

A (IM)POSSIBILIDADE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA POLÍTICA EXTERNA

Gustavo Oliveira Vieira¹

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo problematizar a questão dos *checks and balances* no que tange às deliberações no âmbito da política externa brasileira. Se a separação de poderes, com seus freios e contrapesos, é estruturante do sistema constitucional, de que modo ocorre o controle de constitucionalidade no âmbito das ações e omissões ligadas à política externa? Com uma abordagem dialética, apresenta-se inicialmente a fundamentalidade da separação de poderes no constitucionalismo e a crise funcional contemporânea, para daí enfrentar o problema da aplicação dos princípios constitucionais que “regem” a atuação do Brasil na política internacional, o modo como é possível controlar tal constitucionalidade no caso de participação a tratados internacionais, entretanto, fica em aberto os mecanismos possíveis de controle de constitucionalidade no caso e omissões da política externa nacional.

Palavras-chave: Constituição; Separação de Poderes; Política Externa.

INTRODUÇÃO

A (des)conhecida trajetória histórica da civilização brasileira açambarca uma pluralidade de projetos e desencontros, do Estado patrimonial português ao Estado democrático de Direito. Esse é o primeiro dado para se ter em mente a uma correta compreensão do projeto constitucional tupiniquim. Se Faoro começa os *Donos do Poder* no século XIII com o patrimonialismo português, a Constituição que nos desafia tem pouco menos de 30 anos. Essa síntese projetante estabelece uma ruptura sobre um modelo antigo, impregnado de vícios antidemocráticos e patrimonialistas, resistentes ao novo.

Passados mais de vinte e cinco anos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, torna-se pertinente pautar os seus desafios contemporâneos, revisitando sua ligação com a questão da política internacional tão urgente ante a aceleração das relações interestatais, considerando a relevância social e jurídica crescente destes temas e a necessidade de uma abertura democrática das de tais decisões no âmbito da diplomacia brasileira - que mais e mais afetam a realidade social do país.

Trata-se de um esforço para demonstrar a hipótese sobre a inexistência de blindagem da política externa no Brasil ao papel normatizante e dirigente da Constituição na era do Estado Democrático de Direito. Em tempos de politização do jurídico e judicialização da política, quais os limites da jurisdição constitucional para garantir efetiva constitucionalidade das decisões do poder executivo em sede de relações internacionais? Quais as vias para a realização de um controle de constitucionalidade da política externa? Como se realizam os sistemas de freios e contrapesos (*checks and balances*) das decisões do Estado brasileiro voltadas à realização de sua política internacional? Caberia ao poder judiciário exercer jurisdição constitucional acerca das deliberações sobre relações internacionais do Brasil? De que forma e com quais limites? Tanto de atos comissivos quando das omissões do Estado?

Há uma fusão entre os elementos constitucionalidade e estatalidade. A essência do

¹ Professor Adjunto da Universidade Federal da Integração Latino-Americana em Foz do Iguaçu, Paraná, no curso de Relações Internacionais e Integração. Bacharel e mestre em Direito pela UNISC (bolsista CAPES), em doutor em Direito pela UNISINOS, sanduíche na University of Manitoba (Winnipeg, Canadá – bolsista ELAP). Autor do livro “Constitucionalismo no Cenário Pós-Nacional” pela editora da UNIJUÍ (2014). E-mail: gustavo.vieira@unila.edu.br

constitucionalismo está absolutamente imbricada à tarefa de contenção das arbitrariedades no uso do poder, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of law*, *Rechtsstaat*). Ao mesmo tempo em que o constitucionalismo rompe com o absolutismo da primeira versão do Estado moderno, projeta uma fórmula de governo e de Estado, limitada materialmente pelos valores básicos dos direitos humanos e fundamentais.

Tendo isso em conta, para perquirir a congruência entre constitucionalismo, separação de poderes e política externa, primeiramente transitar-se-á sobre a fundamentalidade da separação de poderes e os problemas decorrentes da sua crise funcional, para, a seguir, entender a separação de poderes aliada a política externa, em suas competências e mecanismos de freios e contrapesos.

1. A Fundamentalidade Constitucional da Separação de Poderes ante a Crise Funcional Contemporânea

1.1 Constituição enquanto *organização* (e separação) do poder e das liberdades

A Constituição é o texto onde se dispõem as liberdades e se organizam os poderes de uma determinada comunidade política. Na máxima síntese de Matteucci: organização do poder e das liberdades². Eis a essência do fenômeno constitucional. Para Canotilho, o constitucionalismo “é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*. É uma *teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo”³.

Assim, a Constituição, como “modelagem jurídica do fenômeno político”, é o “*Estatuto do poder*” no âmbito do Estado nacional. A Constituição como um instrumento de integração social, fundante e mantenedor da ordem política e jurídica, que produz e preserva a unidade política⁴. Apesar de haver uma relação profunda entre constituição e constitucionalismo, ambos não representam expressões absolutamente simétricas⁵.

“los debates constitucionales de la Edad Moderna se pueden reconducir a tres grandes principios...: el de la constitución equilibrada (*checks and balances*), que es una reinterpretación del ideal clásico del estado mixto; el de la soberanía de las leyes, que es una herencia de la Edad Media; y finalmente, el de la separación de poderes, que es típico de la Edad Contemporánea que comienza con las revoluciones americana y francesa”⁶.

Essa é a definição dos princípios da filosofia política incorporadas pela constituição no

² MATTEUCCI, Nicola. **Organización del Poder y Libertad**: historia del constitucionalismo. Madrid: Trotta, 1998.

³ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51.

⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. Apresentação. In: GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Del Rey: Belo Horizonte, 2006, p. XX.

⁵ BARBARA, Augusto; ZANETTI, Gianfrancesco. **Le Basi Filosofiche del Costituzionalismo**. 9. ed. Roma: Laterza, 2006, p. 3.

⁶ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del Poder y Libertad**: historia del constitucionalismo. Madrid: Trotta, 1998, p. 27.

sentido moderno e pelo Estado constitucional. Dois desses princípios estão intimamente ligados, apesar de terem fundamentações diversas, mas conexas – constituição equilibrada (freios e contrapesos) e separação de poderes como técnica para desconcentração do poder, com competências deslocadas inicialmente ao parlamento, e, aos poucos, também ao judiciário. O sistema de amarração constitucional do poder não pode representar estagnação das decisões ante à dinâmica social. Ao mesmo tempo, as arbitrariedades e o abuso do poder precisam receber contenções constitucionalmente (e previamente) estabelecidas para garantir a legitimidade democrática, com possibilidades de controles interfuncionais.

A separação de poderes na perspectiva de Montesquieu (1689-1755) é justificada pelas ideia de que “[t]udo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos”⁷ – tratando da vulnerabilidade que as vicissitudes do uso do poder concentrado numa pessoa poderia gerar⁸.

José Afonso da Silva traz os fundamentos da separação dos poderes: a. *especialização funcional*, para cada órgão fica estabelecido o exercício de uma função específica (ao Congresso cabe a função legislativa, ao Presidente da República a função executiva e ao Judiciário a função jurisdicional); b. *independência orgânica*, indicando a não-subordinação de um órgão a qualquer outro⁹.

