

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ABRAHAM HAND VARGAS MENCER

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POLÍTICO
REPRESSIVO DE TRATADOS E CONVENÇÕES
INTERNACIONAIS**

VITÓRIA
2020

ABRAHAM HAND VARGAS MENCER

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POLÍTICO
REPRESSIVO DE TRATADOS E CONVENÇÕES
INTERNACIONAIS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como
requisito para obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Professor Dr. Daury Cesar Fabríz.

VITÓRIA

2020

ABRAHAM HAND VARGAS MENCER

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POLÍTICO
REPRESSIVO DE TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória,
como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____ de dezembro de 2020.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Daury Cesar Fabríz
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof. Dr. Adriano Sant'Ana Pedra
Faculdade de Direito de Vitória

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradecimentos especiais Àquele em que, corporalmente, habita toda a plenitude da Divindade (Cl 2.9), à Sabedoria que arquitetou o Universo e foi o meio pelo qual ele veio a existir (Pv 8.30 e Jo 1:2), Àquele que é o próprio *logos* de Deus (Jo 1:1) e, também, que é o próprio Deus: o Senhor Jesus Cristo, que era, é e há de vir. Agradeço e peço: Maranata, ora, Vem, Senhor Jesus.

Quanto à pesquisa em questão, primeiramente devo agradecer ao meu orientador, Daury Cesar Fabríz. Primeiramente por me acompanhar desde o primeiro período de Direito, introduzindo no início do meu curso um tema essencial para este trabalho: a hierarquia dos tratados e convenções internacionais. Depois, ao me convidar para participar da monitoria da matéria complementar à citada: controle de constitucionalidade, fazendo-me aprofundar os estudos que já havia iniciado quando cursado a disciplina. Por fim, ao me orientar: no artigo científico, em outras duas monitorias e, agora, no Trabalho de Conclusão de Curso, que não é o fim, mas o início de uma vida acadêmica que levará a marca do nobre professor.

Também agradeço aos assessores da Câmara Municipal de Vitória, local em que estagiei, momento em que o tema de pesquisa foi concebido, aos meus amigos e colegas da Faculdade de Direito de Vitória, de outras instituições e até de outros cursos, que me forneceram outros olhares para a temática, indispensáveis para eu chegar à conclusão da pergunta proposta, além de todos os professores da Faculdade de Direito de Vitória, que introduzem e aprofundam algo que não é (e não pode ser) inacabado e exato: a ciência do Direito.

Não somente de conhecimento é feita a pesquisa, por isso agradeço ao apoio emocional dos meus pais, Dayan de Andrade Mencer e Dorisana Hand Vargas, que me apoiaram nessa trajetória e compreenderam a importância deste trabalho para o curso e meu futuro. Também agradeço aos meus amigos que me apoiaram emocionalmente, tanto os da época da escola, quanto da faculdade e de outros ciclos sociais.

Por fim, gostaria de agradecer a outros dois professores que foram essenciais para essa pesquisa e para a minha trajetória até o momento. Primeiramente, ao professor Roberto Martins de Oliveira, que, no primeiro ano do Ensino Médio, instigou o conhecimento sobre áreas abordadas neste trabalho: democracia, Constituição e o povo, despertando meu interesse pelo Direito; além de futuramente ter me dado a oportunidade de estagiar e observar os ensinamentos de escola serem postos em prática no Parlamento Municipal. Em segundo lugar, entretanto de modo algum menor, à professora Gilsilene Passon Picoretti Francischetto, que, no primeiro período de Direito, incentivou os alunos a adentrarem no mundo da pesquisa científica, o que me instigou a sempre tentar ter um olhar crítico sobre questões jurídicas.

RESUMO

Busca compreender se o Congresso Nacional possui legitimidade para realizar o controle político repressivo de constitucionalidade de tratados internacionais. Foi utilizado o método hipotético-dedutivo, por meio do confronto de teorias opostas e a identificação da preponderante no Brasil ou a mais adequada ao Ordenamento. Buscou-se identificar na doutrina e jurisprudência se os tratados poderiam sofrer controle de constitucionalidade, por meio da análise de sua posição no sistema escalonado de normas, chegando à conclusão que seria possível. Buscou-se analisar o papel dos principais órgãos legitimados para realizar o controle judicial e político: órgãos do Judiciário e Congresso Nacional, sob a ótica do positivismo pré-Constituição de 1988, neoconstitucionalismo, pós-positivismo de Dworkin e o estado de letargia do Parlamento com o século XX. Constatou-se que foi estabelecido uma supremacia do Judiciário, mas que não havia a exclusão do Legislativo como guarda da Constituição. Nesse sentido, propôs-se uma ressignificação do papel dos órgãos mencionados, com a valorização dos órgãos políticos e do diálogo com os cidadãos, conforme a estabelecida democracia participativa deliberativa e o pós-positivismo de Dworkin. Por fim, baseando-se na posição dos tratados internacionais e no papel ressignificado dos órgãos competentes para realizar o controle de constitucionalidade das normas, chegou-se à conclusão que o Congresso Nacional pode realizar o controle político repressivo dos diplomas internacionais tradicionais e de direitos humanos, por meio de espécies normativas presentes no Art. 59 da CR/88, cuja decisão poderia ser revista pelo Tribunal Constitucional Brasileiro, desde que obedecesse aos requisitos da participação popular no processo e da fundamentação exclusivamente jurídica da decisão, independentemente da participação do Presidente da República.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade político repressivo. Posição dos tratados internacionais. Congresso Nacional.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS	09
1.1 DO SILÊNCIO DOS CONSTITUINTES ORIGINÁRIOS	10
1.2 DAS CORRENTES DOUTRINÁRIAS SOBRE OS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS	12
1.3 DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	17
2 DOS ÓRGÃOS LEGITIMADOS PARA REALIZAR O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	23
2.1 DO PAPEL JUDICIÁRIO E LEGISLATIVO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	25
2.1.1 Do papel do Judiciário, o <i>judicial review</i>	25
2.1.2 Do papel do Congresso Nacional	29
2.2 DA NECESSIDADE DE RESSIGNIFICAÇÃO DOS PAPÉIS POSTOS ...	34
3 DOS INSTRUMENTOS PARA EFETIVAÇÃO DA NOVA INTERPRETAÇÃO DA SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	39
3.1 O ART. 59 DA CR/88 E OS INSTRUMENTOS PARA REALIZAÇÃO DO CONTROLE	39
3.1.1 Do controle de constitucionalidade de tratados e convenções internacionais de direitos humanos	41

3.2 DOS REQUISITOS IMPLÍCITOS PARA A REALIZAÇÃO DO CONTROLE	48
4 O PRESIDENTE DA REPÚBLICA E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS	64
BIBLIOGRAFIA	72

INTRODUÇÃO

Desde a segunda metade do século XX, o Constitucionalismo tem vivido uma nova era: a do reconhecimento da Supremacia da Constituição. Primeiramente, a Supremacia Formal, ou seja, as normas jurídicas devem seguir o rito e serem feitas pelas autoridades competentes que estão estabelecidas em diploma hierarquicamente superior, sendo a última desta a Constituição. Porém, após a Segunda Guerra Mundial e os ensinamentos de Dworkin e Alexy, percebeu-se a insuficiência de as normas serem feitas somente pelo procedimento estabelecido, necessitando também que seus conteúdos fossem compatíveis com o texto constitucional, para evitar atrocidades como as Leis de Nuremberg¹ com suas derivações e, simultaneamente, cumprir a vontade do Constituinte Originário.

Assim, iniciou-se de forma contundente, nos Estados de matriz ocidental, a criação de Constituições principiológicas, que instituíssem os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensões, reconhecessem sua Dupla Supremacia e sua aplicação no controle de constitucionalidade, quer seja por Tribunais Constitucionais, como na Alemanha e Áustria, quer seja o realizado por órgãos políticos, como no caso do *Conseil Constitutionnel* da França.

Esse movimento chegou ao Brasil com a Constituição da República de 1988, momento que foi dado ao Supremo Tribunal Federal a função precípua de guarda da Lei Fundamental e, em conjunto com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, a palavra final em matéria de controle. Entretanto, o Constituinte também legitimou o Congresso Nacional a realizar o controle de constitucionalidade repressivo dos atos normativos primários federais internos e os secundários – como pela revogação dos primeiros ou a sustação dos últimos, como será abordado no

¹ Conjunto de leis de 1935 que iniciaram, institucionalmente, o movimento antisemita na Alemanha Nazista. Foram aprovadas pelo Parlamento (*Reichstag*), tendo como iniciativa legislativa o competente Chefe de Estado e de Governo à época (*Führer* e Chanceler do *Reich*), Adolf Hitler, o que deu *status* de constitucionalidade formal para a legislação. Entretanto, seu conteúdo já era atentatório aos direitos mais básicos de primeira dimensão, como a liberdade e a igualdade, por vedar o casamento entre judeus e alemães de sangue, sob pena de trabalhos forçados (UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM, 2019).

segundo capítulo deste estudo –, silenciando-se sobre os tratados e convenções internacionais.

Nessa seara, acompanhando o movimento constitucionalista que cada vez mais se expande em todo o mundo, incluindo o próprio Brasil, o presente trabalho possui como objetivo responder o seguinte questionamento: O Congresso Nacional possui legitimidade para realizar o controle de constitucionalidade político repressivo de tratados e convenções internacionais?

Será utilizado o método hipotético-dedutivo, de modo que se levantarão pressupostos-hipóteses teóricos correlatos à questão, os quais serão constantemente postos em dúvida, com a apresentação de correntes doutrinárias, para conseguir solucionar a problemática posta. Nessa linha, o primeiro tópico a ser abordado é a possibilidade jurídica de ser realizado um controle de constitucionalidade de tratados e convenções internacionais. Cabe frisar que, para fins desse estudo, não será necessária a diferenciação entre tratados e convenções internacionais, utilizando-se a terminologia tratados em seu sentido *lato*.

1 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

Como exposto anteriormente, o controle de constitucionalidade das leis possui como seu fundamento a Supremacia Formal e Material da Constituição. Ou seja, ela é a norma jurídica superior em todo o Ordenamento e, portanto, as inferiores devem estar conforme a ela quanto ao seu conteúdo e quanto ao seu processo de concepção. Essa afirmação pode ser claramente comprovada na definição de uma Constituição, para o Mundo Ocidental, por Mauro Cappelletti (1999, p. 32, grifo nosso), em sua obra “O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado”:

[...] esta é considerada, na Europa Ocidental, como um conjunto de regras e princípios, por tendência, permanentes, **exprimindo as normas de valor**

mais elevado de todo o ordenamento estatal e também **a vontade ou o programa de sua concreta realização** [por políticas públicas ou legislação infraconstitucional, por exemplo] [...]

Consoante a esse pensamento, escreve o Ministro Gilmar Mendes (MENDES; BRANCO, 2019, p. 1170, grifo nosso) —sobre a teoria de Konrad Hesse – que: “[...] enquanto ordem jurídica fundamental, a Constituição **contém linhas básicas do Estado e estabelece diretrizes e limites ao conteúdo da legislação vindoura**”. Logo, do próprio ser da Constituição Contemporânea Ocidental que deriva o princípio da Supremacia Constitucional Material e Formal, sendo um princípio implícito e que sustenta todo o Ordenamento Jurídico.

Entretanto, para haver a análise quanto à possibilidade de tratados e convenções internacionais sofrerem o controle de constitucionalidade, primeiramente deve-se observar qual é o *status* das normas jurídicas que destes documentos se extraem, ou seja, a sua posição no Sistema Escalonado do Ordenamento Jurídico Brasileiro.

1.1 DO SILÊNCIO DOS CONSTITUINTES ORIGINÁRIOS

Quanto à posição dos tratados internacionais, as Constituições Brasileiras, desde 1824, sempre foram silenciosas quanto ao tema, e isso tem perdurado até a atual Constituição da República de 1988 – com exceção do Art. 5º, §3º, da CR/88, que será abordado nesse estudo. Diferentemente são os casos de outros Estados que, no pós-Segunda Guerra Mundial, optaram por explicitar os seus anseios, como na Constituição Francesa que foi reconhecida a posição supralegal² e na Constituição da Argentina que foi concedido o status constitucional para tratados de direitos

² Cf. Arts. 54 (que estabeleceu os tratados abaixo da Constituição) e 55 (que estabeleceu os tratados acima do direito legal): "ARTIGO 54º Se o Conselho Constitucional, convocado pelo Presidente da República, Primeiro- Ministro, presidente de uma ou de outra assembleia ou sessenta deputados ou sessenta senadores declara que um acordo internacional comporta uma cláusula inconstitucional, a autorização de ratificar ou aprovar o acordo internacional referido pode intervir apenas após revisão da Constituição. ARTIGO 55º. Os tratados ou acordos regularmente ratificados ou aprovados têm, a partir da sua publicação, autoridade superior à das leis, sujeito, para cada acordo ou tratado, à sua aplicação pela outra parte." (FRANÇA, 2020, p. 21).

humanos, aprovados com maioria qualificada, e supralegal para os de outras matérias³.

Esse silêncio gera instabilidade jurídica porque, como aborda Hans Kelsen (1998, p. 135) sobre seu sistema escalonado do Ordenamento Jurídico, "[...] O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma [...]", hierarquicamente superior. Ocorre que não há nenhuma norma posta no Ordenamento Jurídico Brasileiro que aborde a questão, fazendo com que haja uma lacuna não sobre o mérito de um caso concreto – que pode ser solucionado por analogia, costumes e princípios gerais do direito⁴ –, mas sobre a questão do fundamento de validade e, portanto, a hierarquia e abrangência de todos os tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja signatária.

Tal problemática teve sua situação agravada especialmente a partir da Constituição de 1946, com um aumento exponencial no número de tratados e convenções internacionais, em grande parte de direitos humanos, tendo como uma das motivações o repúdio aos movimentos do período nazi-fascista. Esse fenômeno é motivado, conforme as lições de Sidney Guerra (2017, p. 664), pela: a) ausência de instrumentos internacionais para combater os atos atentatórios aos direitos humanos da época supramencionada; e b) busca de legitimação política internacional por parte dos Governos dos Estados com a incorporação de tratados internacionais de direitos humanos, após o referido período histórico.

Para além da temática específica dos direitos humanos, a expansão da globalização após a queda do Muro de Berlim em 1989, que pôs fim à bipolaridade capitalista-soviética e gerou a multipolaridade, fez surgir acordos internacionais normativos sobre diversos temas, como a Convenção para a Unificação de Certas Regras

³ Cf. Art. 75, XXII, da Constituição Argentina de 1994: "Artigo 75 – Compete ao Congresso: [...] 22. Aprovar ou desfazer tratados internacionais concluídos com as demais nações e com as organizações internacionais e acordos com a Santa Sé. Os tratados e acordos têm hierarquia superior às leis. [...] Os demais tratados e convenções sobre direitos humanos, assim que aprovados pelo Congresso, requererão o voto de dois terços da totalidade dos membros de cada Câmara para gozar de hierarquia constitucional" (ARGENTINA, 2020, tradução nossa).

⁴ Cf. a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: "Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito" (BRASIL, 1942).

Relativas ao Transporte Aéreo Internacional de 1999, incorporado no Ordenamento Jurídico Pátrio em 2006.

Diante dessa situação, ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência brasileiras explorar o contexto e definir a posição dos tratados e convenções internacionais incorporados pela República. Assim, serão abordadas, brevemente, as principais teorias sobre a natureza jurídica dos documentos normativos e, logo após, buscar-se-á o correspondente entendimento do Supremo Tribunal Federal – legítimo Guardião da Constituição – quanto à questão.

Para melhor entendimento, dividir-se-á o gênero tratados internacionais em duas espécies, a saber, tratados internacionais de direitos humanos e os de outras temáticas, que serão chamados neste estudo de tratados internacionais tradicionais.

1.2 DAS CORRENTES DOUTRINÁRIAS SOBRE OS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

Primeiramente, abordemos a corrente supraconstitucional de qualquer tratado internacional, ou seja, que todos os tratados internacionais são hierarquicamente superiores à Constituição. Quanto a essa corrente, um grande nome a que se pode referir é Hans Kelsen. Em seu livro “A Teoria Pura do Direito”, Kelsen aborda sobre a questão do fundamento de validade de todo o Ordenamento Jurídico elaborado pelo Estado Soberano (desde a Constituição à sentença judicial) e chega à conclusão que este é, justamente, o Direito Internacional Público (KELSEN, 1998, p. 150). Isso porque o Direito Internacional teria uma norma com a afirmativa de que todo

[...] governo que, independentemente de outros governos, exerce o efetivo domínio sobre a população de um determinado país, constitui um governo legítimo, e que o povo que vive nesse país sob um tal governo forma um Estado no sentido do Direito internacional - e isto sem curar de saber se este governo exerce esse domínio efetivo com base numa Constituição já

anteriormente existente ou com base numa Constituição por ele revolucionariamente estabelecida [...] (KELSEN, 1998, p. 150).

Ou seja, a legitimidade de determinado Estado é reconhecida pelo Direito Internacional. Essa legitimidade é reconhecida como o elemento da soberania, o qual é inerente ao Estado Moderno, e de onde provém todo o Ordenamento Jurídico Interno, inclusive a Constituição. Portanto, se a soberania dos Estados possui seu fundamento de validade no reconhecimento pelo Direito Internacional,

Se os Estados - o que quer dizer: as ordens jurídicas estaduais - são, apesar disso, designados como “soberanos”, **esta “soberania” dos Estados** apenas pode significar que as ordens jurídicas estaduais **só estão subordinadas à ordem jurídica internacional** ou, expresso na terminologia usual, que os Estados são comunidades jurídico-internacionalmente imediatas (KELSEN, 1998, p. 152, grifo nosso).

Dessa forma, todos os Estados estariam submetidos ao Direito Internacional, sendo a sua soberania exercida somente perante o Direito Interno e o Estrangeiro, sendo, portanto, os tratados e convenções internacionais de hierarquia superior à Constituição. Esta corrente de pensamento, acompanhado de argumentos semelhantes, também é acompanhada pelo professor Celso de Albuquerque Mello, em sua obra “O §2º do Art. 5º da Constituição Federal” (GUERRA, 2017, p. 666).

