



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**CURSO DE DIREITO**

**LINA MARIE CABRAL**

**EM DIREÇÃO AO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO: uma análise comparativa da abertura constitucional à dimensão internacional no Brasil e na Espanha**

**CAMPINA GRANDE - PARAÍBA**

**2011**

**LINA MARIE CABRAL**

**EM DIREÇÃO AO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO: uma análise comparativa da abertura constitucional à dimensão internacional no Brasil e na Espanha**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba – UEPB, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: prof. Dr. Hugo César Araújo de Gusmão\*

**CAMPINA GRANDE – PARAÍBA**  
2011

---

\* Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Granada – Espanha, Professor de Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba.

C117d

Cabral, Lina Marie.

Em direção ao estado constitucional cooperativo [manuscrito]: uma análise comparativa da abertura constitucional à dimensão internacional no Brasil e na Espanha / Lina Marie Cabral.– 2011.

37 f.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2011.

“Orientação: Prof. Dr. Hugo César Araújo de Gusmão, Departamento de Direito Público”.

1. Direito constitucional 2. Estado Constitucional Cooperativo 3. Supremo Tribunal Federal I. Título.

21. ed. CDD 342

LINA MARIE CABRAL

**EM DIREÇÃO AO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO: uma análise comparativa da abertura constitucional à dimensão internacional no Brasil e na Espanha (Artigo)**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba – UEPB, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

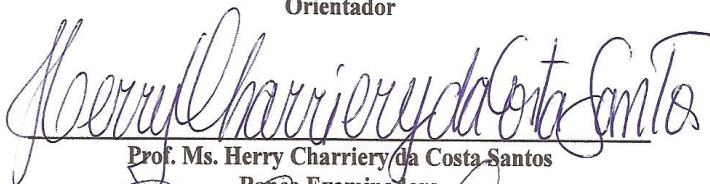
Aprovado em: 20/11/2011

NOTA: 10 (DEZ)

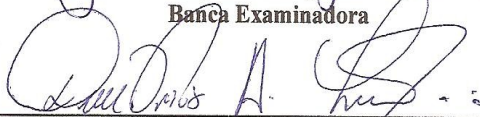
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Hugo César Araújo de Gusmão  
Orientador



Prof. Ms. Herry Charriery da Costa Santos  
Banca Examinadora



Prof. Ms. Demetrius Almeida Leão  
Banca Examinadora

# **EM DIREÇÃO AO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO: uma análise comparativa da abertura constitucional à dimensão internacional no Brasil e na Espanha**

Cabral, Lina Marie<sup>1</sup>

## **RESUMO**

O trabalho em epígrafe intitulado EM DIREÇÃO AO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO: uma análise comparativa da abertura constitucional à dimensão internacional no Brasil e na Espanha, tem o objetivo de sopesar a existência do Estado Constitucional Cooperativo, tal como imaginado por Peter Häberle. O surgimento do Estado Constitucional Cooperativo é resultado da maior integração entre as Nações, acarretando, paulatinamente, a formação de comunidades supraestatais interligadas por meio de blocos, no afã de fortalecer alianças econômicas, políticas e até culturais. Com isso, os Estados passaram a introduzir em suas Constituições cláusulas de abertura à dimensão internacional, principalmente, no que diz respeito aos tratados internacionais sobre direitos humanos, diante da preocupação internacional de proteção da pessoa humana, além de ser um dos vetores do próprio Estado Cooperativo. No Brasil, a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004 que introduziu o § 3º ao art. 5º ratificou o que a Constituição Federal de 1988, em seu texto originário já previa no parágrafo único do art. 4º e no § 2º do art. 5º como formas de integração estatal e recepção de normas internacionais, respectivamente. Impende ressaltar, que a introdução de tratados internacionais ao ordenamento jurídico pátrio veio desacompanhado de qualquer filtro normativo, diferentemente do que ocorreu na Espanha, onde coube a Corte Constitucional Espanhola fazer um controle prévio de constitucionalidade dos tratados internacionais.

Palavras-chave: Estado Constitucional Cooperativo. Constituição. Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>1</sup> Bacharela em direito pela Universidade Estadual da Paraíba, monitora de Direito Constitucional, integrante dos projetos de pesquisa: A reconstrução normativa do Poder Constituinte Derivado: uma análise das pressões políticas contemporâneas sobre os limites do poder de reforma da Constituição de 1988 (Cota do Pibiq 2009-2010); e Globalização, supremacia da Constituição e equilíbrio entre os Poderes: uma análise do papel do Supremo Tribunal Federal no controle da abertura à dimensão normativa internacional proporcionada pelo Art. 5º, § 3º da Constituição Federal (Cota Pibiq 2010-2011), estagiária do Ministério Público Federal. Email: linamcabral@hotmail.com

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho é oriundo de uma pesquisa desenvolvida no período compreendido entre 2009 e 2011, por meio de dois projetos de pesquisa integrantes do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – Pibiq.

Um deles, intitulado **A reconstrução normativa do Poder Constituinte Derivado: uma análise das pressões políticas contemporâneas sobre os limites do poder de reforma da Constituição de 1988 (Cota do Pibiq 2009-2010)**, discutiu-se os problemas advindos da inserção do § 3º ao art. 5º da CF/88, já que este dispositivo não trouxe nenhuma previsão de um mecanismo de controle dos tratados internacionais; o outro, intitulado **Globalização, supremacia da Constituição e equilíbrio entre os Poderes: uma análise do papel do Supremo Tribunal Federal no controle da abertura à dimensão normativa internacional proporcionada pelo Art. 5º, § 3º da Constituição Federal (Cota Pibiq 2010-2011)**, ainda em andamento, deu continuidade ao anterior, buscando apontar um mecanismo apto a verificar a constitucionalidade do conteúdo dos tratados e convenções sobre direitos humanos que venham a ingressar no ordenamento jurídico brasileiro com hierarquia de norma constitucional.

Por meio dessas pesquisas, foi possível observar que o advento da globalização trouxe consigo mudanças que não afetaram somente o campo político-econômico, mas pelo contrário, ocasionou uma verdadeira ruptura das tradicionais premissas de organização dos Estados, na medida em que suscitou a ideia de cooperação estatal baseada na proteção da pessoa humana, pluralismo de ordenamentos jurídicos e em uma visão remodelada da soberania.

Esse processo de transformação do Estado culminou com a intensificação da integração entre as Nações, mediante a formação de comunidades supraestatais como forma de facilitar a cooperação e a proteção dos direitos humanos, que se tornou um dos imperativos da sociedade contemporânea, em especial, após o fim da Segunda Guerra Mundial.

Pensando assim, a doutrina de Peter Häberle, marco teórico que embasa a discussão sobre o Estado Constitucional Cooperativo, traz à baila a cooperação econômica, social e humanitária entre Estados, discutindo a tendência ao enfraquecimento dos limites entre o interno e o externo dos Estados Nações, com a finalidade de proteger os direitos fundamentais e dar prevalência ao direito comunitário, já que – segundo o seu entendimento - os Estados não existem mais isoladamente, mas tão somente enquanto integrantes de uma comunidade

internacional.

Diante dessa nova conjuntura, os Estados passaram a introduzir em seus textos constitucionais cláusulas de abertura à dimensão internacional, com o objetivo de permitir que os tratados internacionais pudessem adentrar em seus ordenamentos, o que facilitaria a integração estatal com a comunidade internacional, em virtude do fortalecimento da cooperação internacional.

No Brasil, essa tendência contemporânea não foi diferente, já que a Constituição Federal de 1988 (CF/88), em seu texto originário já previa no parágrafo único do art. 4<sup>o</sup> e no § 2<sup>o</sup> do art. 5<sup>o</sup><sup>3</sup> formas de integração estatal e recepção de normas internacionais, respectivamente.

Posteriormente, com a promulgação da Emenda Constitucional n<sup>o</sup> 45/2004 foi introduzido o § 3<sup>o</sup> ao art. 5<sup>o</sup>, representando uma importante modificação na Carta Política brasileira, já que o legislador nacional inseriu uma legítima cláusula de abertura constitucional à dimensão internacional, permitindo, assim, que tratados sobre direitos humanos ingressassem na ordem interna com a qualidade de normas constitucionais.

No entanto, essa medida, apesar de ser condizente com o atual cenário político internacional, foi realizada sem os filtros necessários para verificar a compatibilidade desses tratados com a ordem jurídica interna, fato que não se verifica em países como a Espanha, que apesar de estar inserido em um intenso processo de integração, apresenta um controle jurisdicional sobre a norma internacional.

Diante das mudanças introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro durante os últimos vinte anos surge a seguinte indagação: o Brasil pode se enquadrar no conceito de Estado Constitucional Cooperativo desenvolvido por Peter Häberle?

A partir desta problematização, tem-se como objetivo geral analisar o Estado Constitucional Cooperativo proposto por Peter Haberle, destacando o comportamento do estado brasileiro diante desta nova conjectura, e especificamente: delimitar a atual amplitude normativa das cláusulas constitucionais de abertura à dimensão internacional pensadas pelo constituinte originário e derivado no Brasil (CF, arts. 5<sup>o</sup>, §§ 2<sup>o</sup> e 3<sup>o</sup>, respectivamente); analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que discute a relação entre os tratados internacionais e o direito interno; e, por fim, realizar uma análise comparativa entre as

---

<sup>2</sup> Art. 4<sup>o</sup>: (...) Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

<sup>3</sup> Art. 5<sup>o</sup>: (...)

§ 2<sup>o</sup> - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

cláusulas de abertura do Brasil e da Espanha.

Para tanto, será utilizado o método de abordagem dialético, fazendo, assim, uma análise do ordenamento de forma sistêmica, uma vez que uma lei não pode ser compreendida isoladamente, assim como a jurisprudência não pode ser analisada senão no decorrer do tempo, quando em movimento.

