

# JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E GLOBALIZAÇÃO: DA CONVENIÊNCIA E COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE PRÉVIO DE TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS AINDA NÃO RATIFICADOS

Mariana Dantas Pereira  
Advogada

## Resumo

As crescentes relações transfronteiriças entre os Estados Nacionais acabaram por ocasionar o surgimento de um novo modelo estatal, denominado pelo doutrinador Peter Häberle de Estado Constitucional Cooperativo, caracterizado principalmente pela abertura dos ordenamentos internos, através de cláusulas de aberturas estabelecidas nas Constituições, para a ingerência de normas constituídas no âmbito internacional e por vontades forâneas com plena aplicabilidade e executoriedade no plano interno; hodiernamente, o principal exemplo desta abertura jurídica é a União Europeia. No Brasil, as cláusulas de abertura estão consubstanciadas no art.4º, no § 2º e § 3º do art. 5º da Constituição, 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 Constituição. Salienta-se que, uma vez ratificados, os tratados possuem plena executoriedade. Contudo, o que se percebe é que, ao contrário do que ocorre nos países europeus, a introdução destas normas internacionais no ordenamento brasileiro 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, derogando-as. Desta feita, o presente trabalho tem como objetivo demonstrar a necessidade e conveniência deste tipo de controle prévio no Brasil, utilizando-se, para tanto, as fontes dogmáticas e jurídico-formais circunscritas à doutrina especializada e estrangeira, as legislações e jurisprudência pertinentes ao assunto, através de uma abordagem dialética quanto do emprego dos métodos analítico-descritivo e correlacional, em análise de direito comparado.

**Palavras-chave:** Direito internacional. Constituição. Tratados. Controle jurisdicional prévio.

## Abstract

The main legal effect caused by the growing political and economic interaction between nations, especially after World War II, is the occurrence of the same legal position being regulated by two, international legal order and the other national. In this situation arises which calls counselor Peter Häberle Cooperative Constitutional State. In this new model the internal state open systems, through openings clauses established in the Constitutions, that standards established externally by forâneas wills start having applicability and enforceability internally; prime example of this in our times the legal opening is the European Union. In Brazil, opening clauses are embodied in art. 4<sup>o</sup>, in § 2 and § 3 of art. 5 of the Federal Constitution, the latter introduced by EC n<sup>o</sup> 45/2004, which established the constitutional amendment to force human rights treaties submitted to the same quorum provisions of art. 60 of CF It is noted that once ratified treaties have full enforceability, basing on the principle of *pacta sunt servanda*. However, what we see is that contrary to what occurs in European countries, the introduction of these international standards the national laws came unaccompanied by a control of constitutionality prior court whose purpose is to prevent standards arising out of state in order adentrem inconsistent with provisions of the Constitution itself, to deviate from them. This time, the present work aims to demonstrate the need and convenience of this type of prior control in Brazil through a comparative study with European legal systems.

**Keywords:** International law. Constitution. Treaties. Preliminary jurisdictional control.

## 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 consequente 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 obrigatórios em relação às 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 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, em que 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, evitando-se, por um lado, a incompatibilidade da norma internacional com o texto constitucional e permitindo, por outro, que se atinjam os objetivos proposto pelo abertura jurídica ocasionado pelo Estado Constitucional Cooperativo.

## **2 Supremacia da Constituição e o conseqüente surgimento do controle de constitucionalidade**

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 que, 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).

Para o professor Uadi Lammêgo (2010), os fundamentos que justificam a adoção do controle de constitucionalidade são os seguintes: o primar pela estabilidade constitucional do Estado; a garantia da supremacia constitucional em face dos atos do Poder Público; a preservação do 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 sociológico 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 constitucio-

nais 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.

*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 ao combate do 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.

### 3 Estado constitucional cooperativo

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, quando se consolidaram as ideias de preservação das liberdades individuais. Neste sentido, dispôs o doutrinador Peter Häberle (2001, p. 3):

*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, da 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.

Esta a abertura jurídica, caracterizada principalmente pela ratificação de diversos tratados e pactos entre países, ensejou 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 redunde 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 si', 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 Europeia, o qual se anuncia hoje como uma verdadeira comunidade universal de Estados Constitucionais. É, pois, a comunidade europeia um autêntico produto deste genuíno processo de universalização de direitos.

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 gerado pelo âmbito

ideal/moral, caracterizado pela universalização dos direitos fundamentais e humanos.

Deste modo, o estado härbeliano 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 à proteção desses direitos proporcionam a evolução jurídica da nação, por meio das integrações, neste sentido afirmou Peter Häberle:

*En la 'Internacional del Estado constitucional', en la 'familia' de los Estados constitucionais, el intérprete de los derechos fundamentales tiene que tomar en 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, en los espacios europeo, latinoamericano o africano. (HABÉRLE, 2007, PG. 163-164)*

No ordenamento jurídico brasileiro, podemos identificar como cláusulas de abertura para a cooperação internacional, o princípio estabelecido pelo art. 4º, IX, da CF<sup>1</sup>, a dos §§ 2º e 3º (introduzido com a Emenda Constitucional n.º. 45/2004), do art. 5º da CF, 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

<sup>1</sup> Art. 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 humano 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.

direito interno de maneira que não viole os preceitos estabelecidos e fundados na própria Lei Maior, o que 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 sistema, e estando essas normas a regular uma mesma situação ou matéria, poderá, pois, ocorrer a existência de colisão entre as mesmas.

Para tanto, faz-se necessária, 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 se consubstancia 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, e/ou mesmo, a própria negativa de ratificação do tratado/acordo.

Na Espanha, o art. 93<sup>2</sup> da Constituição estabelece uma patente

<sup>2</sup>Art. 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.