Já Fabio Konder Comparato defende a teoria supraconstitucional somente para aos tratados internacionais de direitos humanos, com um fundamento que, diferente dos apresentados – fundados em uma concepção científico-normativa do Direito –, dialoga com o jusnaturalismo. Isso pode ser facilmente percebido no seguinte trecho do autor:

Sem entrar na tradicional querela doutrinária entre monistas e dualistas a esse respeito, convém deixar aqui assentado que a tendência predominante, hoje, é no sentido de se considerar que as normas internacionais de direitos humanos, pelo fato de exprimirem de certa forma a consciência ética universal, estão acima do ordenamento jurídico de cada Estado (COMPARATO, 1999, p. 49).

Observa-se, portanto, que tanto Kelsen e Celso de Albuquerque Mello quanto Fabio Konder Comparato possuem como principal fonte de argumentação a natureza e validade da norma e do Estado, sendo os primeiros baseados na origem do Estado como expressão do Direito Internacional Público e o último como a natureza moral

e ética dos tratados internacionais de direitos humanos. Os argumentos expostos não chegam a abordar um texto constitucional específico, sendo aplicáveis a qualquer Estado.

Ainda na seara dos tratados internacionais de direitos humanos, foi concebida outra corrente: a teoria da natureza jurídica constitucional dos documentos. Essa teoria possui muitos adeptos no território nacional, sendo justificada, primeiramente, pelo Constituinte Originário ter estabelecido a Supremacia Constitucional sobre qualquer tratado internacional⁵, não sendo admitida a tese de supraconstitucionalidade. Entretanto, também não foi acatada uma tese de infraconstitucionalidade, porque o mesmo Constituinte teria dado uma especial atenção aos tratados e convenções internacionais sobre a temática de direitos humanos, como pode ser visto no Art. 5º, §2º, da CR/88:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 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 (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Ao interpretar esse dispositivo, Antônio Augusto Cançado Trindade⁶ (1991, p. 631) afirma que:

A novidade do artigo 5º, §2º, da Constituição de 1988 consiste no acréscimo ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressas em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte. [...] É alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no direito constitucional [...].

⁵ Cf. o dispositivo a seguir: "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: [...] b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;" (BRASIL, 1988).

⁶ É importante ressaltar que Carvalho (2010, p. 344, grifo nosso), ao comentar sobre o Art. 5º, §2º, da CR/88 afirma que "[...] **Antônio Augusto Cançado Trindade**, por ocasião da audiência pública na subcomissão dos direitos e garantias individuais, em 29 de abril de 1987, **avocou para si a proposta de inserir o referido dispositivo na Constituição que estava sendo elaborada**". Então a referida interpretação é, verdadeiramente, a do idealizador do dispositivo constitucional.

Assim, o Art. 5º, §2º, da Constituição da República de 1988 teria colocado na posição constitucional os tratados internacionais sobre direitos humanos. Esse pensamento também pode ser visto nos escritos de Flávia Piovesan que, além de realizar a mesma afirmação da integração ao catálogo de direitos e garantias fundamentais da Constituição da República os previstos nos documentos internacionais, justificou esse entendimento com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais aplicado ao dispositivo constitucional, “[...] pelo qual, no dizer de Jorge Miranda, a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê [...]” (PIOVESAN, 2016, p. 58).

Já em relação aos tratados internacionais tradicionais, que não abordam a temática dos direitos humanos, pode-se citar o autor Valério Mazzuoli (2001, p. 118) que defende o *status* supralegal destes, ou seja, abaixo da Constituição da República e acima da legislação ordinária. Conforme o doutrinador, não se poderia admitir uma condição hierárquica a outros tratados e convenções internacionais incorporados pela República Federativa do Brasil idêntica aos dos de direitos humanos, porque há a supramencionada disposição especial do Constituinte Originário no Art. 5º, §2º (MAZZUOLI, 2001, p. 118; 2002, p. 121). Entretanto, não se poderia admitir o *status* legal ordinário desses acordos internacionais, porque isso implicaria na aplicação do princípio *lex posteriori derogat lex priori* em relação às leis ordinárias. Isso seria preocupante na medida que abriria a possibilidade de o Congresso revogar um tratado, unilateralmente, por conveniência e oportunidade, o que desobrigaria o Estado a cumprir o tratado, afrontando o Art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (MAZZUOLI, 2001, p. 113-114):

Artigo 27

Direito Interno e Observância de Tratados

Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46 (BRASIL, 2009, grifo do autor).

Desse modo, o autor chegou à conclusão que “[...] a solução do problema deve ser resolvida fazendo-se uma interpretação conjugada de alguns dispositivos constitucionais com as regras de Direito Internacional público, em particular da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969” (MAZZUOLI, 2001, p.

117), optando, portanto, pela corrente da supralegalidade dos tratados e convenções internacionais tradicionais, uma posição intermediária.

Retomando à temática dos tratados de direitos humanos, o autor Sidney Guerra (2017, p. 672) expõe que era majoritária a posição doutrinária no Brasil de que eles eram incorporados com o *status* de normas constitucionais, pela disposição do Art. 5º, §2º, da CR/88. Entretanto, o Constituinte Reformador editou a Emenda Constitucional nº 45/2004 que acrescentou o §3º ao Art. 5º, com a seguinte redação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 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.

A partir de então, houve a dúvida quanto à aplicação deste dispositivo normativo aos tratados internacionais de direitos humanos incorporados até o momento por maioria simples e se haveria duas categorias de tratados após a vigência da nova redação.

Sidney Guerra (2017, p. 694), por sua vez, reafirma a constitucionalidade [material] de tratados internacionais de Direitos Humanos anteriores à edição do Art. 5º, § 3º, da CR/88, justificada pela cláusula aberta dos direitos fundamentais do Art. 5º, § 2º da CR/88, enquanto aos incorporados após a EC 45/2004 – incorporados no rito de emenda constitucional – teria sido sado o *status* de constitucionalidade formal.

Na mesma linha de pensamento escreve Celso Lafer (2005, p. 16), o qual defende que este §3º veio como uma norma interpretativa do parágrafo 2º⁷, com o objetivo específico de reafirmar o *status* constitucional dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, tanto para os anteriores quanto para os

⁷ “O novo § 3º do art. 5º pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudências e doutrinárias suscitadas pelo § 2º do art. 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, **uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que preexiste**, ao clarificar a lei existente” (LAFER, 2005, p. 16, grifo nosso).

posteriores à promulgação da EC 45/2004, e especificando o rito dentro do Congresso para os que a República Federativa do Brasil viesse a incorporar, como uma explicação do Art. 49, I, da CR/88 – na temática direitos humanos:

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;

Portanto, os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional nº 45/2004 teriam natureza jurídica de norma materialmente constitucional, mesmo que aprovados por maioria simples. Enquanto os posteriores deveriam ser recepcionados unicamente com o rito de reforma da Constituição, do Art. 5º, § 3º, da CR/88, possuindo, também, *status* constitucional, entretanto o seriam formalmente, por serem semelhantes ao rito de modificação formal da Lei Fundamental. Concluindo, isso se daria por ser este dispositivo, simultaneamente, uma norma interpretativa e uma norma que diferenciava os direitos formal e materialmente fundamentais.

Assim, na doutrina Pátria, as principais concepções da posição dos tratados internacionais são: a) supraconstitucional de todos os tratados internacionais, baseado na ideia do Direito Internacional ser o fundamento de validade do Direito Estatal; b) supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, conforme uma posição jusnaturalista de ética universal; c) constitucional dos tratados de direitos humanos, com base nos §§ 2º e 3º do Art. 5º da CR/88; d) supralegal dos tratados tradicionais, nos moldes da Supremacia Formal e Material da Constituição e o Art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. Passa-se, assim, à análise da jurisprudência do STF sobre o tema.

1.3 DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como já exposto na Introdução deste estudo, a partir do nazifascismo houve um movimento internacional para instituição de Tribunais Constitucionais que

realizassem o controle de constitucionalidade das leis e concretizassem a supremacia formal e material da Constituição. Não foi diferente com o caso brasileiro, que modificou, aos poucos, o *status* do Supremo Tribunal Federal. Em sua concepção republicana, a Corte possuía como principal papel ser a cúpula recursal da Justiça Federal (BRASIL, 1891), inspirada na Suprema Corte Americana, enquanto na Constituição da República de 1988 ele foi alçado à condição de legítimo Guardião da Constituição⁸. Desse modo, como somente na última Norma Fundamental o Tribunal recebeu precípua função de dizer o direito constitucional, serão analisados julgados cuja decisão proferida foi após 5 de outubro de 1988, promulgação da atual Constituição.

Em 1992, a República Federativa do Brasil incorporou o Pacto de São José da Costa Rica, o qual é uma convenção internacional sobre direitos humanos. Dentre as suas disposições, há o Art. 7º, item 7, que estipula a proibição da prisão civil por dívida, exceto se seu fundamento for inadimplemento em obrigação alimentícia (BRASIL, 1992). Ocorre que a Constituição da República de 1988, em seu Art. 5º, LXVII, autorizou o legislador ordinário a dispor sobre prisão civil por dívida do depositário infiel, além do caso de inadimplemento alimentar (BRASIL, 1988).

Em 1994, chegou ao Supremo Tribunal a questão do *status* hierárquico do Pacto de São José da Costa Rica no Ordenamento Jurídico Pátrio, como prejudicial para a permissão ou não de prisão civil por dívida de devedor de alienação fiduciária que vendesse o bem que possuía posse direta, no Habeas Corpus 72.131-1/RJ (BRASIL, 1995, p. 8663-8664). No julgamento da ação, no ano seguinte, é possível a extração da posição dos ministros e, conseqüentemente, do Tribunal sobre a questão da natureza jurídica dos tratados e convenções internacionais.

Primeiramente, salienta-se que em todos os votos⁹ foi descartada qualquer possibilidade de se aplicar no Brasil a corrente supraconstitucional, quer seja de tratados internacionais sobre direitos humanos, quer seja de tratados tradicionais.

⁸ "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]" (BRASIL, 1988).

⁹ Excetua-se o do ministro presidente Sepúlveda Pertence, que preferiu se abster da temática: "Afasto a fascinante discussão sobre o Pacto de São José da Costa Rica: não preciso dele para o meu convencimento" (BRASIL, 1995, p. 8744)

Isso pode ser visto de forma mais evidente com o voto do Ministro Celso de Mello, que enfatizou a Supremacia Constitucional sobre qualquer norma jurídica:

Na realidade, inexistente, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que **a ordem normativa externa não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República** (BRASIL, 1995, p. 8.726, grifo do autor).

Quanto à posição constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, à época materialmente porque ainda não havia sido editada a EC 45/2004, foi defendida pelo Ministro Carlos Velloso¹⁰, ficando o eminente magistrado só nessa defesa. O Ministro Relator Marco Aurélio Mello, combatendo esta linha de pensamento, ainda ressaltou que o Art. 5º, § 2º, da CR/88, fundamento da corrente, seria “[...] até um preceito desnecessário, uma verdadeira redundância. [...] Enfim, em momento algum, o juiz que tem assento nesta cadeira asseverou que [esses] direitos e garantias individuais [...] têm contornos constitucionais” (BRASIL, 1995, p. 8739).

A posição afirmada no julgamento, defendida por nove ministros, foi a do Ministro Relator Marco Aurélio Melo, em que tratados e convenções internacionais, independentemente da matéria, possuíam natureza jurídica legal ordinária (BRASIL, 1995, p. 8664). Ressalte-se, também, o seguinte trecho do voto do Ministro Francisco Rezek, autor de obra que baseou o voto do relator (BRASIL, 1995, p. 8664):

Tem toda razão o Dr. Rangel de Alckmin quando sustenta da tribuna que no Brasil, tal como sucede nos Estados Unidos da América e em muitos outros países, o tratado não tem a estatura de uma restrição constitucional. **É claríssimo – e obras doutrinárias diversas o dizem – que ele convive hierarquicamente com a lei federal**, e que, na hipótese de conflito material entre seu texto e aquele da Carta, é o primeiro que deve ser sacrificado. **Dá-se prevalência sempre à Carta, embora isso não nos exonere de responder, internacionalmente, pelo ato ilícito –**

¹⁰ “[...] se é certo que é preciso distinguir os direitos fundamentais materiais dos direitos fundamentais puramente formais, não é menos certo, entretanto, que, no caso, estamos diante de direito fundamental material, que diz respeito à igualdade. Assim, **a Convenção de São José da Costa Rica**, no ponto, **é vertente de direito fundamental**. É dizer, o direito assegurado no Art. 7º, item 7, da citada Convenção, é um direito fundamental, **em pé de igualdade com os direitos fundamentais expressos na Constituição**” (BRASIL, 1992, grifo nosso).

consistente em adotar, pelos meios rotineiros, um compromisso que não poderíamos honrar, culpa da inadvertência dos poderes políticos dos Estados (BRASIL, 1995, p. 8695, grifo nosso).

Portanto, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal à época foi de que todos os tratados internacionais possuem hierarquia legal, independentemente de seu conteúdo, convivendo com os princípios do *lex posteriori derogat lex priori* e *lex speciali derogat lex generali*, podendo a República Federativa do Brasil, em razão dessa posição jurídica, ser penalizada pela não observância de tratados em razão de direito interno, nos moldes do Art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados¹¹.

Entretanto, com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004 e o acréscimo do §3º ao Art. 5º da Norma Fundamental, o Constituinte Reformador deixou evidente a preferência em conceder uma posição hierárquica diferenciada aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. Portanto, o Supremo Tribunal Federal modificou o seu entendimento, como pode ser visto nos autos do processo do Recurso Extraordinário 466.343/SP, cuja temática principal também era a prisão civil de depositário infiel, tendo como incidente a hierarquia do Pacto de São José da Costa Rica.

A princípio, o Ministro Relator Cezar Peluso não considerou a hierarquia do Pacto de São José da Costa Rica no Ordenamento Jurídico. Ao contrário, citando diretamente o Ministro Sepúlveda Pertence no processo anteriormente exposto, afirmou não ser necessário o enfrentamento da questão para solucionar a *lide* (BRASIL, 2008, p. 1131-1132).

Entretanto, diferente pensamento tinha o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, o segundo a votar no processo, que levantou o caso concreto em diversas perspectivas, incluindo-se a posição dos tratados internacionais de direitos humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro, objeto do presente estudo. O magistrado, ao enfrentar a questão, iniciou afirmando a defasagem da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao *status* legal de todos os

¹¹ Recomenda-se retomar às considerações de Mazzuoli contidas nas páginas 10 e 11 do presente estudo.

tratados internacionais, sob dois argumentos. O primeiro, que também direcionou a solução da questão, é que a Reforma Constitucional promovida pela EC 45/2004 assentou a valorização dos tratados internacionais de direitos humanos em relação aos tratados tradicionais¹². O segundo consiste na resignificação do Estado, cujos objetivos não são somente para si, mas um definitivo Estado Constitucional Cooperativo,

[...] que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais [...] gerando uma concepção que faz prevalecer o direito comunitário sobre o direito interno (BRASIL, 2008, p. 1148).

Desse modo, o constitucionalista afirma que não há mais espaço para a permanência do entendimento na Corte Constitucional brasileira. Entretanto, há limites para essa abertura institucional do Ordenamento Jurídico Pátrio aos tratados internacionais, devendo-se observar que:

Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloqüente [sic] de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais [nos moldes do Art. 5º, §3º, da CR/88].

Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico (BRASIL, 2008, p. 1144, grifo do autor).

Desse modo, afirma o Ministro que os tratados internacionais de direitos humanos, incorporados ao Ordenamento após a Reforma de 2004 e no rito do §3º do Art. 5º, possuem *status* de emenda constitucional. Os tratados tradicionais – os demais tratados de reciprocidade – entretanto, teriam a natureza jurídica de norma legal, como a Corte já entendia. A inovação jurisprudencial – além do reconhecimento da EC 45/2004 – seria em relação aos tratados internacionais de direitos humanos

¹² "Em outros termos, [o Art. 5º, §3º] solucionando a questão para o futuro – em que os tratados de direitos humanos, para ingressarem no ordenamento jurídico na qualidade de emendas constitucionais, terão que ser aprovados em quorum especial nas duas Casas do Congresso Nacional –, **a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal [...]**" (BRASIL, 2008, p. 1144, grifo do autor).

aprovados por maioria simples (Art. 47 da CR/88) e que possuem um *status* especial conferido pelo Art. 5º, §2º, da CR/88. Portanto, em seu voto, Mendes utiliza-se de base o direito comparado¹³ e conclui que:

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade* (BRASIL, 2008, p. 1154, grifo do autor).

Os Ministros acolheram os argumentos do Ministro Gilmar Mendes e acordaram que em outro processo, a saber, Habeas Corpus 92.566, revogariam a súmula 619, por por ter o Pacto de São José da Costa Rica suspenso a eficácia das leis ordinárias sobre prisão de depositário infiel, devido ao seu *status supralegal*, e assim foi feito. A referida súmula possui a seguinte redação: "A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito. (revogada)" (BRASIL, 2020).

Assim, como o entendimento é que todos os tratados internacionais estão submetidas às normas constitucionais, quer seja as limitadoras do poder de reforma para os tratados internacionais de direitos humanos na forma do Art. 5º, §3º, da CR/88, quer sejam todas as normas constitucionais para os tratados de direitos humanos supralegais e os tratados tradicionais, **pode-se afirmar que há a possibilidade de haver o controle de constitucionalidade dos tratados e convenções internacionais.**

¹³ "Na experiência do direito comparado, é válido mencionar que essa mesma qualificação é expressamente consagrada na Constituição da Alemanha que, em seu art. 25, dispõe que "as normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal. Elas prevalecem sobre as leis e produzem diretamente direitos e deveres para os habitantes do território nacional".

Anoto, ainda, que o mesmo tratamento hierárquico-normativo é dado aos tratados e convenções internacionais pela Constituição da França de 1958 (art. 55) e pela Constituição da Grécia de 1975" (BRASIL, 2008, p. 1155, grifo do autor)

Para melhor estudo da questão do controle de constitucionalidade no Brasil, serão estudados no próximo capítulo os órgãos competentes para realizá-lo e como eles realizam o controle dos diferentes atos normativos, em seus diferentes momentos.