No que tange ao procedimento, será utilizado o método analítico-descritivo e o método correlacional. Àquele consiste em uma abordagem teórico-reflexiva dos conceitos de Estado constitucional cooperativo e Direito Constitucional Comum, propostos por Peter Häberle; enquanto este, busca realizar, de forma criteriosa, uma análise comparativa entre a experiência vivenciada pela Espanha no processo de integração europeia e o Brasil, que apesar de não está inserido em um processo de integração estatal tão intenso, abre o seu ordenamento jurídico a dimensão internacional.

## **2. O ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO**

O Estado Constitucional pode ser caracterizado como sendo um Estado que vive sob a égide do direito. Esta normatização dos direitos e garantias fundamentais encontra-se regulada por um documento que estabelece os fundamentos deste modelo de Estado, que se denomina Constituição.

Inicialmente, a estrutura do próprio Estado Constitucional estava voltada as suas relações internas, sendo as relações internacionais direcionadas ao campo político econômico, o que não reclamava uma normatização tão expressiva neste sentido, fato que pode explicar, inclusive, o número bem inferior de tratados internacionais multilaterais entre o século XVIII e XIX.

Todavia, após o advento da Segunda Guerra Mundial, os Estados Nacionais em formação constitucional, passaram a intensificar a interação estatal, por meio de blocos e comunidades transnacionais, no afã de fortalecer alianças econômicas, políticas e até culturais, em decorrência do processo de globalização que o mundo passava a experimentar, o qual o intercâmbio de informações, bens e pessoas aumentou de forma tal vertiginosa que as Nações precisavam se adaptar a nova conjuntura político-econômica internacional.

É neste sentido o entendimento do eminente jurista Peter Häberle (2001, p. 60), no que diz respeito às mudanças na relação espacial entre os Estados Constitucionais :

Sin embargo, a partir e 1989 es visible una comunidad de producción y recepción



mundial, que abarca a Europa oriental y partes da Asia, en la que los textos constitucionales, los paradigmas científicos, las resoluciones judiciales, se vuelven objeto de los “procesos de globalización”, es decir, son intercambiados y también “transformados”. Así, Italia discute actualmente em su sistema de coordenadas, como “regionalismo cooperativo”, elementos del “federalismo cooperativo”; de modo incorporó España, a partir de 1978, mucho de lo que había desarrollado en lo federalismo alemán.

Nesta seara surge um novo paradigma ao Direito Constitucional, vez que o Estado deixa de se preocupar exclusivamente com seu ordenamento e passa vivenciar uma interpenetração estatal pautada na cooperação internacional, dando lugar ao que Peter Hårbele chamou de Estado Constitucional Cooperativo.

Assim, o Estado Constitucional Cooperativo substitui o conceito tradicional de Estado Constitucional Nacional, entendido como Estado Constitucional democrático internamente, mas não cooperante no plano internacional. O Estado Constitucional Cooperativo não deixa de ser um Estado Nacional, mas ele agrega a essa estrutura elementos de abertura, cooperação e integração que descaracterizam o Estado Nacional como uma unidade fechada, centrada na soberania nacional (MALISKA, 2005, p. 63<sup>4</sup>).

Consoante Hårbele (2001, p. 68), os motivos que levaram à concepção de um Estado Constitucional Cooperativo são complexos, mas dois deles podem ser identificados de forma mais clara: o aspecto sociológico e o aspecto ideal-moral. Nas palavras do próprio autor:

Factor de destacado y motor de la tendencia hacia la cooperación es la interdependencia económica de los Estados (constitucionales). Si se puede decir que el “Estado europeo” viene de la economía, com mayor razón es esta válido para el Estado constitucional cooperativo, que es efecto de las interrelaciones económicas y es causa de éstas mismas. La actual globalización, intensifica estos procesos.

(...)

El trasfondo ideal-moral de la evolución hacia el Estado constitucional cooperativo solamente puede esbozado: es por un lado, resultado del estar constituido a través de los derechos fundamentales y humanos. La 'sociedad abierta' parece tal calificativo solamente si es una sociedade abierta lo internacional. Los derechos fundamentales y humanos remiten al Estado y a 'sus' ciudadanos también hacia lo 'otro', lo 'extraño', es decir, a outros Estados con sus sociedades y a los ciudadanos 'extranjeros'. El Estado constitucional cooperativo vive de necesidades de cooperación económica, social y humanitaria, así como, em lo antropológico, de la conciencia de la cooperación (internacionalización de la sociedad, de la red de datos, de a esfera o pública mundial, de las manifestaciones con temas de política exterior, de la legitimación proveniente del exterior, regionalmente: el espacio público europeo).

Desta feita, os contornos do Estado Constitucional Cooperativo pressupõe consequentemente o enfraquecimento da soberania estatal, bem assim uma prevalência do

<sup>4</sup> MALISKA, Marcos Augusto. A cooperação internacional para os direitos humanos entre o direito constitucional e o direito internacional. Desafios ao Estado Constitucional Cooperativo. In: **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC)**. Londrina: IDCC, p. 61, 2005.

direito comunitário em relação ao direito interno, já que se passa a permitir a transmissão de poderes soberanos a organizações e instituições supranacionais ou internacionais, assumindo uma perspectiva transnacional.

Nesse passo, com o escopo de sintetizar sua concepção sobre o modelo de Estado Constitucional Cooperativo, Peter Häberle (2001, p. 75) apresenta a imagem dos diversos Estados Constitucionais como sendo aqueles que *“no existen más 'para si', sino que de entrada constituyen una comunidad universal”*.

Não obstante, o autor (HÄRBELE, 2001, p. 74) adverte que, embora na perspectiva internacional a cooperação entre os Estados ocupe o lugar de mera coordenação e de simples ordenamento para a coexistência pacífica, ou seja, de uma limitação dos âmbitos de soberanias nacionais, no campo do Direito Constitucional Nacional, tal comportamento acarreta o enfraquecimento dos limites de atuação do próprio Estado, tendo, assim, como resultado a prevalência do direito comunitário sobre o interno. Ocorre que isso não significa que os Estados devem abdicar de sua identidade nacional e peculiaridades regionais em favor de uma ordem universal, mas sim buscarem uma aproximação entre as culturas.

Na verdade, o fato dos Estados Constitucionais estarem inseridos em um processo de cooperação, não apresenta um obstáculo para se expressarem juridicamente através de um sistema próprio, pois a natureza em comum dos Estados constitucionais proporciona o compartilhamento de uma série de valores, concepções e princípios — tais como os relativos à consagração dos direitos humanos e sua concreta garantia, o princípio democrático, o do Estado social de Direito — servindo, assim, de elemento cultural comum neste processo, o que favorece uma unidade na diversidade.

Häberle (2001, p. 163-164) ressalta a importância da abertura constitucional aos direitos humanos como uma consequência da própria evolução do Estado Constitucional Cooperativo, senão vejamos:

En la “ Internacional del Estado constitucional”, em la 'familia' de los Estados constitucionais, el intérprete de los derechos fundamentales tiene que tomar em consideración siempre los textos universales y regionales sobre os derechos humanos. La apertura de los contenidos y las dimensiones de los derechos fundamentales “havia fuera” es consecuencia de la evolución hacia el Estado constitucional cooperativo. De este modo surge una “comunidad de interpretación de los derechos fundamentales”. O bien: la sociedad abierta de los intérpretes de los derechos fundamentales se hace internacional, y se diferencia, inclusive de acuerdo com las convenciones regionales de derechos humanos (como la CEDH y la CE) y la afinidad cultural, por ejemplo, em los espacios europeo, latinoamericano o africano.

Destarte, quando os Estados reconhecem em seus ordenamentos normas internacionais sobre direitos humanos, ocorre uma comunicação entre a ordem interna e a comunidade internacional, tendo em vista que diversos Estados passam a dialogar entre si, a fim de conferir mais força à ideia de um Estado Constitucional Comum, em face da existência de interesses comuns.

Neste ínterim, embora a construção doutrina de Häberle esteja inequivocamente enraizada na experiência jurídica europeia não se pode desprezar que a realidade constitucional latino-americana tende a muitos dos pressupostos essenciais para sua concretização, pois, a despeito de não haver um processo de integração na América Latina com a mesma complexidade daquele engendrado na União Europeia, não se pode negar que muitos dos Estados latino-americanos se enquadram, sem maiores dificuldades, no conceito de Estado cooperativo, garantindo vias de abertura à interação com a comunidade internacional nas suas constituições, em especial concernente à proteção dos direitos humanos.

Por outro lado, a sugestiva ideia de um Direito Constitucional Comum Iberoamericano ampara-se, antes de tudo, na proximidade cultural entre os vários povos que eventualmente se vissem abarcados por ela, aspecto norteador da doutrina häberliana.

Em face do exposto, depreende-se que as bases do Estado Constitucional Cooperativo encontram substrato sólido no processo de integração europeu, o que afasta qualquer juízo de valor que conceba o Estado häberliano apenas como um ideal a ser alcançado e não uma realidade.

Assim, não se pode negar o seu caráter ainda incipiente, diante de postura de alguns Estados-Nações baseada em uma postura soberanista, como acontece com o Brasil, que embora possua normas que permitam o seu enquadramento no conceito de Estado Constitucional häberliano, apresenta um arcabouço jurisprudencial do Tribunal Constitucional pautado na supremacia da ordem interna, como forma de reafirma a soberania da estado brasileiro diante da comunidade internacional, o que só confirma o paradoxo existente entre as normas oriundas do texto constitucional e as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Constitucional.

### 3. ABERTURA CONSTITUCIONAL À DIMENSÃO INTERNACIONAL NO BRASIL

A ruptura das tradicionais premissas de organização dos Estados, diante da imperiosa necessidade de cooperação e integração internacional, suscitou a ideia do surgimento do Estado Constitucional Cooperativo pautado na cidadania universal, na multiplicidade de ordenamentos jurídicos, na necessidade de integração entre as Nações, propondo um redirecionamento no clássico conceito de soberania.