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. 95<sup>3</sup> e como tão bem explicita o doutrinador Barcena (2008, p. 174):

*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 en obligarse se contemplado en el artículo 95.1 CE. Por outro, el control de constitucionalidad posterior a la manifestación del consentimiento en obligarse recogido en 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, 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 Alemão – 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 autorização para aprovar ou ratificar o mesmo, permitindo-se,

<sup>3</sup>Art. 95 – (1) – *La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. (2) – El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.*

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<sup>4</sup>, 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 assembleias 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.

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

<sup>4</sup>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 nº. 2007-560 DC, de 20/12/2007. (CEIA, 2008, p. 15)

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.

Em verdade, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é eminentemente jurisdicional-repressivo. Por oportuno, ressalta-se que, dentro do tipo de controle acima referido, 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.

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. Mauricio 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.

### 5.1 Processo de celebração dos tratados

Em geral, o processo de celebração de tratados compõe-se de seis fases distintas, qual seja, 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 dos cargos 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. 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, cessando as negociações, porém sem significar a sua aceitação definitiva, não acarretando, pois, efeitos jurídicos vinculantes, abrindo apenas oportunidade para as reservas<sup>5</sup>.

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

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 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.

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 internacionalmente.

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

<sup>5</sup>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.

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 esta 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

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.

Logo, o Estado, exercitando a sua soberania ao ratificar um tratado/acordo, não poderá mais invocar disposições de seu próprio direito interno, bem como usar eventual alteração em sua legislação como fundamento para o não cumprimento – derrogar ou ab-rogar – as regras convenionadas externamente, sob pena de responsabilização internacional<sup>6</sup>.

Este fato ocorre em razão de os tratados revestirem-se do 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 agir 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.

<sup>6</sup>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.

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 que o constituinte concentrou, exclusivamente nos Poderes Executivo e Legislativo, as prerrogativas do controle de 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, as suas normas adentram ordenamento jurídico brasileiro com força de emenda constitucional, portanto, a mais alta hierarquia dentro do nosso ordenamento, não prevendo, ao mesmo tempo, 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 despeito da supremacia constitucional, o direito internacional deverá vigorar, enfraquecendo a própria normatividade constitucional e soberania estatal, em razão da obrigatoriedade de cumprimento do tratado internacional – princípio do *pacta sunt servanda* –, caracterizando o princípio da primazia do direito internacional sobre o direito interno.

Neste sentido, dispôs Canotilho (2003) ao afirmar que a supremacia do direito comunitário “tornaria supérfluas as próprias constituições” e importaria 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 à 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.

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

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.

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 Originário<sup>7</sup>, qualquer outra forma de modificação da Lei Maior, o referido parágrafo do art. 5º abre espaço para a instauração de uma nova forma de modificação constitucional, mesmo após dezesseis anos da promulgação da carta vigente de 1988.

Manifesta-se, assim, 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 de 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 com o qual fora compactuada.

<sup>7</sup>“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.” – Assembleia Nacional Constituinte (Atas da Comissão)/Subcomissão de Garantia da Constituição, reformas e emenda, Proferida por: José Afonso da Silva, pg. 10.

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 ao menos 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 anteriores à sua ratificação poderá gerar uma crise institucional, 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, restando 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, à luz do que ocorre nos países europeus integrantes da União Europeia.

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 à 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, assegurando-se o paradigma do Poder Constituinte, bem como proporcionar que o ordenamento pátrio evolua juridicamente conforme as novas disposições internacionais, estabelecidas pela política do novo Estado Constitucional Cooperativo, o qual o Brasil se propõe ser.

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

Conforme analisado, faz-se necessário que, 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.

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, 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, apresentando elementos suficientes para a sua exequibilidade.

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 Federal. Deste modo, conclui-se que caberá ao STF a competência para a realização do controle prévio dos tratados internacionais dos quais o Brasil objetiva fazer parte.

Não se pode olvidar que o controle de constitucionalidade deverá incidir antes que o tratado se torne executável, portanto, em momento anterior à 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 deverá ser 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-repressivo, 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 nosso ordenamento jurídico. Logo, o caminho mais viável é a modificação do objeto de uma das vias judiciais de controle já existente.

Nesse 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 – em 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: 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;

- 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 necessária a existência de um contraditório e ampla defesa mais 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;
- 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, 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 Ministro Gilmar Mendes (2010, p. 1281), em sua obra sobre Direito Constitucional, contempla a possibilidade de a 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, o qual fora o ponto nevrálgico do presente estudo.

## **6 Considerações finais**

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 transfronteiras se intensificam, 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 Europeia 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 este 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, demonstra-se como necessária 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, à luz do que já ocorre em países Europeus.

Por fim, reitere-se que, em análise do hodierno ordenamento jurídico pátrio, percebe-se a total compatibilidade e exequibilidade para a instauração deste tipo de controle o qual encontra respaldo no nosso sistema de controle concentrado, mormente na Ação Declaratória de Constitucionalidade, solucionando os problemas institucionais suscitados na incorporação dos tratados/acordos internacionais no sistema jurídico interno.

## Referências

- BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2014.
- \_\_\_\_\_. STF (Pleno). *Recurso Extraordinário n.º. 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>>. Acesso em: 24 set. 2001.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito constitucional ao alcance de todos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. 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>>. Acesso em: 07 out. 2011.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus feitos*. 4. ed. São Paulo: 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. 2. ed. Madrid, 2008.

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

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luis Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

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*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11.ed. rev. e atual. São Paulo: 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.

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. In: *Revista Cuadernos e Debates/185*.Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, p. 5-322, 2008.

VARELLA, Marcelo D. Direito dos tratados. In: *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2009.