



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

MARINA DANTAS PEREIRA

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E GLOBALIZAÇÃO: Da conveniência e compatibilidade constitucional do controle prévio de tratados internacionais de direitos humanos ainda não ratificados

(Artigo)

**CAMPINA GRANDE - PARAÍBA
2011**

MARINA DANTAS PEREIRA

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E GLOBALIZAÇÃO: Da conveniência e compatibilidade constitucional do controle prévio de tratados internacionais de direitos humanos ainda não ratificados

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; Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Granada – Espanha.

**CAMPINA GRANDE – PARAÍBA
2011**

P436j

Pereira, Marina Dantas.

Jurisdição constitucional e globalização [manuscrito]: da conveniência e compatibilidade constitucional do controle prévio de tratados internacionais de direitos humanos ainda não ratificados / Marina Dantas Pereira.– 2011.

39 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 internacional. 2. Tratados. 3. Controle Jurisdicional Prévio. I. Título.

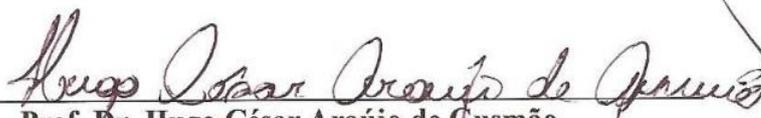
MARINA DANTAS PEREIRA

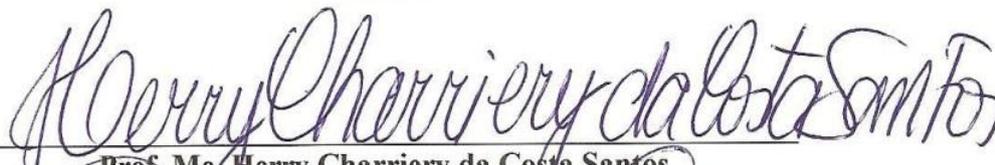
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E GLOBALIZAÇÃO: Da conveniência e compatibilidade constitucional do controle prévio de tratados internacionais de direitos humanos ainda não ratificados

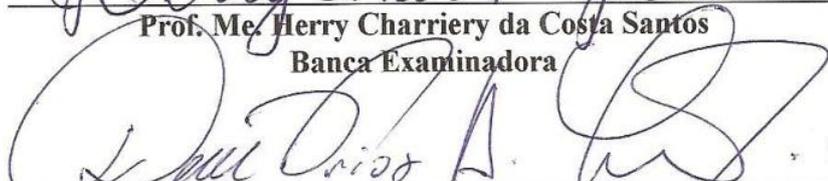
Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação de Direito da Universidade Estadual da Paraíba – UEPB, em cumprimento à exigência para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em: 28/11/2011

Nota: 10,0 (dez)


Prof. Dr. Hugo César Araújo de Gusmão
Orientador


Prof. Me. Herry Charriery da Costa Santos
Banca Examinadora


Prof. Me. Demetrius Almeida Leão
Banca Examinadora

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E GLOBALIZAÇÃO: Da conveniência e compatibilidade constitucional do controle prévio de tratados internacionais de direitos humanos ainda não ratificados

PEREIRA, Marina Dantas¹.

RESUMO

O principal efeito jurídico ocasionado pela crescente interação política e econômica entre as Nações, mormente pós segunda guerra, é a ocorrência de uma mesma situação jurídica sendo regulada por dois ordenamentos jurídicos, um internacional e o outro nacional. Diante desta situação surge o que doutrinador Peter Häberle denomina de Estado Constitucional Cooperativo. Neste novo modelo estatal os ordenamentos internos se abrem, através das cláusulas de aberturas estabelecidas nas Constituições, para que normas constituídas externamente, por vontades forâneas, passem a ter aplicabilidade e executoriedade no plano interno; hodiernamente o principal exemplo desta abertura jurídica é a União Européia. No Brasil, as cláusulas de abertura estão consubstanciadas no art.4º, no § 2º e § 3º do art. 5º da CF, este último introduzido através da EC nº 45/2004, a qual estabeleceu a força de emenda constitucional para tratados de direitos humanos submetidos ao mesmo *quorum* disposto no art.60 da CF. Salienta-se que uma vez ratificados os tratados possuem plena executoriedade, fundamentando-se no princípio do *pacta sunt servanda*. Contudo, o que se percebe é que ao contrário do que ocorre nos países europeus, a introdução destas normas internacionais no ordenamento jurídico pátrio veio desacompanhada de um controle de constitucionalidade jurisdicional prévio que tenha por finalidade evitar que normas advindas de fora do Estado adentrem no ordenamento incompatíveis com dispositivos da própria Constituição, derrogando-as. Desta feita, o presente trabalho tem como objetivo demonstrar a necessidade e conveniência deste tipo de controle prévio no Brasil através de estudo comparativo com os ordenamentos jurídicos europeus.

Palavras-chave: Direito Internacional. Constituição. Tratados. Controle Jurisdicional Prévio.

¹Graduando em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Aluna pesquisadora do PIBIC-CNPq, na cota 2009-2010 – “A reconstrução normativa do Poder Constituinte Derivado: uma análise das pressões políticas contemporâneas sobre limites do poder de reforma da Constituição de 1998” – Aluna pesquisadora do PIBIC-CNPq na cota 2010-2011 – “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.
E-mail para contato: marina_pereira@hotmail.com

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	05
2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	06
2.1 Supremacia da Constituição e conseqüente surgimento do controle de constitucionalidade.....	06
2.2 Formas de Controle.....	09
3. O ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO.....	12
4. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PREVENTIVO DE TRATADOS INTERNACIONAIS REALIZADOS NA EUROPA.....	15
5. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO NO SISTEMA BRASILEIRO.....	20
5.1 Processo de celebração dos tratados.....	22
5.2 A violação da Supremacia da Constituição e a necessidade de um controle jurisdicional prévio dos tratados internacionais.....	24
5.3 A Ação Declaratória de Constitucionalidade e o Controle Jurisdicional Preventivo de tratados internacionais sobre direitos humanos.....	31
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	36
REFERÊNCIAS.....	38

1. INTRODUÇÃO

Como consequência da integração cada vez maior entre os Estados nacionais, em virtude principalmente da necessidade de intensificação das políticas econômicas, formando o que se denomina de transnacionalização de mercados, tem-se a celebração cada vez mais contínua de tratados/acordos internacionais como forma de regulação e uniformização nessas políticas entre os Estados.

Resta, pois, evidente a conseqüente abertura normativa efetuada nos ordenamentos jurídicos dos Estados para permitir a eficácia de normas elaboradas num plano externo, qual seja o ordenamento internacional, caracterizando o que Peter Häberle denomina de Estado Constitucional Cooperativo, determinado pela predominância de cooperação política, econômica e jurídica entre as comunidades pactuantes.

No ordenamento brasileiro as cláusulas de abertura consubstanciam-se no art. 4º e §§ 2º e 3º (introduzido com a Emenda Constitucional nº45/2004) do art. 5º da Constituição Federal.

Ressalta-se que uma vez ratificados os tratados têm plena eficácia no plano internacional, tornando-se obrigatório em relação as partes membros, não podendo um Estado-membro invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do respectivo tratado/acordo, tendo em vista o próprio princípio do *pacta sunt servanda*.

O fato é que o §3º do art. 5º, CF, ao firmar a força de emenda constitucional às normas internacionais que versem sobre direitos humanos e que sejam aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros – a semelhança do procedimento de reforma constitucional estabelecido pelo art. 60 da CF – sem, contudo, estabelecer qualquer tipo de filtro normativo de compatibilidade constitucional, acaba por permitir que em um eventual conflito normativo, a norma internacional incorporada no ordenamento aos moldes do §3º do art. 5º, CF, derogue tacitamente dispositivos da própria Constituição, abrindo espaço, portanto, para um novo tipo de reforma constitucional que não fora estabelecido pelo Poder Constituinte Originário e que tem como legitimados vontades forâneas do nosso Estado. Este é, pois, o ponto nevrálgico deste estudo.

Salienta-se que o presente trabalho acadêmico é resultante de um projeto de pesquisa, orientado pelo Prof. Dr. Hugo César Araújo de Gusmão, do Programa

Institucional de Iniciação Científica UEPB/CNPq, o qual se iniciou na cota de 2009-2010, a partir do projeto intitulado “*A reconstrução noramtiva do Poder Constituinte Derivado: uma análise das pressões políticas contemporâneas sobre os limites do poder de reforma da Constituição de 1988*”, e culminou com sua continuação na cota 2010-2011, com o projeto 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*”, dos quais fui aluna-pesquisadora.

Sendo assim, utilizando-se as fontes dogmáticas e jurídico-formais circunscrita à doutrina especializada e estrangeira, bem como da utilização das legislações e jurisprudência pertinentes ao assunto, sob as perspectivas tanto da abordagem dialética quanto do emprego dos métodos analítico-descritivo e correlacional, em análise de direito comparado com ordenamentos jurídicos dos países membros da maior integração político-econômica, a União Europeia, objetivamos demonstrar a necessidade e conveniência da institucionalização de um a controle constitucional prévio a ser realizado pelo judiciário antes da ratificação dos tratados que versem sobre direitos humanos, à luz do que ocorre mormente na Espanha, evitando-se, por um lado, a incompatibilidade da norma internacional com o texto constitucional, e permitindo, por outro, que se atinja os objetivos proposto pelo abertura jurídica ocasionado pelo Estado Constitucional Cooperativo.

2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1 Supremacia da Constituição e conseqüente surgimento do controle de constitucionalidade

Para que se perceba a importância e a dimensão dos efeitos jurídicos suscitados pelo presente trabalho, é imperioso compreender a necessidade do mecanismo de controle de constitucionalidade como instrumento de garantia de estabilidade e de manutenção da força normativa da Constituição, delineando, para tanto, a relação existente entre a supremacia constitucional e o surgimento do referido mecanismo de fiscalização.

Como é de curial sabença a Constituição é o conjunto de normas que fundamenta toda a ordem jurídica, política e econômica de uma comunidade, vez que

estabelece os princípios vetores do Estado, fixando os procedimentos de solução de conflitos e criando as bases que formam a unidade política e determinam a atuação estatal (HESSE, 2008).

Na exposição da teoria escalonada do ordenamento jurídico, o doutrinador Hans Kelsen (2000) assentou a tese de que uma norma jurídica para ser válida necessita buscar seu fundamento de validade em uma norma superior, a qual culminaria na Carta Maior.

Deste modo, levando-se em consideração que a Constituição é a norma fundamental de um Estado, na qual se situam as normas de organização estrutural da sociedade, além das garantias essenciais e intrínsecas ao ser humano, caracterizado pelas liberdades públicas, tem-se, pois, que toda a produção normativa, deve-se submeter às disposições materiais e formais disciplinadas pela Carta Magna.

O principal fator que explica esse caráter de superioridade é o fato de que toda Constituição é produto do exercício do Poder Constituinte Originário, o qual através da ruptura jurídica com o ordenamento político anterior instaura uma nova ordem. Neste ponto, evidencia-se a incondicionalidade e o caráter inicial deste poder, vez que como rompe com a antiga ordem jurídica, não pode o mesmo ser limitado por qualquer norma presente no ordenamento.

