionalidade, e se o tratado internacional versar sobre direitos humanos, ele detém status de supralegal, de acordo com a edição da Emenda Constitucional nº45, que trouxe o §3º ao artigo 5º da Constituição Federal, onde ele está abaixo da Constituição Federal brasileira, mas acima das normas ordinárias, portanto o mesmo prevalece.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Apesar de o constitucionalismo ser um fenômeno jurídico do século XVIII, há muitos antecedentes que colaboraram para a criação de um documento estatal que fosse superior aos demais. Os forais, as cartas de franquia, os pactos de vassalagem, a Magna Carta, entre outros. Após serem constatadas diversas arbitrariedades e violações os direitos do cidadão na antiguidade, houve o surgimento de normas fundamentais que organizavam os Estados, a fim de estabelecer limites aos governantes.

Os forais ou chamadas cartas de franquia, consolidaram a ideia da utilização do texto escrito, protegendo, portanto os direitos individuais do cidadão. A participação dos súditos do governo local era novidade, e inseriu um elemento político, embora fosse necessária a outorga do senhor, como explana Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1997, p.4).

O principal documento do constitucionalismo antigo foi a Magna Carta (1215), símbolo da limitação do poder dos governantes e das liberdades públicas, que surgiu na Inglaterra, com o Rei João Sem Terra, através da imposição dos barões e senhores feudais, que estavam insatisfeitos com a autoritariedade do rei e buscaram impor direitos como habeas corpus, devido processo legal, tribunal do júri e ainda a anterioridade tributária, como revela Sérgio Tibiriçá Amaral (AMARAL, 2003, p.126). A partir desse documento, ficou determinado que os reis só poderiam alterar as leis e aumentar os impostos com a aprovação dos membros do clero, barões e condes, o chamado Grande Conselho, segundo Zulmar Fachin (FACHIN, 2012, p.36). A partir de então, o surgimento de normas para a limitação do poder dos governantes foram ganhando espaço e a devida importância.

Tais normas existem desde os primórdios, no âmbito filosófico, a partir dos gregos e romanos, com a finalidade de organizar e limitar a estrutura do poder do Estado. Na Grécia, eram consideradas constitucionais as formas de governo onde "o poder não estivesse *legibus solutus*, mas fosse limitado pela lei" (MATTEUCI, p. 253). De acordo com Marcelo Novelino (2012, p.21), os gregos

adotaram a democracia constitucional, conhecida como a mais avançada forma de governo, onde a racionalização do poder se consolidou com a Constituição de Sólon, da Cidade-Estado de Atenas. Em Roma, o sentido da palavra Constituição era interpretado de maneira diferente do que é atualmente, pois davam às normas feitas pelos imperadores, um valor de lei. Não menos importante que na Grécia, a democracia romana trouxe conceitos importantes, tais como o "*principado*" e "*res publica*". (NOVELINO, 2012 p.21).

Essas normas podem ser chamadas de Constituição, que, com o passar dos séculos se tornaram reais e efetivas a partir do momento em que foram escritas em folhas de papel, regulamentando definitivamente os Estados através de sua solenidade, que vincula o poder público além da relação entre particulares.

A partir de então, surgiu um movimento chamado de Constitucionalismo, com a finalidade de assegurar a Separação dos Poderes, a garantia dos direitos fundamentais, abordagem dos princípios e um governo limitado. O Constitucionalismo antigo é caracterizado por uma Constituição não escrita, que visava à limitação de órgãos do poder estatal, além de sua organização. O Constitucionalismo moderno advém da Constituição escrita, trazendo a ideia de vinculação dos poderes, além de sua limitação, se tornando um documento rígido, portanto supremo e fundamental.

O Constitucionalismo moderno tem como origem as duas primeiras Constituições escritas e rígidas: a dos Estados Unidos da América do Norte de 1787, e da França de 1791, que trazem uma declaração de direitos e ainda a separação de poderes.

## 2. CONSTITUIÇÃO

O Constitucionalismo moderno advém do chamado Constitucionalismo Clássico, que ocorreu no século XVIII, através de dois importantes fatores: a revolução Francesa e Americana. Foi a partir dessas revoluções liberais que surgiram então as primeiras Constituições escritas e rígidas.

A primeira Constituição escrita da história foi a norte-americana, por meio da chamada "Declaração de Direitos do bom povo de Virgínia", em 1776. Em 1787, surgiu a Constituição Americana que vigora até hoje, trazendo como principais premissas, a ideia da supremacia da Constituição, que segundo García de Enterría (2001), "se expressa en una 'vinculación mas fuerte', la Constitución vincula al juez más fuertemente que las Leyes, las cuales solo pueden ser aplicadas si son conformes à la Constitución ", além da consagração da Constituição americana ao incluir a chamada *supremacy clause*, em seu artigo VI, cláusula 2ª:

"Esta Constituição, as leis dos Estados Unidos em sua execução e os tratados celebrados ou que houverem de ser celebrados em nome dos Estados Unidos constituirão o direito supremo do país. Os juízes de todos Os Estados dever-lhes-ão obediência, ainda que a Constituição ou as leis de algum Estado disponham em contrário".

Além desta, a premissa da ideia da garantia jurisdicional, onde o principal órgão competente para a aplicação da supremacia da constituição é o judiciário, pois é o mais neutro dos poderes.

Foi a partir do célebre caso *Marbury v. Madison* que foi consagrada a supremacia da Constituição dos EUA.

O então presidente norte-americano John Adams, federalista que tentava sua reeleição, e tinha nomeado a título de Juiz de Paz, através de seu testamento político, Willian Marbury, foi derrotado por Thomas Jefferson, que ordenou a seu secretário de estado James Madison, que não entregasse o título à Marbury. Este por sua vez não tomou posse do título e requereu ao Tribunal que

Madison apresentasse as razões pelas quais ele ficou impossibilitado de se empossar.

O juiz John Marshall declarou, em sua decisão, que Willian Marbury detinha direito à posse do cargo de Juiz de Paz. Essa decisão ocorreu baseada na doutrina da "*Judicial Review*", uma jurisprudência retirada do clássico "*The Federalist*", consagrando a supremacia da constituição em relação às demais normas do ordenamento jurídico, pois quando há um conflito entre normas ordinárias e a Constituição, esta deve prevalecer pelo fato de ser considerada uma lei suprema, e conseqüentemente, prepondera sobre as demais normas, além de ter consagrado a competência do poder Judiciário para fazer a interpretação devida das leis, além de definir se são ou não inconstitucionais ("*The rule must be discharged*") em relação à aplicação das leis contrárias à Constituição. (CUNHA, JÚNIOR, 2010, p.66). A supremacia da constituição fica patente e todo o juiz está apto a declarar uma norma que viole a Lei Maior como inválida. Esse é um o principal extrato da decisão pioneira da Suprema Corte dos EUA.

A segunda Constituição escrita foi a Francesa, em 1791. Foi outorgada em decorrência da Revolução Francesa, declarando a criação de uma monarquia parlamentarista, que visava à separação dos poderes, como dizia Montesquieu, que além de por fim aos impostos feudais, à escravidão, garantiu os direitos do cidadão.

Portanto, o advento dessas, foi um grande passo na história das Constituições, dando origem principalmente à rigidez e a supremacia das mesmas, fatores estes que influenciaram drasticamente no Controle de Constitucionalidade em âmbito mundial.

## 2.1 A Rigidez da Constituição e sua Supremacia

As Constituições rígidas são providas de normas jurídicas, normas essas que detém um caráter imperativo, ou seja, elas impõem ao comportamento uma obrigatoriedade, independente de seu conteúdo, natureza e estrutura, pois são nelas que encontramos o fundamento de validade do ordenamento jurídico, de acordo com Hans Kelsen, pois são fundamentais. (KELSEN, 2000, p. 397). Cria o autor austríaco nascido em Praga a hierarquia normativa, teoria pelo qual todas as normas precisam encontrar seu fundamento de validade na Lei Maior.

A Constituição brasileira é considerada rígida, embora detenha normas de caráter permissivo, também imperativas. (CUNHA JÚNIOR, 2010, p.31). Como leciona o autor uma constituição rígida, é aquela onde se exige um critério solene e difícil para que haja alteração da lei ordinária. Portanto, só haverá modificação por meio de Emenda Constitucional (ARAUJO E SERRANO JÚNIOR, 2011, p. 35). Não podemos misturar com um processo regular, através de um decreto legislativo, desde que respeitados os dois turnos e o quórum da emenda para sua aprovação. Após a reforma no Poder Judiciário, a EC n.45/2004 diz que os Tratados Internacionais e Convenções de Direitos Humanos, são equivalentes às Emendas Constitucionais, quando os decretos legislativos forem aprovados em dois turnos, com quórum de três quintos. Foi incorporado, portanto, um novo processo de constitucionalização. Pelo fato de todas as normas constitucionais deterem o caráter imperativo, e advirem do poder constituinte originário, elas se sobressaem em relação às demais normas do sistema jurídico por serem supremas, ou seja, ocupam uma posição de superioridade em relação às demais, tanto em sua elaboração (formal), quanto à matéria tratada (material).