Neste contexto, a maioria das Constituições contemporâneas protege a cooperação internacional amistosa, no momento em que realizam alterações em seus textos pautado em uma visão globalizante, passando a internalizar normas de cunho comunitário, sendo essa abertura resultado do próprio desenvolvimento do Estado Constitucional Cooperativo, conforme já delineado no tópico anterior.

As mudanças ocorridas nas Constituições dos Estados estão quase sempre relacionadas à recepção dos tratados internacionais, que passaram a ser amplamente utilizados nesse processo de integração e cooperação estatal internacional, principalmente, no que diz respeito aos tratados internacionais sobre direitos humanos, diante da preocupação internacional de proteção da pessoa humana, além de ser um dos vetores do próprio Estado Cooperativo.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu texto originário já previa no parágrafo único do art. 4º que “ *A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações*”, o que demonstra uma clara opção do Constituinte Originário pela integração do Brasil em organismos supranacionais.

Com a introdução deste dispositivo na Carta Magna nacional, o Estado brasileiro, nos dizeres de Uadi Lammêgo (BULOS, 2010, p. 283), por determinação constitucional, ficou autorizado a se integrar em uma comunidade latino-americana de nações, no desiderato de estabelecer a homogeneidade entre os povos da América Latina, em relação à economia, à política, aos cultos, aos costumes, etc .

A segunda cláusula é aquela prevista no § 2º do art. 5º, ao estabelecer que os direitos e garantias expressos na Constituição brasileira “ *não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”.

É perceptível a relação entre as disposições do parágrafo único do art. 4º e o art. 5º, já

que este aprofunda o entendimento de que seria preciso viabilizar um mecanismo de abertura que proporcionasse uma atualização constante com a Comunidade Internacional no âmbito da proteção a direitos humanos.

Assim, o §2º do art. 5 da Constituição Federal de 1988 representa uma norma típica do Estado cooperativo háberliano, haja vista que esta disposição busca não só melhorar juridico-politicamente a comunidade de nações, mas também permite que o Estado brasileiro seja beneficiado pela comunidade internacional.

Por outro lado, o grande mérito do art. 5º, § 2º da Constituição brasileira, apresentava, simultaneamente, sua maior falha; isto porque sua redação deixava claro que tratados e convenções sobre direitos humanos poderiam manifestar caráter constitucional ao revelar direitos e garantias que não estivessem expressos na Carta de 1988.

Porém, o Constituinte falhara ao hesitar na complementação lógica deste dispositivo que sobreviria com a previsão de um processo de assimilação de tais tratados ou convenções que traduzissem uma natureza constitucional no plano interno, o que trouxe à tona uma discussão doutrinária sobre a temática, já que parte da doutrina acreditava que a norma carecia de complementação, uma vez que não havia qualquer previsão do procedimento de assimilação das normas dos tratados internacionais no Brasil, e outra defendia a ideia da existência do bloco de constitucionalidade, em que as normas oriundas da Constituição e dos tratados internacionais sobre direitos humanos estariam no mesmo plano normativo.

Discorrendo sobre o tema, o professor Hugo César Araújo de Gusmão<sup>5</sup> afirmou que a previsão do art. 5º, § 2º da CF/88, embora avançada, conflitava com uma rigidez constitucional que não contemplava a hipótese de inserção, em nível constitucional, de normas advindas de tratados internacionais, juntamente com as singelas referências constitucionais ao rito de celebração e referendo de tais instrumentos, respectivamente pelo Presidente da República e a Câmara dos Deputados.

Conforme o entendimento do aludido professor, o Supremo Tribunal Federal, confirmou em seus acórdãos a soberania nacional frente ao conteúdo mais libertário constante de um tratado internacional, deixando praticamente inaplicável as disposições deste dispositivo constitucional.

Na defesa do bloco de constitucionalidade, Flávia Piovesan e Antônio Cançado Trintade, entendem que §2º do art. 5º da Constituição garante caráter constitucional aos

<sup>5</sup> GUSMÃO, Hugo César Araújo de. **Poder Constituinte: uma categoria ainda válida em nossos dias?** Revista Brasileira de Direito Constitucional, n.6, p. 97/118, 2005.

tratados que versem sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. Nesse passo, Flávia Piovesan (2006, p. 182) expressa seu pensamento:

A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988, esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional. É nesse contexto que há de se interpretar o disposto no art. 5º, § 2º do texto, que tece a interação entre o Direito brasileiro e os tratados internacionais de direitos humanos. Ao fim da extensa Declaração de Direitos enunciada pelo art. 5º, a Carta de 1988 estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. À luz desse dispositivo constitucional, os direitos fundamentais podem ser organizados em três distintos grupos: a) o dos direitos expressos na Constituição; b) o dos direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta constitucional; e c) o dos direitos expressos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil. A Constituição de 1988 inova, assim, ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. **Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja, a de norma constitucional. Essa conclusão advém de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. A esse raciocínio se acrescentam o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais e a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais, o que justifica estender aos direitos enunciados em tratados o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais.** Essa conclusão decorre também do processo de globalização, que propicia e estimula a abertura da Constituição à normação internacional — abertura que resulta na ampliação do “bloco de constitucionalidade”, que passa a incorporar preceitos asseguradores de direitos fundamentais. (grifo nosso)

Apesar dos argumentos expedidos por esta corrente que atribui o caráter de norma constitucional aos tratados internacionais, prevaleceu o entendimento de que estes, quando versarem sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil possuíam hierarquia de leis ordinárias, já que tais acordos não estavam dotados da devida legitimidade para confrontar nem para complementar o preceituado pela Constituição Federal em matéria de direitos fundamentais.

Neste mesmo sentido foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que de 1977 a 2008 manifestava o posicionamento majoritário de que tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos incorporavam-se à ordem jurídica brasileira na qualidade de atos normativos infraconstitucionais, isto é, como leis ordinárias, sendo portanto aplicável o princípio *lex posterior derogat legi priori* que seja com ela incompatível.

Em 2004, a Emenda Constitucional nº 45 trouxe como uma de suas alterações a incorporação do § 3º ao art. 5º, com a seguinte disciplina: *“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”*.

Com a introdução deste novo dispositivo na Carta Magna brasileira houve um reconhecimento formal de uma realidade que já existia antes de seu próprio advento, a natureza materialmente constitucional dos tratados e convenções de direitos humanos, contemplados no §2º do art. 5º.

Discorrendo sobre o tema, o doutrinador Celso Lafer (p. 16, 2005) esclarece que o novo parágrafo 3º do art. 5º pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo parágrafo 2º do art. 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que pré-existe, ao clarificar a lei existente.

Noutra vertente, há uma corrente doutrinária que ressalta que em sistemas regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento, como ocorre no Brasil, o entendimento da constitucionalidade dos tratados sobre direitos humanos sem a adoção de qualquer controle poderia anular a possibilidade do controle da constitucionalidade desses diplomas normativos.

Além disso, como a expressão direitos humanos é muito ampla, poderia haver uma abertura prejudicial do ordenamento interno a normas não tipicamente protetoras da pessoa humana, alheia ao controle da ordem constitucional interna, conforme traz o Ministro Gilmar Mendes (2010, p. 423):

A sempre possível ampliação inadequada dos sentidos possíveis da expressão “direitos humanos” poderia abrir uma via perigosa para uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna. O risco de normatizações camufladas seria permanente.

A equiparação entre o tratado e Constituição, portanto, esbarraria já na própria competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal para exercer o controle da regularidade formal e do conteúdo material desses diplomas internacionais em face da ordem constitucional nacional.

Ressalta-se, porém, que na medida em que esse tipo de controle possa ser exercido, não se podem olvidar as possíveis repercussões de uma declaração de inconstitucionalidade no âmbito do Direito Internacional.

Assim, diante dos imperativos que a nova ordem internacional impõe ao Estado e a consequente necessidade de resguardar a ordem interna, os Estados Constitucionais estão

inseridos em uma profunda revisão de sua jurisprudência como forma de conciliar a cooperação com a manutenção da supremacia constitucional, até por que o Estado hãrbeliano não pressupõe a negação das particularidades de cada Estado, mas preza pela busca de características comuns por meio da cultura que possam fomentar o dialogo entre os diversos ordenamentos, e logicamente favorecer a cooperação.

#### **4. A TRAJETÓRIA JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A RELAÇÃO ENTRE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS TRATADOS INTERNACIONAIS**

Em decorrência do novo modelo de Estado em que a interpenetração estatal e a cooperação são características marcantes, o direito passa por uma reformulação, principalmente no que concerne a recepção de normas internacionais no ordenamento interno.

Isso se deve ao fato de que com a integração maior entre as Nações, o disciplinamento destas relações passou ocorrer por meio de tratados e convenções internacionais, como forma de facilitar e uniformizar o tratamento sobre diversos assuntos, especialmente no que concerne à proteção dos direitos humanos.

No momento em que a sociedade contemporânea se depara com esses novos problemas provenientes da globalização, bem como dos fenômenos da internacionalização dos direitos, torna-se imperioso avaliar este fenômeno não apenas sob a perspectiva da incorporação das normas internacionais pelo ordenamento jurídico interno, mas, principalmente, sob a percepção de como os Estados têm assimilado o processo de cooperação, em especial como as Cortes Constitucionais tem se posicionado frente a esses novos fatos sociais.

Assim, a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é um importante indicativo para saber como o Brasil tem se comportado diante da premente necessidade de cooperação e aplicação de normas internacionais no direito pátrio, bem como na defesa da supremacia da Constituição, já que através de cláusulas de abertura permitiram que tratados internacionais pudessem inclusive alterar seus dispositivos, conforme se infere da leitura do § 3º do art. 5 da CF/88.