2 DOS ÓRGÃOS LEGITIMADOS PARA REALIZAR O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Para se ter uma boa base, não somente para conhecer como o controle de constitucionalidade é realizado hoje no Brasil, como também para resolver a questão proposta – do controle político repressivo de constitucionalidade de tratados e convenções internacionais –, primeiramente devem ser expostas algumas classificações da teoria geral do controle de constitucionalidade.

A doutrina pátria já se debruçou e possui entendimento consolidado quanto ao tema, sendo as classificações majoritariamente aceitas. Como exposto, no capítulo anterior e na introdução do presente estudo, o controle de constitucionalidade deriva da Supremacia da Constituição, em seu aspecto formal – o procedimento (fases iniciativa, constitutiva e complementar) de elaboração da norma deve estar conforme o estabelecido na Lei Fundante – e o material – o conteúdo dos enunciados normativos não podem contrariar o Texto Fundamental. Observa-se que as normas de reforma constitucional possuem sua limitação material nas cláusulas pétreas, enquanto para as normas infraconstitucionais o parâmetro de controle são todas as normas constitucionais¹⁴.

Entretanto, surge a questão de quem são os legitimados para realizar o exame de compatibilidade entre as normas. Mauro Cappelletti expõe que, em linhas gerais, há três classificações do controle quanto aos órgãos que o realizam: o judicial, o político e o misto. O primeiro ocorre em “[...] sistemas em que o controle seja

¹⁴ Para os fins deste estudo, não será considerada a função de parâmetro de controle de constitucionalidade dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos incorporados no rito do Art. 5º, §3º, da CR/88, por serem equivalentes às emendas constitucionais – portanto, sendo dotado de supremacia constitucional, como já consolidado na doutrina (MARINONI, 2018, p. 1152; MENDES; BRANCO, 2019, p. 1345).

confiado a órgãos *judiciários*, exercendo uma função *jurisdicional*¹⁵, enquanto o segundo “[...] em lugar de um controle jurisdicional [...] existe um controle exercido por órgãos que podemos chamar *políticos*, mas não, *judiciários*” (CAPPELLETTI, 1998, p. 26, grifo do autor). O último caso ocorre quando, em um mesmo Estado, ambos estão presentes, o controle político e o judicial.

Este é justamente o caso da República Federativa do Brasil. No Ordenamento Jurídico Nacional, há a adoção do controle judicial de constitucionalidade, realizado por todos os magistrados de forma difusa (Arts. 5º, LXVIII a LXXII, e 97 da CR/88) ou somente pelo STF e tribunais de justiça de forma concentrada (Arts. 102, I, “a”, e 125, §2º, da CR/88). Ademais, há o controle político de constitucionalidade realizado pelos Poderes Instituídos Políticos, a saber, Legislativo – pelo Congresso Nacional – e Executivo – pelo Presidente da República.

O Judiciário realiza o controle tanto da lei em tese, que seria o controle principal e objetivo, ou seja, apreciação da constitucionalidade do dispositivo em abstrato (Art. 102, I, “a” e Art. 5º, LXXIII, da CR/88), quanto em seus casos concretos, pela declaração de inconstitucionalidade das normas que forem essenciais (prejudiciais de mérito) para a resolução do processo (Art. 97 da CR/88). Conforme assentado na doutrina (CAPPELLETTI, 199, p. 25), o Judiciário possui o papel de, acima de resolver casos concretos do cotidiano, exercer a Jurisdição Constitucional, ou seja, concretizar os preceitos da Lei Fundamental por meio da atuação judicial, uma espécie de tutela da própria Constituição. Isso fica ainda mais claro quando a cúpula deste Poder é o Supremo Tribunal Federal, que precipuamente deve guardar a Constituição (Art. 102, *caput*, da CR/88).

Enquanto isso, há uma visão mais política do Congresso Nacional e do Poder Executivo, sendo este o que deve realizar a Chefia de Governo e de Estado (Art. 84, II e VII, da CR/88) e àquele cabe principalmente legislar (Seção II da CR/88, principalmente o *caput* do Art. 48) e fiscalizar (Art. 71 da CR/88). Mesmo assim a eles foi dada, pelo Constituinte Originário, a capacidade de realizar o controle

¹⁵ Observa-se que, pela conceituação do autor, de pleno estaria descartada a possibilidade de o Conselho Nacional de Justiça – órgão judiciário, não político, porém não dotado de jurisdição – realizar controle de constitucionalidade.

repressivo e preventivo dos atos normativos internos – entende-se aqueles não provindos de tratados e convenções internacionais –, os quais serão tratados de forma mais aprofundada no subcapítulo "2.1.2 Do Papel do Congresso Nacional".

Entretanto, quanto aos tratados internacionais – quer sejam os de matéria de direitos humanos, quer sejam os tradicionais –, somente há pacificação que eles podem sofrer controle repressivo de constitucionalidade por parte do Judiciário¹⁶, com uma omissão legislativa, doutrinária, jurisprudencial e costumeira da possibilidade de o Congresso Nacional realizar o controle político repressivo dessas normas. Para melhor compreender a extensão desta temática, serão abordados sobre o papel do Judiciário e do Legislativo no controle de constitucionalidade, de uma forma pragmática e atual, além de uma proposta de ressignificação teórica.

2.1 DO PAPEL JUDICIÁRIO E LEGISLATIVO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1.1 Do papel do Judiciário, o *judicial review*

O papel do Judiciário no controle de constitucionalidade surgiu próximo da primeira Constituição escrita e formal: a dos Estados Unidos, que o consagrou em sua forma difusa incidental. Promulgada em 1787, rapidamente seu *status* supremo, em seu aspecto formal, foi reconhecido e, em 1803, no famoso caso *Marbury v. Madison*, houve a primeira declaração incidental de inconstitucionalidade de uma lei federal pela Suprema Corte, motivada pelo fato do dispositivo normativo em questão ser

¹⁶ Essa afirmação pode ser vista nas lições de Luiz Guilherme Marinoni (2018, p. 1143): “Diz o Art. 102, I, a, da CF que podem ser objeto por intermédio de ação direta, leis ou atos normativos federais ou estaduais. [...] São [passíveis de controle], porém, as normas constitucionais secundárias, vale dizer, as emendas constitucionais e os tratados internacionais acerca de direitos humanos aprovados por quórum qualificado pelo Congresso Nacional, nos termos do art. 5º, §3º, da CF”; e de Gilmar Mendes (MENDES; BRANCO, 2019, p. 1334) que cita como atos passíveis de serem questionados por ADI “[...] 3. Decreto Legislativo que contém a aprovação do Congresso aos tratados e autoriza o Presidente da República a ratificá-los em nome do Brasil (CF, art. 49, I) [...] 4. O decreto do Chefe do Executivo que promulga os tratados e convenções internacionais”.

uma lei ordinária, quando deveria ter sido feito por Emenda à Constituição – ou seja, claro caso de vício formal (VICTOR, 2015, p. 90-91). Durante o século XIX, diversos foram os casos em que houve declaração de inconstitucionalidade de normas jurídicas motivada por vícios formais, quer seja por usurpação de competência legislativa da União pelos Estados-membros, ou pela incompetência de juízes estaduais quanto à matéria, conforme interpretação constitucional (CABRAL, 2010).

Enquanto isso, a supremacia formal foi também afirmada por meio de Hans Kelsen no início do século XX, entretanto teria sido concretizada por um controle judicial concentrado e abstrato, em um Tribunal Constitucional, que seria mais adequado ao modelo *civil law* (MARINONI, 2018, p. 966-967).

No Brasil, após o golpe republicano de 1889, Deodoro da Fonseca formou uma comissão para realizar o anteprojeto da Constituição Federal pelo Decreto nº 29/1889. Entretanto, esse anteprojeto, que seria enviado [imposto] ao Congresso Nacional, foi revisto pelo jurista Ruy Barbosa, o qual fortaleceu o Poder Judiciário e, para que isso fosse concretizado, deu a ele o poder de realizar o controle de constitucionalidade difuso incidental¹⁷ – primeira vez que o instituto aparece no Brasil (MARINONI, 2018, p. 973-974) –, além de ter fixado na própria Norma Fundamental o número de ministros do recém criado Supremo Tribunal Federal, evitando que o Presidente da República o manipulasse por decretos¹⁸ (LYNCH; SOUZA NETO, 2012, p. 98). Além disso, toda a lógica das mudanças de Barbosa foram baseadas no direito americano, o qual, segundo o jurista, é o pai da Constituição Brasileira [republicana] e, com a sua influência, foi posto que, em casos de lacuna na legislação federal ou jurisprudência interna, aquele seria utilizado¹⁹ (BARBOSA, 1893, p. 16). No Congresso Nacional Constituinte, de forma ílesa foi aprovado o sistema de controle de constitucionalidade difuso incidental.

¹⁷ Frise-se que não havia sido adotado o controle de constitucionalidade judicial concentrado e abstrato, com um Tribunal Constitucional, porque essa teoria só seria elaborada futuramente por Hans Kelsen.

¹⁸ Esse receio pode ser deduzido pelo fato de a Justiça Federal Republicana – cuja cúpula era o STF –, até o momento da Constituinte, ser organizada por ato normativo do Presidente da República, àquele momento pelo decreto nº 848/1890.

¹⁹ Art. 386, parágrafo único, do Decreto nº 848/1890: "Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de common law e equity, serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal." (BRASIL, 1890).

Com esse contexto, pensar-se-ia que o idealizador do controle judicial no Brasil o concretizaria nos moldes restritos do americano. Entretanto, diferentemente de somente a supremacia formal, antes mesmo de se perceber a necessidade – em escala mundial – da Supremacia Material, Ruy Barbosa já a defendia, ao afirmar em 1893, no livro “Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal”, que:

[...] as bases da Constituição republicana consistem na supremacia da lei fundamental sobre todas as leis e sobre todos os poderes, na limitação estricte da auctoridade da legislatura e da auctoridade da administração às suas fronteiras escriptas, **na impenetrabilidade da muralha de garantias, que protegem o individuo** com o circulo de sua cinta acastellada de formas solemnes e de tribunaes tutelares, **na intervenção reparadora das justiças da União em todos os casos de violencia ao direito constitucional, desça ella de que alturas descer.** [...] [sic] (BARBOSA, 1893, p. 15, grifo nosso).

Mesmo com esse pensamento, o Supremo Tribunal Federal, pressionado por um Congresso de maioria agrária conservadora e pela ditadura da República da Espada, não seguiu o entendimento do autoproclamado autor da Constituição, ao julgar um *habeas corpus* impetrado pelo próprio jurista contra atos materialmente inconstitucionais do Presidente da República, durante o estado de sítio. Conforme as lições de Christian Lynch e Cláudio de Souza Neto (2012, p. 123-124, 126), houve a adoção de um entendimento (não somente pelo tribunal, mas por todos os Poderes Constituídos) de que o STF não poderia realizar o controle das ações do Executivo durante o estado de sítio antes de o Congresso realizá-lo politicamente (tendo como corolário a própria separação de Poderes) e, mesmo assim, o estado de sítio – que era concebido como um instrumento corriqueiro – suspendia todas as garantias constitucionais, não cabendo uma revisão judicial dos atos administrativos realizado durante o período de legalidade extraordinária. Assim, o Judiciário tomou um lugar de inércia e a Constituição de inefetividade, tornando-a “[...] um mero convite à atuação dos poderes políticos [...]”, sem *status* normativo fático (BARROSO, 2017, p. 07).

No Brasil, essa concepção foi tão enraizada ao ponto de o Direito Civil ser reconhecido como constituição do direito privado e o Direito Administrativo – que surgiu em momento simultâneo ao Constitucional (Mudança da Idade Moderna para

Idade Contemporânea) – ter tido um *status* mais privilegiado que a própria Lei Fundamental na relação Estado-particular (BARROSO, 2017, p. 31, 36). Todavia, com a redemocratização do Brasil após o regime militar de 1964-1985 e o advento da Constituição de 1988, foi-se estabelecido como teoria jurídica predominante no País o pós-positivismo, com o reconhecimento da Supremacia Formal e Material da Constituição da República (BARROSO, 2017, p. 6-7).

Esse novo paradigma, aplicado ao Direito Constitucional, foi denominado pela doutrina de neoconstitucionalismo, ou nova interpretação constitucional. Conforme Luís Roberto Barroso (2017, p. 8), houve a troca da Supremacia do Parlamento pela Supremacia da Constituição, cujo guardião legítimo era o Judiciário. Assim, com a expansão do rol de legitimados para propor ações concentradas e novos meios judiciais de controle normativo (como a ADPF e o Mandado de Injunção), houve uma expansão da jurisdição constitucional. Não caberia mais ao Congresso Nacional guardar a Constituição, muito menos realizar o controle, mas sim ao Judiciário e ao Supremo Tribunal Federal definitivamente (BARROSO, 2017, p. 17).

O juiz, que antes era a boca da lei e não realizava julgamentos quanto à constitucionalidade ou não de determinado dispositivo normativo (exceto formalmente, de forma acuada, quando ausente o estado de sítio, cuja presença era recorrente), agora é co-participante do processo de criação do Direito, cabendo a ele concretizar nos casos concretos as normas abstratas principiológicas advindas do pós-positivismo (BARROSO, 2017, p. 12-13).

Ademais, o controle de constitucionalidade possuiu seu sentido modificado: não mais como um processo de mera comparação entre a norma constitucional e a infra. A supremacia da Norma Fundamental Posta foi tão elevada ao ponto de seu conteúdo material e axiológico se irradiar, com força normativa, por todo o ordenamento jurídico, limitando a interpretação de todos os ramos do Direito (BARROSO, 2017, p. 16, 19). O juiz, portanto, não só diria a constitucionalidade das normas, mas também como elas deveriam ser aplicadas para estarem conforme a Constituição, criando-se a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade de uma determinada interpretação dada à norma – uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto (BARROSO, 2017, p. 29).

Essa valorização do Poder Judiciário, na realidade, fez com que o juiz (constitucional) não tivesse mais um papel passivo frente à inércia dos Poderes Políticos, mas que atuasse preventivamente e em casos variáveis para promoção da Constituição. Houve, repentinamente, um aumento da jurisdição constitucional, ao ponto de o ministro e doutrinador Luís Roberto Barroso (2017, p. 12) se utilizar do termo “intérprete” da Constituição como semelhante aos juízes. Portanto, a consagração da supremacia do Poder Judiciário frente aos outros Poderes.

2.1.2 Do Papel do Congresso Nacional

Na história do constitucionalismo, a partir da Revolução Francesa, houve uma grande valorização do Parlamento, como aquele que representa a vontade geral. Conforme aponta Monica Caggiano (2003, p. 147), com a queda do absolutismo e a ascensão do princípio da igualdade formal, não havia mais lugar para um prestígio monárquico exacerbado e, portanto, o Parlamento se torna uma super potência. Nessa seara, ainda cita Diguít sobre o princípio da separação dos Poderes na Constituição Francesa de 1791: “[...] 'os constituintes de 1791 não se deram conta da contradição ao declarar, de uma parte, a igualdade dos três poderes e sua independência e, de outra, subordinando ao poder legislativo o executivo e o judiciário’”. O Parlamento figurou como um órgão constitucional não só legislativo, mas também administrador das políticas públicas e controlador da interpretação da Constituição.

Esse cenário perdurou até o período das Grandes Guerras do início do século XX e a Guerra Fria, que demandavam ações rápidas do governo e não suportavam a demora que o debate parlamentar exigia, havendo uma supervalorização do Poder Executivo, “[...] dinâmico, tecnicamente de elevado preparo e extremamente ágil no oferecimento de medidas sanatórias” (CAGGIANO, 2003, p. 148). Além disso, aos poucos a função legislativa do Parlamento foi dada ao Poder Executivo, como se

pode perceber pelos antigos Decretos-leis e as atuais Medidas Provisórias, no contexto jurídico-político brasileiro.

No cenário mundial, esse protagonismo do Poder Executivo coincidiu temporalmente com o surgimento do pós-positivismo e do Poder Judiciário como único Guardião da Constituição, como visto no tópico anterior. Dessa forma, a competência de controle das leis, que antes era do Congresso – por meio de sua função legislativa em modificar o Ordenamento Jurídico –, passa a ser principalmente do Judiciário (no Brasil, a partir de 1988²⁰). Sobre esse fenômeno, escreve Leomar Barros Amorim de Sousa (apud BEÇAK, 2008, p. 328, grifo do autor), que:

Não parece difícil sustentar que a Suprema Corte também exerce uma 'função legislativa' quando proclama a inconstitucionalidade de uma lei, de um decreto-lei ou medida provisória, ou de um decreto regulamentar, inclusive pelo atributo do efeito *erga omnes* que a decisão ostenta. Em tal situação atua o Tribunal como 'legislador' no sentido negativo, mas nem por isso deixando de inovar a ordem jurídica inaugural, embora de modo ablativo [...]

Houve, então, um cenário de letargia do Poder Legislativo, entretanto esse foi levemente modificado com a valorização de sua função de controle político a partir da década de 1990, porém ainda com uma atuação tímida (BEÇAK, 2008, p. 331).

Mesmo assim, o Poder Constituinte Originário não renegou funções ao Congresso Nacional. Pelo contrário, concedeu prerrogativas que poderiam influir em todos os Poderes e interferir diretamente nas políticas públicas do Poder Executivo. Quanto ao controle de constitucionalidade, primeiramente foi estabelecido que o único detentor do Poder Constituinte Reformador são as duas Casas Legislativas (Art. 60 da CR/88). Inexistente a figura da iniciativa privativa de proposta de emenda à Constituição, pode o legislador – empossado de sua função de poder reformador – modificar o parâmetro de controle de constitucionalidade, sempre observado os limites temporais, circunstanciais e materiais (implícitos e explícitos). Também é importante observar a presença do controle de constitucionalidade na função típica

²⁰ Desde 1965 já havia no Brasil a possibilidade de controle judicial abstrato de constitucionalidade, mas ele não era efetivado porque havia um contexto ditatorial de regime militar – tendo como centro de poder o Executivo.

de fiscalizar e atípica de julgar do Poder Legislativo, ao realizar o processo de *impeachment* do Presidente da República por atos que ferem a Constituição (cabendo ao Congresso Nacional realizar a subsunção do ato ao crime de responsabilidade), como se depreende dos Arts. 51, I, 52, I, e 85, *caput*, da CR/88.