Assim, toda manifestação de criação normativa que não decorra do processo de exercício do Poder Constituinte Originário, estará, pois, limitado/condicionado pelas disposições estabelecidas na Lei Maior. Logo, é a Constituição que estabelece as competências, formas e por vezes limites aos conteúdos dos atos normativos que venham posteriormente a integrar o ordenamento jurídico interno, sendo, portanto, a norma soberana, devendo todas as demais leis e atos normativos a ela adequar-se (SILVA, 2002).

Consolidando-se a ideia de superioridade da Lex Mater, surge o que a doutrina denomina de princípio da supremacia constitucional, caracterizado pelo vínculo de subordinação dos atos públicos e privados à constituição de um Estado.

É justamente a partir deste ponto que surge o mecanismo de controle de constitucionalidade das leis como sendo um dos principais instrumentos de garantia do princípio da supremacia constitucional.

O controle da constitucionalidade significa impedir a subsistência da eficácia da norma contrária à Constituição, pressupondo, necessariamente, a ideia de supremacia constitucional, pois na existência de um escalonamento normativo, onde é a Constituição a norma-origem, encontra o legislador seu limite, devendo obedecer à forma prevista e ao conteúdo

anteposto. Por isso, ato normativo contrário ao texto constitucional será considerado presumidamente constitucional até que por meio de mecanismos previstos constitucionalmente se declare sua inconstitucionalidade e, conseqüentemente, a retirada de sua eficácia, ou executoriedade. (DINIZ, 1998, p. 15).

Sendo assim o controle de constitucionalidade serve para defender a constituição das investidas praticadas pelos Poderes Públicos e, também, dos atos privados atentatórios à magnitude de seus preceitos, os quais são coibidos por meio de uma sanção de invalidade, que poderá ser imposta tanto com efeito *ab initio*, quanto a partir de um determinado momento, seja ele passado ou futuro (RAMOS, 2010).

Kelsen também já afirmava o procedimento do controle de constitucionalidade como forma de defesa da Constituição, ao elaborar a sua tese frente às teorias de Schmitt, analisadas pelo doutrinador Giorgi Lombardi (2009, p. 292):

Los órganos de los que tales violaciones pueden provenir son órganos constitucionales directos y están bajo el control de la constitución (...) La exigencia en términos de política jurídica de introducir garantías de la constitución, es decir, de instituciones por medio de las cuales se controla la constitucionalidad del comportamiento de ciertos órganos del estado inmediatamente subordinados a Ella, como el parlamento o el Gobierno.

Para o professor Uadi Lammêgo (2010) os fundamentos que justificam a adoção do controle de constitucionalidade são: o primar pela estabilidade constitucional do Estado; a garantia da supremacia constitucional em face dos atos do Poder Público; preservação o bloco de constitucionalidade da Constituição Federal e, por fim, a segurança dos direitos e garantias fundamentais.

É preciso ter em mente que a supremacia constitucional pode ser entendida sobre dois ângulos - supremacia material e formal – sendo que em apenas um deles se conecta o instituto do controle de constitucionalidade.

A primeira delas consiste na consciência constitucional, ou seja, a ideia de que essas normas possuem um conteúdo fundamental que gera uma espécie de acatamento fazendo com que os Poderes Públicos e os particulares sujeitem suas condutas às normas constitucionais, portanto, é muito mais sociológica/ideológica do que propriamente técnico jurídico.

Já a segunda, pelo contrário, é caracterizado pela existência de cláusula especial que atribui um procedimento diferenciado do ordinário para a reforma e que surge como forma de garantir os direitos estabelecidos na carta, para que os governantes não a modifiquem segundo seus interesses. É o que se denomina de rigidez constitucional.

É, pois, em decorrência da superioridade das normas constitucionais que se estabelece uma clara conexão entre a rigidez e o controle de constitucionalidade, salientando-se que apesar de estarem intimamente ligados não surgiram na mesma época histórica, tendo em vista que a jurisdição constitucional só veio a ser implementada em grande parte dos sistemas jurídicos da Europa ao longo da primeira metade do século XX.

A ideia de intersecção entre controle de constitucionalidade e constituições rígidas é tamanha que o Estado onde inexistir o controle, a Constituição será flexível, por mais que a mesma se denomine rígida, pois o Poder Constituinte ilimitado estará em mãos do legislador ordinário. (UADI, 2010, p. 729).

La rigidez constitucional, que impide la modificación de la Constitución por una ley y exige procedimientos específicos de reforma, era un presupuesto necesario para que pudiera nacer el control de constitucionalidad de las leyes. (TAJADURA, 2008, p. 19)

Logo, pode-se afirmar que o controle de Constitucionalidade visa o combate ao vício de inconstitucionalidade - incompatibilidade com a norma constitucional seja através de uma ação ou mesmo por uma omissão – fazendo-se incidir a sanção de invalidade a ele cominada pelo próprio ordenamento, provocado através das medidas/ações judiciais preestabelecidas.

2.2 Formas de controle

Ocorre que se por um lado o controle de constitucionalidade pode ser exercido de modos e com efeitos diversos, por outro se tem que para se estabelecer um novo tipo de controle, objeto deste estudo, faz-se necessário compreender plenamente os modos em que o mesmo possa ser desempenhado, razão pelo qual apresentaremos de maneira simplificada e genérica as formas de controle.

- Controle político e jurisdicional:

Decorre da natureza do órgão que efetua o controle, deste modo, o mesmo será tido como político quando o controle for desenvolvido no âmbito da função legislativa, ou jurisdicional quando exercido no âmbito da função jurisdicional.

Neste ponto, salientamos ainda a posição do ilustre doutrinador Hans Kelsen, o qual entendia que o controle de constitucionalidade seria produto de uma jurisdição.

Carl Shimmitt, se enreda em contradición tan manifesta solo com el fin de mantener su tesis de que el control de la constitucionalidad no es jurisdición,

sino legislación, cuando de se propia visión se sigue que puede y debe ser o ambas cosas. (LOMBARDI, 2009, p.316).

O principal argumento de Kelsen é o de que ninguém pode ser juiz de sua própria causa, e dessa forma o poder legislativo não poderia analisar a constitucionalidade de seus próprios atos e normas, tendendo, portanto, para o modelo de controle jurisdicional-repressivo, atuando o Tribunal Constitucional como um legislador negativo (anulação das leis).

- Controle preventivo e controle repressivo:

A diferença ocorre unicamente em razão do momento em que se realiza o controle de constitucionalidade, portanto, por um critério meramente temporal. Deste modo, o controle prévio incide nas leis ou atos normativos no momento do seu processo de formação, bem como quando embora processo esteja completo, ainda não foram oficialmente publicados. Por sua vez, o controle repressivo só poderá incidir quando o processo de formação das leis ou atos normativos já tenham sido definitivamente concluídos e devidamente publicados no veículo da imprensa oficial².

O que se observa é que todo controle político será necessariamente preventivo, no entanto, a recíproca não é verdadeira, como afirma o professor Elival Silva Ramos (2010) em sua tese ao afirmar que é perfeitamente concebível um controle preventivo jurisdicional, em que o Poder Judiciário ou um órgão judicialiforme, investido de atribuições jurisdicionais, seja autorizado a controlar a constitucionalidade de projetos de lei ainda em formação.

Contudo, o controle repressivo jurisdicional, sem dúvida é o que mais contribui para a guarda e para a manutenção da força normativa da Constituição, tendo em vista que foi neste âmbito que se desenvolveram as maiores técnicas dos sistemas de controle de constitucionalidade.

²“Desde sua configuração no processo legislativo clássico, o ato legislativo de tipo ordinário consubstancia um ato complexo, ou seja, ‘resulta do concurso de vontades de órgãos distintos que se unem numa só vontade’. Ainda hoje a lição permanece válida, ao menos para a maioria dos ordenamentos constitucionais, resultando a lei ordinária da aprovação de um projeto no âmbito do Poder Legislativo, à qual se adiciona a aquiescência do Chefe do Poder Executivo ou do Chefe de Estado, expressa no ato de sanção ou de promulgação. Após a sanção ou promulgação do projeto ou a rejeição de eventual veto suspensivo, terá sido a propositura convertida em lei. Entretanto, a despeito disso, até que seja o ato legislativo publicado, o controle de constitucionalidade que venha sobre ele a ser exercido caracterizará controle preventivo. Uma vez publicada, a lei se torna de conhecimento geral e apta a entrar em vigor, no prazo nela previsto ou supletivamente indicado em diploma apartado, cabendo o controle de sua conformidade com a Constituição aos instrumentos do controle repressivo, independentemente de sua efetiva entrada em vigor ou de sua regulamentação.”(RAMOS, p. 66-67).

- Controle difuso e controle concentrado:

Analisando-se o controle jurisdicional, tem-se a sua divisão em dois tipos de controle, o difuso e o concentrado, tendo em vista qual o órgão competente para exercer a fiscalização.

O controle difuso ocorre quando o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários, que o exercem incidentalmente no momento em que decidem as causas de sua competência. Já o controle concentrado caracteriza-se pela concentração do controle em um único órgão judiciário. Na Europa, a maioria dos países concentram o controle nos seus Tribunais Constitucional, no Brasil, no controle concentrado o órgão responsável pela fiscalização é o Supremo Tribunal Federal – STF.

- Controle incidental e controle principal:

O controle incidental está presente nos processos de natureza subjetiva, em que as partes ao discutirem o litígio formulado por um direito material, suscitam incidentalmente, como uma questão prejudicial para a resolução do mérito, a inconstitucionalidade do direito questionado. Deste modo, a aplicação de eventual inconstitucionalidade geralmente atinge apenas as partes.

Neste ponto, ressalta-se a existência nos EUA do chamado *stare decisis*, os quais consistem nas decisões de inconstitucionalidade incidentalmente proferidas que, no entanto, se tornaram precedentes vinculantes.

Já o controle principal consubstancia o próprio processo de natureza objetiva, em que a questão principal do processo é justamente a constitucionalidade ou não do ato legislativo.

Desta forma, enquanto que o controle incidental tem natureza concreta o controle principal tem natureza abstrata.

Ressalta-se, por fim, que as decisões provenientes do controle de constitucionalidade poderão ter efeito inter partes, decorrentes do controle incidental, vez que apenas vinculam as partes do processo, ou mesmo efeito *erga omnes*, quanto oponível a todos os cidadãos, ínsita ao controle concentrado.

Por sua vez, quanto ao efeito temporal podemos classificá-las em efeito *ex tunc* – retroativas – *ex nunc* – a partir da decisão – ou mesmo *pro futuro* (RAMOS, 2010, p.474).

3. ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO

Para se compreender a evolução do Estado frente à formação das sociedades internacionais, faz-se necessário empreender a evolução histórica ocasionada no Estado Constitucional para o que a doutrina denomina de Estado Constitucional Cooperativo – termo conceituado por Peter Häberle.