No Brasil, o tema da hierarquia normativa dos tratados internacionais no direito interno vem sendo discutido há mais de trinta anos, o que tem levado o Supremo Tribunal Federal a emitir importantes decisões que trazem consigo a evolução do direito constitucional, demonstrando a postura do país diante dos imperativos do Estado Constitucional Cooperativo.



Fazendo-se uma breve análise da jurisprudência, verificou-se que durante algumas décadas, o Supremo Tribunal Federal, adotou a tese do primado do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional, posicionamento que foi modificado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004/1977, momento em que se discutia a validade de uma lei interna que contrariava uma convenção internacional anterior a sua promulgação.

Neste julgamento, o STF firmou o entendimento de que os tratados internacionais estão em paridade com a lei federal, apresentando a mesma hierarquia que esta, por consequência, um eventual conflito entre ambos deveria ser resolvido pelo princípio segundo o qual a norma posterior revoga a norma anterior com ela incompatível.

Na verdade, o entendimento que prevaleceu na Corte foi o exposto no voto do ministro Leitão de Abreu, que afirmou que a lei posterior não revoga em sentido técnico o tratado, senão lhe afasta a aplicação, senão vejamos:

(...)Como autorização dessa natureza, segundo entendo, não figura em nosso direito positivo, pois a Constituição não atribui ao judiciário competência, seja para negar aplicação a leis que contradigam tratado internacional, seja para anular, no mesmo caso, tais leis, a consequência, que me parece inevitável, é que os tribunais estão obrigados, na falta de título jurídico para proceder de outro modo, a aplicar as leis incriminadoras de incompatibilidade com o tratado. Não se diga isso equivalente a admitir que a lei posterior ao tratado e com ele incompatível reveste eficácia revogatória deste, aplicando-se, assim, para dirimir o conflito, o princípio *lex posterior derogat priori*. A orientação, que defendo, não chega a esse resultado, pois fiel à regra de que o tratado possui forma de revogação própria, naga que este seja, em sentido próprio, revogado pela lei. Conquanto não revogado pela lei que o contradiga, a incidência das normas jurídicas constantes dos tratados é obstada pela aplicação, que os tribunais são obrigados a fazer, das normas legais com aqueles conflitantes. Logo a lei posterior, em tal caso, não revoga, em sentido técnico, o tratado, senão lhe afasta a aplicação.

Faz-se mister destacar que esse foi um entendimento inovador do Supremo Tribunal Federal na época, uma vez que se considerou a paridade normativa dos tratados internacionais com a lei ordinária, o que veio tornar a diretriz para as decisões subsequentes, podendo ser considerado como um *leading case* da jurisprudência brasileira, pois a partir deste julgamento inaugurava-se uma nova linha jurisprudencial sobre a matéria.

Essa posição da Corte Constitucional brasileira foi muito criticada pela doutrina, pois esta considerava que equiparar os tratados a lei federal era um retrocesso diante do novo cenário mundial que vinha se consolidando; neste mesmo sentido, Celso D. Albuquerque Mello (2003, p. 240) afirma :

A tendência mais recente no Brasil é a de um verdadeiro retrocesso nesta matéria. No recurso extraordinário n. 80.004, decidido em 1977, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que uma lei revoga o tratado anterior. Esta decisão viola também a

Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969) que não admite o término de tratado por mudança de direito superveniente.

Posteriormente, em 1995, já sob a égide da Constituição de 1988 em que o Estado brasileiro ainda que timidamente já previa cláusulas de abertura à dimensão internacional, o plenário do STF analisou o HC nº 72.131 – RJ e reafirmou o entendimento de que os diplomas normativos de caráter internacional adentram o ordenamento jurídico interno no patamar da legislação ordinária e que eventuais conflitos normativos resolvem-se pela *lex posterior derogat legi priori*<sup>6</sup>. Neste julgamento, cumpre destacar o voto do Ministro Celso de Mello, que apresentou argumentos pautados na soberania estatal frente ao direito internacional:

inexiste, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que a ordem normativa externa não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República. (...) **a ordem constitucional vigente no Brasil não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante convenção internacional, ter-se-ia interditado a possibilidade de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada expressamente pela própria Constituição da República.** A circunstância do Brasil haver aderido ao Pacto de São José da Costa Rica — cuja posição, no plano da hierarquia das fontes jurídicas, situa-se no mesmo nível de eficácia e autoridade das leis ordinárias internas — não impede que o Congresso Nacional, em tema de prisão civil por dívida, aprove legislação comum instituidora desse meio excepcional de coerção processual (...). **Os tratados internacionais não podem transgredir a normatividade emergente da Constituição, pois, além de não disporem de autoridade para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais, não possuem força para conter ou para delimitar a esfera de abrangência normativa dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental.** (...) Parece-me irrecusável, no exame da questão concernente à primazia das normas de direito internacional público sobre a legislação interna ou doméstica do Estado brasileiro, que não cabe atribuir, por efeito do que prescreve o art. 5º, parágrafo 2º, da Carta Política, um inexistente grau hierárquico das convenções internacionais sobre o direito positivo interno vigente no Brasil, especialmente sobre as prescrições fundadas em texto constitucional, sob pena de essa interpretação inviabilizar, com manifesta ofensa à supremacia da Constituição — que expressamente autoriza a instituição da prisão civil por dívida em duas hipóteses extraordinárias (CF, art. 5º, LXVII) — o próprio exercício, pelo Congresso Nacional, de sua típica atividade político-jurídica consistente no desempenho da função de legislar. (...) **A indiscutível supremacia da ordem constitucional brasileira sobre os tratados internacionais, além de traduzir um imperativo que decorre de nossa própria Constituição (art. 102, III, b), reflete o sistema que, com algumas poucas exceções, tem prevalecido no plano do direito comparado.** (grifo nosso)

Da análise do excerto supracitado, vê-se que esse julgamento confirmou uma posição conservadora e distanciada da própria interpretação do texto constitucional, já que o § 2º do

<sup>6</sup> A tese da paridade normativa dos tratados internacionais com a legislação ordinária foi reafirmada em julgados posteriores: RE 206.482/SP, julgado em 1998; HC 81.319-4/GO, julgado em 2002; HC 77.053-1/SP, julgado em 1998; HC 79.870-5/SP, julgado em 2000; RE 282.644-8/RJ, julgado em 2001.

art. 5º, trazia expressa autorização para que tratados sobre direitos humanos estivessem *status* constitucional.

O tribunal continuou com um entendimento ainda pautado na visão clássica do Estado Constitucional sem, contudo, levar em consideração a necessidade de cooperação e a nova ordem constitucional que inegavelmente traziam cláusulas de abertura à dimensão internacional.

Depois do acréscimo do § 3º ao art. 5º da CF/88, por meio da Emenda Constitucional nº45/2004, a Corte Constitucional brasileira voltou a discutir sobre a hierarquia normativa dos tratados internacionais no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343 de 22 de novembro de 2006, momento em que a antiga jurisprudência sobre tema foi totalmente modificada.

O voto basilar desse novo entendimento foi do Min. Gilmar Mendes que enfrentou a questão da tensão entre normas internacionais e normas internas desde logo, afirmando que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil são dotados de natureza jurídica supralegal, com o condão de revogar a legislação infraconstitucional com eles incompatível, não importando se tal legislação é anterior ou posterior ao ato de ratificação. Cumpre, assim, trazer à baila alguns trechos desse voto:

(...) a reforma acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico. (...) a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE n. 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1.6.1977; DJ 29.12.1977) e encontra respaldo em largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988. (...) Tudo indica, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente. (...) Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional. É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano. (...) Deixo acentuado, também, que a evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição constitucional. (...) Tenho certeza de que o espírito desta Corte, hoje, mais que nunca, está preparado para essa atualização jurisprudencial.

Apesar de alguns votos em sentido contrário, a decisão do recurso extraordinário em questão reconheceu supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos, em que pese existir uma linha entendendo como materialmente constitucionais, o que claramente se coaduna mais com o modelo do Estado Cooperativo.

Neste limiar, apesar de majoritária a tese da supralegalidade, existe uma corrente no STF defendendo a constitucionalidade dos tratados sobre direitos humanos que ganhou força na apreciação do *Habeas Corpus* nº 87.585-8, em 12 de março de 2008, em que se discutia mais uma vez a aplicabilidade do instituto do depositário infiel em confronto com o Tratado de San Jose da Costa Rica.

No referido julgamento, o Ministro Celso de Mello afirmou que após reflexão em torno dos fundamentos e critérios que lhe orientaram em julgamentos anteriores, o seu posicionamento evoluiu no sentido de atribuir, aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos o *status* de norma constitucional, nos termos a seguir expostos:

Após longa reflexão sobre o tema, (...), julguei necessário reavaliar certas formulações e premissas teóricas que me conduziram a conferir aos tratados internacionais em geral (qualquer que fosse a matéria neles veiculadas), posição juridicamente equivalente à das leis ordinárias. As razões invocadas neste julgamento, no entanto, convencem-me da necessidade de se distinguir, para efeito de definição de sua posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre as convenções internacionais sobre direitos humanos (revestidas de "supralegalidade", como sustenta o eminente Ministro Gilmar Mendes, ou impregnadas de natureza constitucional, como me inclino a reconhecer) e tratados internacionais sobre as demais matérias (compreendidos estes numa estrita perspectiva de paridade normativa com as leis ordinárias). (...) Tenho para mim que uma abordagem hermenêutica fundada em premissas axiológicas que dão significativo realce e expressão ao valor ético-jurídico -- constitucionalmente consagrado (CF, art.4º, II) -- da "prevalência dos direitos humanos" permitirá, a esta Suprema Corte, rever a sua posição jurisprudencial quanto ao relevantíssimo papel, à influência e à eficácia (derrogatória e inibitória) das convenções internacionais sobre direitos humanos no plano doméstico e infraconstitucional do ordenamento positivo do Estado brasileiro. (...) Em decorrência dessa reforma constitucional, e ressalvadas as hipóteses a ela anteriores (considerado, quanto a estas, o disposto no parágrafo 2º do art.5º da Constituição), tornou-se possível, agora, atribuir, formal e materialmente, às convenções internacionais sobre direitos humanos, hierarquia jurídico-constitucional, desde que observado, quanto ao processo de incorporação de tais convenções, o "iter" procedimental concernente ao rito de apreciação e de aprovação das propostas de Emenda à Constituição, consoante prescreve o parágrafo 3º do art.5º da Constituição (...). É preciso ressaltar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC n.45/2004, pois, quanto a elas, incide o parágrafo 2º do art.5º da Constituição, que lhe confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de bloco de constitucionalidade.