Quanto ao exercício propriamente dito do controle de constitucionalidade de normas jurídicas pelo Congresso Nacional, deve-se rememorar um trecho do voto do Ministro-relator Moreira Alves, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 221:

Teria razão o Exm.^{mo} Sr. Procuradora-Geral da República [sic] quanto a estar prejudicada a presente ação direta de inconstitucionalidade, se, em nossos sistema jurídico, se admitisse a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo com força de lei por lei ou ato normativo com força de lei posteriores. E me refiro inconstitucionalidade porque lei e atos normativos só podem ser declarados nulos por esse vício. [...] [Entretanto,] **lei ou ato com força de lei que declarem lei ou ato com força de lei anteriores nulos são, se interpretados por sua letra, formal e materialmente inconstitucionais, independentemente de [o] serem, ou não, [o objeto da declaração] [...] pois, [...] só compete ao Poder Judiciário declará-los inconstitucionais [...]** (BRASIL, 1993, p. 51-52).

O Ministro possui razão ao realizar a afirmação, como pode ser observado pela própria leitura do texto constitucional, que a **declaração** de inconstitucionalidade de atos normativos primários só pode se dar pelo Judiciário, na forma difusa (Art. 97 da CR/88) ou de forma concentrada no STF, quando o parâmetro for o texto constitucional da República e seus preceitos fundamentais (Art. 102, I, “a”, e §1º, da CR/88), e Representação de Inconstitucionalidade nos Tribunais de Justiça quando o parâmetro for a Constituição Estadual ou Lei Orgânica Distrital (Art. 125, §2º, da CR/88).

A princípio, pode-se cogitar que o Constituinte Originário vedou a realização de controle de constitucionalidade dos atos normativos primários pelo Poder Legislativo, reservando somente a possibilidade ao controle judicial. Entretanto, para uma melhor compreensão, deve-se distinguir a diferenciação entre a declaração de constitucionalidade e o controle de constitucionalidade, dentro do contexto judicial e, depois, entender se há ou não autorização para realização de um controle político.

Mauro Cappelletti (1999, p. 115) divide o gênero controle jurisdicional de constitucionalidade em duas espécies: o controle declarativo e o controle constitutivo. O primeiro ocorre no sistema americano, em que o juiz declara a nulidade pré-existente, desde a edição da norma infraconstitucional (ou não recepção por uma norma constitucional de primeiro ou segundo grau, superveniente), tendo, portanto, eficácia *ex-tunc* (CAPPELLETTI, 1999, p. 117). Enquanto isso, no controle constitutivo, comum no sistema austríaco, não há a declaração de nulidade, mas o próprio magistrado torna nulo, no momento da sentença, a norma, que antes possuía presunção de validade – assim, tal qual na tutela constitutiva do processo civil o magistrado pode desfazer uma relação jurídica, a partir da sentença da jurisdição constitucional a validade da norma é desfeita, tendo a decisão eficácia *ex-nunc* (CAPPELLETTI, 1999, p. 116).

No Brasil, houve uma mescla entre os sistemas americano e austríaco em todos os seus aspectos. Quanto ao controle declarativo, como exposto, pode ele ser facilmente detectado no texto constitucional. Quando ao controle constitutivo – que possui fundamentos e efeitos completamente diversos daquele –, pode ser observado no Art. 27 da Lei 9.868/99, que possibilita o Tribunal Constitucional a realizar a modulação dos efeitos da decisão e atribuir eficácia *ex-nunc* a ela:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (BRASIL, 1999).

A partir do dispositivo, afirma-se: a regra é o sistema declarativo, entretanto o sistema constitutivo não foi totalmente descartado no Estado Brasileiro. Cappelletti (1999, p. 122-23, grifo do autor) afirma, ao observar o sistema americano de constitucionalidade – do qual o Brasil retirou seu primeiro fundamento teórico – que o sistema declarativo é o posto, entretanto

[...] as exigências práticas induziram a atenuar notavelmente a contraposta doutrina da eficácia *ex tunc*, ou seja, da retroatividade [...] [Porque] a Constituição é um 'living document', sujeito a evoluções de significado, pelo que aquilo em um certo momento de tal evolução pode ser conforme ou contrário à Constituição, pode não sê-lo ainda ou não sê-lo mais em uma fase diversa da própria evolução [...].

Transportando essa realidade para o controle político, pode-se afirmar com precisão que, no contexto atual, não há autorização constitucional para se realizar o controle declarativo de constitucionalidade pelo Legislativo Federal. Entretanto, há inúmeros meios de o Congresso realizar o controle de constitucionalidade dos atos normativos primários seus e dos secundários do Executivo sem a declaração de inconstitucionalidade, entretanto realizando um controle constitutivo com eficácia *ex-nunc*. Quanto às emendas à Constituição, pode o Congresso revogá-las pela mesma espécie normativa, quanto às leis, pode revogá-las por uma PEC (*lex superior derogat lex inferiori*) ou por outra lei (*lex posteriori derogat lex priori*). Quanto aos decretos regulamentares expedidos pelo Poder Executivo, pode o Congresso Nacional sustá-los, por meio de decreto legislativo (Art. 49, V, da CR/88), ou revoga-los por lei, seguindo os princípios acima elencados.

Assinale-se, por fim, que há uma exceção em que o Congresso Nacional e o Poder Executivo podem realizar o controle político declarativo de constitucionalidade: a declaração de inconstitucionalidade (e ilegalidade²¹) dos seus atos administrativos. Isso se dá por força da inteligência da súmula 473 do STF:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial (BRASIL, 1988).

Assim, percebe-se claramente que o Congresso Nacional possui uma capacidade jurídica, dada pelo Constituinte Originário, de realizar o controle constitutivo de constitucionalidade dos atos normativos primários internos e secundários, quer seja pela revogação dos primeiros, quer seja pela sustação dos segundos. Entretanto, há uma letargia na assunção desta competência porque os Poderes Executivo e Judiciário, de alguma forma, deixaram o antigo "Poder Supremo" em desvantagem

²¹ No caso de vícios de legalidade dos atos administrativos regulamentares do Poder Executivo, Gilmar Mendes (MENDES; BRANCO, 2019, p. 1226) afirma que este é, verdadeiramente, um vício de inconstitucionalidade: “[...] Não obstante, enquanto a inconstitucionalidade direta poderia ser aferida pela via abstrata, a inconstitucionalidade indireta poderia ser examinada dentro de um sistema de controle da legalidade. [...] Sem fazer qualquer distinção entre a inconstitucionalidade direta e a indireta, a doutrina brasileira enfatiza que qualquer regulamento que deixe de observar os limites estabelecidos em lei é inconstitucional”

frente aos outros: o primeiro como voz suprema das políticas públicas e o segundo como único intérprete doutrinário e jurisprudencial da Constituição, restando ao Legislativo uma posição tímida. Desse cenário, surge a necessidade de uma ressignificação dos papéis postos dos Poderes Constituídos no controle de constitucionalidade brasileiro.

2.2 DA NECESSIDADE DE RESSIGNIFICAÇÃO DOS PAPÉIS POSTOS

Neste ponto do estudo, foi percebido que o Congresso Nacional possui legitimidade para realizar o controle de constitucionalidade dos atos normativos internos, mas tem uma atuação simplória pela grande valorização do Poder Judiciário, considerado o único intérprete da Constituição, seguindo uma visão pós-positivista à *brasileira*, o neoconstitucionalismo. Digo isto porque um dos grandes expoentes do pós-positivismo em todo o mundo, predecessor de Robert Alexy, foi Ronald Dworkin.

Antes de abordar sua teoria, deve-se explicar qual é o contexto do surgimento desta. Primeiramente, cumpre destacar que Dworkin vivia no contexto do sistema americano de constitucionalidade: não há o controle concentrado e abstrato, os juízes decidem incidentalmente nos casos concreto. Portanto, sua teoria é muito voltada para a resolução dos *hard cases*, que é o ambiente e contexto pelos quais é realizado o controle e a interpretação do Direito. Ademais, por não ser escrita sobre a resolução de antinomias em abstrato, não leva em consideração que não há conflito entre princípios no abstrato, contexto que o juiz singular não necessita considerar para realizar o controle incidental, enquanto o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal, no exercício de um controle abstrato de constitucionalidade, o necessitam. Portanto, toda a sua teoria é para a resolução de casos concretos pelos juízes singulares, e por isso não é tão abordada a questão do Congresso.

Tendo esse panorama de fundo, Ronald Dworkin realiza a distinção entre os argumentos de princípios e os argumentos de política. Sérgio Victor, ao explicar a diferenciação, afirma que os últimos “[...] são entendidos como de políticas públicas, que buscam promover benefícios gerais, como resultado da decisão política oriunda de compromissos individuais. São decisões instrumentais, voltadas a maximizar o bem-estar da comunidade [...]” (2015, p. 131), ou seja, são as decisões políticas para efetivar os direitos previstos na Constituição, desde a fase legislativa à fase executiva/administrativa, portanto, somente cabendo aos órgão políticos utilizarem-se deles.

Enquanto isso, os argumentos de princípios levam em consideração “[...] o indivíduo [singular, do caso concreto] como sujeito moral, dotado de dignidade própria [...]” (2015, p. 130) e esses devem “[...] fundamentar uma decisão política evidenciando que ela respeita um direito moral do cidadão [...]” (2015, p. 129). Ainda, segundo Dworkin (apud VICTOR, 2015, p. 131), é possível, por meio dos princípios, invalidar ou recusar a aplicação às regras aprovadas pelo legislador ordinário. Entretanto, não cabe somente aos juízes se utilizarem desses argumentos para resolução de casos concretos porque, como bem assimila Sérgio Antônio Ferreira Victor (2015, p. 130, grifo nosso): “[...] **Para ele, os legisladores podem utilizar ambos os argumentos**, ao passo que os juízes devem ser obrigados a decidir apenas com argumentos de princípios [...]”. Assim, a teoria de Dworkin não se configura como uma limitação à atuação legislativa, mas sim à atuação do magistrado, no exercício da jurisdição.

Portanto, os legisladores são considerados intérpretes da Constituição e o Congresso – em suas funções típicas e em consonância com o pós-positivismo –, em vez de invalidar uma norma ou recusar-lhe a aplicação no caso concreto, pode extirpa-la do Ordenamento por meio de sua revogação (ou sustação no caso de decretos do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar).

Ademais, não é somente o ponto do atual paradigma do Direito – pós-positivismo – a ser considerado na legitimação do Congresso, como também suas raízes históricas e a razão de ser dele. Monica Herman Caggiano, em uma análise histórica para compreender a realidade atual, escreve sobre as funções da Assembleia

Nacional em seu artigo “O Parlamento no cenário político do século XXI”, dentre as quais serão abordadas somente três: função de representação política, função deliberativa e função legislativa, à luz da temática controle político de constitucionalidade.

A autora explicita, de pronto, que a função primeira do Parlamento – não somente historicamente, mas também como razão de ser – não é a legislativa, mas a função de representação política. Conforme a autora (CAGGIANO, 2003, p. 150), o órgão surgiu como um conselho com competência meramente consultiva e que possuía como função representar o povo (mesmo que, à época, os cidadãos eram restritos pelo voto censitário masculino). Nas palavras de Edmund Burke em 1774 (apud CAGGIANO, 2003, p. 150, grifo nosso), o Parlamento:

[...] não é um congresso de embaixadores de diferentes e hostis interesses; interesses estes que devem ser sustentados como um agente ou advogado; mas **Parlamento é uma assembleia deliberativa de uma nação, com um único interesse, o do todo.**

Dessa função representativa surge a segunda função: a deliberativa, como já percebida na fala de Burke. Conforme a autora (CAGGIANO, 2003, p. 152), o Congresso possui essa função excepcional, que o distingue de todos os órgãos estatais, que consiste em discussões, debates e votações para se chegar a uma decisão. Importante ressaltar, também, que é nesta fase em que as normas são elaboradas, sendo a parte mais importante do processo legislativo. Caggiano (2003, p. 152), ao abordar essa função, prestigia a democracia representativa frente à teórica participativa, pela qual as decisões são tomadas via plebiscito, referendo e iniciativa popular sem um debate extenso e profundo sobre o tema, entre os votantes.

Neste ponto, entretanto, deve-se discordar com a doutrinadora. Isso porque não foi estabelecida uma simples democracia participativa na Constituição de 1988, mas sim em uma democracia participativa *deliberativa*. Sobre isso, escreve Ana Paula de Barcellos sobre a democracia participativa:

Para além do sistema representativo tradicional, outros entendem que é importante ampliar o máximo possível o número de participantes, **tanto**

nos processos de tomada de decisão – por meio de corpos consultivos – quanto na tomada de decisão propriamente dita. Tais autores, identificados com a proposta geral de uma **democracia participativa**, sugerem que **as pessoas estariam sim interessadas em participar**, até porque elas serão afetadas por tais decisões e, conscientemente ou não, direta ou indiretamente, são por elas responsáveis. Além disso, **mais participação incrementaria a legitimidade da decisão e a posterior adesão a ela pela sociedade** (BARCELLOS, 2019, p. 127, grifo nosso)

E, quanto à modelo de democracia deliberativa:

[...] democracia deliberativa [...] isto é: a justificação de suas posições –, debate e deliberação. Seria indispensável a explicitação das razões pelos diferentes grupos, a tentativa de convencimento recíproco e o debate em torno delas. A deliberação seria, na verdade, um mecanismo capaz de conferir maior legitimidade à democracia e a suas decisões, embora como exatamente isso se dê seja objeto de controvérsia (BARCELLOS, 2019, p. 128).

Por fim, diferentemente de Monica Caggiano, Ana Paula de Barcellos sustenta que:

Conectando o como com o quem, **a lógica da democracia deliberativa pode ser aplicada tanto no âmbito da representação tradicional quanto em outros espaços de participação e decisão.** Isto é: tanto os parlamentares e demais agentes públicos teriam um dever de deliberar, por meio da apresentação de razões e discussão, antes do momento da tomada de decisão, **como também os cidadãos em geral**, nos espaços de participação existentes. Nada obstante, **parece haver uma natural aproximação entre as ideias de maior deliberação e de maior participação**, de modo que não é incomum que os autores sustentem ambos os pontos – como se deve decidir e quem deve decidir – em conjunto (BARCELLOS, 2019, p. 128, grifo nosso).

Em um exame prático, pode ser percebida a participação na deliberação por parte do povo, ademais do mero voto – quer seja em plebiscitos ou referendos, quer seja pelo voto nos representantes –, pelo Regimento Interno do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, respectivamente, ao abrir a possibilidade de haver, nas duas Casas, debates entre parlamentares e sociedade civil por meio das audiências públicas:

Art. 90. Às comissões compete:

[...]

II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil (Const., art. 58, § 2º, II); (BRASIL, 1970)

Art. 255. Cada Comissão poderá realizar reunião de audiência pública com entidade da sociedade civil para instruir matéria legislativa em trâmite, bem

como para tratar de assuntos de interesse público relevante, atinentes à sua área de atuação, mediante proposta de qualquer membro ou a pedido de entidade interessada (BRASIL, 1989).

Assim, afirma-se que no Brasil há uma democracia participativa deliberativa e a função deliberativa realizada pelo Parlamento é acompanhada pela discussão e voto do próprio povo. Dessa atividade de debates e tomadas de decisões surge a terceira função do Parlamento a ser destacada: a legislativa. Por meio dela, os debates da fase anterior se materializam em normas jurídicas, de forma geral e abstrata, com efeito *erga omnes*, vinculando os três Poderes – exceto o Legislativo em sua função típica – e criando direitos e obrigações.

Assim, ao realizar o controle constitutivo de constitucionalidade de uma lei, por meio de sua revogação, o Legislativo não deve carregar somente uma legitimidade da teoria pós-positivista, como também deve haver a deliberação entre os congressistas e entre estes e a sociedade civil, a qual é o sustentáculo de legitimidade para atuação do Parlamento.

Quanto aos tratados e convenções internacionais, eles possuem normas jurídicas legais, supralegais ou constitucionais quando são incorporados, como visto no capítulo 01, portanto, passíveis de controle de constitucionalidade. O Congresso Nacional também é legítimo para realizar o controle por meio de sua função típica legislativa²² – como fruto de sua representação do titular do Poder Constituinte e da deliberação com ele. Assim, não há óbice para que não seja possível a realização do controle de constitucionalidade político repressivo dos tratados e convenções internacionais pelo Congresso Nacional, a não ser o instrumento jurídico e o rito a ser observado, que não está de forma clara expressa no texto da Constituição da República. Portanto, o próximo capítulo deste estudo visa analisar este ponto: se há algum meio, estabelecido, para o Congresso realizar esse controle ou se há necessidade de uma reforma constitucional.

²² Observa-se que, como o controle de constitucionalidade feito pelo Congresso é por atos normativos primários federais, são eles passíveis de revisão pelo Supremo Tribunal Federal.

3 DOS INSTRUMENTOS PARA EFETIVAÇÃO DA NOVA INTERPRETAÇÃO DA SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1 O ART. 59 DA CR/88 E OS INSTRUMENTOS PARA REALIZAÇÃO DO CONTROLE

Como já exposto no primeiro capítulo deste trabalho, para fins de organização no sistema escalonado de normas, os tratados internacionais incorporados no Ordenamento Jurídico Brasileiro podem ser divididos em: a) tratados internacionais de direitos humanos, incorporados após a EC 45/2004 com o rito de Emenda Constitucional, com status constitucional; b) tratados internacionais de direitos humanos, incorporados com rito ordinário e antes da EC 45/2004, com status supralegal; c) tratados internacionais tradicionais, incorporados com rito ordinário a qualquer tempo, com status legal [ordinário].

Outro ponto exposto é que o Congresso Nacional, para que realizasse o controle de constitucionalidade político repressivo das leis, deveria exercitar sua função legislativa, cujos instrumentos estão presentes no Art. 59 da Constituição da República, a saber²³: a) emendas à Constituição; b) leis complementares; c) leis ordinárias. O presente capítulo visa analisar a compatibilidade destes instrumentos na realização do controle de constitucionalidade dos tratados e convenções internacionais, em consonância com os entendimentos já explanados.