O princípio da separação de poderes é concebido desde a antiguidade clássica, por Aristóteles, mas é no sentido moderno trazido principalmente por Locke e Rousseau, obtendo divulgação e definição maior com Montesquieu. E, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 tornou-se um dogma constitucional, pois, continha, no seu artigo 16 que *não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação de poderes*. Por isso, a separação de poderes é uma das técnicas mais relevantes do sistema constitucional moderno.

O artigo 16 da Declaração Francesa de 1789 está respondendo ao problema de um tempo específico. Mas cria uma tradição constitucional reiteradamente reconhecida pelo constitucionalismo brasileiro. Tanto que o princípio da separação de poderes e a exigência pela harmonia entre os mesmos é inserido no artigo 2º da Constituição de 1988, elevado a cláusula pétrea, tamanha sua fundamentalidade na concepção orgânica e estruturante da íntegra do sistema constitucional brasileiro. Os freios e contrapesos devem impedir eventuais excessos, em face de determinada ação ou omissão dos poderes para contê-lo ou restabelecer o equilíbrio na relação entre os poderes e da ação ou omissão estatal¹⁰.

Nesse sentido, a inobservância aos pressupostos da separação de poderes fere de morte o sistema constitucional como um todo, pois se esvai um dos pilares de sustentação da arquitetura constitucional, e por isso elevada à condição de um princípio constitucional. Por isso já no segundo artigo da Constituição de 1988 lê-se: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Agregue-se a isso o fato de a

⁷ MONTESQUIEU, Charles de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962, v. 1, p. 181.

⁸ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução de Carmen Varriale et. al. 12. ed. Brasília: UNB, 1999, vol. I, p. 256.

⁹ SILVA, José A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 113.

¹⁰ MORAES, Guilherme Peña de. **Direito Constitucional**. Teoria do Estado. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 20.

separação de poderes estar inscrita como uma das cláusulas pétreas¹¹ (explícitas¹²) do constitucionalismo brasileiro, ou seja, não poderá ser abolida a separação de poderes – cláusulas pétreas estas que são condições de garantia da unidade e identidade do projeto constitucional. Isto para afirmar que não há dúvidas do relevante papel da jurisdição constitucional para o reconhecimento da supremacia constitucional, porém, a jurisdição deve ater-se, para que coerência tenha com o próprio texto constitucional, limites postos pela separação de poderes¹³.

1.2 Crise funcional na separação de poderes, supremocracia e outras mazelas

Uma das críticas que se faz a prática estatal brasileira diz respeito à crise funcional do estado contemporâneo. Bolzan de Moraes tematiza a “perda da centralidade e exclusividade da figura do Estado” e a chamada crise funcional “em razão da multiplicidade de *loci* de poder”. Uma perda referencial que “não pode ser pensada em seus *aspectos internos*”. No *viés externo*, “onde cada vez mais a especialização se vê substituída pela ocupação de espaços de um dos setores por outro”¹⁴, como o emblemático exemplo do executivo legislando pelas Medidas Provisórias¹⁵, o Poder Legislativo reformando a Constituição para desdizer decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade, assim como o Poder Judiciário avançando de maneira quase ilimitada nos demais poderes.

Para Bolzan de Moraes, há um certo *pluralismo de ações e um pluralismo funcional*, sejam legislativas executivas ou jurisdicionais, que “buscam sua força na legitimidade democrática, no medo, na inevitabilidade, na inexorabilidade, na dramatização de expectativas, na força física, etc”¹⁶. São transformações que se observam nas relações entre as funções estatais, que geram muito mais do que desconforto, mas a indefinição de competências e

¹¹ Os quatro elementos componentes das cláusulas pétreas da Constituição de 1988 são pilares fixadores de um projeto de Estado e de nação, centrados nos direitos fundamentais (*direitos e garantias individuais*), pelo formato de um Estado Democrático de Direito calcado na soberania popular sustentada pelo voto qualificado (*voto direto, secreto, universal e periódico*), e a organização dos poderes dada pela repartição de competências em razão da preponderância do interesse entre os entes federados (*forma federativa de Estado*) e a separação funcional (*separação dos poderes*).

¹² Há autores que se manifestam sobre as cláusulas pétreas implícitas, como a república, a impossibilidade de alteração no procedimento de reforma da própria constituição via emendas à Constituição. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 202. Segundo Gilmar Mendes (et. al.), ao tratar das cláusulas pétreas, “as limitações materiais ao poder de reforma não estão exaustivamente enumeradas”. MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 228.

¹³ No caso brasileiro, da organização dos poderes é talhada a partir da combinação de duas técnicas: o *federalismo*, de inspiração estadunidense e a *separação de poderes*, de referencial francês. Ambos, federalismo e separação de poderes, e são *cláusulas pétreas*, por serem repositórios da identidade do projeto constitucional em vigor. Enquanto aquele representa a divisão vertical do poder, a partir da distribuição geográfica de competências pela preponderância dos interesses entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a separação de poderes endossa a repartição horizontal das atribuições da ação pública estatal entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, que devem exercer preponderantemente suas funções típicas (de legislar, administrar e julgar), e, excepcionalmente, funções atípicas constitucionalmente definidas.

¹⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 50-52.

¹⁵ ARKO ADVICE. **Produção Legislativo 1995-2007**. Brasília: Arko Advice, 2007. Entre 1995 e 2007 78% da produção legislativa ficou a cargo do Poder Executivo, em grande parte por conta das Medidas Provisórias – mecanismo constitucional de legislação por parte do Poder Executivo em caso de relevância e urgência.

¹⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 50-52 e 58.

atribuições funcionais.

Aliás, o poder judiciário avança no orçamento estatal das políticas públicas por meio do ativismo judicial sob a atraente retórica da implementação de direitos sociais via decisões judiciais, sem dar-se por conta que não tem a visão de conjunto do planejamento orçamentário global do Estado. São casos concretos e não pouco relevantes de demandas sociais emergentes da rica facticidade brasileira da pobreza e desigualdade social, onde, de maneira quase esquizofrênica, o Estado apesar de não dispor da política pública adequada – exemplo, remédio específico – oferece defensor público para a representação judicial, magistrado para oferecer uma decisão e um advogado público para resistir à pretensão¹⁷.