Divergindo desta linha doutrinária, o Ministro Gilmar Mendes reafirmou o caráter supralegal dos tratados internacionais admitindo que tais normas têm posição especial no ordenamento interno, pois estão em posição intermediária entre a Constituição e as normas infraconstitucionais.

Nesta mesma linha de pensamento, o Ministro Menezes Direito enfatiza que o sistema

jurídico brasileiro é fundamentado no princípio da supremacia formal e material da Constituição, em face desta diretriz torna-se dificultoso aceitar a tese da constitucionalidade material das normas internacionais e que qualquer entendimento diverso anularia a própria possibilidade do controle de constitucionalidade desses diplomas constitucionais.

Alega ainda que a hierarquia especial e simultaneamente infraconstitucional aos tratados, advertindo ainda que o legislador pode muito bem socorrer-se do §3º do art. 5º, CF/88 para elevar a hierarquia destas normas internacionais ao plano constitucional, já que este dispositivo equipara as emendas constitucionais quando observado o quórum qualificado de aprovação.

Além disso, conferir hierarquia constitucional as normas internacionais propiciaria ainda o surgimento de dúvidas acerca da possibilidade de aplicação do controle de constitucionalidade aos tratados, correndo o risco, inclusive, de ser incorporada ao texto constitucional uma norma contrária à própria Constituição.

Verifica-se que até este momento o posicionamento do STF se direciona ao sentido da supralegalidade das normas contidas nos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos não submetidos ao procedimento especial de aprovação previsto no art.5º, §3º da CF/88.

Partindo-se desta premissa um tratado internacional, em conformidade com o § 2º, do art. 5º da CF/88 prevalece como norma supralegal, em posição intermediária, na ordem interna e não como norma constitucional, pois lhe falta o rito exigido pelo §3º do art. 5º, CF/88. Esse lugar específico no ordenamento, que posiciona a norma internacional abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna, pode tornar inaplicável a legislação infraconstitucional que conflite com ela, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação do tratado.

Neste julgado, pode-se observar que os ministros do STF mostram-se ainda temerosos em aceitar a tese da materialidade constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos por acreditar que isso afronta a supremacia da Constituição no ordenamento interno, o que denota uma concepção pautada no conceito de soberania, no seus moldes clássicos.

Em 2009, no julgamento do *Habeas Corpus* 92.566/SP firmou-se o entendimento de que não mais subsiste no Brasil a prisão civil por dívida e introduziu-se o entendimento da constitucionalidade dos tratados, tal decisão acompanha a doutrina majoritária que amplamente acolhe o entendimento da primazia da norma mais favorável à pessoa humana, para dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica.

Inclusive, posteriormente, em 16 de dezembro de 2009, o STF editou a súmula vinculante nº 25, segundo a qual “*é ilícito a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito*”.

Apoiando-se no § 2º do art. 5º da CF/88 e na doutrina, o Min. Celso de Mello, faz uso do conceito do bloco de constitucionalidade para levar ao entendimento da constitucionalidade material dos tratados internacionais de forma que através da adoção de princípios constitucionais, mesmo que externos, o Poder Judiciário posicione-se como real garantidor das liberdades individuais, assegurando os direitos fundamentais contidos nos tratados internacionais assinados pelo Brasil.

Adentrando no tema da hierarquia dos tratados no ordenamento pátrio, o Ministro qualifica o referido tratado como “*peça complementar no processo de tutela das liberdades públicas fundamentais.*” Sendo assim, o processo hermenêutico a ser utilizado quando do confronto de leis internas e os tratados de direitos humanos será o de dar prevalência a norma que for mais favorável a pessoa humana, único meio possível a viabilizar a preservação da sua dignidade, que permite extrair a máxima eficácia tanto da norma internacional, quando da norma constitucional viabilizando o acesso aos indivíduos mais vulneráveis a um processo institucionalizado de proteção das liberdades fundamentais.

Nesta perspectiva, para o Ministro Celso de Mello se apóia na sólida fundamentação da doutrina que acolhe as normas contidas nos tratados internacionais como normas materialmente constitucionais, devido ao conceito já amplamente aceito de bloco de constitucionalidade, em que se adiciona à Constituição princípios consagrados, mas que não estão previstos em seu texto.

Quanto aos tratados que se situam nesse período entre a Constituição de 1988 e a EC 45/2004, observa-se que o art. 5º, § 2º da CF/88 traz uma cláusula geral de recepção que autoriza o reconhecimento de que os tratados de direitos humanos engendrados nesse lapso temporal possuem natureza constitucional, pois viabiliza a incorporação ao catálogo constitucional de normas garantidoras das liberdades fundamentais, integrando o bloco de constitucionalidade.

O novo entendimento prega uma noção de Constituição que está sendo reinterpretada pelos Tribunais de forma a dar espaço à incorporação de novas situações sociais protegendo o indivíduo e resguardando os seus direitos fundamentais.

Da análise jurisprudencial do STF pode-se observar que o posicionamento desta Corte não é firme, apesar de ter prevalecido por cerca de 30 trinta anos, o entendimento da paridade

normativa dos tratados internacionais com as leis ordinárias, enfatizando a total primazia da Constituição Federal, tendo como paradigma o RE nº. 80.004/SE de 1977.

No mesmo instante em que o STF rompe com o entendimento estabelecido em 1977 e inova concluindo pela supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos, surgem, nos mesmos processos, linhas divergentes e revolucionárias afirmando que esses tratados e a Constituição permanece no mesmo nível hierárquico. Em virtude disso, os tratados que versam sobre direitos humanos passam a integrar o bloco de constitucionalidade, admitindo-se a sua natureza constitucional.

Diante do contexto, o que se pode observar é a rápida evolução nos conceitos e entendimentos estabelecidos nas decisões do STF, pois desde 2008 direciona-se pelo reconhecimento do bloco de constitucionalidade, não se podendo, desta forma, falar em entendimento consolidado, menos ainda em um *leading case*, uma vez que o caso paradigmático de 1977 foi rompido, e, por sua vez, o entendimento da supralegalidade dos tratados também não é um posicionamento uniforme na jurisprudência, não sendo seguida por todos os ministros, destacando-se as linhas inovadoras que prezam pela natureza constitucional destes tratados defendidos pelos ministros Celso de Mello, Cezar Peluzo, Ellen Gracie e Eros Grau, enquanto os ministros Joaquim Barbosa<sup>7</sup> e Marco Aurélio deliberadamente julgaram ser desnecessário o enfrentamento desta questão para chegarem a conclusão em torno da inaplicabilidade da prisão civil do depositário infiel.

Impende registrar, contudo, que o Supremo Tribunal Federal sinaliza a possibilidade de, tão-logo enfrente novamente a questão sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos internalizados anteriormente à EC n.º45/2004, promova nova mudança jurisprudencial, para abraçar a tese da constitucionalidade (PRADO, 2010).

Como podemos observar no próprio debate entre os ministros do STF, a partir da edição do §. 3º, art. 5º, CF/88, devemos considerar, ainda que remota, uma abertura no nosso ordenamento a uma nova modalidade de reforma constitucional, ensejada pelo conceito de bloco de constitucionalidade e provocada pela inserção no texto constitucional de normas

<sup>7</sup> Cumpre destacar que o Ministro Joaquim Barbosa ao apreciar o AgR nº 601.832/SP, em 17/03/2009, manifestou-se a favor da tese da constitucionalidade dos tratados anteriores à EC 45/2004. Na oportunidade, tratando sobre o Pacto de San José da Costa Rica, assentou: “Na seqüência, também utilizei como fundamento para negar seguimento ao agravo a **orientação jurisprudencial ainda dominante neste Tribunal acerca do tema do duplo grau de jurisdição**, em matéria de competência originária dos Tribunais [...], em data anterior à promulgação da Emenda Constitucional 45/04. Naquela ocasião, deve-se registrar, este Tribunal entendia que as Convenções Internacionais possuíam força de lei ordinária, tão-somente. Com efeito, após o advento da Emenda Constitucional 45/04, consoante redação dada ao § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, passou-se a atribuir às convenções internacionais sobre direitos humanos **hierarquia constitucional** [...]. Desse modo, a Corte deve **evoluir** do entendimento então prevalecente à época do julgado aludido, **para reconhecer a hierarquia constitucional da Convenção**”.

internacionais com o condão de, inclusive, paralisar a eficácia da norma hierarquicamente constitucional, tendo em vista que tal entendimento traz como seu principal argumento, a aplicação da norma mais benéfica ao cidadão em um contexto de garantias fundamentais para a consecução dos direitos humanos universais.

A aceitação da tese do bloco de constitucionalidade não é majoritária na doutrina nem no próprio STF, já que ao acolher esta teoria torna-se forçoso reconhecer a materialidade constitucional das normas de tratados internacionais, o que para alguns estudiosos significaria um abalo na rigidez e supremacia da Constituição.