Primeiramente, expõe-se que o argumento de a Constituição não o estabelecer de forma expressa não significa, necessariamente, a inexistência de meios para o controle político repressivo dos diplomas internacionais. Como expõe Américo Bedê Freire Júnior (2005, p. 43-44) sobre omissão normativa:

²³ Foram excluídas as espécies normativas leis delegadas e medidas provisórias porque são de iniciativa do Presidente da República e as que não possuem coercitividade *erga omnes*, a saber, decretos legislativos e resoluções.

O dogma da completude do sistema jurídico por meio do legislador está sepultado. Hoje somente é possível falar na completude do sistema jurídico a partir de uma Constituição principiológica que requer um novo papel dos intérpretes, especialmente os juízes. A simplória operação silogística não tem aplicação exclusiva. Estamos em um novo momento do direito, em que o alcance da solução mais adequada depende de uma fundamentação complexa, envolvendo inúmeras variáveis.

Desse modo, o presente capítulo buscará, para cada espécie de tratados internacionais, um instrumento equivalente nos moldes atuais do processo legislativo, a partir da compreensão exposta no capítulo 01 da posição dos tratados e convenções internacionais incorporados ao Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Quanto aos tratados internacionais tradicionais, o Supremo Tribunal Federal aceita a tese de que, por terem *status* legal ordinário, há a aplicação do critério *lex posterior derogat lex priori*, mesmo que haja a penalização em âmbito internacional pelo descumprimento do tratado por razões de direito interno. Essa posição já foi explanada no capítulo 1.3, mas é de suma importância expor um trecho de outro julgado do STF que reafirma a posição. No Recurso Extraordinário 636.331 RJ, o Ministro-Relator Gilmar Mendes explicitou que:

Os diplomas normativos internacionais em questão não gozam de estatura normativa supralegal de acordo com a orientação firmada no RE 466.343, uma vez que seu conteúdo não versa sobre a disciplina dos direitos humanos.

Sendo assim, **a antinomia deve ser solucionada pela aplicação ao caso em exame dos critérios ordinários, que determinam a prevalência da lei especial em relação à lei geral e da lei posterior em relação à lei anterior** (BRASIL, 1988, p. 13, grifo nosso).

Portanto, em caso de inconstitucionalidade de um tratado internacional tradicional, que possui *status* de lei ordinária, pode o Congresso Nacional se utilizar de uma lei ordinária para revogá-lo, conforme o princípio exposto.

Quanto aos tratados internacionais de direitos humanos, deve-se analisar, primeiramente, a questão: os tratados de direitos humanos podem ser inconstitucionais? Formalmente, sim, por uma não observância das regras estabelecidas do processo legislativo. Portanto, poderia haver uma revogação de tratados internacionais de direitos humanos original e formalmente

inconstitucionais. A questão mais sensível, e que deve ser tratada de forma mais cuidadosa, é a possibilidade ou não de as normas jurídicas internacionais definidoras de direitos humanos serem materialmente inconstitucionais.

3.1.1 Do controle de constitucionalidade de tratados e convenções internacionais de direitos humanos

A princípio, pode-se estranhar a possibilidade das normas contidas nesses documentos serem consideradas inconstitucionais, já que, conforme a concepção tradicional de Constituição²⁴, é inerente a ela estabelecer direitos e, portanto, a positivação deles por reforma (tratados incorporados pela forma do Art. 5º, §3º, da CR/88) ou por instrumento infraconstitucional (incorporados na forma do Art. 5º, §2º, da CR/88) não poderia ser inconstitucional materialmente. Mas, antes de se estabelecer a impossibilidade, deve haver uma análise da dinâmica dos direitos fundamentais.

De forma forma breve, conforme as lições de Ingo Sarlet (2018, p. 321), os direitos fundamentais, em uma ordem histórico-evolutiva, possuem três dimensões pacificadas na doutrina. A primeira, na vigência do Estado Liberal, comporta os direitos civis – vida, liberdades e propriedade – e políticos, que possuem como característica a não intervenção do Estado no âmbito privado (SARLET, 2018, p. 318). A segunda, na vigência do Estado Social, a partir do período entreguerras, comporta os direitos de que exigem a intervenção do Estado para que eles sejam efetivados, como a educação e a saúde, com o objetivo de se estabelecer uma igualdade material (SARLET, 2018, p. 319). A terceira dimensão é composta pelos

²⁴ Cf. José Afonso da Silva (2014, p. 45, grifo nosso): “**As constituições têm por objeto** estabelecer a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, **assegurar os direitos e garantias dos indivíduos**, fixar o regime político e disciplinar os fins socioeconômicos do Estado, bem como os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais”. Essa definição é corroborada à definição de um Estado sem Constituição, presente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a **garantia de direitos** nem estabelecida a separação de poderes não tem uma Constituição” (FRANÇA, 2019).

direitos transindividuais (coletivos e difusos), como o meio ambiente, e iniciaram sua propagação depois da Segunda Guerra Mundial (SARLET, 2018, p. 320).

Dentro desse período histórico, houve Constituições que sobreviveram às três dimensões e outras que surgiram a partir da terceira, como a CR/88. A primeira Constituição formal moderna, a dos Estados Unidos, tem sobrevivido desde o estabelecimento dos direitos de primeira dimensão, entretanto foi conformada às mudanças fáticas e dos valores sociais, pelo processo de mutação constitucional²⁵. Por ela, a compreensão dos direitos fundamentais podem ser modificados e, assim, o que antes era considerado compatível com o texto pode não ser mais.

Um exemplo relevante a ser dado dessa modificação informal de parâmetro de controle foi o entendimento da Suprema Corte americana quanto ao princípio da igualdade. No final do século XIX, no caso *Plessy v. Ferguson* (1896), foi acatada a segregação racial, mesmo com a 14^a Emenda em vigor que estabelecia o direito à igualdade, entendimento que foi modificado em 1954 com o caso de *Brown v. Board of Education* (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 342), com a declaração incidental de inconstitucionalidade de práticas segregacionistas. Nesse caso, percebe-se que o mesmo princípio fundamental teve sua interpretação modificada e, por conseguinte, o parâmetro de controle também o foi, sem mudanças do texto, tornando inconstitucionais normas e atos baseados na concepção primária.

Transpondo esse pensamento à realidade dos tratados internacionais de direitos humanos, hoje raramente eles podem ser considerados inconstitucionais, já que foram feitos sob o prisma da terceira dimensão de direitos fundamentais, no pós-Segunda Guerra Mundial (cf. exposto no subcapítulo 1.1). Entretanto, se desde a primeira Constituição formal (1787) e o início do século XXI (2001), menos de 250 anos, foram estabelecidas três dimensões de direitos fundamentais, não é de se estranhar a possibilidade de que novas concepções dos direitos surjam no futuro, e

²⁵ Nos dizeres de Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2014, p. 341): “[...] A mutação constitucional consiste em processo informal de mudança da Constituição, que ocorre quando surgem modificações significativas nos valores sociais ou no quadro empírico subjacente ao texto constitucional, que provocam a necessidade de adoção de uma nova leitura da Constituição ou de algum dos seus dispositivos”.

a realidade constitucional deve se adaptar a essa dinâmica²⁶. Modificando-se as concepções, as regras contidas nos tratados e convenções internacionais – que são comando de tudo ou nada e, portanto, obedece-se ou não em sua totalidade – podem ser consideradas inconstitucionais, a depender da mudança informal do parâmetro de Controle: a Constituição em sua totalidade para os tratados de direitos humanos de posição supralegal e as cláusulas pétreas para os de natureza constitucional.

Desse modo, com uma modificação dos valores sociais e/ou da realidade fática e a conseqüente mudança de concepção das normas constitucionais – principalmente as originárias que não podem ser consideradas inconstitucionais –, as regras contidas em tratados internacionais de direitos humanos podem ser consideradas inconstitucionais. Conforme Georg Jellinek (apud SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 344), a mutação constitucional não ocorre somente pela atividade judicial, como também pela prática parlamentar-governamental, então o Congresso Nacional, ao observar essa situação, pode revogar um tratado internacional de direitos humanos, ou uma cláusula contida nele, caso se mostre incompatível com o texto Constitucional.

Entretanto, regra não é a única espécie de norma jurídica, havendo também os princípios que são mandados de otimização, ou seja, "[...] normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes [...]" (ALEXY, 2008, p. 90). Como os tratados internacionais de direitos humanos geralmente apontam compromissos menos concretos e com maior generalidade para os Estados cumprirem na sua maior medida possível dentro das realidades jurídicas e fáticas existentes, conclui-se que eles possuem em sua maioria normas de caráter principiológico. Questiona-se, portanto, se os princípios podem ser considerados inconstitucionais.

²⁶ Nos dizeres de Peter Häberle (apud PEREIRA; NASCIMENTO, 2016, p. 254, grifo nosso), sobre o atual paradigma de Constitucionalismo: "**O tipo do Estado Constitucional ocidental livre e democrático não é, como tal, imutável**. Séculos foram necessários para se moldar o 'conjunto' dos elementos estatal e democrático, de direitos fundamentais individuais e, por fim, sociais e culturais, e o futuro continuará a desenvolvê-los".

Em um primeiro momento, por serem mandados de otimização e, em uma concepção de Dworkin, por terem textura aberta, poder-se-ia imaginar que os princípios não poderiam ser considerados inconstitucionais, ou seja, inválidos. Parte deste pensamento surge porque as Constituições pós-positivistas possuem uma grande carga principiológica, como abordada no capítulo 2 deste estudo, e os conflitos entre princípios dos tratados de direitos humanos e os contidos na Constituição seriam resolvidos por meio do sopesamento (ALEXY, 2008, p. 94).

Entretanto, dois pontos devem ser observados. O primeiro, quanto aos tratados internacionais de direitos humanos de posição constitucional, é que o parâmetro destes documentos são as cláusulas pétreas e a natureza jurídica das normas contidas no Art. 60, §4º, da CR/88 são de regras, e não de princípios. Assim, em um conflito entre uma disposição estabelecida em uma regra e uma disposição estabelecida em um princípio, deve-se prestigiar as regras, porque “[...] o caráter *prima facie* das regras, que se baseia na existência de decisões tomadas pelas autoridades legitimadas para tanto ou decorrentes de uma prática reiterada, continua a ser algo fundamental e muito mais forte” (ALEXY, 2008, p, 106). Logo, assumindo como correta a observação feita por Alexy, em um conflito em abstrato entre um princípio contido em um tratado supralegal e qualquer regra constitucional, deve haver o reconhecimento de uma inconstitucionalidade do primeiro. Entretanto, se houver o conflito entre uma regra da Constituição e um tratado de natureza constitucional, somente deve ser ele posto como inconstitucional se a regra figurar como limitação ao Poder Constituinte de Reforma.

Entretanto, poder-se-ia cogitar que, quando o parâmetro de controle de constitucionalidade para os princípios também são princípios, tanto nos tratados de natureza constitucional (direitos e garantias individuais e os limites implícitos ao Poder de Reforma), quanto nos tratados supralegais (todos os princípios constitucionais), não haveria possibilidade de inconstitucionalidade material. Deve-se observar, no entanto, a fala de Alexy sobre a possibilidade de princípios serem inválidos. Conforme o autor, mesmo que essa situação seja rara, não se deve tratar um princípio inválido por meio do sopesamento, porque “[...] o conceito de colisão entre princípios pressupõe a validade dos princípios colidentes. Por isso, a referência à possibilidade de se classificar princípios como inválidos não atinge o

teorema da colisão [...]” (ALEXY, 2008, p. 110). Contudo, quando um princípio poderia ser considerado inválido? Conforme o autor, isso ocorre quando este princípio será preterido em todos os casos.

Portanto, se um determinado dispositivo de tratado internacional de direitos humanos supralegal contiver um dispositivo que sempre será preterido em relação aos princípios constitucionais, ou um princípio de determinado tratado de natureza constitucional sempre for preterido a um princípio limitador ao Poder Constituinte de Reforma, pode o Congresso Nacional revogá-lo.

Uma última observação que deve ser realizada é a possibilidade de um conflito entre normas de tratados de matriz constitucional e os limites implícitos e explícitos serem revelados de forma posterior, visto que as cláusulas pétreas também podem sofrer o fenômeno da mutação constitucional (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, 358).

Quanto ao instrumento utilizado para realização do controle, se for um tratado de matriz constitucional, pode o Congresso Nacional revoga-lo por meio de emenda constitucional, utilizando-se de sua prerrogativa de Poder Constituinte Reformador, e em consonância com o entendimento do STF que aos tratados cabe o princípio *lex posterior derogat lex priori*, desde que a norma posterior tenha *status* equivalente da norma anterior.

A maior problemática surge quando se analisa os tratados internacionais de direitos humanos com *status* supralegal por força do Art. 5º, §2º, da CR/88, a saber, os anteriores à EC 45/2004 e incorporados com rito ordinário. Isso ocorre porque, como se sabe, não existe no Art. 59 da CR/88 a espécie normativa “supralei” e, tampouco, o Constituinte estabeleceu de forma expressa essa posição hierárquica, sendo fruto de construção jurisprudencial, como visto no tópico 1.3. Se não há uma supralei, como poderia haver a revogação se o dispositivo internacional fosse inconstitucional? Para responder à questão, primeiramente, deve haver uma exploração sobre a diferenciação entre normas jurídicas, enunciados normativos e Ordenamento Jurídico, para então compreender o processo legislativo para incorporação dos tratados de direitos humanos supralegais.

Conforme Norberto Bobbio (2010, p. 64, 199)²⁷, a norma jurídica é uma proposição prescritiva, ou seja, um conjunto de palavras, com significados certos, que visam conduzir a atividade humana, além daquelas que estruturam o Estado. Essa norma, entretanto, não se encontra isolada, mas possui interação com outras dentro de um conjunto ordenado, que possui a marcante característica de hierarquia, que é denominado Ordenamento Jurídico (BOBBIO, 2010, p. 193-195, 199) – de onde influi a supremacia da Constituição. Entretanto, observa-se que o sistema escalonado e ordenado é de normas jurídicas e não de enunciados normativos. Esses, por sua vez, são caracterizados pela forma que a norma jurídica é expressa na linguagem (BOBBIO, 2010, p. 64-65), ou seja, a emenda à Constituição, a lei ou o decreto – o dispositivo normativo.

Portanto, cabe ao intérprete analisar o enunciado normativo, retirar a norma jurídica abstrata que ali estava presente e encontrar sua posição no sistema escalonado de normas conforme o fundamento de validade dela: constitucional, supralegal, legal ou infralegal. Normalmente, o enunciado normativo revela qual é o *status* da norma (ex.: uma lei ou medida provisória revela que o *status* é legal), entretanto isso não pode ser observado nos tratados internacionais.

Conforme os Arts. 49, I, e 84, VIII, da Constituição da República de 1988, todos os tratados internacionais devem ser submetidos ao Congresso Nacional pelo Presidente da República e, depois de aprovados, devem ser ratificados, promulgados e publicados, via Decreto do Chefe de Estado. Entretanto, as normas contidas nesses tratados podem ser constitucionais, supralegais ou legais.

Quanto aos tratados internacionais de direitos humanos do Art. 5º, §3º, da CR/88, o próprio tratado em seu preâmbulo dispõe do rito que foi incorporado e, portanto, pode ser visto o *status* formalmente constitucional, como é observado no dispositivo que incorporou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência:

²⁷ Deve-se observar que os conceitos aqui utilizados são de um positivista, ou seja, enxergam as regras como única espécie de norma jurídica. Entretanto, para os fins aqui descritos, é útil a descrição porque são justamente as regras que estão mais passíveis de serem consideradas incompatíveis com a Constituição quando houver a mutação.

DECRETO Nº 6.949, DE 25 DE AGOSTO DE 2009

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, IV, da Constituição, e

Considerando que o **Congresso Nacional aprovou**, por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, **conforme o procedimento do §3º do art. 5º da Constituição**, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007; [...] (BRASIL, 2009, grifo nosso).

Enquanto isso, os tratados internacionais de direitos humanos incorporados antes da EC 45/2004 e os tradicionais são incorporados no mesmo rito e possuem redação extremamente semelhante em seu preâmbulo, não indicando o dispositivo que fundamenta a legalidade ou suprallegalidade. Portanto, se enunciados normativos e normas jurídicas fossem idênticos, esses dois tipos de tratados também possuiriam mesma hierarquia, porque possuem o mesmo tipo de enunciado normativo, obedecido o mesmo processo legislativo. Entretanto, as normas jurídicas que deles se extraem possuem fundamentos completamente diferentes: enquanto o primeiro possui um fundamento específico no Art. 5º, §2º, da CR/88, o segundo possui o fundamento na mera ordinariiedade de seu conteúdo, sendo equiparado à leis igualmente ordinárias (Arts. 47 e 103, III, "a", da CR/88). Portanto, o que define a posição do tratado não é o enunciado normativo que o incorpora – que é idêntico a ambos –, mas a norma jurídica abstrata que dele se extrai.

Assim, como a *lex posteriori* só revoga a *lex priori* se ambas tiverem a mesma hierarquia normativa e especialidade, pode o Congresso Nacional editar uma lei ordinária – que possui a mesma hierarquia de um decreto que incorporou o tratado – para revogar um tratado internacional – possuindo igualmente mesma especialidade. E, por ser o conteúdo da lei posterior semelhante à lei anterior, as normas jurídicas que se extraem de ambos possuem a mesma hierarquia, o mesmo fundamento. Se a lei posterior revogar um decreto que incorporou um tratado tradicional, terá sua norma jurídica posição legal. Se a lei posterior revogar um decreto que incorporou um tratado de direitos humanos anteriores à EC 45/2004, terá sua norma jurídica posição suprallegal.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a posição dos tratados internacionais de direitos humanos, na realidade, fez com que um decreto, que possui norma formalmente legal, possuísse conteúdo materialmente supralegal e, portanto, todas as prerrogativas de uma norma formalmente supralegal hipotética. Assim, um dispositivo que a revogar poderá ser formalmente legal, entretanto sua norma terá igualmente conteúdo materialmente supralegal, tendo a prerrogativa para se utilizar do princípio *lex posteriori derogat lex priori*.