A clássica teoria do escalonamento da ordem jurídica de Kelsen trouxe uma hierarquização às mesmas, onde em seu ápice esta a Constituição, que de acordo com Dirley da Cunha Júnior (CUNHA JÚNIOR, 2010, p.31), é "considerado o fundamento supremo de validade de todas as normas jurídicas". Portanto, há uma checagem importante e necessária para todas as normas que estão no ordenamento jurídico, como requisito para a sua validade.

É considerada uma Lei Suprema de acordo com José Joaquim Gomes Canotilho (CANOTILHO, 1997, p.826), porque detém um valor hierarquicamente superior em relação às demais, acarretando em uma obrigação a ser seguida por todos. As Leis Fundamentais trazem sua rigidez a partir da ideia de norma reguladora da produção jurídica, caracterizando a superlegalidade formal. Já a superlegalidade material advém da exigência da conformidade substancial dos atos dos poderes públicos e do Estado, que tem princípios e regras superiores à Constituição. Ambos esse preceitos derivam o princípio fundamental da constitucionalidade dos atos normativos que trazem a ideia de que só estarão em conformidade com a Constituição as normas jurídicas que não violarem o sistema formal, ou seja, o modo de produção deve estar de acordo com o que preconiza o legislativo e material, onde os conteúdos dessas normas devem estar em concordância com a lei maior. Portanto, é exigido que todas as normas jurídicas estejam de acordo com os princípios e regras que a Constituição traz, satisfazendo assim sua supremacia, implicando em *revogação* quando as normas anteriores à Constituição não estão de acordo com ela, e *nulidade* quando são as normas posteriores à sua vigência não estão de acordo.

É relevante enfatizar que só se fala em supremacia quando estamos diante de uma Constituição rígida, que só admite alteração mediante um processo especial, complexo e solene. As normas constitucionais ficam no topo, e as normas infraconstitucionais abaixo daquelas, e quando houver um conflito da descendente para com a ascendente, e descendente é considerada completamente nula, pois a prática do ato decorre de um vício, denominado de inconstitucionalidade. No momento em que é constatada essa inconstitucionalidade, é aplicada uma sanção através do controle de constitucionalidade.

Dirley da Cunha Junior (CUNHA JÚNIOR, 2010, p.34) preconiza ainda que:

A supremacia da Constituição, sem dúvida, é tributária da ideia de superioridade do poder constituinte sobre todas as instituições jurídicas e políticas vigentes no Estado, de sorte que uma Constituição haure o fundamento de sua supremacia na própria supremacia do poder que a originou. Isso faz com que o produto do exercício deste poder, a Constituição, esteja situado no topo do ordenamento jurídico, servindo de fundamento de validade a todas as demais normas, e de referência obrigatória à atuação do poder público, que a ela se encontra vinculado.

Portanto, os aplicadores do direito, ou seja, o Poder Judiciário, quando estiverem diante de uma lei ordinária ou outra espécie normativa primária prevista no artigo 59 da Constituição confrontando com a Lei Maior, tem o dever de optar por esta, por ser considerada lei suprema. A validade depende de obedecer formalmente e materialmente o que está previsto na Magna Carta, que serve de fundamento de validade para todas as normas.

### **2.1.1 Tipos de constituição**

A doutrina pode utilizar vários critérios para a classificação usando estabilidade, forma, conteúdo e até mesmo número de documentos, além da origem do Poder Constituinte. O português Gomes Canotilho (CANOTILHO, 1997. p.76) traz uma classificação, adotada pelos brasileiros Luíz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (ARAUJO E SERRANO JÚNIOR, 2011, p. 35), para os estados contemporâneos em relação às constituições, que podem levar em conta várias questões:

Na primeira dimensão de direitos, no século XVIII, surge a constituição do Estado de direito Liberal, onde se preconiza a limitação dos poderes através de seus órgãos sendo ocupados por pessoas e funções diferentes e também uma carta de direitos, com a ideia de liberdade visando a autorregulação econômica e social dos Estados. Portanto existe um rol de direitos de liberdade, assegurando a livre iniciativa, a autonomia da vontade, a propriedade privada, dentro outras coisas.

- Constituição do Estado de direito social, onde além do Estado ser garantidor das liberdades individuais ele atua na economia de forma reguladora, além de desempenhar uma função social.

- Constituição do Estado Socialista, que surgiu com os primeiros Estados Socialistas, onde a livre iniciativa e o mercado deram lugar a um Estado organizado, planejado, visando uma melhora em todas as atividades econômicas.

A Constituição do Estado de direito liberal tem um pensamento neoliberal, fundados na ideologia burguesa, visando uma limitação dos órgãos do poder. Já a Constituição do Estado do direito social tem como base o bem-estar social, visando atingir um papel ativo perante a sociedade, desempenhando então sua função de prestador do Estado. A Constituição do Estado Socialista teve como alicerce os primeiros Estados socialistas, onde sua grande finalidade era ter uma economia planejada, além de ser propriedade dos meios de produção.

### 3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Só existe a possibilidade de ser um país dotado de Controle de Constitucionalidade, se este possuir uma constituição do tipo rígida e escrita, pois para que uma norma, princípio ou regra detenha validade é preciso que sejam produzidos formal e materialmente dentro dos ditames da Constituição, sob pena de serem declarados nulos, em decorrência de sua supremacia.

O Controle de Constitucionalidade tem como finalidade verificar a conformidade das normas infraconstitucionais perante os ditames da Constituição, e, para isso, é preciso um órgão estatal independente se fazendo necessária a separação dos poderes.

É a própria Constituição que dita quais os órgãos competentes e encarregados desse controle, e quando uma norma ordinária entra em desacordo com uma norma constitucional, é declarada como inconstitucional, de acordo com Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2008, p.3.).

Nesse sentido, os órgãos competentes variam de um regime constitucional para outro, de acordo com as alterações feitas pela Constituição de 1988('http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/549/1008p.), que ampliaram o sistema do Controle Concentrado, criou o controle abstrato de omissão normativa, acrescentou a Ação Declaratória de Constitucionalidade, além da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Portanto, a cada regime constitucional é taxado um rol de órgãos que detém a competência para que seja feito o Controle de Constitucionalidade.

Existem três sistemas eficazes de se fazer o controle. O chamado Sistema judicial ou jurisdicional, que surgiu nos Estados Unidos, onde a Constituição outorga ao Poder Judiciário à competência para declarar a inconstitucionalidade das leis, e como consequência legitimou poderes aos juízes de tribunais para a apreciação. O Sistema Político, onde a Constituição outorga a competência para fiscalização aos órgãos que não sejam do Poder Judiciário, é o caso da França por

exemplo. E também o Sistema Misto, onde a Constituição se vale do Poder Judiciário e dos órgãos políticos para a fiscalização, como é o caso da Suíça.

### 3.1 História e Evolução do Controle

O constitucionalismo é um movimento do século XVIII, mas antes disso há relatos de normas superiores. O controle de constitucionalidade surgiu há muitos séculos, na chamada antiguidade clássica, com a civilização romana, onde as leis constitucionais e supremas, portanto, eram denominadas de *nómoi* e as leis ordinárias eram denominadas de *pséfisma*, e deveriam estar em consonância com aquelas. (CUNHA JÚNIOR, 2010, p.63).

Já na Idade Média, o que se valia como derivação divina era o chamado direito natural, que detinha status de norma maior, onde todas as outras deveriam estar de acordo com ela sob pena de nulidade.

Antes da Revolução Gloriosa de 1688, predominava na Inglaterra o sistema chamado *Common Law* onde os juízes eram legitimados para fazer a arbitragem entre Rei e Nação, se fazendo necessária a aplicação das leis em acordo com o sistema, que foi adotado por colônias nos Estados Unidos. Esse sistema vigorou na Inglaterra até 1688, a partir de então foi adotada a doutrina da supremacia do Parlamento.

### 3.2 Cortes a partir da Áustria e Inglaterra

O sistema norte americano difuso-incidental da *judicial review*, não foi adotado pela grande maioria dos países europeus, em razão das circunstâncias históricas, em especial pela existência de Cortes que já existiam desde os tempos anteriores do constitucionalismo na Inglaterra, a partir de 1275, como revela Sérgio Tibiriçá Amaral. Para o autor, havia um tipo de Controle que era feito de forma conjunta pela Igreja e pelo Rei, que recaía sobre peças de teatros, panfletos e alcançava as notícias, mas também sobre leis feitas pelos nobres, num tipo de controle, mas dentro de um princípio de supremacia.