Não é desarrazoada a preocupação dos ministros do STF em garantir a supremacia da Constituição, pelo contrário é bem vinda e deve ser observada nas relações em que o país vem travando no plano internacional, até como forma de preservar o núcleo intangível da Carta Magna.

Todavia, essa proteção pode se dar com a aplicação de forma plena do art. 5º, §2º da CF/88, permitindo que normas internacionais sobre direitos humanos possam adentrar no ordenamento jurídico pátrio com a hierarquia de norma constitucional, o que decorre do próprio entendimento da Constituição Federal de 1988 e da melhor doutrina que a muito tempo reclama uma posição do STF que se coadune com os novos imperativos da ordem internacional.

Além disso, com a adoção da tese da supralegalidade, o STF, de forma conservadora interpretou o texto constitucional, reafirmando a impossibilidade de se integrar textos de tratados internacionais de direitos humanos ao ordenamento jurídico pátrio com o status de norma constitucional, preferindo adotar um meio termo, em que em nada resolveu o problema, haja vista que apenas determinou que um tratado sobre direitos humanos estaria em abaixo da Constituição e em nível superior à legislação infraconstitucional conferindo efeito paralisante sobre qualquer norma contrária ao seu conteúdo.

Como no caso do depositário infiel, a norma constitucional carecia de complementação legislativa, ficou resolvido o problema da contradição entre o Pacto de San Jose da Costa Rica e a Carta Magna, mas e se houver uma contradição entre um tratado internacional sobre direitos humanos e uma norma de eficácia plena? Pode-se perceber, assim, que a tese da supralegalidade não encerrou a celeuma, apenas adiou a discussão.

Os ministros da Corte Constitucional podem, inclusive, voltar a tratar sobre esse tema em poucos dias, haja vista que o Brasil assinou a Convenção da Organização Internacional do Trabalho nº 100 que estende aos empregados domésticos todos os direitos inerentes aos



outros trabalhadores, o que confronta com o parágrafo único do art. 7º da CF/88, e consequentemente trará muita controvérsia, principalmente porque modifica de forma substancial o pacto laboral dos empregados/empregadores domésticos.

## 5. O PROCESSO DE INTEGRAÇÃO NA ESPANHA

Como foi possível observar, o STF ainda possui uma postura baseada na soberania estatal frente ao cenário internacional, e esse fato fica evidente quando alguns ministros rejeitam a possibilidade de aceitação das normas oriundas de tratados internacionais em matéria de direitos humanos com *status* de norma constitucional, sob a alegação de que o ordenamento jurídico pátrio está pautado no princípio da supremacia formal da Constituição, não podendo uma norma internacional afrontar a Lei Fundamental do Estado.

Embora ultrapassado, o receio que a Corte Constitucional brasileira apresenta foi o que muitos países europeus vivenciaram no processo de integração europeia, vez que a interpenetração na União Europeia é tão intensa que as fronteiras estatais passaram gradativamente a desaparecer, forçando os Estados a discutissem formas de continuar inseridos na comunidade europeia sem que isso importasse necessariamente uma negação de sua própria identidade.

Dessa forma, muitos Estados europeus, a exemplo da Espanha, buscaram mecanismos de recepcionar as normas internacionais e propiciar o diálogo entre os tribunais supraestatais sem que houvesse uma derrogação do texto constitucional e consequentemente um rompimento da vontade constituinte que o gerou.

Assim, a análise da experiência espanhola é extremamente importante, porque, embora o Brasil apresente cláusulas de abertura à dimensão internacional que possibilitem a cooperação com a comunidade internacional, não dispõe de mecanismos de proteção da ordem constitucional, sem que isso importe violação do compromisso internacional assumido, já que no ordenamento jurídico pátrio os tratados internacionais só são passíveis de controle de constitucionalidade repressivo, diferentemente da Espanha que apesar de vivenciar um contexto de intensa integração, apresenta mecanismos aptos a controlar a constitucionalidade dos tratados no âmbito interno e preservar a supremacia constitucional diante da integração internacional.

Da leitura da doutrina de Peter Häberle, vê-se que o processo de integração europeia só foi possível porque existem cláusulas de abertura à dimensão internacional nas

Constituições dos Estados membros que possibilitam a abertura dos ordenamentos jurídicos à Comunidade Europeia, fato esse também vivenciado na Espanha, tal como elenca o art. 93 de sua Constituição, que dispõe sobre a transferência de competências internas para comunidades supraestatais, senão vejamos:

**Art. 93.** Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.

Frente a essa nova conjuntura política da Europa diante do processo de integração e como forma de evitar possíveis conflitos entre a Constituição e os tratados internacionais firmados em decorrência deste processo, o ordenamento jurídico espanhol prevê a possibilidade de controle de constitucionalidade prévio dos tratados internacionais, que tem como finalidade obter uma declaração do Tribunal Constitucional acerca da contradição ou não entre um tratado elaborado, mas ainda não firmado, e a Constituição nacional.

Verifica-se do art. 95 da Constituição espanhola, que não se admite a ratificação de um tratado com o conteúdo contrário ao texto constitucional, sendo necessário que haja uma prévia conformação do texto constitucional a um conteúdo possivelmente contrário de um tratado:

**Art. 95:**

1. **La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.**
2. El gobierno o cualquiera de las Camaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esta contradicción (grifos nosso)

Nestes termos, o controle prévio de constitucionalidade realizado pela Espanha caracteriza-se como uma modalidade de controle jurisdicional concentrado de constitucionalidade dos tratados internacionais, que tem caráter declaratório e abstrato exercido pelo Tribunal Constitucional, apresentando, segundo López Guerra (2007, p. 271), as seguintes características:

El control previo de tratados posee una configuración particular, distinta del resto de los procesos constitucionales. Ello es así porque su objeto no es, o no tiene porqué ser, exactamente impugnatorio; más bien es de naturaleza consultiva puesto que de lo que se trata es de comprobar si existe obstáculo constitucional a la prestación del consentimiento a un tratado internacional, aunque la decisión sea vinculante. En dicho juicio, en todo caso, el Tribunal Constitucional, como en el resto de sus competencias, actúa sometido exclusivamente a la Constitución (DTC 1/1992, caso Tratado de la Unión Europea)".

A finalidade dessa modalidade de controle é evitar as consequências que o controle posterior acarreta para a estabilidade dos compromissos internacionais, já que caso o Estado não cumpra o que fora pactuado, estará sujeito às sanções internacionais, motivo pelo qual as Cortes Constitucionais evitam declarar a institucionalidade de atos normativos internacionais, como ratificou o Tribunal Constitucional da Espanha:

Aunque aquella supremacía queda en todo asegurada por la posibilidad de impugnar (arts. 27.2 c, 31 y 32.1 LOTC) o cuestionar (art. 35 LOTC) la constitucionalidad de los tratados una vez que formen parte del ordenamiento interno, es evidente la perturbación que, para la política exterior y las relaciones internacionales del Estado, implicaría la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma pactuada.

É nesse contexto que se impõe a necessidade de utilização de um controle prévio, o qual pode impedir a ratificação de tratado, de maneira a oferecer ao Poder Executivo possibilidades de renegociação, aceitação com reservas, ao até mesmo reforma da Constituição.

Assim, a análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol tem a finalidade de observar a evolução do conteúdo da doutrina dos limites constitucionais internos ao processo de integração comunitária, avaliando em que medida esta experiência estrangeira poderia ser transposta para a realidade jurídica brasileira.

A primeira manifestação do Tribunal Constitucional Espanhol (TCE) no que concerne a relação entre o direito comunitário e a Constituição foi a Sentença nº 28/1991 proferida, no Recurso de Inconstitucionalidade nº 852/1987, que resolveu um recurso de inconstitucionalidade interposto pelo Parlamento Vasco, contra preceitos da lei relativa a eleição ao Parlamento Europeu, estabelecendo, *in verbis*:

España se halla vinculada al derecho de las Comunidades europeas, originario y derivado, que constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales. (...) sin que ello signifique que por mor del artículo 93 se haya dotado a las normas del derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales ni quiere, en modo alguno, decir que la eventual infracción de aquellas normas por una disposición española entrañe necesariamente a la vez conculcación del Art. 93 de la Constitución.

Por meio desta decisão, o TCE nega que por meio das disposições do art. 93 da Carta Magna da Espanha, que as normas de direito comunitário tenham adquirido *status* de normas constitucionais. Assim, havendo uma contradição entre os tratados e normas infraconstitucionais posteriores, essa questão não afeta a constitucionalidade destas últimas, já

que os tratados não gozam de hierarquia constitucional.

Declarou ainda que a controvérsia sobre qual a norma deveria ser aplicada a um caso concreto, era uma questão que competia aos órgãos judiciais ordinários, senão vejamos:

(...) la eventual infracción de la legislación comunitaria europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores no convierte em litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas infraconstitucionales que há de resolverse em el ámbito de la legislación ordinaria.

Posteriormente, com a assinatura do Tratado de Maastricht que concedia aos cidadãos da União que residissem em um Estado membro distinto de sua nacionalidade o direito de votar e ser votado nas eleições municipais do Estado de sua residência, ao tempo em que a Constituição espanhola só admitia a possibilidade dos estrangeiros votarem nas eleições municipais, estando, portanto, excluído o sufrágio passivo para os estrangeiros, a Corte Constitucional espanhola voltou a manifestar-se sobre o tema.

Antes de submeter a questão ao TCE, o Ministério das Relações Exteriores solicitou uma consulta ao Conselho do Estado, órgão consultivo do Governo, sobre a compatibilidade do Tratado de Maastricht e a Constituição, tendo este Conselho na oportunidade manifestado favorável a celebração do tratado, sob a seguinte justificativa:

Es cierto que la virtualidad del artículo 93 tiene sus límites; pero esos límites no deducen de la fórmula literal que dicho precepto emplea, ni dependen tampoco de la caracterización formal que mejor convenga a las instituciones comunitarias que reciben, sino que han de trazarse, com a continuación se intenta, a la vista de materia constitucional digna de una especial protección que pueda verse afectada por la recepción del Derecho Comunitario. Em realidad, el propio tratado de la Unión Europea se inspira en el principio de que hay determinados reductos constitucionales de los Estados miembros en los que el Derecho comunitario no deben entrar.