Conclui-se, portanto, que os tratados internacionais, quer sejam de direitos humanos (na forma do Art. 5º, §3º, ou Art. 5º, §2º, da CR/88), quer sejam os tradicionais, podem ter suas disposições revogadas por motivos de inconstitucionalidade pelo Congresso Nacional. Os tratados incorporados na forma do Art. 5º, §3º CR/88 por emenda à Constituição, os incorporados na forma do Art. 5º, §2º CR/88 por lei ordinária materialmente supralegal e os tradicionais por lei ordinária material e formalmente legal. Entretanto, devem-se respeitar dois requisitos para que a decisão do órgão político tenha adequada legitimidade para o contexto constitucional atual.

3.2 DOS REQUISITOS IMPLÍCITOS PARA A REALIZAÇÃO DO CONTROLE

O primeiro requisito implícito, e talvez o mais importante, para a realização do controle de constitucionalidade de tratados e convenções internacionais pelo Congresso Nacional é que o controle deve ter um fundamento jurídico, mesmo que seja realizado por um órgão político.

Para melhor exemplificação, utiliza-se o caso francês, em que o Conselho Constitucional realiza um controle de constitucionalidade político repressivo desde uma reforma constitucional de 2008, que acrescentou o Art. 61º-1 no Texto – ressalta-se a situação especial do caso da França, onde não há um controle jurisdicional. Neste País, se uma norma for contrária a direitos fundamentais for

prejudicial de mérito para a resolução de um caso concreto (questão prioritária de constitucionalidade), pode a cúpula da Jurisdição Comum ou Administrativa – a depender de onde estiver tramitando o processo – remeter a questão para o Conselho Constitucional, o qual decidirá sobre a constitucionalidade da legislação em abstrato e com eficácia *erga omnes*:

ARTIGO 61º-1

Quando, no âmbito de um processo pendente perante um órgão jurisdicional, é argumentado que uma disposição legislativa ameaça direitos e liberdades garantidos pela Constituição, o Conselho Constitucional pode ser convocado para analisar o caso por meio de citação do Conselho de Estado ou do Supremo Tribunal, que se pronuncia em um prazo determinado. Uma lei orgânica determina as condições de aplicação do presente artigo (FRANÇA, 2020, p. 22-23, grifo do autor).

Deve-se observar, no entanto, que o Conselho Constitucional é um órgão político, auxiliar da Assembleia Nacional – a Casa Baixa do Legislativo –, formado pelos ex-presidentes da França (cargos vitalícios), além de nove cargos mandatários (com renovação parcial de 1/3 a cada três anos): três indicados pelo Presidente da República, três pelo Presidente do Senado e três pelo Presidente da Assembleia Nacional (Art. 56 da Constituição Francesa). Entretanto, o controle que ele realiza dos atos normativos infraconstitucionais (inclusive tratados internacionais²⁸) possui fundamentação jurídica, como pode ser vista na fala de Soraya Lunardi (2011, p. 297) – ao considerar, também, as colocações de Pactet:

[...] Nunca houve e nem poderia existir na França decisão fundamentada em considerações políticas: “O Conselho não decide de acordo com a equidade ou a oportunidade, mas com critérios exclusivamente jurídicos [...]. Só pode tomar uma decisão em função de considerações de pura e estrita legalidade constitucional [...].

Do mesmo modo, no Brasil, deve o Congresso Nacional, ao revogar um tratado e convenção internacional por inconstitucionalidade, possuir como razões da decisão legislativa, única e exclusivamente, argumentos jurídicos. No caso desses documentos, não poderá haver a revogação por oportunidade e conveniência, porque já há instrumento próprio para a desobrigação do Estado quanto a um tratado internacional: a denúncia ao tratado. Por ela, pode um Estado se

²⁸ vide nota de rodapé n. 2, na página 06, que afirma a infraconstitucionalidade dos tratados internacionais no Ordenamento Jurídico Francês.

desvincular de um tratado, por meio de acordo entre os Poderes Legislativo, Executivo e conforme as disposições do Direito Internacional.

Assim, a desconstituição de um tratado pelo Congresso Nacional por oportunidade e conveniência retira a legitimidade da decisão, devendo ele, mesmo sendo um órgão político, realizar um controle jurídico-constitucional.

O segundo requisito implícito para a realização do controle é a participação do povo durante o processo de análise. Isso se deriva, primeiramente, pelo fato de o Congresso Nacional realizá-lo por meio de sua função legislativa, porém esta possui como requisitos inerentes a função deliberativa (de uma democracia participativa, em que o povo deve participar do debate) e a função de representação política, que é a razão de ser do Parlamento.

Poder-se-ia questionar a legitimidade do povo participar, já que o controle não poderia ter raízes políticas, somente jurídicas, sendo “as vozes das ruas” perigosas para a satisfação da vontade constitucional. Entretanto, esse argumento pode ser rebatido por três razões principais. A primeira é que o conceito de povo, no contexto, não é somente aplicável aos eleitores em um modo geral, mas sim a órgãos e associações que representam o povo – de forma mais organizada e capacitada tecnicamente –, como a OAB – que além de representar os advogados também é uma fiscal da aplicação da Constituição, ao poder ingressar com ADI –, o Ministério Público – *custos legis* –, a Advocacia Geral da União – que mesmo não representando o povo, é legitimada para propor ADI, então é oportuno que participe do debate – e conselhos de classe.

Além disso, o argumento cai por terra a partir de o momento que o controle é a análise de compatibilidade entre uma norma jurídica e a Constituição. E essa, por sua vez, encontra sua legitimidade na soberania popular. Conforme aponta o professor Daury Cesar Fabríz (1999, p. 156), “Conclui-se que o poder constituinte, seja ele originário ou de reforma, deve sempre representar a vontade do povo”. Portanto, o controle é, na realidade, o processo de análise de compatibilidade entre uma norma infraconstitucional e o texto constitucional, que representa a vontade do povo em determinado tempo histórico, adaptada às modificações fáticas e

valorativas promovidas pelo próprio titular do poder constituinte no convívio em sociedade, que resulta a mutação constitucional, reconhecida *a posteriori* pelos órgãos estatais. Ademais, percebe-se que o regime político estabelecido em um texto constitucional, conforme a teoria de Rousseau, “[...] não deveria ser apenas uma democracia formal, nos termos de uma democracia clássica, mas uma democracia econômica, social e participativa” (FABRIZ, 1999, p. 159). Ainda nesse contexto de democracia participativa, é bom reafirmar a necessidade de participação popular porque o controle é feito pela via legislativa, e, assim, “[...] Desde a elaboração da norma ou princípio jurídico, às suas aplicações aos casos em concreto, devem os cidadãos participarem de maneira direta, a partir de canais democráticos institucionalizados [...]” (FABRIZ, 1999, p. 1666).

Por fim, rememora-se que, no controle judicial de constitucionalidade, não pode haver razões políticas como fundamentação, mas há a possibilidade de participação popular para aumentar a legitimidade da decisão (MENDES; BRANCO, 2019, p. 1347). Isso pode ser visto, primeiramente, no Art. 103 da Constituição da República, em que partidos políticos, confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional podem propor Ação Direta de Inconstitucionalidade, todos representantes de parcela da sociedade, e que sua *ratio* não é, necessariamente, a defesa do Direito. Posteriormente, percebe-se a adesão do *amicus curiae*²⁹ e dos peritos no controle concentrado, como pode ser visto nos Arts. 7º, §2º, e 9º, §§ 1º e 3º, da lei 9.868/99:

Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

[...]

Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar

²⁹ Sobre a matéria, escreve Gilmar Ferreira Mendes (MENDES; BRANCO, 2019, p. 1347) que: “[...] Positiva-se, assim, a figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões.

Trata-se de providência que confere caráter pluralista e democrático (CF/88, art. 1º, parágrafo único) ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade”.

perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

[...]

§ 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.

Ante o exposto, configura-se razoáveis e constitucionais os dois requisitos implícitos supramencionados. E, observando-os, afirma-se que é o Congresso Nacional legítimo para realizar o controle de constitucionalidade político repressivo de tratados e convenções internacionais.

4 O PRESIDENTE DA REPÚBLICA E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Pelo exposto no presente estudo, poder-se-ia afirmar a legitimidade afirmada do Congresso Nacional em realizar o controle de constitucionalidade político repressivo de tratados e convenções internacionais, desde que respeitados os limites implícitos de controle jurídico e participação popular no processo, a ser aferido pelo Poder Judiciário de forma posterior, se provocado, por uma Ação Direta de Inconstitucionalidade. Entretanto, surge a questão: pode o Congresso Nacional revogar uma disposição inconstitucional independentemente do consentimento do Presidente da República, que, conforme o Art. 84, VI e VIII, do texto constitucional possui a função de manter relações com Estados estrangeiros e celebrar tratados e convenções internacionais? Para responder à presente questão, primeiramente deve-se expor o papel do Presidente da República no contexto brasileiro e sua relação com os demais agentes políticos dos Poderes de Soberania. Nisso consiste o sistema de governo³⁰, cujos modelos predominantes e tradicionais são o

³⁰ Conforme aponta José Afonso da Silva (2014, p. 509-510): “Sistemas de governo são técnicas que regem as relações entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo no exercício das funções governamentais. O modo como se estabelece esse relacionamento, de sorte a preponderar maior independência ou maior colaboração entre eles, ou a combinação de ambos numa assembleia, dá origem aos três sistemas básicos: o presidencial (presidencialismo, que é o sistema de governo da União e do Brasil), o parlamentar (parlamentarismo) e o convencional (de assembleia). [...] O parlamentarismo e o presidencialismo são sistemas predominantes. Desenvolve-se tendência universal para sistemas mistos que combinam instituições de ambos”.

presidencialismo e parlamentarismo, além dos sistemas mistos que hora se aproximam mais destes, ora mais daqueles³¹.

O sistema de governo presidencialista, conforme Canotilho e Moreira (1991, p. 10/15), possui como principais características o exercício da função governamental e do poder executivo somente pelo Presidente da República³² e a separação entre o Governo e o Parlamento. Já Paulo Bonavides (2000, p. 385) coloca como características essenciais do presidencialismo: i) uma separação clássica dos Poderes, que tem sido aos poucos flexibilizada mas ainda se mantém rígida; ii) o exercício do Executivo pelo Presidente da República, que é irresponsável politicamente pelo Congresso Nacional e, normalmente, há também irresponsabilidade política dos ministros de Estado, sendo estes demissíveis *ad nutum* pelo Presidente da República; iii) o Presidente possui sua legitimidade retirada direto da Nação, salvo algumas exceções que há eleições indiretas.

No caso brasileiro, há perfeita subsunção entre ambos os conceitos de presidencialismo e o disposto na Constituição. Quanto ao exercício do Poder Executivo e da função governamental pelo Presidente da República, é o que afirma expressamente o Art. 76 da CR/88. Quanto à separação entre o Parlamento e o Poder Executivo, ela é percebida pela independência entre os Poderes do Art. 2º da CR/88, e sua legitimidade também decorre diretamente da nação, como se vê no Art. 77 da CR/88, com a característica de “direto” do voto contida no Art. 14,

³¹ Sobre essa particularidade dos sistemas mistos, ou seja, uma configuração peculiar em cada Estado que adota um deles, escreve Canotilho e Moreira (1991, p. 19-20, grifo do autor) sobre o termo genérico semipresidencialismo: “O modo específico como o sistema se apresenta depende de um grande conjunto de factores, em que entram, designadamente, a concreta configuração constitucional dos poderes do Presidente da República, a tradição constitucional do país, o sistema de partidos, a relação do Presidente da República com o partido ou os partidos dominantes, etc. Por isso, cada sistema de governo destes é um sistema *a se*, pelo que só com extremas cautelas se pode construir uma teoria geral do <<semipresidencialismo>> que abarque todas as suas manifestações concretas”. Desse modo, não foi utilizado um único termo que abarque todos os diferentes sistemas de governo mistos neste trabalho, mas sim o termo genérico sistemas mistos e, quando necessário, a designação se o caso concreto referido é da “família” dos parlamentarismos ou do presidencialismo, como abordam os autores (CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 13).

³² Conforme Canotilho e Moreira (1991, p. 30-31), nos sistemas parlamentaristas o Poder Executivo é dual, entretanto o Presidente da República, como Chefe de Estado possui somente as funções de “[...] articular o consenso constitucional e preservar, defender e fomentar a funcionalidade (*Arbeitsfähigkeit*) do sistema democrático [...]”. Enquanto em sistemas mistos haveria poderes específicos do Presidente da República, sem ser ele quem exerce a política nacional, como na Constituição da República Portuguesa que prevê as funções de: i) representar a República; ii) garantir a unidade nacional, a unidade do Estado e o regular funcionamento das instituições democráticas; iii) comandante supremo das Forças Armadas.

caput, da CR/88. Quanto à sua irresponsabilidade política, pode ser ela observada pela ausência de instrumentos na Constituição de o Congresso Nacional realizar uma moção de desconfiança contra o Presidente da República, por perda de apoio político. Entretanto, rememora-se as lições de Paulo Bonavides (2000, p. 386) que, no sistema presidencialista, ao menos no dever ser, há responsabilidade administrativa do Presidente da República por meio do *impeachment* e uma responsabilidade penal por seus atos, como é observado no caso brasileiro no Art. 86 da CR/88. Os ministros de Estados também são irresponsáveis politicamente perante o Congresso, entretanto são subordinados administrativamente perante o Presidente da República (Art. 76 e 84, I, da CR/88) e podem sofrer um processo judicial por crimes comuns e crimes de responsabilidade, cf. Art. 52, I, 102, I, “c”, da CR/88.

Dessa forma, devem ser analisadas as funções do Presidente da República conforme o sistema presidencialista. Entretanto, serão utilizadas também lições de José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira sobre a Constituição da República Portuguesa porque, apesar de ser um sistema misto de natureza parlamentar, o Presidente da República no sistema português possui poderes específicos e, em sua maioria, o Brasil incorpora os mesmos poderes, além daqueles típicos do chefe de governo por ser aqui presidencialista, guardando as devidas reservas pela diferença dos sistemas de governo³³.

O Presidente da República, por ser titular da Chefia de Governo, possui como função a condução da orientação da política geral do país, incluindo-se a política externa (CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 78). Dessa forma, cabe ao Presidente da República definir as diretrizes políticas do Brasil, por meio do Ministério das Relações Exteriores, realizar negociações com outros Estados Nacionais e assinar os tratados e convenções internacionais que sejam frutos destas (CANOTILHO;

³³ Mesmo que no Brasil haja a acumulação da chefia de governo e da chefia de Estado pelo Presidente da República, seria incorreto afirmar que todas as competências da Chefia de Estado do Presidente da República Portuguesa fossem exercidas de modo equivalente aqui. Um exemplo que pode ser referido é a discricionariedade que o Presidente da República Portuguesa tem de dissolver a Assembleia Nacional (o Parlamento) e convocar novas eleições, conforme Canotilho e Moreira (1991, p. 52), enquanto no Brasil não há qualquer autorização de o Presidente da República dissolver o Congresso Nacional, mesmo quando estiver em vigor o estado de defesa ou de sítio (Arts. 140 e 141 da CR/88).

MOREIRA, 1991, p. 80)³⁴. Esses documentos internacionais, como já abordados em outras partes deste trabalho, devem ser aprovados posteriormente pelo Congresso Nacional, por serem acordos bilaterais que acarretam deveres internacionais para a República Federativa do Brasil (Art. 49, I, da CR/88).

Entretanto, o Presidente da República não é somente Chefe de Governo, como também Chefe de Estado – aquele que garante a unidade nacional e é o representante da República – , tendo ele não só a competência de negociação, assinatura do tratado para remeter ao Congresso Nacional, como também o poder de ratificação dos tratados internacionais. Isso significa, nas palavras de Canotilho e Moreira (1991, p. 89-90):

Como dissemos noutra ocasião, <<a ratificação é um acto livre do Presidente da República, não sendo este obrigado a ratificar os tratados, nos mesmos termos em que pode ser obrigado a promulgar as leis aprovadas na Assembleia da República>>. E o mesmo vale para a assinatura dos instrumentos de aprovação dos acordos em forma simplificada (não sujeitos a ratificação). Isso quer dizer que o acto de recusa do Presidente da República é definitivo.

Dessa maneira, os tratados internacionais, após aprovação do Congresso Nacional, deveriam ser ratificados pelo Presidente, podendo ele se recusar a fazê-lo. Mesmo não sendo uma competência explícita contida na Constituição da República de 1988, a doutrina clássica brasileira entende que há a ratificação pelo Presidente da República e essa ratificação do Chefe de Estado é um ato livre, como se depreende dos estudos de Francisco Rezek (2005, p. 64) quando aborda as três mencionadas fases:

Concluída a negociação de um tratado, é certo que o presidente da República – que, como responsável pela dinâmica das relações exteriores, poderia não tê-la jamais iniciado, ou dela não ter feito parte, se coletiva, ou ainda, em qualquer caso, interrompido a participação negocial brasileira – **está livre para dar curso, ou não, ao processo determinante do consentimento.** [...] tanto pode o chefe de governo mandar arquivar desde logo o produto a seu ver insatisfatório de uma negociação bilateral ou coletiva, quanto determinar estudos mais aprofundados na área do Executivo, a todo momento; e **submeter quando melhor lhe pareça ao Congresso. Este abono, porém, não o obriga à ratificação.** Isto

³⁴ No plano constitucional pátrio, essa competência pode ser vista na primeira parte do inciso VII e no inciso VIII do Art. 84 da Constituição da República: Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VII - manter relações com Estados estrangeiros [...]; VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

significa, noutras palavras, que a vontade nacional, afirmativa quanto à assunções de um compromisso externo, repousa sobre a vontade conjugada de dois poderes políticos. A vontade individualizada de cada um deles é necessária, porém não suficiente.

Desse modo, na inclusão de tratados e convenções internacionais, revela-se o grande poderio do Presidente da República: primeiro, de negociar as condições e remeter ao Congresso Nacional, e, depois de aprovado pelos representantes do povo, ter discricionariedade em ratificar ou não os documentos. Esse segundo poder revela-se tão grandioso porque, como já afirmou Canotilho e Moreira (1991, p. 90), a ratificação é ato livre e definitivo, podendo o Presidente deixar de ratificar e não tendo o Congresso a possibilidade de superar essa decisão, diferentemente do veto das leis. Esse entendimento também pode ser visto nas lições de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2019, p. 1061) e de Valério Oliveira Mazzuoli (2015, p. 250-251, grifo do autor). Este último, ainda, aponta a ratificação como:

[...] a fase *mais relevante* do processo de conclusão dos acordos internacionais, que confirma a assinatura sem retirar dessa sua relevância internacional. [...] Além disso, a ratificação obriga o Estado a cumprir, de boa-fé, todo o pactuado, sob pena de responsabilidade internacional por descumprimento voluntário do acordo.