Em um sentido moderno e atual só se pode começar a falar sobre constitucionalismo – Estado Constitucional – a partir das grandes revoluções liberal-burguesas, ao final do século XVIII, onde se consolidou as ideias de preservação das liberdades individuais. Neste sentido, dispuseram os doutrinadores Javier Tajadura (2008, p. 5) e Peter Häberle (2001, p. 3), respectivamente.

Textos que asumen la convergencia de los três principios básicos del constitucionalismo contemporáneo: el principio democrático basado en la afirmación de que el titular del Poder Constituyente es el Pueblo, el principio liberal basado en la defensa y garantía de los derechos y libertades de la persona mediante las declaraciones de derechos y la separación de poderes, y el principio de supremacía constitucional que afirma la sujeción del gobernante y del resto de los poderes constituidos y de todos sus productos normativos a la Constitución.

El Estado Constitucional de cuño común europeo y atlántico se caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológico-cultural por la soberanía popular y la división de poderes, por los derechos fundamentales y la tolerancia, por la pluralidad de los partidos y la independencia de los tribunales; hay buenas razones entonces para caracterizarlo elogiosamente como democracia pluralista o como: sociedad abierta.

Como se observa a principal característica do Estado Constitucional é a presença do princípio da dignidade humana, da separação dos poderes, democracia e pluralidade política como premissas basilares do Estado de Direito.

Ocorre que com a intensificação das relações jurídicas, políticas e econômicas transfronteiriças, ocasionados pelo processo de globalização, impôs-se a abertura dos ordenamentos jurídicos nacionais para normas que regessem essas relações exteriores, consubstanciadas nas chamadas cláusulas de abertura, as quais proporcionam e garantem juridicamente os diversos modos de integrações interestatais.

Acontece que a abertura jurídica caracterizada principalmente pela ratificação de diversos tratados e pactos entre países, ensejaram diversos efeitos jurídicos, que

acabaram por modificar certos paradigmas jurídicos existentes, dentre os quais a relativização da soberania e da supremacia da Constituição, consequência esta já disposta por Kelsen (2000, p. 527) ao defender a sua teoria monista, e seguida por Häberle (2001, p. 75):

“Mas se o Direito internacional existe ou é pressuposto como existente, uma ordem jurídica superior à dos Estados é válida. Desse modo, sob o Direito Internacional, os Estados não são soberanos, ou o que redundo no mesmo, a ordem internacional, ao determinar a esfera e o fundamento de validade das ordens jurídicas nacionais, forma juntamente com elas, uma ordem jurídica universal.”

Como un elemento de la imagen del mundo del tipo del “Estado constitucional” nos atrevemos a afirmar que los diversos Estados constitucionales no existen más “para sí”, sino que de entrada constituyen una comunidad universal abierta.

Deste modo, se por um lado elementos constitutivos de um estado constitucional, tais como procedimentos democráticos e direitos humanos, podem ser exportados para outros países, por outro tais importações podem pôr em perigo certas identidades jurídicas de um Estado.

O exemplo mais palpável desse fenômeno de cooperação internacional é a União Européia, o qual se anuncia hoje como uma verdadeira comunidade universal de Estados Constitucionais. É, pois, Comunidade Européia um autêntico produto deste genuíno processo de universalização de direitos.

Para Häberle, este processo de europeização fora intensificado pela existência do que ele denomina de “*derecho común europeo*”³, ou seja, da análise comparativa entre as culturas jurídicas presentes em cada Estado membro se extrai valores e ideais comuns – substrato comum – que acabam por caracterizar os princípios gerais da Comunidade Européia. A existência destas culturas jurídicas em comum da-se, principalmente, em razão da proximidade geográfica a qual facilita o intercâmbio de valores e, portanto, a constituição de uma só cultura jurídica (UE).

³“ Ello no obstante, cada vez va surgiendo un conjunto más y más amplio de principios constitucionales ‘particulares’ que resultan ‘comunes’ a los diferentes Estados nacionales europeos, tanto si han sido positivados como si no. Tales principios comunes aparecen parcialmente en las constituciones de los Estados nacionales y en el seno del Derecho consuetudinario constitucional de éstos, drivcado también en parte del ámbito de validez del ‘Derecho Europeo’[...] La especial proximidad geográfica y la venciad de ciertos Estados constitucionales concretos em la vieja Europa posibilita procesos de intercambio por el mero hecho de que Europa tiene ‘una’ cultura. Este aspecto cultural, denominado con más precisión conceptual ‘cultura jurídica’, es motivo suficiente para acercar a todo legislador e intérprete consitucional europeo mucho más todavía, por tener siempre a mano el posible recurso de acceder o reconducir su trabajo al DCCE.” (HABERLE, 2001, p.11 e 33) (derecho constitucional común europeo).

Logo, quando um Estado Constitucional abre o seu ordenamento para a efetivação de normas impostas por relações internacionais caracteriza-se o Estado Constitucional Cooperativo.

Com efeito, podemos afirmar que as causas para o surgimento deste tipo de Estado cooperativo pode ser resumido em dois planos: o sociológico-econômico consubstanciado na interdependência econômica dos Estados, intensificada pela globalização e o pelo âmbito ideal-moral, caracterizado pela universalização dos direitos fundamentais e humanos.

Si se puede decir que el “Estado europeo” viene de la economía, con mayor razón es esto 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 transfondo ideal-moral de la evolución hacia el Estado constitucional cooperativo solamente puede ser esbozado: es, por un lado, resultado del estar constituido a través de los derechos fundamentales y humanos. La “sociedad abierta” merece tal calificativo solamente si es una sociedad abierta hacia lo internacional. (HABÈRLE, 2001, p. 68).

Salienta-se que o principal objetivo do direito cooperativo é justamente o fomento do que se chama de uma paz positiva entre os Estados, ou seja, maior justiça social entre nações e seu conseqüente desenvolvimento, o que para Kant denominava como sendo princípio da esperança e princípio da responsabilidade do Estado. A própria Constituição brasileira de 1988 impõe a cooperação entre os povos como princípio que rege as suas relações internacionais⁴.

Em verdade a maioria das Constituições modernas dispõe o princípio de cooperação internacional como vetor das relações entre os Estados Nacionais.

Ademais, resta aclarar que assim como anteriormente foi basilar para a formação do Estado Constitucional, a internacionalização dos direitos humanos, considerados como valores universais, mostra-se como fator determinante para a universalização do direito e, portanto, para maior cooperação entre as nações.

Deste modo, o estado hãrbeliano é, principalmente, um defensor da abertura constitucional em matéria de direitos humanos, tendo em vista que os Estados inseridos em um contexto cultural semelhante e favorável a proteção desses direitos,

⁴ Art. 4º - A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelo seguintes princípios:

[...]

IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

proporcionam a evolução jurídica da nação, por meio das integrações, neste sentido afirmou Peter Häberle:

Em 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. (HABÉRLE, 2007, p. 163-164)

No ordenamento jurídico brasileiro podemos identificar como cláusulas de abertura para a cooperação internacional, além do princípio estabelecido pelo art. 4º, IX, da CF, a dos §§ 2º e 3º (introduzido com a Emenda Constitucional nº. 45/2004), do art. 5º da CF⁵, que acabaram por corroborar a crescente política de abertura constitucional ao direito internacional caracterizado pela necessidade de regular a nova realidade pelos anseios supranacionais voltados primordialmente à proteção dos direitos humanos.

Desta forma, podemos afirmar que o Estado brasileiro é um Estado Constitucional Cooperativo, vez que expressamente admite a abertura do ordenamento interno para normas oriundas fora do Estado. No entanto, o que se deve indagar é se o sistema jurídico brasileiro possui mecanismos que regulem a incorporação desse direito comunitário no direito interno de maneira que não viole os preceitos estabelecidos e fundados na própria Lei Maior, o qual caracteriza o objeto deste estudo.

4. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PREVENTIVO DE TRATADOS INTERNACIONAIS REALIZADOS NA EUROPA

A mera incorporação de um tratado internacional ao ordenamento jurídico interno de um Estado, sem qualquer análise sobre a sua compatibilidade com este

⁵Art. 5º §2º - 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.

§3º - 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.

sistema, e estando essas normas a regular uma mesma situação ou matéria poderá, pois, ocorrer à existência de colisão entre as mesmas

Atentando-se para o fato de que este estudo científico situa-se justamente nos efeitos constitucionais de integração no ordenamento interno dos tratados internacionais, principalmente dos que versam sobre direitos humanos, faz-se necessário, portanto, a análise sobre a forma de controle de constitucionalidade que seja exercido sobre essas normas oriundas do plano internacional, mormente, antes de sua ratificação, momento em que se pode prevenir a ocorrência do vício de inconstitucionalidade do ato normativo.

Em análise ao modelo de integração Europeia e sua avançada normatividade acerca das questões comunitárias, destacando-se o patente diálogo que se estabelece entre o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia e os respectivos Tribunais Constitucionais dos seus Estados-membros em respeito à supremacia estabelecida por suas Constituições, bem como suas respectivas formas de controle de constitucionalidade, podemos concluir pela existência, na maioria dos países-membros da UE, de um controle jurisdicional preventivo realizado sobre as normas comunitárias que venham a ingressar no ordenamento interno dos Estados.

Tal controle consubstancia-se como garantia de que a norma comunitária adentre sempre no ordenamento interno de maneira compatível com a Constituição. Deste modo, o controle de constitucionalidade prévio poderá ensejar dois tipos de resultados possíveis: a revisão constitucional anterior ao ingresso da norma internacional no ordenamento do Estado, ou mesmo, a própria negativa de ratificação do tratado/acordo.

Na Espanha, o art. 93⁶ da Constituição estabelece uma patente cláusula de abertura para normas constituídas fora do ordenamento. Acontece que na própria Carta Magna há o estabelecimento expresso de um controle de constitucionalidade prévio, o qual permite que haja a reforma da constituição em caso de antinomia derivada do confronto entre seu texto legal e o tratado internacional, como se depreende do seu art. 95⁷ e como tão bem explicita o doutrinador Barcena (2008, p. 174):

⁶Art. 93 – Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución 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 de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.

⁷Art. 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 Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.

Por lo demás, como ya se sabe, el sistema español reconoce dos tipos de control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Por un lado, el control previo a la manifestación del consentimiento em obligarse se contemplado em el artículo 95.1 CE. Por outro, el control de constitucionalidad posterior a la manifestación del consentimiento em obligarse recogido em el artículo 27.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Percebe-se que a institucionalização de uma reforma que compatibilize o texto legal da Constituição com o texto proveniente dos tratados, oportunizada pelo exercício do controle prévio, obsta a existência de um Poder de Reforma advindo de fora do ordenamento jurídico do Estado, vez que o art. 95 da CE embasa a reforma em contornos constitucionais, realizada pelo próprio poder de competência nacional.

Por sua vez, a Lei Fundamental da Alemanha não contém nenhum dispositivo que regule acerca da hierarquia dos tratados internacionais dentro do ordenamento jurídico alemão, no entanto, tanto a jurisprudência quanto a doutrina já consolidaram o entendimento pela similitude de hierarquia com as leis federais, mesmo os tratados que versem sobre direitos humanos. Deste modo, em um eventual conflito entre as normas a solução encontrada residirá no princípio a *lex posterior*.