As sereias também (en)cantam ao Supremo Tribunal Federal. Mais alarmante ainda enquanto eloquente caso de crise funcional – e, portanto, violação de cláusula pétreia carreada na missão de manter a identidade e unidade do projeto constitucional – é a *supremocracia* na visão de Oscar Vilhena Vieira ante a judicialização da vida política: “Tudo parece exigir uma última palavra do STF. Se por um lado isto demonstra a grande fortaleza desta instituição, por outro é sintoma de uma forte crise, para não dizer degradação, de nosso sistema democrático, que hoje depende deste novo “Poder Moderador” para funcionar”¹⁸. E adverte: “A questão fundamental é saber até quando o STF poderá suportar esta enorme pressão decorrente da incapacidade de nosso sistema político de deliberar dentro de parâmetros legais e racionais”¹⁹. Mas não haveria excessos mesmo nas próprias decisões do STF?²⁰

¹⁷ A questão da demanda jurisdicional dos remédios como meio de efetivação ao direito à saúde, e. g., abarrotam os cartórios e a atividade de defensores, magistrados e procuradores do estado. Simultaneamente, as decisões judiciais a respeito das demandas sociais ligadas à saúde comprometem o erário destinado aos cuidados da saúde da população toda, para atender aos demandantes vitoriosos. Todavia, considerando que o orçamento estatal para prestação da saúde da população é limitado, e que o magistrado não tem a visão de conjunto para uma decisão integral sobre políticas públicas – e aí sim seria um caso de usurpação de competências – ao julgar o caso concreto procedente, não dá-se por conta que tira de alguém que haveria de ser beneficiado pelos critérios selecionados em âmbito administrativo do poder executivo. Certamente a resposta correta não seria negar todos os pedidos jurisdicionais, todavia, incorreto também o que ocorre, de comprometimento de fatias enormes do orçamento estatal para o atendimento a ordens judiciais que aplicam uma lógica individualista-liberal do direito de um, em dissonância com a perspectiva transindividual do direito.

¹⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia: vícios e virtudes republicanas*. **Jornal Valor Econômico**. ; p. 10, 6 nov. 2007. “Difícil pensar um tema relevante em nossa vida política que não venha a exigir, mais dia menos dia, a intervenção do STF: troca-troca de partidos, cláusula de barreira partidária, julgamento de altas autoridades (vide Collor e mensalão), limites de atuação das CPIs, do Ministério Público e do Conselho Nacional de Justiça, sessões secretas do Senado, direito de greve dos servidores públicos, guerra fiscal, aposentadorias de governadores, reforma administrativa, previdenciária e do próprio Judiciário, pesquisa com células-tronco, quotas nas universidades, desarmamento, distribuição de medicamentos, aborto, direito adquirido – sem falar em milhares de habeas corpus, como o concedido para Salvatore Cacciola. (...)Múltiplas são as razões para esta proeminência do STF em nosso sistema político. A primeira delas decorre da própria ambição da Constituição de 1988 que, corretamente desconfiada do legislador, sobre tudo legislou. O efeito colateral do compromisso maximizador assumido pelo texto de 1988, no entanto, foi a criação de uma enorme esfera de tensão constitucional. A equação é simples: se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno. Assim, qualquer movimento mais brusco gera um incidente de inconstitucionalidade e, conseqüentemente, a judicialização de uma contenda política”. Ver: VIEIRA, O. V.. *Supremocracia*. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 483-502.

¹⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia: vícios e virtudes republicanas*. **Valor Econômico**; p. 10, 6 nov. 2007.

²⁰ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. Disponível em: <www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 12 ago. 2015.

Ou ainda, outra decisão que, ao mesmo tempo em que fundamenta a ideia de *supremocracia*, evoca severos questionamentos sobre os limites de atuação do STF é a desconstituição de decisões discricionárias estabelecidas de competência exclusiva do poder executivo para a concessão de refúgio (voto do relator, Min. Cesar Peluso, Ext. 1085²¹, *Cesare Batistti*)? Cesar Peluso chega a questionar se não estaria o Ministro da Justiça usurpando poderes do STF para decidir sobre a questão extradicional. Nas palavras do Ministro Peluso, “É que bem pode que debaixo de expedir ato compreendido nas suas atribuições legais, a autoridade administrativa haja invadido terreno da competência que a Constituição da República reserva ao STF”, se o ato constitui ou não causa de extradição. No entanto, a concessão de refúgio é competência do próprio Ministro da Justiça, em última instância, e o STF já julgou sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do artigo 33 do Estatuto de Refugiado que prevê a impossibilidade de extraditar aquele que tiver a concessão de refúgio, entendendo pela constitucionalidade do dispositivo. As súmulas vinculantes não representam o exercício de um processo legislativo - sempre em prol de uma retórica atraente como, neste caso, a celeridade processual - que extrapola a competência originária do STF? Não estariam as sereias cantando aos ministros do STF, sem que estes estejam protegidos com ceras nos ouvidos ou amarrados ao mastro da embarcação?

No entanto, a supremocracia é uma inovação em relação à clássica teoria da separação de poderes, que precisa ser avaliada em cada caso, tendo em vista que também se percebe a acumulação de demandas ao judiciário como “uma consequência do avanço das constituições rígidas, dotadas de sistemas de controle de constitucionalidade” com constituições cada vez mais ambiciosas e capazes de realizar seu papel civilizatório. Conquanto, a “hiperconstitucionalização da vida contemporânea, no entanto, é consequência da desconfiança na democracia e não a sua causa. Porém, uma vez realizada a opção institucional de ampliação do escopo das constituições e de reforço do papel do judiciário, como guardião dos compromissos constitucionais, isto evidentemente contribuirá para o amesquinamento do sistema representativo”²². O juízo correto sobre os dilemas entre separação de poderes, democracia e cumprimento efetivo do projeto civilizatório da qual a constituição é repositório cabe a cada caso concreto. Fica o alerta sobre o risco e os tênues limites enfrentados para a manutenção constitucional da separação dos poderes e da harmonia equilibrada.

2. Controle de Constitucionalidade sobre a Política Externa Brasileira

Em vista do necessário sistema constitucional de freios e contrapesos, cabe perquirir a sua realização nas decisões sobre a política internacional do Estado brasileiro. Na repartição de competências, a organização político-administrativa do Estado legou à União a *competência material exclusiva* de representar o Estado brasileiro ao manter relações com estados estrangeiros, participar de organizações internacionais, declarar a guerra e celebrar a paz (artigo 21 da Constituição). Sob a perspectiva interna, a União é ente de direito público interno, dotado de autonomia, porém tem a competência de exercer a soberania em nome do Estado. Apenas a República Federativa do Brasil que detém a personalidade internacional.

Ao chefe do poder executivo, o Presidente da República, auxiliado pelos ministros,

²¹ O Ministro Cesar Peluso entendeu-se competente para desconstituir um ato discricionário do poder executivo pelo exercício do controle de legalidade do mesmo. No entanto, é muito tênue esta posição em contraponto ao mandamento constitucional da separação de poderes.

²² VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. **Revista Direito GV**. Ano 4, N. 2, São Paulo, jul.-dez. 2008, p. 443.

competem manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos, celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso (artigo 84, incisos VII e VIII da Constituição). Portanto, cabe verificar as condições do Legislativo e Judiciário da União de controlarem as decisões da política externa.

O objetivo da separação das funções do Estado e distribuição entre órgãos autônomos e independentes é a proteção das liberdades individuais contra o arbítrio de um governante onipotente. A relação constitucional entre separação dos poderes e direitos fundamentais é indispensável à efetividade/existência do próprio Estado Democrático de Direito. A divisão dos poderes do Estado brasileiro é realizada sob o critério funcional (legislação, administração e jurisdição). Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário se assemelham pela autonomia, independência e finalidades constitucionais. Assim, torna-se imperiosa a averiguação sobre os meios disponíveis de controle de constitucionalidade sobre a participação do Brasil nos tratados internacionais. A partir do procedimento que rege a participação do Brasil a tratado internacional será viável compreender os meios existentes, ou não, sobre o controle de constitucionalidade dos atos, antes, aprofundando a compreensão dos princípios constitucionais que devem reger o Brasil na política externa.