Para completar esse trabalho, a Câmara de Estrelas incorporou ao direito inglês várias leis romanas, entre elas a “*libellus famosus*”. O estatuto “*De Scandalis Magnatum*” era uma lei de natureza política e visava muito mais preservar o reino do que reparar injustiças aos particulares (AMARAL, 2003, P.198). O cumprimento da lei era fiscalizado pela Corte da Câmara Estrelada, uma vez que eram consideradas ineficazes as punições feitas pelos tribunais comuns. Num período anterior ao estabelecimento do poder estatal nacional, as decisões da justiça retributiva ou corretiva eram por vezes proferidas por assembleias populares: no caso das regiões abrangidas pelo império Carolíngio encontravam-se escabinados, ou seja, tribunais locais com competência geral, exceto a do tribunal eclesiástico e a feudal, envolvendo senhores e vassallos (LOPES, 2004, p. 47).

O processo era oral e o sistema de provas era o dos ordálios, cheios de testemunhas, desafios e duelos. O ponto de partida para a instalação de um tribunal para crimes de palavras é a conquista da Inglaterra por Guilherme da Normandia, em 1066. A ilha que não tinha sofrido influências significativas dos bárbaros começa a verificar uma disputa entre reis e os barões.

O “*common law*” somente surge, inclusive com a estrutura semelhante aos dias atuais com Henrique II (1154-1189), que organiza com eficiência a justiça e o exército. Para tanto, sofisticou um sistema de controle social da dinastia Carolíngia<sup>1</sup>, que reinou na Galia (França), a partir de 751 até 987. Reinou sobre a Germânia até

---

<sup>1</sup> A dinastia dos carolíngios adveio de Pepino, o Breve, mas deve seu nome ao seu mais ilustre representante, Carlos Magno (773-812). Grande Enciclopédia Larousse Cultural, Vol. 5, p.1190.

911. Foi essa dinastia que restaurou o Império do Ocidente (800-887). No início do reinado de Henrique II, existia apenas o 'Tribunal Real', o "Curia Regis", mas que logo foi destacado em seções especializadas: o Tribunal do Tesouro (Scaccarium, Court of Exchequer), que apreciava questões de finanças e fiscais, o Tribunal das Queixas Comuns (Court of Common Pleas), que iniciou julgando litígios entre particulares sobre a posse da terra e, finalmente, o Tribunal do Banco do Rei (King's Bench), ao qual incumbia "julgar os crimes contra a paz do reino", como revelam os autores (GILLENSEN, 1998, P. 210). Inicialmente vai ocorrer a extensão das competências destes tribunais pelo processo técnico utilizado para requer as jurisdições reais de Westminster: quaisquer pessoas que quisesse pedir justiça ao rei podia endereçar-lhe um pedido. O Chanceler, colaborador do rei, examinava o pedido e, se o considerasse fundamentado, enviava uma ordem, denominada "writ" (em latim: breve; em francês: bref) a um xerife (agente local do judiciário real) ou a um senhor para ordenar ao réu que desse satisfação ao queixoso. O fato de não dar esta satisfação era uma desobediência a uma ordem real. Todavia, o réu podia vir explicar a um dos tribunais reais por que razão considerava não dever obedecer à injunção recebida<sup>2</sup>. Assim, com tais mecanismos e suas respectivas "forms of action" nasce o common law, que será aprimorado, inclusive com novos tribunais, como a Corte da Câmara Estrelada e os estatutos especiais para crimes de palavras.

Na Áustria, entretanto, foi a partir de uma obra de Hans Kelsen, que o controle de constitucionalidade das leis norte americanas foi instituído pelos europeus. Porém seu controle era um sistema "concentrado" de jurisdição, onde confiava apenas a um órgão o controle de constitucionalidade das leis, órgão este, conhecido como Tribunal Constitucional.

Essa discrepância entre os dois controles advém da diversidade de ambientes, pois na Europa, o controle era de sociedades divididas, enquanto que nos Estados Unidos o ambiente era homogêneo.

Embora na Europa as sociedades fossem divididas, muitos países europeus adotaram o sistema 'austríaco', e esclarece Cappelletti (CAPPELLETTI, 1992, p.36) que "isto está vinculado ao fato de que a introdução do modelo de controle difuso nos sistemas de *civil law*, ou seja, de derivação romanística, aos quais pertencem os países acima apontados, onde inexistente o princípio do *stare*

---

<sup>2</sup> Gilissen, John. *Introdução histórica ao direito*, p. 210.

*decisis*, que é típico dos sistemas da *common law*, levaria à indesejável consequência de que uma mesma lei poderia não ser aplicada por alguns juízes, porque julgada inconstitucional e, inversamente, aplicada por outros que a reputassem constitucional, causando grave situação de conflito entre os órgãos judiciários e de incerteza no direito, em detrimento dos indivíduos, da coletividade em geral e do próprio Estado".

Ainda de acordo como Mauro Cappelletti (CAPPELLETTI, 1992, p.37), além desse inconveniente, já suficiente *per se stante* para justificar a não adoção do modelo americano nos países da *civil law*, há ainda outro, não menos grave. Consiste ele no fato de que o sistema difuso, nos países destituídos do princípio do *stare decisis*, pode propiciar uma multiplicidade de demandas, uma vez que, mesmo já declarada reiteradamente à inconstitucionalidade de uma lei, será sempre necessário que alguém interessado nesse mesmo pronunciamento proponha uma nova demanda em juízo, submetendo a mesma lei a um novo julgamento. O problema também é apontado por autores como Dirley da Cunha Júnior (CUNHA JÚNIOR, 2010 p. 78).

Contudo, cabe enfatizar que o sistema concentrado 'austríaco', é mais complexo e completo que o sistema "americano", vez que abrange independente do caso concreto por via de ação direta, ou seja, principal, e pela via de exceção, vinculado a um caso concreto, chamada de via incidental. No entanto, como ficará claro, o controle de convencionalidade usa os dois tipos de controle para fazer seu papel de compatibilidade.

## 4. BRASIL: UM BREVE HISTÓRICO

O controle de constitucionalidade no Brasil atualmente adota o modelo difuso, oriundo do direito americano, possibilitando a realização do controle de atos normativos e leis, além do modelo concentrado, proveniente dos países europeus, onde há o controle feito pelo judiciário das normas jurídicas, leis em sentido estrito, atos administrativos e também do executivo quando se trata de decretos e portarias.

Entretanto nem sempre houve um controle complexo como esse. Desde o império, o Brasil caminhou, com o passar dos anos e das Constituições, para uma democratização do sistema. A primeira Constituição visava o monopólio, onde a monarquia hereditária vigorava. Houve a proclamação da república, alterando substancialmente, embora fosse voltada para uma classe elitizada que dominava o país. Implantou-se após um tempo a chamada Ditadura Militar, com influencia do Fascismo, onde ocorriam perseguições aos opositores, censuras, mortes. Em seguida houve a redemocratização do país, dotada de liberdades que visavam à garantia aos direitos do cidadão, que vigora atualmente.

A seguir há um breve histórico da evolução das constituições brasileiras, que são importantes para esta apreciação acadêmica, que visa abordar o controle de convencionalidade.

#### 4.1 Constituição de 1824

É conhecida como Constituição do Império e não possuía qualquer tipo de controle, mas havia a supremacia do Poder Moderador exercido pelo Rei. Sofreu uma grande influencia do direito Frances, que preconizava a rígida separação dos Poderes por outorgar ao Poder Legislativo a competência para "fazer leis, interpretá-las, suspende-las e revogá-las", bem como para "velar na guarda da Constituição" como assegurava o art.15 da Carta Imperial, dando ênfase ao dogma da supremacia do parlamento. Essa Constituição se distinguia das demais por três características marcantes: pela incorporação do Poder Moderador; pelo fato de ser uma Constituição semirrígida e pela liberal Declaração de Direitos e Garantias Individuais, como enfatiza Raul Machado Norta (2002, p.54).

Além dos poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, era atribuído ao Imperador um quarto poder, chamado de Moderador, outorgando ao mesmo a resolução de conflitos entre os demais poderes, pois "todo o poder estava concentrado nas mãos de Dom Pedro I" (FACHIN, Zulmar. 2012 p.70), inviabilizando, portanto qualquer possibilidade de haver um controle de constitucionalidade entre os poderes, característica de um Estado unitário e de uma monarquia. Portanto, não havia controle de constitucionalidade, mas um controle imperial, ou seja, as normas precisavam ser feitas de acordo com a vontade imperial.