Em contrapartida, os Tratados de integração regional os quais a Alemanha faça parte, lê-se os Tratados das Comunidades e da União Européia, possuem *status* diferenciado dentro do ordenamento jurídico alemão, justamente em decorrência do caráter supranacional embaixador da Comunidade Europeia⁸.

Para estes tratados/acordos comunitários a aplicação dentro do ordenamento nacional da-se de maneira direta e imediata, possuindo primazia sobre o direito nacional, inclusive o direito constitucional, em virtude da transferência de direitos de soberania por parte do Estado Alemão a organizações internacionais que fora prevista pela Lei Fundamental Alemã em seu art. 23 e 24⁹, consideradas patentes cláusulas de abertura.

⁸ Ressalta Eleonora Mesquita que a primazia do direito comunitário sobre o direito nacional dos estados-membros não esteve prevista no tratado constitutivo, em verdade foi resultado a construção jurisprudencial do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias.

⁹Art. 23 – (1) Para a realização de uma Europa unida, a República Federal da Alemanha contribuirá para o desenvolvimento da União Europeia, que está comprometida com os princípios democráticos, de Estado de direito, sociais e federativos e com o princípio da subsidiaridade e que garante uma proteção dos direitos fundamentais, comparável em sua essência à garantia constante nesta Lei Fundamental. Para tal, a Federação pode transferir direitos de soberania através de lei com anuência do Conselho Federal. Para criação da União Europeia bem como para as alterações dos tratados constitutivos e de todas as normas correlatas, através dos quais esta Lei Fundamental venha a ser modificada ou complementada em seu conteúdo ou que ensejarem tais mudanças ou complementações, aplica-se o art. 79, §§ 2º e 3º.

Acontece que a despeito do reconhecimento da primazia da norma comunitária, supramencionada, firmou-se o entendimento, assim como aconteceu na Itália – art.11 da Constituição a Itália -, através da evolução nas decisões jurisprudenciais (Sentenças Solange I, II e Maastricht), de que essas normas comunitárias não podem adentrar no ordenamento de forma ilimitada, ou seja, sempre se sobrepondo às normas nacionais. Desta feita, para que haja a incorporação faz-se necessário que tais normas não violem os denominados ‘limites constitucionais’ – teoria dos contra-limites –, isto é, não conflitem com os dispositivos que constituem a parte essencial da Constituição, quais sejam as que estabelecem os princípios do ordenamento jurídico e do estado democrático de direito, que na Constituição Alemã estão consubstanciados nos arts. 1, 20, 23 e 79, II e III. Neste sentido explicitou o doutrinador Carlos Vidal (2008, p. 44) em sua análise sobre a Justiça Constitucional na Alemanha:

Pero la autorización del 24.1 LF no es ilimitada, sino que la transferencia de competencias debe respetar las estructuras fundamentales del ordenamiento constitucional interno, que conforman la identidad del Estado (son los limites representados por el art. 79.3 de la LF sobre la reforma constitucional, y los principios contenidos en los arts. 1 y 20 de la LF: dignidad humana, principio de Democracia, Estado Social y de Derecho, sistema federal).

Deste modo, apesar de na Alemanha o controle de constitucionalidade ser exercido geralmente *a posteriori*, há a previsão do controle jurisdicional prévio, conforme estabelecido pelo art. 59, II, da LF, o qual permite que as normas que contenham o tratado internacional a ser incorporado no ordenamento jurídico interno, seja apreciado, quanto a sua constitucionalidade, pelo Tribunal Constitucional Federal Alemã – TCF – antes mesmo da sua incorporação, inclusive na fase de sua elaboração, evitando-se, assim, o conflito com a norma constitucional.

Na França, aos moldes do que ocorre na Espanha, há também a previsão expressa de um controle de constitucionalidade prévio dos tratados internacionais a ser exercido pelo Conselho Constitucional em momento anterior à ratificação dos tratados comunitários, admitindo, assim, que numa eventual controvérsia entre as duas normas, a Constituição seja reformada, conformando-se com o tratado, ou mesmo suspendendo a

(1-a) Quando um ato legislativo da União Europeia ferir o princípio da subsidiaridade, o Parlamento Federal e o Conselho Federal têm o direito de interpor recurso perante o Tribunal de Justiça da União Europeia. Por requerimento de um quarto de seus membros, o Parlamento Federal fica vinculado à decisão. Através de lei, que requer a aprovação do Conselho Federal, podem ser permitidas exceções do artigo 42 §2º, primeira frase, e artigo 52 §3º, primeira frase, para o exercício dos direitos que foram resguardados ao Parlamento Federal e ao Conselho Federal nos tratados básicos da União Europeia.
Art. 24 – (1) A Federação pode transferir direitos de soberania para organizações interestatais, por meio de lei.

autorização para aprovar ou ratificar o mesmo, permitindo-se por um lado que a supremacia da constituição seja mantida e por outro garantindo que a evolução na construção do ordenamento jurídico comunitário possa ocorrer, conforme art. 54 da Lei Maior, *in verbis*:

Art. 54 – Se o Conselho Constitucional, requerido pelo Presidente da República, pelo Primeiro Ministro, pelo Presidente de qualquer uma das duas assembléias ou por sessenta deputados ou por sessenta senadores, declara que um compromisso internacional contém uma cláusula contrária à Constituição, a autorização para ratificar ou aprovar o referido compromisso internacional somente poderá ser outorgado após prévia revisão da Constituição”.

Frisa-se, conforme dispôs Eleonora Ceia em seu artigo sobre os *tratados internacionais e constituições nacionais na jurisprudência constitucional do Brasil e da Europa* (2008), que apesar do Conselho Constitucional da França possuir natureza política, já se pacificou o entendimento de que se trata, na verdade, de um órgão jurisdicional, portanto, o controle prévio exercido por este órgão também tem natureza jurisdicional.

Os exemplos abaixo colacionados demonstram o exame de compatibilidade constitucional efetuado nos tratados a serem ratificados na França, que culminaram, por sua vez, na reforma prévia da Constituição:

EXEMPLO: Um controle semelhante foi exercido com relação ao Tratado de Amsterdã de 1997, cuja constitucionalidade foi questionada pelo Presidente da República e pelo Primeiro Ministro perante o Conselho Constitucional. Neste julgamento, o Conselho declarou duas provisões do tratado incompatíveis com o princípio constitucional da soberania nacional. Somente após a adoção de uma emenda constitucional apropriada, o procedimento de ratificação pôde ser concluído.

[...]

E, por último, mais recentemente, o Conselho Constitucional declarou que a autorização para ratificar o Tratado de Lisboa dependeria de prévia revisão da Constituição (Decisão n.º. 2007-560 DC, de 20/12/2007. (CEIA, 2008, p. 15)

Percebe-se, que na Europa, a despeito da clara existência de verdadeiras cláusulas de aberturas constitucionais frente às normas comunitárias proporcionadas principalmente pelo processo de integração europeu, estabelecem os Estados-membros, a exemplo do que fora analisado acima, controles prévios de constitucionalidade realizados anteriormente à ratificação dos tratados, com a finalidade de compatibilizá-los com os princípios e normas essenciais adotados pela própria Lei Maior, ou mesmo, de reformá-la, possibilitando a evolução jurídica ocasionada pelas interações interestatais.

5. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO NO SISTEMA BRASILEIRO

O modelo de controle de constitucionalidade no Brasil é considerado, pela grande maioria da doutrina, como sendo um controle misto, vez que possibilita a sua realização tanto no âmbito da função legislativa quanto no âmbito da função jurisdicional, bem como pela possibilidade de fiscalização da constitucionalidade normativa em dois momentos: preventivamente, realizado durante a elaboração da espécie normativa, ou seja, no projeto de lei, e repressivamente efetuado após a publicação da lei/ato normativo.

Acontece que a despeito da possibilidade de se efetuar o controle de constitucionalidade antes mesmo da publicação do ato normativo, portanto, na sua fase de elaboração, no sistema jurídico brasileiro o controle prévio só poderá ser exercido no âmbito da função legislativa¹⁰, não existindo no Brasil nenhum tipo de controle jurisdicional preventivo de normas.

Em verdade, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é eminentemente jurisdicional-repressiva, tendo em vista que a regra é que o Judiciário realize o controle, reprimindo a inconstitucionalidade, após a promulgação da lei ou ato normativo.

Por oportuno, ressalta-se que dentro deste tipo de controle (repressivo-jurisdicional) existem dois outros tipos de sistema/métodos caracterizados pelas vias difusas – o controle poderá ser exercido por todos os órgãos do judiciário, próprio dos processos de natureza subjetiva – e pela via concentrada - concentração do controle em um único órgão judiciário, próprio dos processos de natureza objetiva.

¹⁰ Vigora-se, pois, apenas o controle político preventivo de constitucionalidade através do sistema de coparticipação entre no Legislativo e o Executivo. Como as realizadas pelas Comissões Permanentes de Constituição e Justiça, art. 58,CF; pelo chefe do poder executivo através do veto jurídico, art. 66, §1º.

Registra-se, ainda, que o controle político não é exercido apenas preventivamente, comparando-se com o que ocorre no jurisdicional que só poderá ser repressivo, o controle político também poderá incidir após a promulgação do ato normativo como ocorre nas hipóteses previstas nos arts. 49, V e art. 62 da Constituição Federal, in verbis:

Art. 49 - É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

V – Sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; (que ocorrerá através de um decreto legislativo ou lei delegada conforme art. 84, IV da CF).

Art. 62 – Em caso de relevância urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (O Congresso poderá rejeitar a medida provisória apontando a inconstitucionalidade em parecer dado pela Comissão Temporária Mista).

Neste sentido dispôs o doutrinador Elival Ramos (2010, p. 362) que num quadro sintético resumiu os modos e características do controle de constitucionalidade brasileiro, *verbis*:

Destarte, o sistema de fiscalização brasileiro é de natureza eminentemente jurisdicional-repressiva, cabendo ao controle político, entre nós, tanto na modalidade preventiva quanto na modalidade repressiva, um papel secundário. Sob o aspecto orgânico, cuida-se de um sistema difuso; quanto ao modo pelo qual se desenvolve a fiscalização, temos um sistema misto, que combina as técnicas da incidentalidade com o controle de via principal; as decisões declaratórias de inconstitucionalidade, por seu turno, produzem efeitos inter partes ou erga omnes, dependendo da técnica de controle utilizada, havendo, ainda, excepcionalmente, a possibilidade de declarar a constitucionalidade de lei ou dispositivo legal com efeitos gerais; finalmente, a sanção de invalidade posta em ação pelo sistema é inquestionavelmente a da nulidade, que, sob o prisma dos efeitos temporais, conduz a decisões aparentemente retroativas (*ex tunc*).