2.1 Os Princípios Constitucionais Voltados à Política Externa

Antes de avançar no controle de constitucionalidade sobre os atos internacionais realizados pelo Brasil, impõe-se uma compreensão sobre os princípios constitucionais que devem reger o Brasil em suas relações internacionais, que fora, pela primeira vez em nossa história constitucional, positivados. A questão premente é saber, o que dizem e qual seu papel nas decisões e no controle de constitucionalidade sobre tais decisões.

O artigo 4º da Constituição enumera dez princípios, quais sejam: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. No parágrafo único do referido artigo, ainda consta que a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Para o professor de Direito da USP e ex-Ministro de Relações Exteriores do Brasil, Celso Lafer, o artigo 4º representa “um marco normativo a partir do Executivo, no exercício de suas competências, traduz os interesses nacionais em ação diplomática do país, individualizando sua realização à luz da conjuntura internacional. O papel destes princípios vai além da clássica função de proibir e permitir. São diretrizes que claramente almejam promover ações de política externa, vale dizer, são uma expressão do que Bobbio qualifica como uma função promocional do Direito”²³.

Em primeiro lugar é notável perceber que a Constituição brasileira, promulgada um ano antes da queda do muro de Berlim – marco das relações internacionais por representar o fim da Guerra Fria, sistema que havia marcado o jogo de poder interestatal nos mais de 50 anos anteriores – foi feita com sabedoria por afirmar princípios que estão absolutamente congruentes com a ideia da constitucionalização do direito internacional esboçada pela Carta das Nações

²³ LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais**. Barueri: Manole, 2005, p. 19.

Unidas de 1945, pela qual paz e direitos humanos são valores fundamentais, garantidos apenas com a cooperação entre os povos.

Esse alinhamento dos princípios constitucionais à atuação do Brasil nas relações internacionais representa a compreensão sobre o papel das democracias na ordem internacional. Assim, aplicando efetivamente tais princípios, o Brasil passa a inserir-se na comunidade internacional. Portanto, trata-se de delimitar uma virada interna, democrática, e uma abertura externa, à comunidade internacional.

Ainda que a constituição brasileira não tenha ido além, no repúdio à guerra, como no caso da constituição *italiana*, por exemplo, que exprime, em seu artigo 11 o rechaço à guerra como instrumento ofensivo e como meio de resolução das controvérsias internacionais, a base principiológica adotada pela constituição, se bem compreendida-aplicada, é suficiente para que o Estado Democrático de Direito assentado na República Federativa do Brasil possa desempenhar um papel cooperativo, construtivo no sistema internacional. Até por que a cooperação militar da Itália em guerras acaba se dando pelos subterfúgios intitulados de missões de paz e intervenções humanitárias²⁴.

Os princípios constitucionais são suficientes, se bem compreendidos/aplicados. Os princípios constitucionais que orientam a política externa brasileira respondem à questão sobre quais são os princípios da convivência do Estado brasileiro com os demais Estados nacionais e organizações internacionais – para falar apenas das personalidades internacionais. Os princípios referidos tem o condão de adequar à variedade da conjuntura interna e internacional, em compatibilidade com o Direito Internacional Público²⁵.

O papel do Poder Executivo, que exerce com auxílio do Ministério de Relações Exteriores, na deliberação sobre a política externa brasileira não pode ser compreendida (apenas) como uma questão de poder, mas também como estando o mesmo no exercício de um dever. Dever este que deve levar em conta o caráter democrático da decisão, na representação do bem comum, guiados a todo instante pelos princípios consagrados no texto constitucional – fora dos quais representa violação da própria constituição.

Poucos autores são equiparados a Ronald Dworkin para compreender o papel dos princípios. Sobre a aplicabilidade da regra de reconhecimento de Hart aos princípios, Dworkin comenta que seria “melhor ainda [para o reconhecimento do princípio jurídico] se o princípio fosse citado no preâmbulo da lei, nos relatórios de comissões ou em outros documentos legislativos a ela associados”²⁶. E segue, a “menos que pudéssemos encontrar tal apoio institucional, provavelmente não conseguiríamos sustentar nosso argumento. E quanto mais apoio obtivéssemos, mais peso poderíamos reivindicar para o princípio”²⁷. A discricionariedade é, sem dúvida, um dos grandes temas enfrentados por Dworkin. Sobretudo a *suposta* discricionariedade judicial dos magistrados, cuja compreensão irá inverter, do poder discricionário do juiz ao dever de decidir conforme regras e princípios jurídicos. Neste caso, qualquer decisão voltada ao tema internacional em nome do Brasil deverá adotar os princípios apregoados – e mais facilmente ainda, pois estão expressos²⁸.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**. Madri: Trotta, 2004, p. 16.

²⁵ LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais**. Barueri: Manole, 2005, p. 24.

²⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 64 e 65.

²⁷ Idem, p. 65.

²⁸ Para Lenio Streck, a importância do debate sobre a questão das fontes e os princípios “está no fato de que o novo paradigma de direito instituído pelo Estado Democrático de Direito proporciona a superação do direito-

Dáí concluir-se que os princípios constitucionais que regem o Brasil nas suas relações internacionais evocam o entrelaçamento co-origenário entre direito e moral, ao mesmo tempo em que exige que a facticidade do mundo vivido seja evidenciada para o interior das deliberações em sede de política externa, representando, assim, um resgate do mundo prático.

Mais do que isso, ao invés de abrir as possibilidades de interpretação, como entendem a maioria dos autores sobre interpretação jurídica, os princípios as fecham, na ótica de Ronald Dworkin e Lenio Streck. Para Lenio Streck, por “mais paradoxal que possa parecer, os princípios têm a finalidade de impedir “múltiplas respostas”. Portanto, os princípios “fecham” a interpretação e não a “abrem”, como sustentam, em especial, os adeptos das teorias da argumentação, por entenderem que, tanto na distinção fraca como na distinção forte entre regras e princípios, existe um grau menor ou maior de subjetividade do intérprete”²⁹.

Forçoso reconhecer também que a compreensão dos princípios constitucionais evoca necessariamente a prévia compreensão da própria constituição e do seu papel na “moldura” – no bom sentido - da política como um todo, inclusive da atuação da política externa. Quem não entende o papel da própria constituição não tem mínimas condições para entender, ou, compreender e aplicar adequadamente a constituição – em seu projeto civilizatório que extrapola a atuação interna do Estado – e os princípios constitucionais que regem o Brasil em sua política internacional. Nesse sentido, paradoxalmente, os princípios constitucionais que regem o Brasil em suas relações internacionais, ao mesmo tempo em que fecham o horizonte da decisão, reduzindo as possibilidades, abrem a República Federativa do Brasil para a comunidade internacional no resgate da realidade social e ambiental internacional para o interior das decisões, frutos de juízos, diplomáticos e jurídicos.