## 4.2 Constituição de 1891

A Constituição de 1891 foi influenciada pela doutrina norte americana, abandonando completamente o estrito controle político das leis, onde somente o Poder Legislativo detinha competência para sua fiscalização. A partir de então surge o sistema de controle judicial difuso, permitindo que os órgãos federais, estaduais e o Poder Judiciário também faça a fiscalização das leis perante a Constituição, surgindo com a Proclamação da República.

É de relevante importância que diante de um caso concreto, mediante provocação dos interessados, a arguição de inconstitucionalidade de lei somente seria possível se feita através da via incidental, de acordo com Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2008, p.23.). Foi feita pelo jurista Rui Barbosa e buscou efetivar um tipo de controle das normas infraconstitucionais.

## 4.3 Constituição de 1934

Com essa Constituição vieram mudanças significativas no sistema judicial de fiscalização de leis no Brasil, pois houve o surgimento da chamada "reserva de plenário", onde o Poder Judiciário e os Tribunais competentes só poderiam declarar a inconstitucionalidade de uma lei por meio de maioria absoluta, confirmando ainda mais o princípio da presunção de constitucionalidade e afastando a insegurança jurídica. (MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira, 2009, p.47).

Além da reserva de plenário, essa mesma constituição instituiu o remédio constitucional denominado de mandado de segurança, utilizado nos casos em que há um ato praticado pela autoridade, por meio de ilegalidade ou abuso de poder.

As alterações provenientes dessa Constituição tiveram grande importância na história, pois consolidou a segurança jurídica, através do quórum de

maioria absoluta nas declarações de inconstitucionalidade, além de instituir um importante remédio constitucional, o chamado Mandado de Segurança.

#### **4.4 Constituição de 1937**

A Constituição de 1937 veio para retroceder o sistema implantado do Controle Difuso, suspendendo a exclusiva competência do Poder Judiciário para declarar a inconstitucionalidade de uma lei, de modo à quase colocar fim à separação dos poderes.

Foi outorgado ao Presidente da República o poder de declarar inconstitucional uma lei, submetendo a competência ao Parlamento, portanto.

Ademais, o mandado de segurança passou a ser visto pela lei ordinária, deixando de ser considerada uma garantia constitucional, excluindo de sua apreciação os atos dos Ministros, Presidente da República, Governadores, e interventores. (Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, 2008, p.24).

#### **4.5 Constituição de 1946**

A partir dessa Constituição o controle judicial difuso voltou a vigorar, sendo exercido exclusivamente pelo Poder Judiciário. O Senado Federal teve sua competência de suspensão da execução da lei inconstitucional restabelecida, onde o Procurador Geral da República foi legitimado para representar a inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, a fim de prevenir uma eventual violação de deveres constitucionais, competentes aos entes federados. (MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira, 2009, p.53).

Contudo, a referida alteração de controle visava uma maior segurança jurídica, a fim de impedir uma suposta violação pelos entes federais, concedendo ao Procurador Geral da República a legitimação.

#### **4.6 Constituição de 1967/1969**

Foi mantido o controle judicial de acordo com os critérios do controle abstrato e do controle difuso, por meio da Emenda Constitucional 16/65, sem inovações relevantes. O legitimado ativo para declará-la inconstitucional uma lei ou ato normativo federal ou estadual, continuou sendo o Procurador Geral da República, perante o Supremo Tribunal Federal. (FERREIRA, Olavo Alves, 2003, p.34.).

Ante o exposto, as Constituições de 1967/1969 mantiveram as alterações da Constituição anterior, de acordo com os controles abstrato e difuso. No entanto, o Brasil vivia sobre uma Ditadura e o Regime era de exceção, o que não permitiu um desenvolvimento jurídico do controle, pois prevalecia sempre a vontade dos militares, que afastaram juízes e criaram tribunais de exceção.

#### **4.7 Constituição de 1988**

O modelo vigente é bastante completo e complexo e foi sendo construído, em especial no concentrando, pois em 1988 havia apenas a Ação Direita de Inconstitucionalidade alcançando depois o chamado controle de convencionalidade com base nos tratados de direitos humanos. Posteriormente, em 1993, surgiu a Ação Declaratória de Constitucionalidade e seus efeitos. Em 1999, uma lei cria a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, completando o modelo. O sistema judicial adotado pelo Brasil inicialmente foi o norte americano, onde o controle era o judicial difuso, através da via incidental, e com o passar dos anos e das Constituições, foram havendo alterações até tornar se um controle misto, utilizando também o controle concentrado através da via de ação direta. (ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano, 2011, p. 60).

O modelo difuso de controle se caracteriza por todos os órgãos do Poder Judiciário, juízes e tribunais, portanto, serem detentores de competência para exercer, mediante um caso concreto, o controle de constitucionalidade de uma lei além de uma omissão do poder público.

Já o modelo concentrado, em sede de ação direta, onde o controle da constitucionalidade das leis federais e estaduais em face da Constituição é exercido somente ao Supremo Tribunal Federal e em abstrato somente os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal.

O controle concentrado- principal foi ampliado pela Constituição de 1988:

a) Ação direta de inconstitucionalidade (ADIN)

- por ação

-por omissão: ampliou a legitimidade ativa para a propositura das ações.

b) Ação declaratória de constitucionalidade (ADECON): cabe o efeito vinculante das decisões de mérito.

c) Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)

d) Ação direta de inconstitucionalidade interventiva (ADIN Interventiva)

No Brasil, todo e qualquer órgão do poder Judiciário pode exercer o controle de constitucionalidade das leis, exceto o controle de constitucionalidade pela via principal ou abstrata, que como visto, é exclusivo do Supremo Tribunal Federal ou dos Tribunais de Justiça. Posteriormente, esse quadro de ações ganhou a presença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que fica em San José da Costa Rica.

## **5. CONTROLE PREVENTIVO**

Há duas tentativas durante o processo legislativo de tentar impedir que uma norma inconstitucional dentre o mundo jurídico, ou seja, se transforme em uma espécie normativa. Como regra, o controle preventivo é feito pela Comissão de Constituição e Justiça por meio dos seus “pareceres”, que não são terminativos e também pelo veto jurídico do Executivo. Existe ainda outra possibilidade que proíbe a discussão de “cláusulas pétreas”. O denominado controle preventivo é o método pelo qual se previne a entrada de uma norma inconstitucional no ordenamento jurídico antes ou durante o processo legislativo, segundo Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior (2011, p.57). Esse controle pode ser feito em três diferentes maneiras: através do Poder Legislativo, fazendo-se a verificação da emenda constitucional ou projeto de lei, com a finalidade de analisá-los frente à Constituição na Câmara e no Senado, através da Comissão de Constituição e Justiça. Há ainda a possibilidade do veto jurídico do Executivo e o chamado direito-função, que é prerrogativa dos deputados e senadores.

### **5.1 Comissões de Constituição e Justiça**

É preciso que no exercício legislativo se faça uma análise de compatibilização do projeto com o texto constitucional. O projeto é submetido então às comissões legislativas, principalmente à Comissão de Constituição e Justiça, que tem como finalidade a verificação do projeto para com o texto constitucional. A partir de então são analisados os aspectos formais e materiais, onde o parecer pode ser de um projeto inconstitucional, visando então uma tentativa de impedir que a norma avance no Legislativo. Porém, os pareceres podem ser ignorados, através da soberania dos deputados e senadores, de acordo com Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior (2011, p.57 e ss.). Portanto, pela legitimidade

concedida pelo povo aos senadores e deputados, estes podem ignorar os pareceres e aprovarem uma norma, mesmo com um parecer técnico de inconstitucionalidade.

## **5.2 Veto Jurídico**

Ao final desse processo o Presidente da República tem duas alternativas: a de sanção ou veto, que pode ser político ou jurídico, mas apenas este último é importante, pois o político é falta de dinheiro nos cofres públicos ou falta de interesse e foge desta temática delimitada. No entanto, existem dois tipos de veto, mas apenas o jurídico configura controle de constitucionalidade. O veto por falta de interesse público é só política. O veto apresenta algumas características: escrito, justificado, suspensiva e superável. Se o Presidente optar pelo veto, ele terá como fundamento a inconstitucionalidade do projeto ou a contrariedade ao interesse público, como preconiza Luiz Alberto David de Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2011, p. 58). Entretanto, o veto não é absoluto, pois pode ser derrubado pelo Congresso Nacional através da maioria absoluta de seus membros. Se o Presidente optar pela sanção, encerra-se essa fase com a promulgação e a publicação do projeto.

### 5.3 Direito Função

Há um controle preventivo que funciona, mas apenas deputados e senadores tem essa competência reconhecida e ainda assim para impedir a discussão das chamadas “cláusulas pétreas”. O controle pode ser feito pela via de exceção quando o mesmo ocorrer pela via jurisdicional, quando a própria Constituição vedar o tramite da espécie normativa, ou seja, quando é possível o parlamentar participar de um processo legislativo, como salienta Marcelo Novelino (2012, p.242.).