Por sua vez, quanto aos tratados internacionais, insta ressaltar a existência de dois tipos de hierarquia normativa estabelecido pela Constituição. Deste modo, os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos e sejam submetidos ao procedimento estabelecido pelo art. 5º, §3º da CF, ou seja, forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, terão força de emendas constitucionais, sendo passível de controle de constitucionalidade jurisdicional apenas quando o texto internacional incorporado com força de emenda constitucional não respeitar os parâmetros fixados no art.60 da CF.

Por outro lado, os tratados internacionais que não versem sobre os direitos humanos e/ou não sejam submetidos ao procedimento estabelecido pelo art. 5º, §3º da Constituição, são considerados infraconstitucionais, e, portanto submetidos ao controle de constitucionalidade, conforme disposição estabelecida no art. 120, III, b, da CF. Neste sentido explica o professor Alexandre de Moraes (2010, 766):

Esses atos normativos são passíveis de controle difuso e concentrado de constitucionalidade, pois apesar de originários de instrumento internacional não guardam nenhuma validade no ordenamento jurídico interno se afrontarem qualquer preceito da Constituição Federal, conforme a decisão prolatada pelo STF – RTJ 84/724; STF - 2ª T. – v.u. – Habeas Corpus nº. 73044-2/SP – Rel. Maurício Corrêa, Diário da Justiça, Seção I, 20 set. 1996, p. 34.534; STF – Adin nº. 1.480-3 – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, 17 jul. 1996.

Todavia, inobstante a disposição normativa do art. 120, III, b, CF, registra-se que o objeto da fiscalização não é o tratado em si, mas na verdade o ato que o aprova e incorpora no ordenamento jurídico brasileiro.

O controle de constitucionalidade de tratados internacionais está previsto expressamente no art. 120, III, b da Constituição brasileira. Esta regra corresponde à hipótese de controle indireto de constitucionalidade de tratados

internacionais. *Na Constituição brasileira não existe uma disposição explícita que preveja o controle direto de constitucionalidade dos tratados. Todavia, é possível um controle judicial abstrato do ato (em forma de lei federal) que aprova e incorpora o conteúdo do tratado ao ordenamento jurídico interno.* (CEIA, 2008, p. 5).

Sendo assim, diante do escasso tratamento acerca do controle constitucional efetuado sobre os tratados internacionais, mormente, os que se submetem ao art. 5º §3º previsto na Constituição, cabe-nos indagar sobre o possível conflito que possa vir a ocorrer entre a Constituição e respectivos acordos internacionais, tendo em vista tanto o ângulo internacionalista relativo à responsabilização internacional do Estado, corolário do princípio *pacta sunt servanda*, quanto o aspecto soberanista acerca da violação da supremacia constitucional.

Para tanto, faz-se necessário entendermos o processo de formação desses tratados e o seu procedimento de incorporação no ordenamento interno, analisando suas características e consequências jurídicas.

5.1 Processo de celebração dos tratados

Em geral o processo de celebração de tratados compõe-se por seis fases distintas, quais sejam, negociação, assinatura, aprovação, ratificação, promulgação e depósito.

Destaca-se que segundo o art. 6º da Convenção de Viena, todos os Estados têm a capacidade para celebrar tratados, devendo ser representados por pessoas devidamente autorizadas a praticar as negociações internacionais em seu nome, ou mesmo pelas pessoas que em virtude do cargo que ocupem, como os chefes de Estado, são dispensadas da autorização.

No Brasil, a competência para celebrar tratados/acordos internacionais é imposta privativamente ao Presidente da República, segundo o art. 84, VIII, da CF: “*Compete privativamente ao Presidente da República: VIII – Celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional*”.

No entanto, esclareça-se que os atos de negociação de ato internacional são, em verdade, acompanhados por funcionário diplomático, segundo dispõe o art.1º, III, do Anexo I do Decreto nº. 2.246/97. Ademais, a presença do Presidente da República em todos os atos de negociações de tratados/acordos internacionais, inviabilizaria a própria administração do Estado.

Desta forma, para a assinatura do tratado basta que o sujeito seja capaz, ou pelo menos, legalmente habilitado (por meio de carta de plenos poderes assinada pelo Chefe do Executivo e referendada pelo Ministro das Relações Exteriores), que haja consentimento e o objeto seja lícito e possível.

Registra-se que a assinatura corresponde apenas a um ato formal pelo qual o Estado aceita a forma e o conteúdo do tratado negociado, porém sem significar a sua aceitação definitiva, não acarretando, pois, efeitos jurídicos vinculantes.

Desta feita, a assinatura tão somente cessa as negociações, pela qual não haverá mais nenhuma possibilidade de alteração textual, abrindo apenas oportunidade para as reservas¹¹.

Após a assinatura, efetuada pelo Poder Executivo, faz-se necessário a sua apreciação e aprovação pelo Poder Legislativo, de acordo como art. 49, I, da CF¹², pela qual o Presidente da República envia uma mensagem ao Congresso Nacional solicitando a apreciação do tratado/acordo pelo Legislativo¹³.

A aprovação pelo Poder Legislativo engloba a vontade conjugada dos dois poderes políticos, ou seja, deverá ser apreciada e aprovada pelas duas casas – câmara dos Deputados e do Senado – e sua aprovação consistirá em uma promulgação de um Decreto Legislativo, autorizando a sua ratificação pelo Presidente da República. Registra-se que em caso de rejeição não há a edição do referido Decreto Legislativo.

¹¹ Art. 2º, §1º, d, da Convenção de Viena - “Reservas é uma declaração unilateral, feita por um sujeito de direito internacional ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação nesse Estado ou Organização Internacional”. Deste modo, a reserva nada mais é do que a vontade do Estado em eximir-se internamente de determinada obrigação estabelecido no tratado, frente aos outros sujeitos/partes, sendo possíveis apenas em tratados multilaterais. Ressalta-se que as reservas serão inadmissíveis quando se mostrarem incompatíveis com o objeto e propósito do tratado, nos termos do art. 19 da Convenção de Viena.

¹² Art. 49 – É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – Resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

¹³“O processo administrativo percorre o seguinte trâmite:

- O Ministério das Relações Exteriores traduz o texto negociado para o português, prepara uma minuta da Mensagem Presidencial, faz a análise jurídica da legalidade do texto e encaminha ao Presidente da República;
- A Casa Civil da Presidência da República faz uma análise da legalidade e do mérito do tratado, tecendo suas considerações;
- O Presidente, estando de acordo, envia a Mensagem, acompanhada da Exposição de Motivos à Câmara dos Deputados;
- A Câmara aprova o tratado, remete em seguida ao Senado Federal;
- O Senado aprova o tratado;
- O Presidente do Senado promulga, então, um Decreto Legislativo. Com a publicação do Decreto Legislativo no Diário Oficial do Senado é que o Estado estará comprometendo-se internacionalmente. Dessa forma, o ato vem do Senado, e não do Executivo. (VARELLA, 2009, p.47)

A ratificação é, pois, o ato formal pelo qual o Estado expressa o seu consentimento definitivo em estar submetido às disposições de um determinado tratado, vinculando-o internacionalmente¹⁴.

Segundo a doutrinadora Flávia Piovesan (2010), ao ratificar um tratado o Estado assume as seguintes obrigações: a) respeitar, fazer respeitar e garantir os direitos reconhecidos pelo texto a toda pessoa sujeita a sua jurisdição; b) adaptar sua legislação interna ao estabelecido no tratado; c) assegurar que as suas autoridades não tomem medidas ou ações que vão contra o disposto no tratado, e, por fim, d) colocar à disposição de toda pessoa que se sinta violada em seus direitos, recursos jurídicos efetivos para corrigir a situação.

Por fim, para que uma norma internacional seja aplicada no plano interno de um Estado, deverá essa ser transformada em norma de Direito nacional. Sendo assim, o tratado internacional só passará a vigorar no ordenamento jurídico interno, uma vez aprovado pelo Legislativo, após a promulgação do Decreto Executivo, publicado em órgão oficial do Estado – no caso do Brasil, o Diário Oficial da União, a partir do qual adquire plena aplicabilidade e executoriedade.

5.2 A violação da Supremacia da Constituição e a necessidade de um controle jurisdicional prévio dos tratados internacionais

Acontece que, como visto anteriormente, com a ratificação do tratado o Estado vincula-se internacionalmente às suas disposições, tornando-se, para as partes signatárias, regras obrigatórias de plena executoriedade.

Deste modo, tendo em vista que os Estados signatários de um tratado, no livre exercício de sua soberania, contraíram obrigações jurídicas no plano internacional por meio de acordos/tratados, fica o mesmo obrigado a conferir-lhe plena observância, cumprindo-o de boa-fé. Logo, uma vez ratificado, ou seja, uma vez concordando com as regras dispostas no acordo, não poderá mais o Estado invocar disposições de seu próprio direito interno, bem como usar eventual alteração em sua legislação como

¹⁴O instrumento de ratificação poderá ser: a) depositado em um órgão que assumira a custódia do instrumento, cuja notícias o depositário dará aos demais pactuantes; b) consubstanciado pela declaração oral do Chefe de Estado, que, publicamente, o declara como compromisso assumido; c) pela via telegráfica, ou mesmo d) por troca de notas diplomáticas.

fundamento para o não cumprimento – derogar ou ab-rogar – as regras convencionadas externamente, sob pena de responsabilização internacional¹⁵.

Este fato ocorre em razão dos tratados revestirem-se pelo princípio do *pacta sunt servanda* – brocardo Latim que significa “*os pactos devem ser respeitados*” ou “*os acordos devem ser cumpridos*” – o qual no direito civil caracteriza a intangibilidade do acordo firmado, fazendo lei entre as partes, não podendo o mesmo ser alterado nem pelo juiz, possuindo no direito internacional o significado de que todo tratado em vigor obriga as partes ao seu cumprimento, devendo as mesmas agirem de boa-fé objetivando a sua consecução, conforme estabelece o art. 26 e 27 da Convenção de Viena, verbis:

Art.26 – Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé.

Art. 27 – Uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado.

Do mesmo modo dispôs a Corte Permanente de Justiça Internacional, em parecer consultivo proferido em 31 de julho de 1930: “*É princípio geralmente reconhecido, do Direito Internacional, que, nas relações entre potências contratantes de um tratado, as disposições de uma lei interna não podem prevalecer sobre as do tratado*”.

Ressalta-se que o único limite ao *pacta sunt servanda* no direito internacional é justamente o *jus cogens* – normas peremptórias gerais do direito internacional, inderrogáveis pela vontade das partes.

Nesse sentido, esclareça-se que o Estado somente se exime da responsabilidade no plano internacional se preexistir o ato de denúncia, consistente no ato formal, privativo do poder executivo, pelo qual o Estado signatário impõe a sua retirada na participação do tratado. Assim, na ausência de tal ato persiste a responsabilidade da parte.

Fazendo-se uma análise do ordenamento jurídico brasileiro, e, portanto, das cláusulas de abertura consubstanciada principalmente no art. 5º, §3º da CF, percebe-se a clara disposição do constituinte no sentido de permitir a abertura da Constituição de 1988 à incidência de fenômenos internacionais norteados pelos pressupostos do Estado Constitucional Cooperativo. No entanto, ao abrir o ordenamento jurídico pátrio para a eficácia e executoriedade dos tratados ratificados, o constituinte concentrou exclusivamente nos Poderes Executivo e Legislativo as prerrogativas do controle de

¹⁵ A Convenção de Viena estabelece em seu art. 18 a responsabilidade internacional dos Estados pela ausência de boa-fé no cumprimento dos tratados após a sua assinatura.

constitucionalidade de uma norma para cuja elaboração contribuíram vontades políticas forâneas.