Conforme Canotilho e Moreira (1991, p. 90, grifo do autor), da relevância da competência do Chefe de Estado quanto à ratificação de um instrumento internacional, pode-se afirmar que:

Obviamente, o que se diz para a vinculação do Estado mediante convenções internacionais vale em toda linha para a *desvinculação*, carecendo de intervenção do Presidente da República os correspondentes instrumentos internacionais (denúncia de tratados, etc.).

Ante o exposto, poder-se-ia chegar à conclusão do questionamento de forma a afirmar a impossibilidade de revogação de tratados e convenções internacionais por inconstitucionalidade sem a participação do Chefe de Estado, já que dele dependeria a desvinculação do Estado Brasileiro em relação às normas jurídicas internacionais. Entretanto, partindo do exposto por Canotilho e Moreira, deve-se distinguir: i) a natureza jurídica da participação do Presidente da República nos processos de incorporação de tratados internacionais e o controle de

constitucionalidade político repressivo dos instrumentos; ii) os instrumentos remetidos pelos autores e os utilizados no controle político repressivo. Por fim, deve-se analisar se seria adequada uma interpretação extensiva das competências do Presidente da República a fim de se reconhecer a necessidade de participação deste.

Quanto à natureza jurídica da participação do Presidente da República nos processos de incorporação dos tratados internacionais, ela possui caráter e fundamentação meramente políticos. Como já mencionado, quanto ao exercício da negociação, ajuste dos termos dos tratados e a assinatura, age o Presidente como Chefe de Governo, em sua função de condução da política externa. Em relação à ratificação dos instrumentos, atua ele como Chefe de Estado, não exatamente como condução da política – por não poder ele mais ajustar cláusulas e modificar o texto do Congresso –, mas possui ele uma função de orientação política, com um poder de controle das decisões políticas e não na definição de como e quando elas devem ser tomadas (CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 45-46), configurando um poder negativo, de bloqueio do prosseguimento de incorporação dos tratados (CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 52-53). Se, conforme esses autores, o que se trata da vinculação também é aplicável à desvinculação, as funções do Presidente da República no processo de desvinculação de compromissos internacionais possui funções políticas (quer seja de condução, quer seja de orientação política) e fundamentação política.

Entretanto, quanto aos controle político repressivo de constitucionalidade dos tratados e convenções internacionais, mesmo que realizado por um órgão político (o Congresso Nacional), ele deve possuir dois pressupostos expostos no capítulo anterior: i) a sua fundamentação deve ser jurídica, porque não se trata de deixar de assumir um compromisso internacional por razões políticas, mas sim um controle de constitucionalidade, um instrumento de efetivação do texto constitucional; e ii) a participação do povo, titular do poder constituinte originário, que deve participar das tomadas de decisões legislativas e constitucionais, em abstrato e concreto, para conferir a legitimidade necessária.

Portanto, não se trata de uma função de orientação ou condução política, mas de Guarda da Constituição, não se aplicando o entendimento de que deve o Presidente da República – por participar do processo de incorporação e desvinculação por razões políticas – necessariamente participar do controle de constitucionalidade político repressivo dos tratados internacionais.

Outro ponto, ainda, deve ser observado. Conforme a fala exposta de Canotilho e Moreira, deve o Presidente da República participar nos processos de desvinculação por meio dos instrumentos *internacionais* correspondentes. Ocorre que, no caso concreto, não se trata de um instrumento internacional, mas sim interno e nacional: a lei. A sua fundamentação não se trata de uma expressão da vontade política em âmbito internacional, mas da guarda da Constituição em âmbito interno.

Por essa razão, assim como pode a República Federativa do Brasil sofrer sanções internacionais pelo descumprimento de tratados internacionais em razão da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, cf. demonstrado no subcapítulo 1.3 deste estudo, também pode o Estado Brasileiro sofrer as sanções em razão da revogação de tratados internacionais pelo Congresso Nacional. Isso porque a inexistência de sanções se dá em razão da expressão, em nível internacional, de ausência de vontade política em cumprir o tratado, por meio do instrumento internacional correspondente. Já em relação aos instrumentos internos de controle, eles não expressam uma vontade política do Estado, mas afirmam a Supremacia do Poder Constituinte Originário que possui a sua validade direta do povo. Afirma-se, portanto, que independentemente da vontade política do Chefe de Estado, ou da composição do Congresso Nacional à época da aprovação do tratado, não deve ele prosperar por afrontar a Supremacia da Constituição.

Por essas duas razões, não se pode aplicar a interpretação literal de que há necessidade de participação do Presidente da República no controle de constitucionalidade de tratados e convenções internacionais porque sua anuência é imprescindível na incorporação dos instrumentos. Entretanto, questiona-se: seria razoável, em razão da relevância do Chefe de Estado nas relações internacionais,

uma interpretação extensiva da competência de participação da denúncia de tratado para o controle de constitucionalidade político repressivo?

Primeiramente, para responder à pergunta, deve-se investigar a fonte normativa das competências do Presidente da República e, posteriormente, a possibilidade de reconhecimento de competências implícitas.

Quanto às fontes das competências dos órgãos de soberania do Estado Português, escrevem Canotilho e Moreira (1991, p. 34-35) que a Constituição da República Portuguesa previu expressamente em qual instrumento normativo elas estão previstas:

Dispõe o nº 2 do art. 113 da CRP que <<a formação, a composição, a competência e o funcionamento dos órgãos de soberania são os definidos na Constituição>>. Daqui decorre que a competência dos órgãos de soberania – entre os quais se conta o Presidente da República – é a que consta da Lei Fundamental. O princípio essencial é pois o de que ele <<tem as competências que a Constituição lhe conceder; não as que não conceder a outros órgãos>>. Por isso, a lei só pode ampliar a competência do Presidente da República caso a Constituição o autorize.

Não é este o caso. [...] Ele só tem os poderes que a Constituição lhe atribui expressa ou implicitamente.

Diferentemente foi o caso da República Federativa do Brasil, em que o Constituinte não estabeleceu uma cláusula geral de que todas as competências dos órgãos de soberania seriam estipuladas no texto constitucional. Entretanto, da rigidez constitucional se extrai a sua supremacia formal, que, conforme José Afonso da Silva (2014, p. 48, grifo nosso), consiste que, quanto à Constituição:

[...] Toda autoridade **só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais**. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente pelas normas positivas daquela lei fundamental. **Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos**.

No caso do Presidente da República, a Constituição de 1988 estabeleceu de forma expressa um rol de competências no Art. 84 e, em seu último inciso:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
I - nomear e exonerar os Ministros de Estado;

[...]
XXVII - exercer outras atribuições previstas nesta Constituição.

Dessa maneira, pode-se concluir que, no Brasil, o Presidente da República somente tem as competências que a Constituição lhe atribuir e, pelo dispositivo supracitado, afirma-se o mesmo que Canotilho e Moreira no trecho mencionado: não possui o Presidente da República as competências não conferidas a outros órgãos de forma explícita pelo texto constitucional. Ou seja, não há que se afirmar em uma competência residual do Presidente da República.

Isso significa que não se pode reconhecer competências implícitas ao Presidente da República? De modo algum! Tanto no trecho citado de Canotilho e Moreira, quanto no de José Afonso da Silva, são expostas as possibilidades de haver competências implícitas. Entretanto, por haver essa taxatividade *sui generis* (por se reconhecer competências implícitas), deve-se remeter às palavras de Canotilho e Moreira (1991, p. 36, 39):

Na verdade, não se pode excluir de todo em todo a existência de competências implícitas, desde que o seu apuramento respeite as regras de hermenêutica constitucional, não servindo para a criação de competências extraconstitucionais autônomas.

[...]

Com as cautelas anunciadas, nada obsta constitucionalmente à admissão de poderes implícitos ou de poderes inerentes. E também nada impede, antes há vantagem, de que a lei venha explicitar e clarificar esses poderes. Ponto é que a lei não extravase dessa função, de modo a criar poderes ex novo, não consentidos pelo texto constitucional, adequadamente interpretado.

Com base nisso, os autores citam dois tipos de poderes implícitos que estariam conforme o mandamento constitucional de que o Presidente da República deve se ater a exercer as competências que lhe são atribuídas: i) poderes implícitos instrumentais, ou seja, inerentes ao exercício de uma competência explícita, podendo ser estes dispostos em legislação infraconstitucional; ii) usos, praxes e convenções constitucionais, que não afrontem o sistema de governo posto, os quais podem ser consideradas normas constitucionais consuetudinárias (CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 39-40).

No caso brasileiro, como competência implícita instrumental pode ser citada a ratificação de tratados internacionais pelo Presidente da República, porque é inerente a ele que mantém relações com Estados Estrangeiros (representando a República) e celebra tratados internacionais, competências previstas nos incisos VII e VIII do Art. 84 da CR/88, o poder de ratificá-los. Entretanto, não se pode afirmar o mesmo em relação à competência de realizar o controle político repressivo de constitucionalidade dos tratados internacionais.

Isso deve ser dito porque este controle político repressivo é realizado via função legislativa do Congresso Nacional, como dito no capítulo 3 deste trabalho. Essa função, por sua vez, é a função típica do Poder Legislativo, junto com a fiscalizatória (MENDES; BRANCO, 2019, p. 981). Já o Executivo possui como função típica a de administrar e, por não ser a de legislar, constituem princípios basilares do presidencialismo a mínima reserva de iniciativa de leis destinada ao Presidente da República e a possibilidade de superação do veto presidencial pelo Congresso Nacional (BONAVIDES, 2000, p. 386-387).

No caso de uma possível imprescindibilidade do Presidente da República no consentimento da função legislativa do Congresso Nacional de revogar tratados e convenções internacionais incorporados pela República Federativa do Brasil, ela não se sustenta na reserva de iniciativa, porque um dos instrumentos utilizados pode ser a Emenda Constitucional, caso se trate de tratado internacional de direitos humanos do Art. 5º, § 3º, da CR/88, instrumento normativo que não há reserva de iniciativa em seu processo legislativo (MENDES; BRANCO, 2019, p. 118). Além disso, mesmo no caso de utilização de leis ordinárias para a revogação, não se pode interpretar de forma ampliativa a reserva de iniciativa contida no Art. 61, § 1º, da CR/88 (MENDES; BRANCO, 2019, p. 1003), cujo rol taxativo não inclui revogação de tratados e convenções internacionais.

Quanto à sustentação da imprescindibilidade de consentimento pelo veto, tampouco há que se falar, porque: i) as emendas constitucionais não se sujeitam ao veto do Presidente da República, sendo promulgadas pelas mesas da Câmara e do Senado após a aprovação do rito especial contido no Art. 60 da CR/88; ii) o veto político ou jurídico às leis ordinárias, como já dito, possui caráter relativo, podendo ser

superado por maioria absoluta do Congresso Nacional, cf. Art. 66, § 4º, da CR/88, não se sustentando também a imprescindibilidade do consentimento presidencial neste caso.

Além das justificativas apresentadas, o necessário consentimento do Presidente de República significaria deixar nas mãos de uma só pessoa a decisão sobre realizar ou não um meio de controle de constitucionalidade do tratado internacional. Essa seria uma situação alarmante, visto a hipertrofia do Poder Executivo a partir das Guerras Mundiais, como visto no capítulo 2, e também a partir da consagração de direitos sociais no constitucionalismo (MENDES; BRANCO, 2019, p. 1032), que tem deixado o Legislativo acuado. Ademais, o próprio sistema de governo presidencial que, pela junção das funções de chefia de governo e de Estado nas mãos de uma só pessoa, pode levar a uma configuração de uma “ditadura constitucional” se não bem delimitadas as competências do Presidente da República. Sobre o tema, escreve Paulo Bonavides (2000, p. 383):

[...] reflete de uma parte a tendência de “modernizar” o Poder Executivo, dotando-o dos instrumentos indispensáveis ao eficaz exercício da função governativa numa sociedade democrática de massas, cada vez mais exigente de medidas de profundidade social e econômica e, doutra parte, o anseio de certos ordenamentos democráticos do Ocidente de sobreviverem, de armas na mão, à dolorosa impugnação que lhe fazem determinados sistemas ideológicos.

Resta saber, mormente nos países presidenciais de estrutura subdesenvolvida, até onde se poderá admitir essa expansão jurídica dos poderes do Presidente da República, sem acoimar de “ditadura constitucional” os Estados, onde esse fenômeno ocorre. Na orla atlântica países que ainda ontem, pelo proclamado aperfeiçoamento de suas instituições políticas e pelo alto grau de seu progresso econômico, viviam sob a égide da paz e do reformismo social, como a França e os Estados Unidos, padecem a mesma crítica ao fortalecerem de maneira excessiva a autoridade presidencial. Atravessam pois idêntica crise: os franceses por fatores internos e externos, os Estados Unidos por questões preponderantemente externas, que se prendem à condução de sua política de segurança nacional.

Junto a essa consideração de Bonavides, importante ressaltar que o princípio democrático, que a “ditadura constitucional” iria afrontar de forma institucional, é princípio estruturante da República Federativa do Brasil, contido no Art. 1º, *caput* e parágrafo único, da CR/88. Assim, ele figura instrumento para “[...] iluminar o papel dos vários Poderes em seu desenvolvimento e realização” (BARCELLOS, ANO, p. X), ou seja, a interpretação das competências do Poder Executivo devem estar

sempre conforme com o princípio estruturante da democracia, excluindo-se interpretações ou desenvolvimentos que poderiam abrir margens a um estado ditatorial constitucional.

Deste modo, por uma interpretação restritiva, com fulcro constitucional na Separação de Funções e na taxatividade *sui generis* das competências do Presidente da República, rejeita-se qualquer interpretação que busque afirmar que o consentimento do Chefe do Executivo seja imprescindível para que o Congresso Nacional realize a revogação de tratados e convenções internacionais que afrontem o texto constitucional.

Entretanto, deve-se afirmar que o consentimento ser prescindível não significa que não haja meios para o Presidente da República interferir no controle realizado pelo Congresso Nacional. Dentre os meios cabíveis, pode-se citar: i) a sanção ou veto quando o instrumento realizado para controle for a lei ordinária; ii) a iniciativa de leis ou PEC's pelo Presidente da República com o objetivo de revogar disposições inconstitucionais contidas em tratados e convenções internacionais; iii) o início do processo de denúncia do tratado internacional inconstitucional³⁵; e iv) a impugnação da lei ou emenda à constituição que revogou disposição inconstitucional por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade, cf. Art. 103, I, da CR/88, ou por meio do controle difuso incidental, com fulcro no Art. 5º, XXXV, e 97 da CR/88.

Além destes meios constitucionais institucionalizados, pode-se perceber a possibilidade de interferência do Presidente da República por meio do “líder de governo” nas Casas Legislativas (Art. 66-A do RISF e 11 do RICD), que possui como função a representação dos interesses do Presidente da República dentro do Congresso Nacional, tendo outras prerrogativas em relação a congressistas que não fazem parte de nenhuma liderança, previstas no Regimento Interno do Senado Federal e da Câmara dos Deputados. Ademais, acrescenta-se mecanismos

³⁵ O Supremo Tribunal Federal ainda decidirá se cabe ao Presidente, unilateralmente, realizar a denúncia de tratados, mesmo sem consentimento do Congresso Nacional, por meio do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1625, entretanto, para fins deste estudo, será considerada a necessidade de o Congresso Nacional participar do processo decisório, podendo o Presidente da República **iniciar** o processo de denúncia, e não realiza-lo por completo.

informais de negociação política, como a negociação de ministérios, presente no presidencialismo de coalizão brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o reconhecimento da Supremacia Formal da Constituição e, posteriormente, de sua Supremacia Material no pós-2ª Guerra Mundial, houve um aumento da jurisdição constitucional no mundo moderno, quer seja ela exercida por um Tribunal Constitucional, quer seja exercido por todos os magistrados de forma incidental difusa. Simultaneamente, foram criados tratados e convenções internacionais, principalmente de direitos humanos, como forma de firmar compromissos internacionais e impedir que os acontecimentos do nazifascismo voltassem a ocorrer. Quanto ao controle de constitucionalidade, houve um aumento da participação do Poder Judiciário, entretanto isso não significa que o Legislativo foi retirado da função de realizar o controle de constitucionalidade das leis. Nesse contexto, surge a questão: o Congresso Nacional possui legitimidade para realizar o controle político repressivo de constitucionalidade de tratados e convenções internacionais?

Para responder a questão proposta, foi utilizado o método hipotético-dedutivo, em que premissas eram levantadas e questionadas, para então chegar a uma conclusão de maneira progressiva. Para fins didáticos, neste estudo foi utilizada a terminologia “tratados internacionais” de modo lato, ou seja, incluindo-se tratados e convenções internacionais; além de dividi-los, quanto à matéria, em tratados internacionais de direitos humanos e tratados internacionais tradicionais (classificação residual, daqueles que não possuem matéria de direitos humanos).

Assim, no primeiro capítulo buscou-se compreender se tratados e convenções internacionais poderiam sofrer controle de constitucionalidade. Para isso, foi analisada a hierarquia dos tratados internacionais no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Primeiramente, constatou-se que todos os Constituintes Originários

Brasileiros, desde o Inaugural (1824) até os Revolucionários (1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988), não estabeleceram de maneira expressa a hierarquia dessas normas, cabendo à doutrina e à jurisprudência defini-las com base no texto posto.