Em conformidade com a jurisprudência do STF, tal controle pode ser feito de maneira exclusiva, onde cabe somente ao parlamentar a legitimidade para tanto: “a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo” (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04).

Assim, de maneira excepcional, o Poder Judiciário exerce essa espécie de controle, a fim de se fazer valer a prevenção da entrada de atos inconstitucionais em um processo legislativo, por meio do mandado de segurança.

## 6. CONTROLE REPRESSIVO

O Controle Repressivo é aquele realizado sobre uma lei, diferentemente do Controle Preventivo, realizado sobre um projeto de lei, cuja principal finalidade é verificar se a lei ou ato normativo contém um vício material (vício em seu conteúdo), ou um vício formal (vício produzido durante sua formação).

O referido Controle é exercido via de regra pelo Poder Judiciário, conhecido como controle judicial, podendo ser de duas espécies: difuso (qualquer juiz ou tribunal) e concentrado (através de um único órgão). É conhecido nos Estados Unidos como *judicial review*, onde a constituição outorga ao Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade da lei e de alguns atos normativos do Poder Público, como dispõe Kildare Gonçalves Carvalho (2009, p.396.). É adotado pelo sistema português, que proíbe aos tribunais aplicarem aos feitos cometidos, normas que infrinjam os princípios constitucionais além do disposto na Constituição, permitindo a eles a declaração de norma inconstitucional, de acordo com Guilherme Peña de Moraes (2008, p.144.).

Entretanto é possível que se faça o Controle Repressivo mediante órgãos excluídos do Poder Judiciário, conhecido como controle político. A Constituição Federal de 1988 prevê a possibilidade de um controle, cuja competência é do Congresso Nacional, em seu artigo 49, V, se efetivando mediante decreto legislativo promulgado pela Mesa do Congresso, com a finalidade de sustar os efeitos dos atos normativos do Poder Executivo, além do artigo 62 da Constituição Federal, em caso de urgência e relevância, o Presidente da República deverá submeter ao Congresso Nacional, as medidas provisórias com força de lei para que se realize assim um controle de constitucionalidade pelo Poder Legislativo, como preconiza ainda Kildare Gonçalves Carvalho (2009, p. 396.). Cabe também aos órgãos do Poder Executivo a possibilidade de descumprir uma lei considerada inconstitucional, de acordo com a edição da Emenda Constitucional n.3/1993, ao acrescentar o §2º do art.102 da Constituição.

Existe também um controle híbrido, misturando os dois sistemas, que de acordo com Celso Ribeiro Bastos (2001, p.417) é o que o direito brasileiro acolhe,

pois a via de ação tem a finalidade de expelir a lei ou ato normativo contrário à Constituição, além de declarar sua inconstitucionalidade. Já a via de exceção diante de um caso concreto ataca o vício de validade da lei, durante o curso do processo comum.

## 6.1 Controle Difuso

O Controle Difuso é o judicial, analisado mediante o critério subjetivo em relação ao número de órgãos, pois é aquele exercido por todos os juízes e tribunais, onde cabe a qualquer juiz ou tribunal a competência de apreciar a inconstitucionalidade. Dá-se por via incidental quando realizado por juízes e tribunais diante de um caso concreto. A inconstitucionalidade tem caráter prejudicial além de ser arguida incidentalmente no curso de uma demanda, onde a causa de pedir é objeto de inconstitucionalidade.

É adotado pelos Estados Unidos, onde a constitucionalidade é resolvida como um mero conflito entre leis, aplicando-se assim uma lei ao caso concreto, de acordo com o que defendia Marshall, como dispõe Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012, p.64.).

Tal controle é conhecido também como controle pela via de exceção ou defesa ou aberto (via incidental), onde será exercido como pedido secundário e questão prejudicial, conferindo desde que competentes, a qualquer juiz ou tribunal do Poder Judiciário a declaração da inconstitucionalidade de uma norma, e conseqüentemente a sua desaplicação ao caso concreto (KILDARE GONÇALVES CARVALHO, 2009, p.399).

O efeito neste caso é chamado de '*inter partes*', ou seja, afetará apenas as partes envolvidas no processo, de modo que sua decisão não retroage, sendo ex nunc portanto.

## 6.2 Os Tipos De Controle Concentrado

A grande característica deste controle é observada na apreciação dos problemas de constitucionalidade através da concentração de apenas um órgão, ou seja, a competência para essa apreciação é reservada a um único e exclusivo órgão, como observa Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012, p. 64).

O objeto atacado é conhecido como *'in abstracto'*, pois aborda apenas matéria constitucional, discutindo apenas um caso, que não precisa ser concreto, basta desrespeitar a Constituição Federal. Essa decisão tem efeito erga omnes, ou seja, vincula todos os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública. A única situação vinculativa ao Poder Legislativo, é em relação à matéria de Clausula Pétrea, pois os demais assuntos podem ser alterados por Emenda Constitucional.

Neste caso, o próprio pedido ou objeto da ação configuram a inconstitucionalidade. É levada ao tribunal para exame a discussão a respeito da validade ou não da lei. No Brasil, de acordo com Kildare Gonçalves Cavalho (2009, p.400), o controle através da via principal se dá através da ação direta. Este controle se divide em Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

O artigo 103 da Constituição Federal traz o rol taxativo dos legitimados para propor a ação. Tal controle é feito em Suprema Corte, possuindo o Poder Judiciário um Órgão de Cúpula com 11 (onze) ministros, e como exceção, pois é um controle estadual, por apenas 25 (vinte e cinco) desembargadores, gerando efeito vinculante aos demais.

### 6.2.1 A pioneira Adin ou Adi

Essa modalidade de controle é conhecida como Ação Direta de Inconstitucionalidade, surgiu no texto originário, mas posteriormente sofreu mudanças. O assunto voltou a ser abordado pela Lei nº 9.868/99.

Além dessa mudança, o a ação pioneira no controle que veio pelo Poder Originário em 1988, também sofreu alterações pela EC n.45/2004, como afirma Kildare Gonçalves Carvalho (2009, p. 446).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade, de acordo com o que dispõe Guilherme Peña de Moraes (2008, p.171), é proposta através de um processo objetivo. Isso significa dizer que a lide é uma categoria inexistente no processo, sua propositura é feita pelo requerente a uma lei ou ato normativo Federal ou Estadual, sua decisão é de efeito erga omnes com eficácia desde sua prolação pelo Supremo Tribunal Federal, e com finalidade de proteção do ordenamento jurídico levando em conta o interesse público em jogo.

O art.103 da Constituição Federal traz o rol de legitimados ativos para a ação direta, aos quais são: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou Governador do Distrito Federal; o Procurador Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; o partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Já a legitimidade passiva de acordo com Kildare Gonçalves Carvalho (2009. p.452), é representada pelos órgãos ou autoridades responsáveis pela lei ou ato normativo objeto da ação.

O Supremo Tribunal Federal é o órgão que detém a competência para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, de acordo com o art.102, I, da Constituição Federal.

“O controle abstrato tem por objeto a lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital revestidos de generalidade e abstração, excluindo-se as leis de efeitos individuais e concretos” (KILDARE GONÇALVES CARVALHO, 2009. p.454), portanto, há uma descrição de fato de possível ocorrência no futuro, além da

conduta ser dirigida às pessoas indeterminadas. De acordo com posição do Supremo Tribunal Federal, é incabível Ação Direta de Inconstitucionalidade de atos administrativos que detém destinatários certos e objeto determinado, os desqualificando para o controle abstrato, além de não poderem ser anteriores à Constituição de 1988. São exemplos de atos concretos a lei que declara utilidade pública ou interesse social para desapropriação. É incabível também a Ação Direta de Inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo Estadual, pois caso a lei municipal fira a Constituição, deverá ser discutida no controle difuso ou no concentrado através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Para o STF, não importa se é lei ou ato normativo, é preciso que sejam dotadas de generalidade e abstração. Isso explica o fato de caberem às Emendas Constitucionais, Leis Complementares, Leis Ordinárias, Leis Delegadas, etc.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade examina também as Emendas Constitucionais, pois se não houvesse algum órgão controlador externo, haveria uma ausência de limites ao poder de revisão constitucional, devendo ser observados o artigo 60, I, II e III, §§1º ao 3º, da Constituição, e o §4º do mesmo artigo, tratando das cláusulas pétreas. O Supremo Tribunal Federal foi legitimado para declarar a Inconstitucionalidade de emenda constitucional através da ADI 926 e da ADI 939, através do voto do Ministro Celso de Mello, como salienta Kildare Gonçalves Carvalho (2009, p.456).

As leis complementares são submetidas ao controle abstrato e são tipificadas através do quórum de aprovação e da matéria reservada, dispendo apenas sobre a matéria de sua competência. Será inconstitucional a partir do momento em que a lei ordinária invadir o campo próprio da lei complementar, dispendo de matéria a ela reservada, com o quórum de maioria absoluta dos membros das casas legislativas.