O fato é que quando um tratado internacional que verse sobre direitos humanos for submetido aos procedimentos estabelecidos pelo art. 5º, §3º da CF, ou seja, for aprovado em dois turnos, por três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso, as suas normas adentram ordenamento jurídico brasileiro com força de emenda constitucional, portanto, a mais alta hierarquia dentro do nosso ordenamento.

É justamente neste contexto que se situa o ponto nevrálgico deste trabalho, vez que o legislador ao estabelecer a cláusula de abertura constitucional à dimensão internacional, permitindo que tratados sobre direitos humanos ingressem na ordem interna com a qualidade de normas constitucionais, não previu, o mesmo, a possibilidade de qualquer conjectura de controle que estabelecesse um filtro normativo para a inserção de tais normas no ordenamento interno.

Por oportuno, frisa-se que a obrigatoriedade de cumprimento do tratado internacional - princípio do *pacta sunt servanda* – caracteriza o princípio da primazia do direito internacional sobre o direito interno dos Estados-membros e o efeito direto das normas internacionais.

Deste modo, a despeito da supremacia constitucional o direito internacional deverá vigorar em qualquer situação, enfraquecendo a própria normatividade constitucional e soberania estatal.

En realidad, los problemas principales han sido precisamente em relación con la primacía del Derecho Comunitario con las Constituciones nacionales, y no tanto con el resto del ordenamiento nacional, que ha sido aceptado con mucha más facilidad, aunque también se há planteado respecto a la ley nacional posterior. Con las Constituciones nacionales eran previsibles los problemas, ya que en cada Estado miembro se plantea en realidad la coexistencia de dos normas de carácter fundamental, cada una suprema en su ordenamiento, la Constitución del Estado miembro y la ‘constitución material’ que suponen los Tratados comunitarios, y cada una con un Tribunal encargado de velar por su primacía. Pero la jurisprudencia comunitaria afirma la primacía no solo de los Tratados fundacionales sino de todo el ordenamiento jurídico comunitario sobre todo el Derecho nacional. P. 172

En este último caso, no se plantea una cuestión de jerarquía entre los dos ordenamientos jurídicos, y la argumentación del Tribunal de Justicia comunitario desde la famosa sentencia Costa/ENEL, no há buscado una fundamentación jerárquica, sino que sus argumentos se centran en la voluntad de los Estados miembros de crear la entonces CEE sin limitación temporal, y para ello le han atribuido competencias que ellos han perdido. Los Estados han aceptado, sobre una base de reciprocidad, el Derecho emanado de las Instituciones comunitarias, y eso exige la aplicación uniforme del Derecho Comunitario en todos los Estados miembros. La única forma de garantizar esa aplicación uniforme y simultánea es descartar la aplicación del Derecho nacional contrario al comunitario.(MORO, 2008, p.175).

Neste sentido dispôs Canotilho (2003), o qual afirmou que a supremacia do direito comunitário “tornaria supérfluas as próprias constituições” e importaria em um “processo apócrifo de revisão contra as próprias normas constitucionais”.

Insta esclarecer que apesar de se tratar, o presente trabalho, de tratados internacionais sobre direitos humanos, tais acordos internacionais podem englobar direitos que ratifiquem os já dispostos em nossa Constituição, complementá-los/ampliando-os, ou até mesmo conflitá-los; neste caso, se se tratar de uma norma que adentre no ordenamento jurídico brasileiro com *força* de emenda constitucional ocorrerá, portanto, a derrogação da própria norma constitucional.

Um exemplo de conflito entre o direito internacionalmente garantido e o dispositivo constitucional é demonstrado pela doutrinadora Flávia Piovesan (2010) em sua obra sobre Direito Internacional, atentando-se para o caso da liberdade sindical. Afirma a professora que nos termos do art. 22 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, fica estabelecido o direito de toda pessoa de fundar, com outras, sindicatos e filiar-se ao sindicato de sua escolha, sujeitando-se unicamente às restrições previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades alheias. Idêntico preceito encontra-se previsto no art. 8º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, bem como no art. 16 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Contudo, a Carta Magna brasileira de 1988, por sua vez, consagra o princípio da unicidade sindical, nos termos de seu art. 8º, inciso II, onde prevê que é “*vedada à criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial*”.

Ocorre que os acordos/tratados acima mencionados foram ratificados anteriormente a promulgação da EC nº. 45/2004, que estabeleceu o §3º, no art. 5º, da CF. No entanto, exemplifica perfeitamente a possibilidade de conflitos que possam vir a existir entre tratados internacionais e os dispositivos constitucionais mesmo que aqueles versem sobre direitos humanos.

Um outro exemplo deste eventual conflito é o fato do Brasil ter assinado a Convenção da Organização Internacional do Trabalho nº. 100, o qual estendeu aos empregados domésticos todos os direitos inerentes as outras classes trabalhistas ao contrário do que estabelece o parágrafo único do art. 7º da Constituição, que, por sua vez, restringe os direitos assegurados a esta categoria profissional.

Deste modo, verifica-se que o problema reside justamente na inexistência de um controle jurisdicional de conformidade dessas normas internacionais com a Constituição Brasileira.

Ressalta-se que no Brasil toda matéria cabível de controle político, também pode ser objeto de controle jurisdicional, mesmo que em momento posterior, excentuando-se os casos pertinentes a incorporação dos tratados internacionais.

Acontece que a salvaguarda da Constituição não pode ser relegada unicamente ao Poder Político, tendo em vista que é este o órgão produtor dos leis/atos normativos sujeitos à fiscalização constitucional, sendo, portanto necessária a manifestação do Poder Judiciário. Este é, pois, o pensamento seguido por Hans Kelsen ao afirmar que ninguém pode ser juiz de sua própria causa, e dessa forma o poder legislativo não poderia analisar a constitucionalidade de seus próprios atos e normas. Neste mesmo sentido dispôs Klaus Stern (2009, p. 37-38):

Sin embargo, si bien la Constitución es el modelo de toda la actuación estatal, la Constitución es también una norma jurídica, de modo que será lógico que la interpretación y salvaguarda de esta normativa se sitúe igualmente en manos de un órgano del Poder judicial, es decir, en una institución específica introducida para el control jurídico y no en un órgano de tipo político. [...]

Si no se hubiera conformado una jurisdicción constitucional, decidiría automáticamente el legislador si se ajusta al marco constitucional o no, ya que no hay ningún órgano sobre él que supervise los límites constitucionales. El control de constitucionalidad recaería sólo sobre si mismo. [...] El Tribunal, como guardián de la Constitución, es por tanto una expresión práctica para la división del trabajo de los órganos estatales. [...] Queda fuera de toda duda, que el control de la función de creación del Derecho sobre todo del Parlamento a través del Tribunal Constitucional es un punto neurálgico de moderación y equilibrio entre el primer y el tercer poder. La larga historia del control de constitucionalidad de las leyes es un proceso que se muestra desde la revolución de la Supreme Court en el caso Marbury vs. Madison.

Por outro lado, mesmo que não se verifique a ocorrência de eventual conflito entre a norma comunitária introduzida pelo o no art. 5º, §3º, da CF e o dispositivo constitucional, constata-se, que a despeito do constituinte ter estabelecido apenas dois processos especiais de reforma do texto constitucional – art. 60 e art. 3º da ADCT – exaurindo, naquele momento, através do exercício do Poder Constituinte Originário¹⁶, qualquer outra forma de modificação da Lei Maior, o referido parágrafo do art. 5º abre

¹⁶ “Nem a emenda e nem a reforma e isso é preciso ser dito, porque é implícito, mas não foi cumprido nos anos todos; qualquer constitucionalista defenderia isto, e de que, se há um poder constituinte originário, que diz como é que o poder constituinte derivado pode emendar ou reformar a Constituição, esse poder constituinte derivado não pode mudar as regras da alteração. Porque as regras da alteração é uma delegação que eles receberam do poder constituinte originário.” – Assembléia Nacional Constituinte (Atas da Comissão)/Subcomissão de Garantia da Constituição, reformas e emenda, Proferida por: José Afonso da Silva, pg. 10.

espaço para a instauração de uma nova forma de modificação constitucional, mesmo após dezesseis anos da promulgação da carta vigente de 1988.

Manifestam-se, assim, problemas no âmbito da Teoria da Constituição, quanto à relação estabelecida entre o poder de criar a Constituição e o poder de reformá-la, tendo em vista os limites estabelecidos para este último e a possibilidade de modificação das normas constitucionais que regulamentam o seu próprio procedimento.

Ressalta-se que esta nova forma de modificação do texto constitucional advém de normas oriundas fora do Estado, instaurando, portanto, como tão bem conceitua o professor Dr. Hugo César Araújo de Gusmão, o Poder Constituinte Derivado Internacional.

Para o ilustre professor, o processo de formação dos tratados foge ao sistema democrático vez que não decorre unicamente de um representante popular – O Presidente da República que o assina e promulga – mas por um corpo diplomático, negociador do mesmo, que não fora eleito pelo povo, e que, portanto, não representa a vontade popular.

Ademais, ainda existe a figura das partes signatárias que condicionam os seus interesses na formação do tratado existindo, assim, influências de entidades externas no corpo da Constituição que mitigam a soberania de um Estado.

O Fato é que não há qualquer controle jurisdicional sobre a compatibilidade do texto da norma comunitária para com o sistema jurídico brasileiro, mormente o texto constitucional, existindo tão somente a discricionariedade do corpo político pela conveniência das relações internacionais.

Soma-se ainda, o fato de não serem os tratados um instrumento elaborado apenas internamente, mesmo que os dispositivos ali previstos derroguem artigos do texto constitucional, o seu conteúdo não poderá ser modificado ou adaptado pelo legislador nacional, devendo ser recebida com o mesmo texto como qual fora compactuada.

Ao invés de formar parte do art. 5º, tal parágrafo caberia como uma luva no art. 60, já que altera o procedimento de reforma da Constituição, acrescentando uma nova possibilidade. Criam-se, assim, dois problemas: o primeiro, de caráter político, o segundo, doutrinário.

O problema de caráter político relaciona-se com o tema do déficit democrático [...] o procedimento de elaboração de um tratado, no entanto, está sujeito a uma coordenação que efetivamente foge ao controle da população. Em primeiro lugar, porque o tratado não decorre unicamente do liame povo – Presidente da República. Na equação que conduzirá à aprovação de um tratado internacional, há aomenos duas incógnitas que não estão previstas no texto da Constituição: o corpo diplomático que negocia o

tratado, que não representa a vontade popular, e as partes signatárias que, por outro lado, o condicionam a seus próprios interesses.

[...]