No âmbito da atual Constituição, a doutrina se dividiu em certas posições: a primeira é de que todos os tratados internacionais são de natureza supraconstitucional, isso porque o Estado possui como elemento constitutivo a soberania, que é concedida pelo reconhecimento deste elemento pelos outros Estados, ou seja, pelo Direito Internacional Público, estando este hierarquicamente superior a qualquer norma estatal. A segunda corrente, em uma visão jusnaturalista, classifica somente os tratados internacionais de direitos humanos de maneira supraconstitucional, porque eles teriam valores com relevância que abarcaria todos os Estados, não podendo as Constituições contrariá-los. Já uma terceira corrente assume a Supremacia da Constituição, entretanto enxergou no Art. 5º, § 2º, da Constituição da República uma valorização dos tratados internacionais de direitos humanos, então eles possuiriam natureza constitucional. Enquanto isso, houve autores que reconheceram essa valorização, entretanto negaram que os tratados internacionais poderiam ter natureza legal ordinária, sob risco de haver uma lei posterior que o derogasse e, assim, o Brasil poderia sofrer sanções internacionais pelo descumprimento de normas contidas em tratados, na forma do Art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

No âmbito jurisprudencial, primeiramente o Supremo Tribunal Federal tinha a posição de que todos os tratados internacionais, independentes da hierarquia, possuíam natureza jurídica de lei ordinária. Entretanto, após o advento da EC 45/2004 que trouxe o § 3º ao Art. 5º, houve uma mudança jurisprudencial com o voto do Ministro Gilmar Mendes do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, em que reconheceu a valorização dos tratados internacionais tanto na redação do Art. 5º, § 2º, quanto na do § 3º do Art 5º, ambos da CR/88. Entretanto, não admitiu que os tratados incorporados sob o Art. 5º, §2º, em rito ordinário, possuíssem a mesma hierarquia dos incorporados sob o rito de emenda constitucional do Art. 5º, § 3º. Assim, concluiu que: i) os tratados internacionais de direitos humanos incorporados após a EC 45/2004, com rito especial, possuem natureza jurídica constitucional; ii)

os tratados internacionais tradicionais incorporados antes da EC 45/2004, com rito ordinário, possuem natureza supralegal, por conta da valorização contida no Art. 5º, §2º, da CR/88; e iii) em relação aos tratados internacionais tradicionais, possuem ele natureza legal ordinária, mantendo em relação a estes o entendimento que havia sido consolidado no Tribunal Constitucional.

Do entendimento hierárquico consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, pode-se concluir que há possibilidade de controle de constitucionalidade dos tratados e convenções internacionais, sob os seguintes parâmetros de controle: i) toda a Constituição, no caso dos tratados internacionais tradicionais e os de direitos humanos incorporados sob rito ordinário; ii) as normas que estabelecem limites ao Poder Constituinte de Reforma, no caso dos tratados de direitos humanos incorporados sob o rito especial do Art. 5º, § 3º, da Constituição da República.

Posteriormente, para averiguar se o Congresso Nacional é legítimo para realizar o controle de constitucionalidade, foi-se verificado qual é o papel do Congresso Nacional e do Judiciário no controle de constitucionalidade, pela diferenciação do controle político e jurisdicional. Constatou-se que o Poder Judiciário Brasileiro, historicamente, possuía pouca importância no contexto de interpretação constitucional – sendo esta renegada aos Poderes Executivo e Legislativo –, entretanto se tornou protagonista com a Constituição de 1988 e a doutrina do neoconstitucionalismo, que colocou o Poder como único intérprete da Constituição, formando um quadro de supremacia judicial. A partir desse momento, o Judiciário iniciou um processo de interpretação que culminou em diversas declarações de inconstitucionalidade, que é considerada uma função legislativa negativa. Simultaneamente, percebeu-se que o Congresso Nacional Brasileiro surgiu, no contexto republicano – que é quando surge o controle de constitucionalidade –, como um Poder mais acuado em relação ao Executivo, porque este governava por estados de sítio que suspendiam todas as garantias constitucionais e, posteriormente, ainda esteve em uma posição ainda mais acuada com a doutrina do neoconstitucionalismo.

Entretanto, estudou-se as funções principais do Parlamento, que se repete nos Estados em que há a separação clássica dos Poderes em três, a saber: função de

representação política, função deliberativa e função legislativa, pelas quais tomam suas decisões. Com base nessas três funções, junto ao paradigma da democracia participativa deliberativa, propôs-se uma ressignificação dos papéis para que o Congresso Nacional se tornasse mais atuante no processo de controle de constitucionalidade, tanto dos atos normativos internos quanto dos incorporados pela Ordem Jurídica Internacional. Dessa forma, poderia ele realizar o controle de constitucionalidade político repressivo de tratados e convenções internacionais, em um controle constitutivo, pela revogação dos instrumentos ou dispositivos, exercitando também uma função legislativa negativa.

Posta a legitimidade de o Congresso Nacional realizar o controle de constitucionalidade, ainda resta outra questão: quais seriam os instrumentos adequados para utilização? Necessitaria de uma reforma constitucional ou os já existentes poderiam ser utilizados?

Quanto aos tratados internacionais tradicionais, constatou-se que, como sua natureza jurídica é de lei ordinária, vigorando o princípio do *lex posteriori derogat lex priori*, poderia o Congresso Nacional revoga-lo por meio de lei ordinária. Quanto aos tratados internacionais de direitos humanos, surge uma questão prejudicial antes de responder quanto ao instrumento cabível: pode um tratado que institui direitos humanos ser considerado inconstitucional?

De pronto, a resposta foi positiva quanto à inconstitucionalidade formal, ou seja, se houver o desrespeito às regras de competência ou de processo legislativo estabelecidas na Constituição da República, há inconstitucionalidade. Quanto à inconstitucionalidade material, deve-se analisar se: i) as regras contidas em tratados internacionais de direitos humanos podem contrariar o conteúdo constitucional; e ii) os princípios contidos nos tratados internacionais de direitos humanos podem ser considerados materialmente inconstitucionais.

Quanto às regras, concluiu-se que podem ser inconstitucionais: por serem comandos de tudo ou nada, elas podem ferir o seu parâmetro de constitucionalidade material: as cláusulas pétreas (explícitas e implícitas), no caso dos tratados internacionais de natureza constitucional, e todo o texto constitucional, no caso dos

tratados internacionais de natureza supralegal. Já em relação aos princípios, constatou-se que também podem ser considerados inconstitucionais se forem considerados princípios inválidos: seja porque contrariam regras constitucionais, e essas possuem uma *prima facie* mais forte do que os princípios; seja porque, em ponderação com todos os outros princípios, o inválido é aquele que nunca é aplicado. Em todos os casos, foi constatado que um tratado internacional de direitos humanos que originariamente é considerado constitucional pode deixar de ser com a evolução do pensamento constitucional, pela mutação constitucional de seu parâmetro de controle.

Posta essa possibilidade, analisou-se os instrumentos adequados para a retirada, pelo Congresso Nacional, dos tratados internacionais de direitos humanos que sejam inconstitucionais. Case se trate de um tratado internacional de natureza constitucional, o instrumento adequado é a emenda à constituição, por ser ela de mesmo nível hierárquico no sistema escalonado de normas jurídicas brasileiro. A problemática, aparente, está nos tratados de direitos humanos supralegais, porque não há, no rol de espécies normativas previsto pelo Poder Constituinte, a figura da supralei.

Em uma análise comparativa, constatou-se que o rito de incorporação de tratados e convenções internacionais de direitos humanos supralegais e de tratados internacionais tradicionais é o mesmo, chegando à conclusão de que os primeiros, na realidade, são formalmente legais, entretanto, por seu conteúdo e força do Art. 5º, § 2º, da Constituição da República, são alçados à categoria de materialmente supralegais. Dessa forma, como um instrumento que revoga outro possui a mesma especialidade e hierarquia, chegou-se à conclusão de que tratados internacionais supralegais de direitos humanos podem ser revogados por leis ordinárias, que pelo seu conteúdo seriam alçadas à condição de supralegalidade material, sendo instrumento apto a revogar os diplomas.

Contudo, percebeu-se o perigo de se reconhecer uma permissão geral e irrestrita para o Congresso Nacional realizar a revogação das normas internacionais, quer sejam de direitos humanos, quer sejam relativas a outras matérias. Assim, buscou-se analisar se haveria limites implícitos a esse poder que, se desrespeitados,

poderiam acarretar na nulidade da revogação e a sua declaração pelo Poder Judiciário em sede de controle de constitucionalidade judicial, provocando a reconstituição e a vigência do diploma revogado. Constatou-se dois limites implícitos, a saber: i) o controle de constitucionalidade feito pelo Congresso Nacional deveria ter fundamentos jurídicos, e não de oportunidade e conveniência, situação que a revogação não seria cabível, somente a denúncia ao tratado; ii) para haver legitimidade na decisão, o povo deveria participar do processo decisório, por instrumentos previstos regimentalmente, como consultas preliminares nas Audiências Públicas e debates em comissões temáticas.

Por fim, analisada a legitimidade de o Congresso nacional realizar o controle, os instrumentos para que ele seja feito e os limites implícitos a essa função, questionou-se: pode o Congresso Nacional realizar o controle de constitucionalidade político repressivo de tratados e convenções internacionais sem a participação do Presidente da República? Ou seja: a participação do Chefe do Executivo é imprescindível no processo ou não?

Para isso, primeiramente foi definido o sistema de governo brasileiro, a saber, o presidencialista. Em consequência disso, o Presidente da República possui suma importância no cenário das Relações Internacionais e na incorporação de tratados, porque cabe a ele negociar as cláusulas, assinar e remeter ao Congresso, exercendo a chefia de governo, como o condutor da política externa. Entretanto, mesmo depois de o Congresso Nacional decidir definitivamente sobre os termos do tratado, cabe ao Presidente de forma discricionária ratificar ou não o documento, de maneira a exercer sua Chefia de Estado, como Representante da República e da unidade nacional, colaborando para a orientação política do Estado. Também constatou-se que o que vale para a vinculação também é cabível quanto à desvinculação, sendo ela realizada por meio dos instrumentos internacionais cabíveis, como a denúncia, com imprescindível participação do Presidente da República. Desse cenário que surgiu a relevância da questão final.

Para responder ao questionamento, houve a análise: i) da motivação na desvinculação dos tratados internacionais com participação imprescindível do

Presidente da República e no controle de constitucionalidade; e ii) dos instrumentos utilizados no primeiro e no segundo caso.

Quanto ao primeiro ponto, percebeu-se que o Presidente da República é imprescindível na desvinculação de tratados internacionais, por meio da denúncia, porque ele é o Chefe de Governo – condutor da política externa – e também Chefe de Estado – partícipe da orientação política do Estado. Assim, percebe-se que a sua importância deve ao fato da motivação ser política, quanto à vontade do povo, expressa por seus representantes, de naquele momento aderir ou não a disposições internacionais, com conveniência e oportunidade. Diferentemente é o caso do controle de constitucionalidade, em que não se analisa uma vontade circunstancial, entretanto a vontade do Poder Constituinte Originário, soberano, que concedeu autonomia para, dentro da oportunidade e conveniência, firmar os compromissos. A análise não é no plano da vontade de continuar ou não com um ato, mas no plano da validade da norma jurídica, e por isso a importância de a fundamentação da revogação ser jurídica.

Quanto à questão dos instrumentos, isso se revela de grande importância e ressalta o disposto. No controle de constitucionalidade, são utilizados instrumentos internos: emendas à constituição e lei ordinária, não desvinculando a República Federativa do Brasil em âmbito internacional, mas afirmando no plano interno a soberania do Poder Constituinte Originário – e Reformador, a depender do parâmetro de controle. Dessa forma, pode o Estado Brasileiro sofrer sanções por inconstitucionalidade dos tratados, com base no Art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, como já afirmado pelo Supremo Tribunal Federal. Já na desvinculação internacional, há uma expressão da vontade política brasileira, em plano internacional, de se desvincular de um tratado internacional, por motivações políticas. Dessa forma, em uma interpretação literal das competências do Poder Executivo, não seria cabível uma que demonstrasse a imprescindibilidade de sua participação por ser assim também no processo de denúncia ao tratado.

Entretanto, questionou-se ainda se poderia haver uma interpretação ampliada dos poderes do Presidente da República, que a princípio estariam expressos no texto constitucional, para abarcar essa situação. Assim, primeiramente utilizou-se a

doutrina de Canotilho sobre poderes implícitos do Presidente, sendo cabível reconhecê-los nas hipóteses de: i) poderes instrumentais, para concretizar uma competência explícita; ii) poderes consuetudinários. No caso concreto, não há que se falar em nenhuma das hipóteses. Ademais, foi analisado o perigo de uma “ditadura constitucional” do Presidente da República no presidencialismo, por meio da ampliação da interpretação dos seus poderes e uma conseqüente ingerência indevida deste, que possui como principal função administrar, nas funções legislativas do Parlamento. Assim, concluiu-se que não seria imprescindível a participação do Presidente da República no processo de controle de constitucionalidade político repressivo de tratados e convenções internacionais. Entretanto, tem o Presidente da República mecanismos para atuar no controle, em relação a sua participação nas fases iniciativa, constitutiva e complementar do processo legislativo, além de poder iniciar o processo de denúncia ao tratado.

Desse modo, a pesquisa concluiu que o Congresso Nacional possui legitimidade para realizar o controle de constitucionalidade político repressivo de tratados e convenções internacionais, por meio da revogação de diplomas ou dispositivos inconstitucionais por emendas à Constituição ou leis ordinárias – a depender da natureza jurídica –, sem a necessária participação do Presidente da República. Esse controle constitutivo deve obedecer a dois limites implícitos, a saber: a necessária fundamentação jurídica do controle e a participação popular.

O presente trabalho não teve como objetivo exaurir a temática do controle de constitucionalidade político repressivo realizado pelo Congresso Nacional, podendo ser realizadas novas pesquisas sobre a temática para solucionar questões específicas, como: i) criação de instrumentos para a maior participação popular e aumento de legitimidade do controle; ii) a participação das funções essenciais à Justiça no controle de constitucionalidade judicial e político repressivo; iii) o controle de constitucionalidade de atos internacionais inconstitucionais quando a sua revogação pode gerar um estado mais inconstitucional.

BIBLIOGRAFIA

ARGENTINA. **Constitución de la Nación Argentina**. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Parties/Argentina/Leyes/constitucion.pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

BARBOSA, Ruy. **Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224197>>. Acesso em: 29 fev. 2020.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Forense, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. 10 set. 2017. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2020.

BEÇAK, Rubens. A Separação de Poderes, o Tribunal Constitucional e a “judicialização da política”. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 103, p. 325-336, jan./dez. 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. rev. atual. Malheiros Editores: São Paulo, 2000.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Resolução nº 17, de 1989. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2012-2019.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 5 out. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 fev. 2020.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. 24 fev. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 15 fev. 2020.

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 16 fev. 2020.

_____. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 12 fev. 2020.

_____. Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. **Organiza a Justiça Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848.htm>. Acesso em: 1 mar. 2020.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 13 fev. 2020.

_____. Senado Federal. Resolução nº 93, de 1970. **Regimento Interno do Senado Federal**. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/norma/563958/publicacao/16433779>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 72.131-1 Rio de Janeiro**. 23 nov. 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: 14 fev. 2020.

_____. _____. **Recurso Extraordinário 466.343-1 São Paulo**. 3. dez. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 16 fev. 2020.

_____. _____. **Recurso Extraordinário 636.661 Rio de Janeiro**. 13 nov. 2017.
Disponível em:
<<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313246068&ext=.pdf>>.
Acesso em: 13 mar. 2020.

_____. _____. **Súmula nº 473**. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.
Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1602>>. Acesso em: 23 fev. 2020.

_____. _____. **Súmula nº 619**. A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito. (revogada). Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1523>>. Acesso em: 17 fev. 2020.

CABRAL, Bruno Fontenele. “**Supremacy Clause**”: estudo histórico sobre a supremacia da Constituição e das leis federais nos Estados Unidos. nov. 2010.
Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17784/supremacy-clause-estudo-historico-sobre-a-supremacia-da-constituicao-e-das-leis-federais-nos-estados-unidos>>. Acesso em: 1 mar. 2020.

CAGGIANO, Monica Herman. O Parlamento no cenário político do século XXI. **Revista do Advogado**: Estudos de Direito Constitucional em homenagem a Celso Ribeiro Bastos, São Paulo, a. 23, n. 73, p. 146-166, nov. 2003.

CANOTILHO, José Joaquim; MOREIRA, Vital. **Os poderes do Presidente da República**: especialmente em matéria de defesa e política externa. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARVALHO, Welinton. Tratados internacionais de direitos humanos anteriores à emenda constitucional 45: o problema do status normativo. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 8, p. 339-364, jul./dez. 2010.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

FABRIZ, Daury Cesar. A Estética do Direito. *In.*: _____. **A Estética do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FRANÇA. Conseil Constitutionnel. **Constituição**. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2020.

_____. Declaração dos direitos do homem e do cidadão – 1789. **Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 27 out. 2019.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Temas de Direitos Fundamentais, v. 1).

GUERRA, Sidney. Os Tratados de Direitos Humanos na Ordem Jurídica Brasileira. *In.*: _____. **Curso de Direito Internacional Público**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ITÁLIA. Senato della Repubblica. **Costituzione Italiana**: edizione in lingua portoghese. 2018. Disponível em: <https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/ibreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAFER, Celso. **A interacionalização dos direitos humanos**: Constituição, racismo e relações internacionais. São Paulo: Manole, 2005, p. 16.

LUNARDI, Soraya Gasparetto. Controle de constitucionalidade na França: vantagens e inovações. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 103, p. 285-306, jul./dez. 2011.

LYNCH, Christian Edward Cyril; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. O constitucionalismo da inefetividade: a Constituição de 1891 no cativeiro do estado

de sítio. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 85-136, jul./dez. 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A opção do Judiciário brasileiro em face dos conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, Brasília, n. 14, p. 112-120, mai./ago. 2001.

_____. **Curso de Direito Internacional Público**. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Os tratados internacionais de direitos humanos como fonte do sistema constitucional de proteção de direitos humanos. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, Brasília, n. 18, p. 120-124, jul./set. 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2019.

PEREIRA, Marília do Nascimento; NASCIMENTO, Valéria Ribas. As novas fases do constitucionalismo: os desafios para a efetivação da constituição na sociedade informacional. **Revista e Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 17, n. 1, p. 249-267, jan./jun. 2016.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e Os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. *In*: _____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Mutações Constitucionais. *In*: _____. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A posição internacional dos direitos humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM. Nuremberg Race Laws. **Holocaust Encyclopedia**. 11 set. 2019. Disponível em: <<https://encyclopedia.ushmm.org/content/en/article/nuremberg-laws>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade**: Debate entre o STF e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015.