Em sentido contrário, o Tribunal Constitucional Espanhol analisando a possível contradição entre o artigo 8B do Tratado de Maastricht e o artigo 13.2 da Constituição da Espanha, deixou assentado que o artigo 93, cláusula constitucional de abertura do Estado da Espanha a integração Europeia, não pode utilizado como um instrumento para contrariar o conteúdo da Norma Fundamental acarretando uma reforma implícita da Constituição, *in verbis*:

el art. 93 CE no puede ser empleado como instrumento para contrariar o rectificar mandatos o prohibiciones contenidas en la Norma Fundamental ... pues el tenor literal y el sentido mismo del art. 95.1, aplicable a todo tipo de tratados, excluyen com claridad el que mediante cualquiera de ellos puedan llegar a ser contradichas o excepcionadas las reglas constitucionales que limitan, justamente, el ejercicio de todas las competencias que la Constitución confiere, algunas de las cuales pueden ser cedidas, quoad exercitium, en virtud de lo dispuesto en su art. 93. Los poderes

públicos españoles no están menos sujetos a la Constitución cuando actúan en las relaciones internacionales o supranacionales que al ejercer ad intra sus atribuciones, y no otra cosa ha querido preservar el art. 95, precepto cuya función de garantía no debe resultar contrariada o disminuida por lo prevenido en el art. 93 de la misma Norma Fundamental.

Verifica-se, assim, que da mesma forma como aconteceu no Brasil, em que um tratado internacional afrontou de forma clara uma disposição constitucional, a Espanha vivenciou esse mesmo problema, mas contrário ao posicionamento temerário do STF, diante da ausência de contra-limites no ordenamento jurídico brasileiro, o Tribunal Constitucional espanhol, por meio da Declaração nº 1/1992, revolveu a celeuma definitivamente sem que isso prejudicasse o processo de integração europeu, bem como a supremacia constitucional.

Em 2004, o Governo da Nação elevou a Corte Constitucional um requerimento para se manifestar sobre a compatibilidade do Tratado Constitucional firmado em Roma em 29 de outubro de 2004, por meio do qual se institui uma Constituição para a Europa com a Constituição da Espanha e sobre a eventual necessidade de uma revisão desta última para se adequar ao referido tratado.

Cumpra ressaltar, inicialmente, que esta manifestação da Corte Constitucional da Espanha foi um marco na sua jurisprudência no que concerne a relação entre o direito comunitário e a Constituição, pelos motivos destacados pelo professor Hugo César Araújo de Gusmão<sup>8</sup>:

La manifestación del Tribunal Constitucional español previa a la ratificación del tratado por el que se establece una Constitución para Europa se da en un contexto substancialmente diferente del que dio lugar a la Sentencia nº 28/1991 y a la Declaración nº 1/1992. Como ya tuvimos oportunidad de verificar, el periodo comprendido entre principios de la década de 1990 y la celebración del tratado constitucional en 2004, estuvo marcado no sólo por una institucionalización cada vez más profunda del proceso de integración, sino también por una intensificación del debate entre el Derecho Comunitario y Constitución nacional que ayudó a delinear el perfil normativo comunitario. A lo largo de este periodo, el debate, que no era nuevo, ganó impulso gracias a la participación activa de diversos tribunales constitucionales y se vio reflejado en las reformas emprendidas en varias constituciones nacionales, a fin de acomodar de forma más coherente el proceso de integración europea. (...) Exactamente en razón desde ligero descompás entre la Constitución de 1978 u un proceso de integración que, desde la década de 1990 había adquirido contornos constitucionales, al mismo tiempo, inegables e impactantes, la manifestación del Tribunal Constitucional, como contribución a este debate adquiriría una relevancia trascendental.

Soma-se a estes fatores, o fato da Constituição da Espanha de 1978, durante todo o

<sup>8</sup> GUSMÃO, Hugo César Araújo de. **Reforma Constitucional e Integração Europeia**. 2008. 480 f. (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade de Granada, Espanha. 2008. Disponível em: <<http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/2001/1/17613164.pdf>> Acessado em outubro de 2011.

processo de integração, só haver sofrido uma reforma em decorrência precisamente dos efeitos provocados pelo Tratado de Maastricht, em 1992, denotando uma clara resistência da Corte Constitucional de alteração da Carta Fundamental.

Previamente questionado sobre o mesmo assunto, o Conselho de Estado espanhol emitiu um parecer favorável à ratificação do Tratado Constitucional de 2004, como explica Antonio López Castillo (2005, p .9):

El 21 de octubre de 2004, el Consejo calificó a la Constitución europea como un “tratado de integración supranacional” y argumentó que no existía contradicción entre ambos textos en relación al nuevo sistema de competencias y la Carta de Derechos Fundamentales, por una parte, y los valores, derechos y libertades que sanciona el orden constitucional español (aun admitiendo la posibilidad de la emergencia de conflictos puntuales). Sin embargo, el Consejo de Estado advirtió que podría existir eventualmente un conflicto entre la primacía del derecho comunitario (artículo I-6) y la supremacía de la Constitución española que establece el artículo 9 de la misma. El Consejo recomendó por lo tanto que el Tribunal Constitucional se pronunciase sobre la existencia o no de contradicción entre ambas constituciones.

Diante deste contexto, o Tribunal Constitucional da Espanha responde, por meio da Declaração n ° 1/2004 (DTC 1/2004), sobre três possíveis contradições entre a Constituição da Espanha e o Tratado Constitucional, notadamente, das normas dos arts. I-6, II-111 e II-112, relativos, respectivamente, ao princípio do primado do direito comunitário, ao âmbito de aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e as regras de interpretação dos direitos e princípios nela estabelecidos.

Inicialmente, o TCE aborda o tema destacando que seu papel será “*en la defensa de la jurisdicción de la constitución, se suma el de garantizar la seguridad y estabilidad de los compromisos internacionales, que España pueda contraer*”.

Na Declaração n° 1/2004, a Corte Constitucional da Espanha pronunciou-se pela inexistência de problemas de constitucionalidade decorrentes da ratificação do Tratado Constitucional. Na fundamentação da sua decisão, faz algumas reflexões importantes quanto às relações entre o ordenamento jurídico espanhol e a ordem jurídica comunitária.

A primeira questão apreciada pelo TCE foi a compatibilidade do art. I-6 do Tratado Constitucional com a Constituição Espanhola, tendo em vista que este dispositivo previa a primazia do direito comunitário, nos seguintes termos:

**Art. I-6:** La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros.

O TCE fundamenta a inexistência de contradição entre o art. I-6 da Constituição da

Europa e a Constituição da Espanha, no fato de que a primazia do direito comunitário está presente desde a fundação da própria União Europeia, sendo já pacificamente admitida pelos juristas espanhóis e pelo próprio Tribunal Constitucional, *in verbis*:

Por lo demás nuestra jurisprudencia ha venido reconociendo pacíficamente la primacía del Derecho comunitario europeo sobre el interno en el ámbito de las competencias derivadas de la Constitución, cuyo ejercicio España ha atribuido a las instituciones comunitarias con fundamento, como hemos dicho, en el art. 93 CE.

Alegou ainda que a primazia não se confunde com supremacia que é uma característica específica da Constituição nacional. Cumpre, assim, trazer à baila a diferenciação realizada pelo TCE entre primazia e supremacia:

Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía (de ahí su utilización en ocasiones equivalente, así en nuestra Declaración 1/1992, FJ 1), salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación.

La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su art. 93, mediante el cual es posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a éstos. En suma, la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su Art. 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el art. I-6 del Tratado.

No que diz respeito à compatibilidade dos arts. II – 111 e II – 112 com a Constituição da Espanha, o TCE afirma que esses dois dispositivos encontram-se claramente em conformidade com o texto constitucional, especificamente com as normas de competência, já estes dispositivos tratam, respectivamente, da delimitação do âmbito de aplicação dos direitos da Constituição da Europa e os critérios definidores de sua interpretação e alcance, vejamos:

**Art. II-111:** 1.Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el

Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que se atribuyen a la Unión en las demás Partes de la Constitución. 2. La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en las demás Partes de la Constitución.

**Art. II-112:** 1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sea necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás. 2. Los derechos reconocidos por la presente Carta que se mencionan en otras Partes de la Constitución se ejercerá en las condiciones y dentro de los límites definidos por ellas. 3. En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa. 4. En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones. 5. Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse a te un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos. 6. Se tendrán plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales según lo especificado en la presente Carta. 7. Las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la Carta de los Derechos Fundamentales serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros.

Esclareceu ainda que as questões de aplicação e interpretação entre os regimes de garantia de direitos só poderão ser resolvidas perante o caso concreto, cabendo ao Tribunal Constitucional, em permanente diálogo com as instâncias jurisdicionais europeias, precisar o conteúdo concreto de cada direito fundamental, estabelecendo os parâmetros concretos que, relativamente a cada direito ou liberdade, se impõem aos poderes públicos nacionais.

Por fim, a Corte Constitucional da Espanha conclui pela compatibilidade do Tratado Constitucional e a Constituição espanhola, esclarecendo que o art. 93 da CE era suficiente para a manifestação de consentimento do Estado em firmar o tratado, já que por meio deste dispositivo a própria Constituição permite a entrada no sistema constitucional de outros ordenamentos jurídicos através da cessão do exercício de competência, *in verbis*:

El art. 93 CE es sin duda soporte constitucional básico de la integración de otros ordenamientos con el nuestro, a través de la cesión del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, ordenamientos llamados a coexistir con el Ordenamiento interno, en tanto que ordenamientos autónomos por su origen. En términos metafóricos podría decirse que el art. 93 CE opera como bisagra mediante



la cual la Constitución misma da entrada en nuestro sistema constitucional a otros ordenamientos jurídicos a través de la cesión del ejercicio de competencias. De este modo se confiere al art. 93 CE una dimensión sustantiva o material que no cabe ignorar.