O segundo problema, por outro lado, de caráter doutrinário, diz respeito ao paradigma antes mencionado [...] o tratado, nos termos do §3º, acrescido ao art. 5º, não estaria sujeito ao procedimento de discussão, não poderia ser objeto de modificação do seu conteúdo, exatamente porque não é um instrumento elaborado internamente, e sendo aprovado, derogaria artigos do texto constitucional. Nesta hipótese, ao contrário da Constituição espanhola, que no seu art. 95.1 prevê a prévia conformação do texto constitucional a um conteúdo possivelmente contrário de um tratado internacional, autorizando inclusive, condicionalmente, a intervenção do Tribunal Constitucional, a **Constituição brasileira praticamente institucionaliza um Poder Constituinte Derivado Internacional** sem peias, ao permitir uma reforma cujo procedimento se compõe de uma discussão levada a cabo por um número indefinido de entidades não necessariamente representativas da vontade popular e uma aprovação efetuada pelas Casas do Congresso Nacional. (grifo nosso). (GUSMÃO, 2005, p. 110/111).

Se por um lado o envolvimento da jurisdição no processo de controle constitucional dos tratados anteriormente a sua ratificação poderá gerar uma crise institucional, vez que o controle jurisdicional de constitucionalidade brasileiro é eminentemente repressivo, por outro, tem-se, como visto, uma vez ratificado o tratado não poderá mais ser objeto de modificação, ensejando o seu cumprimento de imediato e sob pena de responsabilização.

Desta feita, diante da ausência de qualquer controle jurídico, cabe-nos refletir sobre a necessidade de se resguardar a supremacia constitucional.

Em corolário, face a impropriedade do atual mecanismo de internacionalização de tratados pelo sistema brasileiro, e tendo-se em vista a análise comparativa com os procedimentos de controle de constitucionalidade dos tratados internacionais estabelecidos em alguns países europeus, cap. 3 do presente trabalho, resta patente a necessidade de implementação de um controle jurisdicional prévio de constitucionalidade anterior à ratificação dos tratados sobre direitos humanos, que posteriormente sejam submetidos ao procedimento estabelecido pelo art. 5º, §3º, da CF.

Para tanto, tem-se como principal parâmetro o controle prévio estabelecido nos arts. 93 e 95 da Constituição Espanhola, vez que possibilita a reforma da Constituição, pelos próprios meios estabelecidos pelo Poder Constituinte Originário, antes da ratificação do tratado que fosse conflitante com a Lei Maior.

Sendo assim, vez que o Brasil caminha no sentido de se afirmar cada vez mais como um patente Estado Constitucional Cooperativo, aos moldes estabelecidos pelo doutrinador Peter Häberle, o controle jurisdicional prévio dos tratados internacionais situa-se como única forma de assegurar a preservação e garantia da supremacia

constitucional, evitando-se o ingresso da norma internacional incompatível com o texto da Carta Magna, bem como o único modo de proporcionar que o ordenamento pátrio evolua juridicamente conforme as novas disposições internacionais, mormente quanto aos direitos humanos, na medida que possibilita a conformação do texto constitucional com o tratado, através da reforma constitucional, previamente realizada à ratificação do acordo.

Tal posicionamento é corroborado pelo Ministro Gilmar Mendes, que no voto de julgamento do Recurso Extraordinário nº. 466.343-1/SP- sobre admissibilidade ou não da prisão civil em razão do depositário infiel a luz do Pacto de San José da Costa Rica - dispôs sobre a necessidade e compatibilidade do controle jurisdicional prévio dos tratados internacionais pelo sistema jurídico brasileiro:

Como afirmou o Tribunal Constitucional da Espanha no caso Maastricht: “Aunque aquella supremacia quede en todo caso 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 pacatada”. É nesse sentido que se impõe a **necessidade de utilização de uma espécie de controle prévio, o qual poderia impedir ou desaconselhar a ratificação do tratado de maneira a oferecer ao Poder Executivo possibilidades de renegociação ou aceitação com reservas.** Essa ideia, apesar de todos os óbices do sistema brasileiro, **já apresenta os elementos suficientes para a exequibilidade.** Uma vez que o Decreto Legislativo que aprova o instrumento internacional é passível de impugnação pela via de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), **ou ainda, da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), esse controle de caráter preventivo é possível no Brasil.** (Recurso Extraordinário nº. 466.343-1/SP – STF, Relator: Min. Cezar Peluso, Julgado em 03/12/2008, Pg. 1154). (sem grifo no original)

O controle prévio põe-se, assim, como o único instrumento viável para solucionar a crise de legitimidade das normas editadas por vontades forâneas, salientando-se que com o mesmo, o paradigma do Poder Constituinte restaria novamente assegurado.

5.3 A Ação Declaratória de Constitucionalidade e o Controle jurisdicional preventivo de tratados internacionais sobre direitos humanos

Como visto, faz-se necessário que a além da análise política, haja a análise jurídica a ser, portanto, efetuada por um órgão jurisdicional e em momento anterior – prévio – à ratificação dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, à luz do que ocorre na Europa, mormente no sistema espanhol.

Ressalta-se que o presente trabalho científico visa demonstrar as celeumas oriundas da ausência deste tipo de controle de constitucionalidade, comprovando a sua patente necessidade de instauração, encerrando-se, assim, o problema suscitado.

No entanto, deve-se ter em mente que o modo e o procedimento pelo qual deverá o controle jurisdicional prévio ser exercido só poderá ser respondido de forma ainda incipiente, vez que enseja estudos mais aprofundados, os quais ainda se encontram em fase inicial em nossa doutrina jurídica.

Além disso, não compete ao autor num trabalho conclusivo de curso, apontar soluções para a sua tese, em verdade, o que propomos aqui é demonstrar que o ordenamento jurídico pátrio não impossibilita a instauração deste tipo de controle constitucional, muito pelo contrário, apresenta elementos suficientes para a sua exequibilidade, como tão bem ratificou o ilustre Ministro Gilmar Mendes no seu voto de julgamento do Recurso Extraordinário n.º. 466.343/SP, como transcrito no subitem anterior.

Sendo assim, passaremos a apontar algumas sugestões jurídicas deduzidas principalmente da correlação com o direito comparado, que demonstram a viabilidade e conveniência do controle de constitucionalidade jurisdicional prévio no ordenamento jurídico pátrio, ressaltando-se que as soluções aqui expostas não se ostentam de forma absolutas, muito pelo contrário, apresentam pontos controvertidos que ensejam profundas discussões jurídicas.

Quanto ao órgão fiscalizador, esclarece-se que nos países europeus o órgão competente para a análise jurídica do controle de constitucionalidade das normas oriundas no plano internacional são os Tribunais Constitucionais, órgãos estes que apesar de realizarem atividade jurídica não fazem parte do estrutura jurisdicional dos Estados.

No Brasil, não existe um Tribunal Constitucional em seu sentido estrito, contudo, se analisarmos o conceito deste tipo de tribunal em um sentido mais amplo concluiremos que o Supremo Tribunal Federal é o órgão que faz as vezes do Tribunal Constitucional Brasileiro.

Ademais, a própria Constituição brasileira estabelece em seu art. 102, caput, que órgão encarregado pela guarda da própria Carta Magna é justamente o Supremo Tribunal Federal¹⁷. Deste modo, conclui-se que caberá ao STF a competência para a

¹⁷ O Supremo Tribunal Federal é o oráculo de nossas Constituições, sendo a mais delicada instituição do regime republicano.

realização do controle prévio dos tratados internacionais os quais o Brasil objective fazer parte.

Não se pode olvidar que o controle de constitucionalidade deverá incidir antes que o tratado se torne executável, portanto, em momento anterior a sua ratificação. Tendo-se ainda que o texto do tratado internacional só será enviado ao país, para a análise a ser feita pelo Congresso Nacional, após a assinatura pelo Presidente da República, conclui-se que o momento para a incidência do controle prévio de constitucionalidade deverá ser necessariamente após a assinatura e anteriormente a apreciação do tratado pelo Congresso Nacional.

Sabendo-se que é de competência do Presidente da República enviar o texto do tratado para a apreciação pelo Congresso Nacional, conclui-se também que será obrigação do Chefe do Executivo enviá-lo para a consulta no STF, provocando-o por meio de ação judicial.

Assim, uma vez definido o órgão fiscalizador, bem como o momento de incidência do controle, resta-nos apontar a via judicial viável para o exercício da fiscalização constitucional.

Sendo o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro eminentemente jurisdicional-repressiva - existindo controle prévio apenas quando a fiscalização for de competência oriunda da atividade política - e restando patente a necessidade de existência de um controle jurisdicional prévio para os tratados internacionais, mormente os que versem sobre direitos humanos, faz-se necessário que se estabeleça uma nova via de ação judicial que o exerça, ou, ao menos que haja a alteração do objeto de alguma já existente no ordenamento, para que a mesma abarque a possibilidade do controle de constitucionalidade dos tratados internacionais ainda não ratificados.

Ocorre que o estabelecimento de uma nova ação judicial para o exercício do controle prévio significaria muitas reformas a serem empreendidas, mormente, dentro da própria Constituição, e o que se objetiva é que a Constituição seja alterada o mínimo possível como forma menos nociva de investida contra as disposições previstas no

[...]

Tudo isso se resume à fórmula: o Supremo Tribunal Federal é o guarda da Constituição (CF, art. 102, caput). (UADI, 2008, p. 1072)

É essa a linha de pensamento que perpassa a argumentação de Carlos Mário Velloso, no sentido de defender a atribuição do título ao Supremo Tribunal brasileiro, a partir da entrada em vigor da atual Constituição, pois, para o ilustre ex-Ministro e publicista, o Constituinte de 88 'consagrou, então, o STF como Corte Constitucional, estabelecendo competir-lhe, precipuamente, a guarda da Constituição'. (RAMOS, 2010, P. 74).

nosso ordenamento jurídico. Logo, o caminho mais viável é a modificação do objeto de uma das vias judiciais de controle já existente.

Neste contexto, deve-se ter em mente que o controle de constitucionalidade incidirá sobre normas que ainda não foram promulgadas, ou seja, que ainda não são normas concretas, não podendo produzir efeitos jurídicos entre as partes, portanto, o processo a ser estabelecido deverá ser necessariamente de natureza objetiva, próprio do controle concentrado.

Ante o exposto, fazendo-se uma análise dentre todas as ações judiciais existentes na via de controle de constitucionalidade concentrado, observa-se que o método que mais se adequa com os fins do controle jurisdicional prévio - conformidade com a Constituição - é justamente a Ação Declaratória de Constitucionalidade.