O Controle de Constitucionalidade brasileiro sobre Tratados Internacionais em que o Brasil se torna Parte

Em primeiro lugar cabe elaborar uma classificação das decisões do poder executivo no âmbito da política internacional. A decisão mais facilmente identificável geradora de compromisso gravoso ao Estado é a participação do Brasil em tratados internacionais. De acordo com Dinh (et. al.), o “tratado designa qualquer acordo concluído entre dois ou mais sujeitos de Direito Internacional, destinado a produzir efeitos de direito e regulado pelo Direito Internacional”³⁰, podendo estes serem universais (aberto a todos os Estados), bilaterais, ou ainda quanto à matéria, ordinários ou sobre direitos humanos. Esse tem sido o meio de produção dos maiores compromissos dos Estados perante as relações internacionais.

enquanto-sistema-de-regras, fenômeno que (somente) *se torna possível a partir das regras (preceitos) e princípios* – produzidos democraticamente – *introduzidos no discurso constitucional e que representam a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (faticidade)* até então negado pelo positivismo (veja-se, nesse sentido, por todos, o sistema de regras defendido por jusfilósofos como Kelsen e Hart). Assim, é possível dizer que esse mundo prático – seqüestrado metafisicamente pelas diversas posturas epistemológicas-metodológicas”.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 4.

²⁹ Idem, p. 166.

³⁰ DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. Tradução de Vítor Marques Coelho. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 120. conceito convencional de tratados internacionais, extraído do artigo 2º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados: “tratado significa um acordo formal celebrado por escrito quer esteja consignado num instrumento único, quer em dois ou mais instrumentos conexos, independentemente da sua denominação particular, concluída entre dois ou mais Estados ou entre outros sujeitos de Direito Internacional, e regido pelo Direito Internacional”.

A nomenclatura utilizada para denominar o gênero “tratado internacional” é ampla, sendo em regra, sempre sinônimos de tratado ou convenção internacional. Rezek salienta que em português são mais de vinte termos utilizados para identificação de acordos internacionais, sendo seu uso “livre e aleatório, não obstante certas preferências denunciadas pela análise estatística: as mais das vezes, por exemplo, *carta e constituição* vêm a ser os nomes preferidos para tratados constitutivos de organizações internacionais, enquanto *ajuste, arranjo e memorando* têm largo trânsito na denominação de tratados bilaterais de importância reduzida. Apenas o termo concordata possui, em direito das gentes, significação singular”³¹.

Após a adoção do texto de um tratado internacional³² em âmbito internacional, em primeiro lugar, cabe aos plenipotenciários³³, em nome do Presidente da República, em regra representantes do Ministério das Relações Exteriores, assinarem o tratado internacional, passando, em seguida, à fase interna. Enquanto, ao presidente da República cabe “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”, mediante o artigo 84, VIII da Constituição de 1988. Depois da assinatura, cabe ao executivo encaminhar via mensagem ao Congresso Nacional, para que se manifeste.

O artigo 49 da Constituição, “É de competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”. A aprovação do Congresso é manifestada pela espécie normativa denominada de Decreto Legislativo, cuja emissão é ato discricionário do Poder Legislativo sobre a participação do Brasil a tratado internacional - exemplo de freio e contrapeso constitucionalmente estabelecido entre os poderes.

Nos termos da decisão do STF, a partir do voto do Ministro Celso Mello, à Ação Direta de Inconstitucionalidade de número 1.480, o “exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais

³¹ Reservado “ao tratado bilateral em que uma das partes é a Santa Sé, e que tem por objeto a organização do culto, a disciplina eclesiástica, missões apostólicas, relações entre Igreja católica local e o Estado co-pactuante”. REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 10. ed. ver. ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 16.

³² A “adoção” do texto é a última fase de elaboração, para fixar o conteúdo do tratado. Trata-se da fixação do texto, que indicará o fim das negociações e a autenticação, para declarar que o texto redigido corresponde à vontade dos Estados. Depois de autenticado, o texto do tratado adotado não é mais passível de alteração. A adoção do texto não indica obrigatoriedade das partes em adotarem o mesmo, mas vincula, nos limites do ato, os Estados signatários. Um texto de tratado internacional é, em regra, elaborado por especialista, que oferece, por meio de algum Estado competente, um modelo, esboço (*draft*), padrão, para iniciar as discussões. A negociação dos tratados, submetido à discussão, geram emendas e propostas. Até a adoção do texto, qualquer elemento é passível de alteração.

³³ Nos termos do artigo 7º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969: “1. Uma pessoa é considerada representante de um Estado para a adoção ou autenticação do texto de um tratado ou para expressar o consentimento do Estado em obrigar-se por um tratado: a) se apresentar plenos poderes apropriados; ou b) se a prática dos Estados interessados ou outras circunstâncias indicarem que a intenção do Estado era considerar essa pessoa como seu representante para esses fins, e dispensar os plenos poderes. 2. Em virtude de suas funções e independentemente da apresentação de plenos poderes, são considerados representantes do seu Estado: a) os chefes de Estado, chefes de governo e ministros das Relações Exteriores, para todos os atos relativos à conclusão de um tratado; b) os chefes de missão diplomática, para a adoção do texto de um tratado entre o Estado acreditante e o Estado acreditado; c) os representantes acreditados pelos Estados perante uma conferência ou organização internacional ou um de seus órgãos, para a adoção do texto de um tratado em tal conferência, organização ou órgão”.

(CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto. O *iter* procedimental de incorporação dos tratados internacionais – superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional (...)” julgado em 4/9/97 (DJ de 18/5/01).

Trata-se de um controle político exercido pelo Poder Legislativo em relação a ato do Poder Executivo, que poderá ser tanto sob aspecto material (se o conteúdo do referido tratado se coaduna com a constituição e o principiologia constitucional, os direitos e garantias fundamentais e a identidade constitucional inscrita nas cláusulas pétreas, *e.g.*) quanto formal (se o procedimento foi constitucionalmente atendido). O controle poderá ser exercido seja na negativa do Poder Legislativo emitir o Decreto Legislativo, ou, ainda, estabelecendo reservas³⁴ sobre algum aspecto do tratado internacional em discussão, caso a reserva seja compatível com o próprio tratado internacional.

Portanto, o Congresso Nacional tem três possibilidades: a. editar o Decreto Legislativo, aprovando na íntegra o texto do tratado internacional; b. editar o Decreto Legislativo, aprovando, mas estabelecendo reservas que excluam ou modifiquem os efeitos jurídicos de certas disposições do tratado³⁵, ou; c. não editar o Decreto Legislativo, como resposta negativa à participação do Brasil a tratado internacional, do Poder Legislativo ao Poder Executivo, momento em que caberá ao Legislativo comunicar a decisão ao Executivo via mensagem. Decisões estas que poderão ser definitivas.

A edição de Decreto Legislativo pelo Congresso Nacional não promove a vigência interna do tratado internacional. Ainda exigir-se-á, para sua vigência, o depósito do instrumento no órgão internacional responsável, após e conforme regras do próprio tratado haverá possivelmente sua entrada em vigor internacional, para posterior Decreto do Presidente da República. Aí sim é que se considera, jurisprudencial e doutrinariamente a vigência interna do ato – entendimento crítico, pois se o tratado internacional entra em vigor para o Brasil e não é editado Decreto, como fica?