Já as leis ordinárias dispõem do método da exclusão, ou seja, elas dispõem sobre todas as matérias não reservadas à lei complementar, onde seu quórum de aprovação é de maioria simples, de acordo com Kildare Gonçalves Carvalho (2009, p.458).

As leis delegadas se sujeitam ao controle abstrato, e estão dispostas no artigo 68 da Constituição, podendo incidir tanto na lei delegada, que é aquela

elabora pelo Presidente da República, quanto para as leis delegantes, que autorizam a delegação através da resolução do Congresso Nacional.

Os tratados internacionais são incorporados ao nosso ordenamento através da ação direta, mediante a edição de decreto legislativo, que por sua vez depende da autorização do Presidente da República e da aprovação do Congresso Nacional, para então serem promulgados e publicados. Já os tratados internacionais de direitos humanos detêm status supralegais, e, portanto estão em posição de hierarquia constitucional, com o quórum de aprovação na Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos membros, de acordo com o §3º do artigo 5º, da Constituição, acrescentado pela EC n. 45/2004, como preconiza ainda, Kildare Gonçalves Carvalho.

Não cabe ação direta de inconstitucionalidade para os decretos editados pelo Presidente da República se estes extravasarem os limites impostos no artigo 84, IV da Constituição, se tornando inválidos. As medidas provisórias sujeitam-se ao controle abstrato, pois não são leis, mas tem força de lei.

De acordo com o procedimento é feita a propositura da ADIN, para que o Advogado Geral da União defenda o texto ou o ato impugnado, e em seguida que o Procurador Geral da República dê um parecer sobre a constitucionalidade ou não do ato. Após isso, é possível ocorrer a liminar antes de ser julgada procedente ou improcedente, onde surtirá efeitos de suspensão de eficácia da norma, podendo o STF atribuir-lhe o efeito *ex tunc*, porém poderá modula-lo atribuindo também o efeito *ex nunc*, além do efeito vinculante, onde todos os membros do Judiciário e da Administração Pública devem decidir conforme a decisão do STF.

Há também a chamada ADIN por Omissão, que é utilizada em caso de ausência de norma, buscando fazer com que a lei ou ato normativo faltante, venha para o ordenamento jurídico. Seus legitimados são os mesmos da ADIN comum. Pode ser feita contra órgãos do Judiciário e da Administração Pública de acordo com o artigo 103, §2º da Constituição Federal. Figura o polo passivo, ou seja, aquele que tem a incumbência de criar a norma tanto o Congresso Nacional, quanto o Presidente da República em caso de lei de interesse exclusivo próprio. Se a omissão for de um órgão da Administração Pública, o prazo para tomar as medidas necessárias é de 30 dias, sem pena de punição, apenas de um desconforto entre os poderes.

### 6.2.2 Adecon

A Ação Declaratória de Constitucionalidade foi introduzida no ordenamento brasileiro através da Emenda n.3/93, cuja finalidade é que o Supremo Tribunal Federal declare constitucional uma lei ou ato normativo federal, que era tida como relativamente constitucional, onde apenas podem ser controladas as espécies normativas do artigo 59 da Constituição Federal, de acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012, p.68). Ganhou muitas críticas da doutrina, pois não tinha contraditório e o Advogado Geral da União não participava do processo, o que acaba pela primeira vez no ordenamento com o princípio do contraditório.

Através da Emenda Constitucional n.45, os legitimados para propor a referida ação são os mesmos elencados no rol taxativo do artigo 103, da Constituição Federal, onde estes deverão demonstrar para o STF que sobre essa lei ou ato normativo já existiam decisões em outros juízos, é a chamada controvérsia jurisprudencial relevante. Os efeitos são contra todos e vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário, ainda de acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012, p.69).

Para o STF, não importa se é lei ou não, é preciso que seja dotada de generalidade e abstração, sendo incabíveis, portanto contra lei ou ato normativo estadual e municipal, anteriores à Constituição de 1988, e contra caso concreto.

### 6.2.3 Adpf: os dois tipos

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi estabelecida pelo §1º do art.102 da Constituição Federal e regulamentada pela Lei n.9.882/99, que na forma da lei, será apreciada pelo STF.

O §1º da Lei n.9.882/99 disciplinou duas hipóteses de ADPF, uma chamada de arguição autônoma, de nítido caráter preventivo, cuja finalidade é de evitar a lesão quando dispõe que tem por objeto *evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público*. E outra chamada de arguição incidental, trazida pelo parágrafo único do art.1º da Lei n.9.882/99, que dispõe a possibilidade de arguir quando for relevante o *fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual, municipal, incluídos os anteriores à Constituição*. Nesta modalidade é necessário demonstrar a controvérsia judicial relevante no ato normativo que está violando o preceito fundamental, de acordo com Pedro Lenza (2012, p.356).

A Constituição deixou vago o conceito de preceito fundamental, que deve ser entendido como qualquer norma expressa da Constituição Federal, ou um simples princípio. É objeto portando da ADPF, lei ou ato normativo federal, estadual e municipal, praticados dentro da administração do Poder Público, admitindo atos anteriores à Constituição de 1988, pois preceito fundamental é imprescritível. Celso Ribeiro Bastos (2001, p.425) diz que a principal finalidade desta modalidade de Ação é amparar as normas constitucionais que refletem principalmente os preceitos fundamentais que nada mais são do que valores constitucionais fundamentais, e a partir do momento em que algum desses valores forem violados, é cabível recorrer ao Supremo Tribunal Federal, a fim de que tenha uma célere apreciação, pois a decisão é imediatamente autoaplicável, e terá eficácia contra todos, sendo erga omnes portanto, com efeito vinculante relativo aos demais órgãos do Poder Público.

## 7. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

A nova mudança é o chamado controle de convencionalidade, que traz os tratados de direitos humanos como um novo parâmetro de compatibilidade para as leis federais. Ante o exposto, vimos que se faz necessária a verificação da compatibilidade de uma lei federal, perante a Constituição, com a finalidade de garantir sua adequação, e esse processo é denominado de Controle de Constitucionalidade. Contudo, além das normas internas estarem de acordo com a Constituição, é preciso que as mesmas estejam em conformidade com os Tratados Internacionais que seu respectivo governo ratifica, atribuindo-lhe o nome de Controle de Convencionalidade.

No Brasil, de acordo com Valério de Oliveira Mazzuoli (2001, p. 02) prevalece na jurisprudência o chamado sistema paritário, onde o tratado passa a ter força de lei ordinária a partir do momento em que ele é formalizado, sendo capacitado para revogar as disposições contrárias a ele, ou ser revogado perante uma lei posterior.

O grande conflito nesse controle é saber qual norma deverá prevalecer, a norma interna ou o tratado internacional. Surgiram a partir disso, duas grandes correntes doutrinárias, a fim de solucionar o problema: a dualista e a monista. No entanto, segundo AMARAL (2011, p.420) há um princípio que pode resolver a questão denominada “pro-homini”, ou seja, deve valer o que prevalecer o que mais for favorável ao ser humano.

A corrente dualista foi aceita em 1923, e defende que os sistemas são distintos, onde o direito interno dos Estados é um, e o internacional é outro, e ambos não se confundem. E é exatamente por isso que não poderia haver conflito entre eles, ou seja, um tratado internacional só poderá regular uma questão interna a partir do momento em que for incorporado ao respectivo ordenamento através de um procedimento em que o transforme em lei nacional.

A corrente monista defende que o Estado se compromete juridicamente a assumir um compromisso que envolvem direitos e obrigações a partir do momento em que assina e ratifica um tratado internacional. Ela se divide em duas correntes: o

Monismo Internacionalista, com Hans Kelsen à sua frente, que ainda de acordo com Valério de Oliveira Mazzuoli (2001, p.04), não admitem uma norma de direito internacional ir de encontro com uma norma de direito interno, sob pena de nulidade e, como defende os mais moderados como Verdross, negam tal falta de validade. Já o Monismo Nacionalista defende que é uma faculdade discricionária a adoção dos preceitos de direito internacional, onde é aceitável a integração da norma internacional ao direito interno, mas não em grau hierárquico superior.

No Brasil, de acordo com entendimento da Suprema Corte, desde que ratificado, qualquer tratado internacional passa a compor o nosso direito interno, no âmbito da legislação ordinária. A nossa Constituição não prevê garantia de privilégio aos tratados internacionais em relação ao direito interno, e pelo fato de ser paritário (de acordo com o STF), é garantida a autoridade da norma mais recente, denominada de *lex posterior derogat priori*. Existem alguns casos onde há a chamada especialidade das leis, onde prevalecem as normas de direito interno sobre as de direito internacional, como expõe o próprio STF.