As razões para a escolha desta via judicial podem ser explicitadas pelos seguintes argumentos:

- Processo objetivo: como restou demonstrado o controle jurisdicional prévio incidirá sobre normas que ainda não estão em vigor, portanto, não considerados ainda direitos subjetivos. Desta forma, o processo judicial provocado pela fiscalização deverá ser necessariamente de natureza objetiva. Dentre as vias do controle concentrado brasileiro o que abarca este tipo de processo é a justamente a ADC e a ADIn;
- Inexistência de partes, contraditório, ampla defesa: Ocorre que na ADIn o que se objetiva é a impugnação de uma lei/ato normativo, portanto, faz-se necessário a existência de um contraditório e ampla defesa muito consistente e demorado, voltado especificamente para a inconstitucionalidade da norma, o que não ocorre na ADC, vez que nessa a natureza consultiva torna o processo mais simples, sem a existência efetiva do contraditório e da ampla defesa;
- Objeto: A ADC poderá ser exercida para declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal que tenha como pressuposto para seu ajuizamento a existência de controvérsia judicial, que coloque em risco a presunção de constitucionalidade do ato normativo em exame. Sendo assim, tendo em vista a existência de controvérsia judicial em torno da legitimidade constitucional de determinada lei/ato normativo, bastar-se-ia, que a ADC fosse exercida não só para leis ou atos normativos federais, mas também para os tratados internacionais, excetuando para estes a obrigatoriedade de comprovação de decisões controvertidas sobre a constitucionalidade do ato normativo, vez que a

simples presunção de incompatibilidade entre os ordenamentos (internacional e nacional) e o risco de derrogação de dispositivos estabelecidos na própria Constituição, por si só a justificariam.

Salienta-se que o Min. Gilmar Mendes (2010, p. 1281) em sua obra sobre Direito Constitucional, contempla a possibilidade da ADC ser inserida como forma de obstar a ratificação de um tratado internacional, corroborando com a ideia aqui defendida.

Esse modelo permite a propositura da ação direta para aferição da constitucionalidade do decreto legislativo, possibilitando que a ratificação e, portanto, a recepção do tratado na ordem jurídica interna ainda sejam obstadas.

Insta corroborar que a obrigação de iniciativa da ADC, para os fins do controle jurisdicional prévio, competirá ao Presidente da República, cabendo aos demais legitimados estabelecidos no rol do art. 103 da Constituição, exercê-lo de forma apenas subsidiária.

Por fim, deve-se ter em mente que a apreciação da ADC deverá ser objeto de discussão em Plenário, possibilitando a existência de quatro tipos de acórdão que: a) declara a inconstitucionalidade do tratado, quando este for incompatível com o núcleo essencial/intangível da Constituição, vinculando à rejeição do tratado por parte das Casas do Congresso; b) declara a inconstitucionalidade do tratado, referente a algum dispositivo da Constituição, possibilitando ao Congresso a ratificação do tratado desde que anteriormente seja reformada a Constituição para que a mesma seja conformada com a nova realidade, aos moldes do que ocorre na Espanha; c) declara a constitucionalidade do tratado, podendo as Casas do Congresso aprovarem ou não o seu texto; e, por fim, d) declara a constitucionalidade segundo interpretação conforme a Constituição, neste caso, a interpretação do texto do acordo fica adstrita a que foi dada pelo Tribunal.

Desta feita, resta evidente a total compatibilidade e principalmente a conveniência da instauração no ordenamento jurídico brasileiro de um controle jurisdicional prévio a ser exercido no texto normativo dos tratados internacionais de direitos humanos ainda não ratificados, pelo qual se fundamentou a análise científica do presente trabalho acadêmico conclusivo de curso.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Deste modo, como visto em análise do presente estudo acadêmico, uma das grandes consequências oriundas do contexto pós-guerra foi justamente o que se pode denominar de transnacionalização de mercados.

Neste contexto, muito além da estabilização de um Estado Constitucional, garantidor das liberdades individuais, bem como da preservação do estado democrático de direito, surge a política de cooperação interestatal.

Frisa-se que é justamente nessa integração cada vez maior entre os Estados, em que suas relações jurídicas, políticas e econômicas transfronteiriças se intensificam, é que os Estados-nacionais, por meio de cláusulas normativas, abrem o seu ordenamento interno para que normas produzidas externamente possuam aplicabilidade e executoriedade no plano nacional. É o que o ilustre doutrinador Peter Häberle denomina de Estado Constitucional Cooperativo, sendo a União Européia a comunidade de integração entre Estados que mais perfeitamente exemplifica esta nova denominação.

O que se pode observar na Europa, principalmente a exemplo do que fora estabelecido nos arts. 93 e 95 da Constituição Espanhola, é que essa internalização das normas comunitárias vêm acompanhada por um processo de compatibilização/conformidade estabelecido entre o texto constitucional e o texto do tratado a ser ratificado, evitando, desta forma, que num eventual conflito entre as mesmas, a norma internacional derogue a norma constitucional.

No ordenamento jurídico brasileiro, as cláusulas de abertura estão consubstanciadas nos arts. 4º, §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição, este último inserido pela EC nº 45/2004, a qual permitiu que tratados internacionais que versem sobre direitos humanos que sejam submetidos ao *quorum* que é estabelecido no art. 60, CF, passem a vigorar no direito interno com força de emenda constitucional (maior hierarquia), corroborando em parte com a corrente doutrinária que já estabelecia o *status* de constitucionalidade para todos os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, com a única diferença do *quorum* para a sua aprovação.

Ressalta-se, que uma vez ratificado o Estado-parte do tratado tem a obrigação de cumpri-lo, não podendo invocar disposições de sua norma interna como forma de descumprimento, estando, pois, fundamentadas no princípio do *pacta sunt servanda*, não podendo mais ser, também, objeto de discussão e/ou modificação.

No entanto, no Brasil, tais normas internacionais não são postas frente a um controle jurídico previamente exercido antes de sua ratificação. Deste modo, num

eventual conflito entre o texto da norma internacional e o texto constitucional esta será tacitamente derogado.

Observa-se que em verdade o §3º do art. 5º da CF instaura um novo tipo de reforma constitucional realizado pelo que fora denominado de Poder Constituinte Derivado Internacional, tendo em vista que além os atos negociais dos tratados são realizados por um corpo diplomático, que como visto não representa a vontade popular, sendo ainda produto de vontades forâneas instituídas pelas outras partes signatárias.

Por conseguinte, verifica-se que o Estado Brasileiro possui legítimas cláusulas de abertura constitucional à dimensão internacional, podendo sim ser considerado um Estado Constitucional Cooperativo, mas que, no entanto, apresenta patentes falhas jurídicas ao passo que não estabelece nenhum controle sobre a compatibilidade dessa norma internacional com o ordenamento jurídico pátrio.

Vê-se, pois, a patente ausência normativa, o qual como já demonstrado ao longo deste trabalho, acarreta efeitos jurídicos que põem em risco a própria Supremacia da Constituição, bem como institui um Poder Constituinte de titularidade alheia ao povo e oriunda externamente ao Estado.

Sendo assim, em análise comparativa com o que ocorre nos países da União Europeia, mais do que perfeitamente cabível, demonstra-se como necessário a instauração de um controle jurisdicional prévio o qual obstenha a ratificação de um tratado que seja conflitante com a nossa Constituição, harmonizando o ordenamento interno e o ordenamento internacional, proporcionando a garantia da supremacia constitucional, bem como os avanços jurídicos almejados pelo Estado Cooperativo.

Nesse íntirem, esclarecemos que a institucionalização do controle jurisdicional prévio não pode vir desacompanha de outras mudanças de certos paradigmas constitucionais e institucionais.

Logo, as sugestões dadas neste trabalho aqui não se exaurem, em verdade, impõe estudos mais complexos e aprofundados, tais como a institucionalização de um Tribunal Constitucional Brasileiro, ou mesmo mudança de competência do STF, tendo em vista a sua exorbitante demanda de processos; a reforma para a instauração de uma nova via de controle de constitucionalidade, ou, a modificação no objeto de uma das ações já existentes, como proposto neste trabalho, enfim, o que se pretende é que se a real compatibilidade e possibilidade de que se estabelece no sistema jurídico brasileiro, assim como ocorre na Espanha, Alemanha e França, um controle de constitucionalidade

de tratados ainda não ratificados a ser realizado por um órgão jurídico competente para a salvaguarda da Constituição.

Por fim, reitera-se que este estudo trata-se apenas de um trabalho conclusivo de curso, o qual propunhamos plantear e discutir a ideia de um controle jurisdicional prévio a ser realizado para os tratados internacionais sobre direitos humanos, que mesmo sendo um discussão ainda incipiente, portanto, sem excluir ou mesmo negar a necessidade de estudos mais aprofundados, revela-se como de enorme importância jurídica para o nosso sistema pátrio.

REFERÊNCIAS

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

_____. STF (Pleno). Recurso Extraordinário n°. 466.343-1/SP. Partes: BANCO BRADESCO S/A; VERA LÚCIA B. DE ALBUQUERQUE E OUTRO(A/S); LUCIANO CARDOSO SANTOS. Rel. Min. Cezar Peluso, Brasília, 03/12/2008. Publicação: DJe-104 DIVULG – 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL – 02363-06PP-01106 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716540/recurso-extraordinario-re-466343-sp-stf>> Consultado em 24/09/2011, às 16h30min.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7º ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CEIA, Eleonora Mesquita. *“Tratados internacionais e constituições nacionais na jurisprudência constitucional do Brasil e da Europa”*. Trabalho apresentado no Seminário da Conferência Internacional da ILSA. Belo Horizonte, 2008. Disponível em <<http://jus.academia.edu/emceia/Papers>> Consultado em 07/10/2011, às 14h40min.

DÍEZ-PICASO, Luís María. Justicia Comunitaria, Justicia Constitucional y Tribunales Ordinarios Frente al Derecho Comunitario. In: **Revista Española de Derecho Constitucional**, Año 5, N.º 13, Enero-Abril, 1985, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus feitos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

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

_____. **Pluralismo y Constitución**. Madrid: Tecnos, 2002.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional: Concepto y cualidad de la Constitución.** Centro de Estudios Constitucionales. 2ª Ed. Madrid, 2008.

GUSMÃO, Hugo César Araújo. **Poder Constituinte: Uma categoria ainda válida em nossos dias?***Revista Brasileira de Direito Constitucional.* n.º. 6: 95-115, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** Tradução de Luis Carlos Borges. 3º Ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

LOMBARDI, Giorgi. **Carl Schmitt y Hans Kelsen, La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?.** Trad. Manuel Sánchez Sarto y Roberto J. Brie. Madrid, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 25ª Ed. São Paulo: Atlas S.A., 2010.

MORO, Lucía Millán. El Tribunal de Justicia de las comunidades europeas como Tribunal Constitucional europeo. **Revista: En La Unión Europea en Perspectiva Constitucional.** Pamplona: Ed. Thomson Aranzadi, 2008. p.149-183.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição).** São Paulo: Malheiros, 2002.

STERN, Klaus. **Jurisdicción Constitucional y legislador.** Tradução de Alberto Oehling de los Reyes. Editora Dykinson, Madrid, 2009.

TAJADURA, Javier; VIDAL, Carlos; BÁRCENA, Josu de Miguel. Justicia Constitucional y Unión Europea: Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal. **Revista: Cuadernos e Debates/185.** Madrid: Ed. Centro de estudios políticos y constitucionales, 2008. p. 5-322

VARELLA, Marcelo D. **Direito dos Tratados. IN. Direito Internacional Público.** São Paulo: Saraiva, 2009.