Cabe ainda ressaltar que há atos internacionais que dispensam a aprovação do Congresso Nacional, que são os “Atos do Executivo em forma simplificada (por troca de Notas ou outro formato) que tenham sido autorizados por ou constituam execução de outro anterior, devidamente aprovado e que não o modifique. É o caso, por exemplo, dos Ajustes Complementares aos Acordos Básicos de cooperação técnica ou científica e tecnológica. São

³⁴ A “reserva”, nos termos da Convenção de Viena de 1969, designa “uma declaração, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado”, nos termos do seu artigo 1º, §1º, alínea ‘d’.

³⁵ É o caso do Decreto Legislativo 496 promulgado em 17 de julho de 2009 em que o Congresso Nacional fez reservas aos artigos 25 e 66 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, assegurando, no mesmo ato, sua competência no caso de revisar. “DECRETO LEGISLATIVO Nº 496, DE 2009(*) Aprova o texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em Viena, em 23 de maio de 1969, *ressalvados os arts. 25 e 66*. O Congresso Nacional decreta: Art. 1º Fica aprovado o texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em Viena, em 23 de maio de 1969, *ressalvados os arts. 25 e 66*. Parágrafo único. Ficam sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que impliquem revisão da referida Convenção e de seu Anexo, bem como quaisquer atos que, nos termos do inciso I do caput do art. 49 da Constituição Federal, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Art. 2º Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação. Senado Federal, em 17 de julho de 2009. SENADOR JOSÉ SARNEY Presidente do Senado Federal”.

Atos considerados pela doutrina como derivados da “diplomacia ordinária” ou rotineira”³⁶. Todavia, em regra, a atuação do Congresso é obrigatória sob pena de nulidade do ato.

Outro aspecto importante diz respeito às reservas. A oposição de reservas não é ampla e irrestrita. Pelo contrário, há limites específicos, dispostos no artigo 19 da Convenção de Viena de 1969: I. quando a reserva seja proibida pelo próprio tratado internacional (como no caso do artigo 120 do Estatuto de Roma que cria o Tribunal Penal Internacional que veda reservas ao referido tratado); II. quando dentre as reservas possíveis estipuladas pelo tratado não esteja a mesma abrangida; III. quando a reserva seja incompatível com o objeto e a finalidade da convenção – este caso é ainda mais polêmico nas reservas aos tratados internacionais de direitos humanos. Deve-se atentar para que a possibilidade de reservas não torne os atos internacionais um sistema absolutamente voluntarista³⁷.

Após o Congresso Nacional se manifestar, no caso, positivamente sobre a participação do Brasil a determinado tratado internacional com a emissão do Decreto Legislativo do artigo 49, I da Constituição, o ato retorna ao Presidente para que possa, querendo, concluir o ato de ratificação interno. Antes da ratificação pelo Presidente da República o Legislativo ainda poderá revogar o próprio ato, por outro Decreto Legislativo³⁸. Somente após estes passos, o tratado poderá ter seu instrumento de ratificação efetivamente depositado, como em vários casos, junto ao Secretário-Geral da ONU – outro ato discricionário, mais uma vez, do Presidente da República, e, assim, poderá entrar em vigor para o Brasil³⁹.

Cabe ressaltar que outro ato que pode manifestar consentimento do Estado em participar de tratado internacional é a adesão⁴⁰. Ocorre a adesão quando o Estado perde o prazo para assinar o tratado internacional. Assim, terá que manifestar num único ato, que tem o efeito da assinatura mais o depósito do instrumento de ratificação. Nesse caso, o “referendo” do Congresso Nacional deve ocorrer antes da adesão, para que o ato não seja eivado de inconstitucionalidade formal, extrínseca pela inobservância dos limites constitucionais do chamado *treaty-making power* (capacidade de celebrar tratados).

Outra decisão melhor esclarece o momento em que o ato entra em vigor na ordem

³⁶ MINISTÉRIO DE RELAÇÕES EXTERIORES. Divisão de Atos Internacionais. **Atos internacionais.**

Manual da prática brasileira. Brasília: MRE, maio de 2008. Disponível em:

<<http://www2.mre.gov.br/dai/PraticaDiplomaticaBrasileira.pdf>>. Acesso em 11 ago. 2015, p. 16.

³⁷ Na visão de Cançado Trindade, a qual nos filiamos, o sistema de reservas a tratados consagrada pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, que é posto também aos tratados de direitos humanos, “é de cunho marcadamente voluntarista e contratualista”, pois o sistema leva a uma fragmentação das obrigações convencionais inteiramente inadequado aos tratados internacionais de direitos humanos. “A justa preocupação em salvaguardar sobretudo a *integridade* dos tratados de direitos humanos reclama em nossos dias, ..., uma ampla revisão do atual sistema individualista de reservas a tratados multilaterais consagrado nas duas mencionadas Convenções de Viena, de modo a tomar devidamente em conta o caráter especial dos tratados de direitos humanos”. TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.** Volumes II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 153 e 154.

³⁸ Há um precedente neste sentido, do Decreto Legislativo 20 de 1962 que revogou o Decreto Legislativo número 13 de 1959. REZEK, José Francisco. **Direito dos Tratados.** Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 335 e 336.

³⁹ Ainda sobre o processo de incorporação de tratados internacionais do Brasil, ver: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **O Poder de Celebrar Tratados.** Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro. Porto Alegre: SAFE, 1995. Sob o título da “processualística constitucional de celebração de tratados no Brasil”, ver: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 294-330.

⁴⁰ Adesão é o “ato pelo qual o Estado estabelece no plano internacional o seu consentimento em obrigar-se por um tratado”, normalmente utilizado quando perdeu a oportunidade de assiná-lo – cujo tempo de abertura do tratado internacional multilateral para assinaturas é normalmente estabelecida nos dispositivos finais do tratado.

interna: “A recepção dos tratados internacionais em geral e dos acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do Mercosul depende, para efeito de sua ulterior execução no plano interno, de uma sucessão causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: (a) aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à sua vigência doméstica: (1) publicação oficial do texto do tratado e (2) executoriedade do ato de direito internacional público, que passa, então – e somente então – a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. O sistema constitucional brasileiro não consagra o princípio do efeito direto e nem o postulado da aplicabilidade imediata dos tratados ou convenções internacionais.” (CR 8.279-AgR, Rel. Min. Presidente Celso de Mello, julgamento em 17-6-98, DJ de 10-8-00).

A Convenção de Viena de 1969, que o Brasil tornou-se parte no segundo semestre de 2009, estabelece, em seu artigo 46, que “um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de sua disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental”, e entende por manifesta a violação objetivamente evidente para qualquer Estado. Assim, ainda que nulo pelo sistema constitucional interno, por não ater-se ao procedimento constitucional, haveria a possibilidade do Estado ser responsabilizado internacionalmente por força do artigo 46 da Convenção.