Na Colômbia, de acordo com o que preconiza Eduardo Andrés Velandia Canosa (2014, p.671), o Controle de Convencionalidade é exercido diferentemente do Brasil, pois a Corte Constitucional exerce um Controle de Convencionalidade indireto, ou seja, é opcional e alternativo:

“La única alternativa no que es que prime una sobre la otra, sino que hay ocasiones donde prima la Convención, otras donde priman las normas internas y otras donde se podrían armonizar”.

Em decorrência disso, em caso de conflito entre a Constituição e a Convenção, ora prevalece esta, ora prevalece aquela.

Ocorre que as referidas maneiras de tentar solucionar o conflito não são eficazes, e em decorrência disso, passou-se a estudar mais profundamente as normas de direitos humanos provenientes de tratados internacionais ratificados pelo país, que não são a favor da igualização das normas internas com os tratados internacionais. Constataram-se três maneiras diferentes de analisar os direitos e garantias individuais: os direitos e garantias expressos na Constituição; os direitos e

garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição; e os direitos e garantias trazidos pelos tratados internacionais em que o Brasil é parte.

Há uma lógica trazida por Valério de Oliveira Mazzuoli (2001, p.13), onde a partir do momento em que o texto constitucional não exclui outros direitos e garantias fundamentais provenientes dos tratados internacionais, é porque eles os incluem. Portanto, a Constituição atribui-lhes a natureza de norma constitucional a partir da incorporação desses direitos internacionais. Dessa maneira, o artigo 5º, §2º da Constituição Federal traz que os direitos e garantias fundamentais proclamados nas convenções ratificadas pelo Brasil possuem o status de “norma constitucional”, e, além disso, possui uma imediata incorporação ao ordenamento jurídico interno, possuindo aplicabilidade imediata, não se fazendo necessária a edição de decreto de execução para que seus efeitos se irradiem no plano interno e internacional, diferentemente dos tratados tradicionais, que possuem natureza infraconstitucional de acordo com o artigo 102. III, *b*, da Constituição, além de não serem incorporados ao ordenamento de maneira automática, se fazendo, portanto necessária à edição de decreto de execução.

Os tratados que trazem os direitos e garantias fundamentais não podem ser suprimidos por emenda à Constituição, pois constituem status de cláusulas pétreas, se tornando clara e evidente a primazia da norma mais favorável, com uma forma própria de revogação, através da denúncia.

O artigo 5º. §2º da Constituição Federal, traz que os tratados internacionais de direitos humanos adentram ao nosso ordenamento jurídico no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, diferentemente do que preconiza o Superior Tribunal Federal, trazendo a legislação ordinária. Já os tratados internacionais que não versem sobre direitos humanos não possuem natureza constitucional, apenas natureza infraconstitucional, como traz o artigo 102, III, *b* da Constituição Federal, conferindo a competência para o STF processar e julgar mediante recurso extraordinário. Essa sistemática adveio com a EC nº45, trazendo o decreto legislativo tradicional, versando sobre tratados internacionais aprovados por maioria simples, sem procedimento especial, e o decreto legislativo com equivalência de emenda por se tratarem de tratados internacionais de Direitos Humanos, mediante aprovação por meio de dois turnos de votação e quórum de 3/5 (três quintos) de cada casa.

O Brasil tornou-se signatário do Pacto de San José da Costa Rica em 1969, que dizia: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente, expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. Porém, no ordenamento brasileiro era possível a prisão civil do depositário infiel de acordo com a Constituição Federal. Surgiu então um impasse, e a posição do STF na época, era de que o status dos tratados que versavam sobre direitos humanos e entravam em nosso ordenamento jurídico, era de lei ordinária, sendo constitucional, portanto a prisão civil de depositário infiel neste caso. Esse posicionamento vigorou até o surgimento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, onde o Banco Bradesco S.A, deixou de impor cominação de prisão civil ao devedor fiduciante que deixou de entregar o bem, por entender ser inconstitucional em acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Segue e Ementa:

“EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentação 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 infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.”

A partir de então, o STF se posicionou de maneira em que o status dos tratados internacionais que ingressem em nosso ordenamento jurídico e versarem sobre direitos humanos seja supralegal, ou seja, eles estão acima da lei ordinária, mas abaixo da Constituição Federal.

Portanto, o Pacto de San José da Costa Rica veda a prisão civil do depositário infiel, e as leis vigentes no ordenamento jurídico brasileiro (Código Civil, etc.) que sustentam o contrário, são consideradas inválidas, mesmo havendo uma autorização da Constituição. Portanto, trata-se de um controle difuso que chegou ao Supremo por meio de Recurso Extraordinário.

## 7.1 Meios Judiciais para Solução de Conflitos

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos conta com a Comissão Interamericana, que é um órgão não jurisdicional, que atinge todos os membros da Organização dos Estados Americanos e fica nos Estados Unidos, em Washington. No entanto, os signatários do Pacto de San José da Costa Rica aceitam também a Corte, que fica na Costa Rica. Os meios judiciais para solução de conflitos internacionais são conhecidos como tribunais internacionais de caráter e jurisdição permanente, como evidencia Valério de Oliveira Mazzuoli (2006, p.639). O primeiro tribunal foi chamado de Corte Centro-americana de Justiça, e permitia aos particulares acertar causas contra o próprio governo.

Nos meios judiciais há uma obrigação de cumprir aquilo que foi acordado pelas partes, diferentemente dos meios diplomáticos, onde é facultado às partes o aceite ou recusa da proposta do terceiro. Atualmente, dos mais diversos tribunais, o mais importante é a Corte Internacional de Justiça.

A Corte Internacional de Justiça é o principal órgão judicial das Nações Unidas, com sede em Haia, na Holanda, que se iniciou em 1946. Sua principal finalidade é a aplicação do direito internacional para resolver controvérsias entre os Estados, além da emissão de pareceres a respeito de qualquer questão jurídica de órgãos com competência consultiva, ou seja, que estiver em condições de fazê-la pelo fato de ser signatário desta. A competência contenciosa é aquela onde somente os Estados membros das Nações Unidas em regra podem fazer parte da Corte, embora seja possível aos Estados não membros fazerem parte da Corte mediante aprovação da Assembleia Geral após a manifestação do Conselho de Segurança em votações independentes entre si. É vedado, portanto aos particulares qualquer tipo de acesso à Corte desde que seu Estado demonstre interesse e crie uma demanda judicial. Cabe ressaltar que a Corte somente pode fundar-se no Direito Internacional, sendo vedada qualquer outra matéria ou fundamento.

Ainda de acordo com Valério de Oliveira Mazzuoli (2006, p.642), a competência para reivindicar a utilização da Corte restringe-se aos organismos especializados da ONU, como o MERCOSUL, União Europeia, Pacto Andino, além dos órgãos autorizados a fazer consulta disponibilizado pela Corte através de uma

lista oficial, dos quais fazem parte o Conselho Econômico e Social das próprias Nações Unidas, a Organização para a Alimentação e Agricultura (FAO), a Organização Internacional do Trabalho (OIT), o Banco Mundial, a Organização Mundial de Saúde (OMS), o Fundo Monetário Internacional (FMI), a Agência Internacional de Engenharia Atômica (AIEA), a Organização de Aviação Civil Internacional (OACI), a Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) e a Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial (ONUDI). A competência da Corte versará sobre Clausulas Compromissarias, Tratados atinentes a transporte, Armas Nucleares, Entorpecentes, Contaminação, Codificação, entre outros.

A Corte exerce uma jurisdição facultativa, onde funcionam apenas com o consentimento expreso das partes, e perante um conflito, ambas as partes devem reconhecer sua jurisdição obrigatoriamente, o aceitando mediante diversas maneiras. Caso não haja o aceite, a mesma deverá declarar-se incompetente para tanto.

A Corte Internacional de Justiça se compõe por um total de quinze juízes, claramente beneficiados pelos países membros com cadeiras permanentes no Conselho de Segurança da ONU, através de maioria absoluta de votos na Assembleia Geral, com um mandato de duração de nove anos, e distintas nacionalidades. É detentor de obrigatoriedade e definitividade para os Estados membros o acórdão proferido por ela, sem necessidade do procedimento interno de aceitação.

Além da Corte Internacional de Justiça, existem alguns tribunais regionais especializados, e em destaque temos a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em San José, na Costa Rica.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos com sede em San José na Costa Rica tem a chamada competência consultiva, ou seja, ela emite uma opinião em relação ao alcance do direito de informação do respectivo tratado. Porém, é vedado entrar com uma petição direta na Corte, é preciso que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos faça um juízo de admissibilidade antes, para só depois encaminhar para a Corte, agindo como fiscal da lei. Cabe a qualquer pessoa, grupo de pessoas ou à ONGs de Direitos Humanos a legitimidade de entrar com a petição. O grande impasse para o melhor funcionamento da mesma é a falta de escritórios regionais a fim de receber denúncias ou reclamações.