Verifica-se, todavia, que a DTC n° 1/2004 teve três votos divergentes, vez que os magistrados D. Javier Delgada Barrio, D. Roberto García-Calvo e Motiel e D. Ramón Rodríguez Arriba, que se manifestaram pela contradição entre o I-6 e a Constituição da Espanha e, conseqüentemente, a insuficiência da previsão do art. 93 para embasar a ratificação do Tratado Constitucional.

Por meio da análise dessas três decisões do Tribunal Constitucional da Espanha pode-se observar de forma clara a evolução na construção dos contra-limites para a preservação da ordem constitucional frente ao processo de integração europeu que começa a ganhar evidentes contornos constitucionais. Na DTC n° 1/2004 o arcabouço argumentativo elaborado pelo pela Corte para diferenciar a primazia da supremacia é uma prova inequívoca desta evolução, haja vista que nas outras duas decisões não foi possível observar uma síntese argumentativa tão complexa.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O fortalecimento das relações interestatais diante da premente necessidade de desenvolvimento econômico, político e até mesmo cultural, favoreceu a formação de comunidades supranacionais, principalmente, após o advento da Segunda Guerra Mundial, que trouxe consigo a preocupação com a garantia dos direitos humanos em âmbito internacional, não havendo, neste contexto, diferenças entre nacionais e estrangeiros.

A partir desta concepção de interligação entre os Estados e consolidação dos direitos humanos, Peter Häberle desenvolve a teoria do Estado Constitucional Cooperativo buscando explicar essa nova reformulação pela qual as Nações passavam frente ao fenômeno da globalização.

Häberle explica que o Estado Constitucional Cooperativo caracteriza-se pela estrutura normativa aberta aos processos de cooperação e integração, não se voltando apenas ao plano interno como acontecia com o Estado Constitucional, mas também ao no plano internacional como forma de consolidar a comunidade supranacional e garantir os direitos humanos

Diante desses novos paradigmas do Estado häberliano, o clássico conceito de soberania dos Estados sofreu – e ainda sofre - um processo de relativização em virtude do

próprio estreitamento das relações internacionais, das constantes ratificações de tratados internacionais e transferência de competências para órgãos supranacionais, o que conseqüentemente tem provocado uma interferência internacional muito mais intensa nas relações internas de cada Nação.

Como forma de legitimar esse processo de cooperação, as Constituições nacionais passaram a regular as relações internacionais e adotarem cláusulas de abertura à dimensão internacional que possibilitassem o ingresso de normas estrangeiras nos ordenamentos internos, como forma de fortalecer a Comunidade Internacional.

Os direitos humanos foi o critério normativo que a maior parte dos países utilizou para abertura de seus ordenamentos para a recepção tratados internacionais, bem como para o compartilhamento de competências.

Seguindo essa tendência contemporânea de outras Constituições, o Constituinte Originário brasileiro trouxe no parágrafo único do art. 4º e §2º do art. 5º da CF/88, uma clara opção pela integração e cooperação internacional, permitindo, respectivamente, que o Brasil integrasse uma comunidade latino-americano e normas internacionais que versassem sobre direitos humanos pudessem ampliar o rol direitos e garantias fundamentais elencados na Carta Magna nacional.

Verifica-se, todavia, a Corte Constitucional brasileira, de forma muito conservadora, adotou por muito tempo o entendimento de que tratados internacionais adentravam no ordenamento jurídico com hierarquia de normas federais, o que impedia muitas vezes o exercício de prerrogativas concedidas por meio de normas internacionais.

Como forma de solucionar a discrepância entre as normas constitucionais e a jurisprudência do STF, o Constituinte Derivado, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, acrescentou o §3º ao art. 5º da CF/88, permitindo que tratados internacionais sobre direitos humanos ingressassem na ordem interna com a qualidade de normas constitucionais, caso fossem aprovados pelo rito próprio das emendas constitucionais.

Esta alteração legislativa além de não resolver o problema dos tratados internacionais, trouxe consigo uma nova problemática, já que inseriu uma abertura à Carta Magna à incidência de normas internacionais na ordem interna, em nível constitucional, sem qualquer mecanismo de controle jurisdicional que pudesse garantir a estabilidade normativa da Constituição.

Em virtude das mudanças no ordenamento jurídico, o STF foi novamente instigado a discutir a relação do direito internacional com o direito interno, o que provocou uma evolução

no pensamento desta Corte para considerar que tratados internacionais sobre direitos humanos adentravam no ordenamento jurídico pátrio com o status de norma supralegal, ou seja, com efeito paralisante sobre a legislação federal, mas subordinado as disposições constitucionais.

Apesar do avanço, a tese da supralegalidade não resolveu o problema da hierarquia normativa dos tratados internacionais, tendo em vista que o STF ratificou uma posição ainda muito soberanista que se fundamenta no princípio da supremacia da Constituição.

Verifica-se que a preocupação desta Corte em garantir o Princípio da Supremacia da Constituição é imprescindível e deve ser mantida nas relações principalmente em um contexto de intensa integração, no entanto, essa preservação da Constituição não teve ser um obstáculo ao avanço das relações internacionais experimentadas pelo Brasil, nem consequentemente um óbice a ampliação dos direitos a garantias fundamentais, em virtude da efetiva aplicação do disposto no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição

Não se pode negar, portanto, que a Constituição Federal de 1988 apresenta uma inegável opção pelo Estado Constitucional Cooperativo, o que consequentemente reclama uma normatização e jurisprudência que respalde essa opção, garantindo efetividade as cláusulas de abertura presente em seus dispositivos.

Desta feita, nos dias de máxima integração em que vivemos, em que a boa aplicação do direito aliada à ideia de democracia pluralista, reflète a imagem de um país em compasso com as tendências mundiais, parece quase que inevitável que a adoção de normas engendradas em instâncias internacionais e mais ainda a primazia da aplicação destas quando forem mais favoráveis ao indivíduo.

Por fim, a análise do processo de integração europeia na Espanha traz consigo importantes lições no que diz respeito à proteção da supremacia constitucional e abertura à dimensão internacional, já que, muito embora este Estado-Nação experimente um processo de integração muito intenso, com se dá na União Europeia, o ordenamento jurídico consegue salvaguardar a Constituição Nacional por meio de um controle de constitucionalidade prévio antes da ratificação de um tratado internacional para verificar a compatibilidade de seu texto com o da Constituição.

Conclui-se, assim, que o Brasil poderia adotar um controle jurisdicional prévio a exemplo do aplicado na Espanha como forma de evitar ou pelo menos atenuar conflitos normativos entre a Constituição e os tratados, e até proporcionar uma estabilidade normativa da Vontade Constituinte, o que acarretaria um posicionamento mais firme do Supremo Tribunal Federal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 25**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.aspx?l=25.NUME.ES.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em 10 de agosto de 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 72.131/RJ**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23.11.1995, DJ 01.08.2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em 11 de agosto de 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 87.585/TO**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03.12.2008, DJe 25.06.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em 11 agosto 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 87.585/TO**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03.12.2008, DJe 25.06.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em 02 de agosto de 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 92.566/SP**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03.12.2008, DJe 04.06.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595384>>. Acesso em 02 de agosto de 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 349.703/RS**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, j. 03.12.2008, DJe 04.06.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em 12 de agosto de 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.343/SP**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 03.12.2008, DJe 04.06.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em 12 de agosto 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CASTILLO, Antonio López. De integración y soberanía. El Tratado sobre la Unión Europea (TUE) ante la Ley Fundamental alemana (LF). In: **Revista Española de Derecho Constitucional**. Año 14, N. 40, Enero / Abril, 1994.

\_\_\_\_\_. La jurisprudencia iuscomunitaria del TC a doce años de la integración española em las Comunidades Europeas. In: **Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)**. N.º 99, Enero-Marzo 1998, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

GUSMÃO, Hugo César Araújo de . **Uma reflexão sobre o exercício do Poder de Reforma da Constituição de 1988 à luz da análise do fenômeno de mutação constitucional.** Revista Jurídica (FIP), v. IV, p. 104-124, 2009.

\_\_\_\_\_. **Reforma Constitucional e Integração Europeia.** 2008. 480 f. (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade de Granada, Espanha. 2008. Disponível em: <<http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/2001/1/17613164.pdf>> Acessado em setembro de 2011.

\_\_\_\_\_. **Poder Constituinte: uma categoria ainda válida em nossos dias?** Revista Brasileira de Direito Constitucional, n.6, p. 97/118, 2005.

HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional.** México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos, constituição, racismo e relações internacionais.** São Paulo: Manole, 2005.

LÓPEZ Guerra, Luis. **Derecho Constitucional.** Volumen I. 7º ed. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2007.

MALISKA, Marcos Augusto. **A cooperação internacional para os direitos humanos entre o direito constitucional e o direito internacional. Desafios ao Estado Constitucional Cooperativo.** In: Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC). Londrina: IDCC, p. 61, 2005.

MELLO Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público.** São Paulo, Renovar, 2003

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Constitucional.** 6º ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

NADALES, Antonio Porras. Notas sobre la teoría del poder constituyente y la experiencia española. In: **Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)**, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 24, Nov./Dic. 1981.

NEGRI, Antonio. **El Poder Constituyente.** Madrid: Libertarias / Prodhufi, 1994.

PIOVESSAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional.** 11º. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 33º ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos.** vol. I, 2. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.