Aqui cabe uma crítica ao sistema de incorporação de tratados internacionais adotado pelo Brasil. Em primeiro lugar, não há uma lei que especifique o *iter* da incorporação de tratados internacionais pelo Brasil, o que se tornou uma exigência tendo em vista a diversidade de atos internacionais adotados (a exemplo são aqueles frutos do direito derivado do MERCOSUL como as Decisões do Conselho do Mercado Comum que mereceriam uma desburocratização do rito em favor do aprofundamento do bloco regional; outro exemplo é a distinta exigência posta constitucionalmente aos de tratados internacionais de direitos humanos que exigirão quórum de votação ao modo de Emendas à Constituição, para que tenham o status normativo desta, entre outras diferenças que se avolumam ante a complexificação das relações internacionais). O que há de oficial é um manual da prática diplomática editado pela Divisão de Atos Internacionais sobre a prática da incorporação de tratados internacionais no Brasil⁴¹. Em segundo lugar, a necessidade do Decreto Presidencial para promulgar internamente o ato seria dispensada na medida em que o ato internacional já entrou em vigor para o Brasil, obrigando-o nos termos consentidos. Essa obrigação pode gerar erros sérios, como no caso da *não* promulgação interna do decreto presidencial após a ratificação e mesmo assim ocorrendo a entrada em vigor no Brasil, não se aplicaria? O Brasil ficaria em violação ao tratado internacional?

A participação do Poder Legislativo na conjugação das vontades como necessária para que o tratado passasse a valer como ato jurídico perfeito é co-originário do constitucionalismo moderno. Inicialmente foi na constituição estadunidense de 1787, em seu artigo II, seção 2,

⁴¹ MINISTÉRIO DE RELAÇÕES EXTERIORES. Divisão de Atos Internacionais. **Atos internacionais. Manual da prática brasileira**. Brasília: MRE, maio de 2008. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/PraticaDiplomaticaBrasileira.pdf>>. Acesso em 11 agot. 2015. Ainda assim, é um documento síntese, de 18 páginas, sem distinguir decisões de órgãos derivados do MERCOSUL ou tratados internacionais de direitos humanos.

cláusula 2^a, reconhecido também na carta francesa de 1791 em seu artigo 3^o, seção 1^a, cap. III. Isso para dizer que a exigência do consentimento do legislativo é uma tradição do constitucionalismo ocidental moderno, também reconhecida pelo Brasil.

Assim, tanto para a manifestação de consentimento do Estado brasileiro para a participação do Brasil a tratado internacional quando a sua eventual retirada, exigirá a aprovação do Congresso Nacional para perfectibilizar o ato – com exceção dos já referidos atos do executivo de forma simplificada. Vale agora destacar a questão da retirada do Brasil de tratado internacional, ato denominado de “denúncia”.

A “denúncia” é o ato pelo qual o Estado anuncia à comunidade internacional a sua retirada como parte do mesmo, extinguindo assim seus efeitos para o país. A denúncia é “uma das formas de extinção dos tratados por ato unilateral das partes”, segundo Mazzuoli⁴². Obviamente que o Estado responderá por todos os atos enquanto o tratado internacional vigorou para o país – e isso normalmente estará disposto no próprio tratado. A materialização da denúncia deve seguir a mesma processualística da manifestação de consentimento do Brasil, interna e internacionalmente – pelo mesmo procedimento adotado para a ratificação.

Na verdade, a constituição silenciou sobre o problema da denúncia. Ainda que existam entendimentos divergentes, estamos de acordo com Francisco Rezek que apregoa a imperatividade do controle do Congresso Nacional também sobre a denúncia. Ora, se a ratificação exige a manifestação do Congresso Nacional, sua retirada também deverá seguir, pela coerência do sistema, o mesmo íter processual, ainda com o silêncio do texto constitucional a respeito, sob pena do ato presidencial carecer de validade.

Foi justamente num ato de denúncia unilateral do Brasil, por ato unipessoal do Presidente da República a tratado internacional, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – CONTAG e a Central Única dos Trabalhadores – CUT ajuizaram uma Ação Direta de Inconstitucionalidade de número 1625, julgada em 3 de junho de 2009, contra o Decreto 2.100/96, por meio do qual o Presidente da República tornou pública a denúncia do Brasil à Convenção 158 da OIT, relativa ao término da relação de trabalho por iniciativa do empregador. O Ministro do STF, Joaquim Barbosa julgou o pedido procedente para declarar a inconstitucionalidade do referido decreto entendendo não ser possível ao Presidente da República denunciar tratados sem o consentimento do Congresso Nacional, ainda que a Constituição não diga expressamente sobre a participação do Congresso Nacional na denúncia dos tratados – num reconhecimento expresso do necessário juízo de freios e contrapesos tanto no momento em que o Estado assume compromisso, quando no momento em que dele se exime, como exemplo a denúncia. O ministro evidenciou que o papel do Legislativo na história constitucional brasileira não seria limitada a uma postura eminentemente passiva, de aprovar ou reprová-la participação do Brasil a tratados internacionais, citando ocasiões em que o Legislativo fez ressalvas à aprovação de tratado, ao impor reservas. Aduziu ainda que a Constituição fortaleceu a atuação do Congresso, e que que o atual texto constitucional — ao estabelecer de maneira sistemática, pela primeira vez na história constitucional, princípios que regem as relações exteriores do Brasil no artigo 4^o), teria, com isso, reforçado o papel do Legislativo em matéria de política exterior, e, que caberia a todos os Poderes zelar por tais princípios, bem como fiscalizar a atuação da política externa.

A decisão da Adin 1625, no voto de Joaquim Barbosa, foi além, ao valorizar os princípios constitucionais do artigo 4^o. Para ele, a denúncia realizada apenas pelo Executivo

⁴² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.274.

evitou que o Congresso pudesse analisar o ato em face dos princípios constitucionais pelo seu eventual descumprimento no ato da denúncia de um tratado, significaria esvaziar por completo o conteúdo útil do referido art. 4º.

O ministro evocou precedentes da própria corte. O julgamento do RE 80004/SE (DJU de 29.12.77), o Pleno consolidou entendimento de que os tratados possuiriam mesmo nível das leis, e, se os tratados possuem força de lei, somente poderiam ser revogados por ato de idêntica ou superior hierarquia. Com isso, aduziu que a possibilidade de um tratado ser denunciado unilateralmente pelo Presidente representaria o reconhecimento de que seu decreto que torna pública a denúncia teria força de lei, o que é contraditório, haja vista a Constituição de 1988. Evocando o precedente da Adin 1480, dispôs que sendo a intervenção parlamentar essencial para que o tratado existisse internamente, seria óbvio que também o fizesse na sua desconstituição. Assim, dever-se-ia ser mantida a prerrogativa do Presidente de decidir quais tratados deveriam ser denunciados e o momento de fazê-lo, que, por sua vez, caberia ao Congresso autorizar a denúncia do tratado que seria, ou não, feita pelo Chefe do Poder Executivo. Essa divisão de competências teria o condão de democratizar a processualística dos tratados internacionais.