A Corte Interamericana de Derechos Humanos é composta por 7 (sete) juízes nacionais dos Estados membros da OEA, detentores de alta idoneidade moral a fim de que haja credibilidade no julgamento. O mandato dos juízes é de 6 (seis) anos, passível de apenas uma reeleição. A sentença prolatada será sempre pelo voto da maioria, e quando houver empate o Presidente desempatará através do voto de validade. No Brasil, era defeso que a competência para homologação das sentenças estrangeiras era do Supremo Tribunal Federal, porém com a Emenda Constitucional nº45, a alínea “h” do inciso I do artigo 102 foi revogada, estabelecendo então através do artigo 105, I, “i”, a competência para o Superior Tribunal de Justiça. Uma peculiaridade é de que depois de homologada a sentença estrangeira, ela se transforma em título executivo judicial, de acordo como artigo 109, X, da Constituição Federal.

## 7.2 Tipos de Controle

As classificações dependem dos critérios, mas há autores colombianos como Eduardo Andrés Velandia Canosa, que observa que todos os juízes e tribunais dos Estados-membros precisam obedecer à superioridade das convenções de direitos humanos frente às normas infraconstitucionais, o que configura vários tipos de controle de convencionalidade. Velandia Canosa (2014, p.666) ratifica que a Corte Interamericana de Derechos Humanos diz que “Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluyendo sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia em todos los niveles están em la obligación de ejercer *ex officio* um “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente em el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y em esta terea, deben tener cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del

mismo há hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”<sup>3</sup>.

Contudo, existe o Controle de Convencionalidade na Corte Interamericana, que se faz pelo cumprimento das funções a ela outorgadas e o Controle de Convencionalidade Concentrado e Difuso. Inicialmente o Controle de Convencionalidade era feito de maneira concentrada, através de um único órgão, onde exercia a competência das leis e outras normas locais. Porém com o passar dos anos, foi entendido que poderia ser exercido o referido controle por qualquer juiz, ao passo que passou a ser realizado de maneira Difusa (CANOSA, 2014, p.666).

O Controle Concentrado de Convencionalidade era realizado de maneira contenciosa, ordenando ao Estado que modificasse sua legislação interna. A partir de então a Corte começou a declarar a responsabilidade internacional dos Estados que violassem o direito convencional, marcando o início do Controle de Convencionalidade através de diversos casos verídicos: Caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia no Brasil); Caso Barrios Altos (Peru); Caso Almonacid Arellano (Chile); Caso Guelman (Uruguai), entre outros.

O Controle Difuso de Convencionalidade é aquele onde cabe a qualquer juiz a legitimidade para exercê-lo, independentemente de sua jurisdição. A Corte Interamericana preconiza que devem exercer o referido controle os juízes e autoridades públicas dos mais diversos Estados. Neste sentido, devem estar todos vinculados com a administração da justiça, nos mais diversos níveis, ao ponto de serem obrigados a exercerem *ex officio*. Desta maneira, além dos mesmos exercerem o controle de legalidade e constitucionalidade, deve exercer também o Controle de Convencionalidade em relação aos casos que julgarem necessários. O juiz nacional que faz este controle detém status de juiz interamericano, de acordo com CANOSA (2014, p.669).

---

<sup>3</sup> Corte de IDH. Caso Gelman contra Uruguai. Sentencia de febrero 24 de 2011. Serie C No. 221, parrafo 193

## CONCLUSÕES

Conclui-se mediante o exposto anteriormente, que ambos os controles se fazem necessários, para que os litígios sejam solucionados de maneira eficaz, evitando assim inconstitucionalidades em nosso ordenamento.

O controle de constitucionalidade surgiu em decorrência de fatores históricos importantes, a ponto de serem criadas as primeiras constituições e se aperfeiçoarem da maneira como hoje estão, com a finalidade de evitar que uma norma inconstitucional entre em nosso ordenamento jurídico.

O controle de convencionalidade por sua vez traz os tratados de direitos humanos, relevantíssimos para a vida em sociedade, a fim de solucionar os litígios entre os tratados ratificados por serem Países signatários e sua própria legislação interna.

A partir do julgamento do caso explicado e da revogação da prisão civil do depositário infiel, o Brasil passou a ter um novo tipo de supremacia, qual seja a dos tratados internacionais de direitos humanos sobre as normas infraconstitucionais, que são as espécies normativas primárias previstas no artigo 59 da Lei Maior. O próprio Supremo Tribunal Federal entendeu que a Emenda n. 45 trouxe um novo tipo de votação para os decretos-legislativos, que trazem os tratados de direitos humanos, e passou a ter uma nova hierarquia. Na visão do STF, a supre-legalidade significa que todas as normas de direitos humanos que alcançaram o ordenamento brasileiro, independente do quórum da votação, são supralegais, ou seja, está a baixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias.

Isso traz a premissa de que no mais das vezes os países signatários de tratados internacionais se submetem a estas regras, e em razão disso, em caso de conflito com lei ordinária, estas se invalidam, e em caso de conflito com a Constituição Federal, aplica-se o princípio chamado “pro homini”, ou seja, prevalece aquilo que for melhor para o homem.

## BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **O CLOSED CAPTION, A LEGENDA ANIMADA, COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE INFORMAÇÃO DE 3.ª GERAÇÃO** – Dissertação de Mestrado: Instituição Toledo de Ensino, Bauru, 2003.

-----**. Parâmetros Constitucionais do Direito à Liberdade de Expressão na Internet.** Tese de doutorado: Instituição Toledo de Ensino, Bauru, 2011.

AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **A Era dos Deveres (Breves comentários sobre três questões).** In: INTERTEMAS: Revista da Toledo. v.6.p.09/37.Junho de 2002.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional.** 15ªed. São Paulo: Verbatim, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** 22º Ed. São Paulo: Editora Saraiva 2001.

CANOSA, Eduardo Andrés Velandia. **Derecho Procesal Constitucional.** Bogotá, Colômbia: Legis, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1997, 1351 p..

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado.** 2ª ed., trad. Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição: direito constitucional positivo.** 15ª Ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.

Corte de IDH. **Caso Gelman contra Uruguai.** Sentencia de febrero 24 de 2011. Serie C No. 221, parrafo 193

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática.** 4ªed. Bahia: Podivm, 2010.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional.** 3ªed. reimp., Madrid: Civitas, 2001.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional.** 5ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FERREIRA, Olavo Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus efeitos.** São Paulo: Método, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 24ªed. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito** (trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros), Lisboa: Gulbenkian, 1988.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. (João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2000).

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 10ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2012.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Concentrado de Constitucionalidade**: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. 3ªed. São Paulo: Saraiva 2009.

MATTEUCCI, Nicola. **Constitucionalismo**: Dicionário de política. 13ªed. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci, Gianfranco Pasquini (org.). Brasília: UnB, v.1.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional: Tratados e Direitos Humanos Fundamentais na Ordem Jurídica Brasileira**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 7ªed. São Paulo: Método, 2012.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Controle de Constitucionalidade**. 7ªed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

Sites:

A Interpretação Constitucional como Método do Controle de Constitucionalidade. **Doutrina. Oscar Valente Cardoso**. Juiz Federal Substituto na 4ª Região. Mestre em Direito e Relações Internacionais pela UFSC. Disponível: <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/549/1008> capturado em 09/05/2014.

A Revolução Francesa. **Site Seguindo os passos da História**. Disponível: <http://seguindopassoshistoria.blogspot.com.br/2011/08/revolucao-francesa-igualdade.html>

Constitucionalismo. **Site Resumos jurídicos**. Disponível em: <http://permissavenia.wordpress.com/2012/06/11/constitucionalismo/>

Constituições Brasileiras. **Site Infoescola**. Disponível em:  
<http://www.infoescola.com/direito/constituicoes-brasileiras/>

Resumo controle preventivo de constitucionalidade no direito brasileiro. **Site JurisCiencia**. Disponível em:  
<http://www.jurisCiencia.com/artigos/resumo-controle-preventivo-de-constitucionalidade-no-direito-brasileiro/1074/>

Marbury x Madison. **Site Cadernos Colaborativos**. Disponível em:  
[http://academico.direito-rio.fgv.br/wiki/Marbury\\_X\\_Madison](http://academico.direito-rio.fgv.br/wiki/Marbury_X_Madison)

A dinastia dos carolíngios adveio de Pepino, o Breve, mas deve seu nome ao seu mais ilustre representante, Carlos Magno (773-812). Grande Enciclopédia Larousse Cultural, Vol. 5, p.1190.