Por fim, restou decidido na Adin 1625 a parcial procedência do pedido, pois, em conformidade com o artigo 49, I da Constituição, o Decreto Federal 2.100 de 20 de dezembro de 1996 que determinou a denúncia da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho, pois o ato condiciona-se a referendo do Congresso Nacional, a partir do que produz a sua eficácia, nos termos do informativo 549 do Supremo Tribunal Federal. Termos em que a decisão pareceu acertada, sob pena da inexistência de controle do ato presidencial, de denúncia, *in casu*, a um tratado internacional de direitos humanos. Portanto, pode-se afirmar que é exigido controle político pelo Poder Legislativo também no caso de denúncia do Brasil a tratado internacional, seguindo a lógica do artigo 49, I da Constituição.

Nesse caso, trata-se de uma ação, de um ato comissivo, do Estado brasileiro, que fortalece a amarração da República Federativa do Brasil ao sistema internacional, na embrionária formação de uma ordem jurídica internacional. Não está claro ainda como fica o controle de constitucionalidade no Brasil quando o Estado é omissivo em alguma questão de política internacional. Por exemplo, quando o Brasil deixa de participar de tratado internacional em inobservância aos princípios constitucionais.

Concluídos daí que apenas o Congresso Nacional, nos termos do artigo 49, I da Constituição é insuficiente para manifestar validamente a participação do Brasil a tratado internacional. Mas poderia o Poder Executivo agir compelido? No máximo, entendemos, caberia a promoção de audiências públicas na Comissão de Relações Exteriores das casas para, ao chamar os representantes dos ministérios envolvidos com o tema, evocar o problema.

Celso Lafer menciona a fiscalização pela sociedade civil pelo aumento da sensibilidade da cidadania⁴³ e, também, do Legislativo à política externa. Todavia, esta participação não tem o condão de fiscalizar a aplicação da constituição em condições de reverter a decisão questionada. Ainda que represente uma importante abertura democrática necessária que se deve promover mais e mais, sob pena de haver blindagem da diplomacia à soberania popular exercida pela cidadania organizada.

E caberia, assim, jurisdição constitucional em caso de decisões do Brasil no âmbito das relações exteriores? Quais limites à jurisdição constitucional sobre as decisões em sede de

⁴³ LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais**. Barueri: Manole, 2005, p. 19.

política externa?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É preciso superar a blindagem das decisões no âmbito da política externa brasileira à Constituição e às práticas democráticas da formação da decisão pública voltadas ao sistema internacional. A fundamentalidade constitucional dos freios e contrapesos entre os poderes separados funcionalmente (*checks and balances*) e os princípios constitucionais que regem a República Federativa do Brasil em suas relações internacionais precisam revitalizados para a constitucionalização da política externa brasileira.

Assim como o juiz é, ante de tudo, um funcionário público a serviço da democracia, na medida em que o magistrado está vinculado a um ordenamento jurídico que se constitui a partir de um processo de legitimação, construído por meio da democracia representativa, que por sua vez é moldada pelo exercício da soberania popular que se dá pelo exercício do voto (direto, secreto, universal e periódico) nos representantes do povo, que dessa forma se tornam legitimados a estabelecer os textos normativos componentes do sistema jurídico positivo, a aplicação do direito conforme o ordenamento jurídico posto é, antes de mais nada, respeito à democracia, à proposta civilizatória de se projetar a (permanente) constituição de um Estado Democrático de Direito, aqueles que decidem a política internacional do Brasil também o são.

Ao contrário do que se poderia pensar, ou pelo menos de forma paradoxal, a (nova?) faticidade imposta pelo fenômeno da mundialização, ao projetar a sociedade atual ao nível pós-nacional, ampliou a importância do papel da Constituição, e, assim, da hermenêutica constitucional. Ao mesmo tempo em que aparecem esboços de uma ordem jurídica mundial, sobretudo a partir de tratados internacionais e organizações interestatais, que extrapolam a premissa do direito como estatalidade, engrandece o papel e o sentido do constitucionalismo como o fenômeno normativo capaz de mediar a adequada abertura do Estado e da sociedade nacional aos novos desafios e recepcionar os desenvolvimentos de vanguarda.

No entanto, o exercício desta abertura, ou do fechamento, ao sistema político-jurídico internacional das instituições público-estatais e da própria sociedade nacional não pode ficar vulnerável aos arbítrios e utilitarismos de uma política externa incoerente com os princípios constitucionais apregoados. Há uma exigência a respeito da relação do Direito e, portanto, da Constituição de sobreposição às decisões políticas.

Tanto a política interna quando a externa do Estado brasileiro devem estar voltadas à construção de uma ordem política-jurídica internacional que ofereça condições de possibilidade para um sistema mundial justo e solidário, em coerência com o projeto constitucional voltado à ordem jurídica interna. O pragmatismo amoral adotado pelo Brasil na definição de sua política externa arbitrária deve ser contido pelos meios constitucionais, senão de jurisdição, pelo menos os demais recursos de controle de constitucionalidade.

Na medida em que o Estado assume como os princípios de sua política externa de defesa da paz e da prevalência dos direitos humanos, as decisões voltadas à política internacional devem ser ressignificadas, pois, não se admite mais decisões que busquem atender unicamente aos interesses nacionais provincianos em exclusão dos demais membros da humanidade. A política exterior precisa incorporar também uma atuação principiológica voltada também à humanidade, afastando a amoralidade pragmática das decisões da diplomacia brasileira.

Por tais razões, mesmo as omissões da política externa brasileira manifestamente contrárias aos princípios constitucionais que devem reger suas decisões, precisam de um meio

de controle de constitucionalidade capaz de reverter este prejuízo, que extrapola a questão nacional em direção à sociedade mundial. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental poderia ser o meio capaz de sanar a violação de tais princípios em caso de omissão do Estado diante de tratados em que o mesmo se mantém ausente?

REFERÊNCIAS

- ARKO ADVICE. **Produção Legislativo 1995-2007**. Brasília: Arko Advice, 2007.
- BARBARA, Augusto; ZANETTI, Gianfrancesco. **Le Basi Filosofiche del Costituzionalismo**. 9. ed. Roma: Laterza, 2006.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução de Carmen Varriale et. al. 12. ed. Brasília: UNB, 1999, vol. I.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007
- CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. Tradução de Vítor Marques Coelho. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**. Edición de Gerardo Pisarello. Madri: Trotta, 2004.
- GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Del Rey: Belo Horizonte, 2006.
- LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais**. Barueri: Manole, 2005.
- MATTEUCCI, Nicola. **Organización del Poder y Libertad: historia del constitucionalismo**. Madrid: Trotta, 1998.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **O Poder de Celebrar Tratados**. Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro. Porto Alegre: SAFE, 1995
- MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MINISTÉRIO DE RELAÇÕES EXTERIORES. Divisão de Atos Internacionais. **Atos internacionais. Manual da prática brasileira**. Brasília: MRE, maio de 2008. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/PraticaDiplomaticaBrasileira.pdf>>. Acesso em 11 out. 2009.

MONTESQUIEU, Charles de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962, v. 1.

MORAES, Guilherme Peña de. **Direito Constitucional**. Teoria do Estado. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 10. ed. ver. ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont´Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso**: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em: <www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 12 out. 2009.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Volumes II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 483-502.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. Ano 4, N. 2, São Paulo, jul.-dez. 2008, p. 443.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia: vícios e virtudes republicanas. **Jornal Valor Econômico**. ; p. 10, 6 nov. 2007.