

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP  
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**MILTON PAULO SENA SANTIAGO**

(Matrícula 1300291)

**CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE**

Quais São as Barreiras ao Controle Prévio de Constitucionalidade Diante dos  
Tratados Internacionais, da Súmula Vinculante, do Mandado de Segurança  
Parlamentar e da Medida Provisória?

BRASÍLIA  
JULHO de 2014

**MILTON PAULO SENA SANTIAGO**

(Matrícula 1300291)

**CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE**

Quais São as Barreiras ao Controle Prévio de Constitucionalidade Diante dos  
Tratados Internacionais, da Súmula Vinculante, do Mandado De Segurança  
Parlamentar e da Medida Provisória?

Trabalho de Monografia apresentado ao  
Curso de Pós-Graduação em Direito  
como requisito parcial para conclusão da  
especialização em Direito Constitucional.

BRASÍLIA

JULHO de 2014

**MILTON PAULO SENA SANTIAGO**

(Matrícula 1300291)

**BARREIRAS AO CONTROLE PRÉVIO DE CONSTITUCIONALIDADE DIANTE DOS  
TRATADOS INTERNACIONAIS, DA SÚMULA VINCULANTE, DO MANDADO DE  
SEGURANÇA PARLAMENTAR E DA MEDIDA PROVISÓRIA?**

Trabalho de Monografia apresentado ao  
Curso de Pós-Graduação em Direito  
como requisito parcial para conclusão da  
especialização em Direito Constitucional.

Brasília, \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Professor:

---

Professor Avaliador

---

Professor Avaliador

---

Professor Avaliador

## RESUMO

O Constitucionalismo é o sistema jurídico predominante nos países da atualidade, inclusive no Brasil. O Processo de formação de algumas leis brasileiras possuem questões controversas no controle preventivo de constitucionalidade. O presente trabalho procura analisar a relação do Controle Preventivo de Constitucionalidade nos tratados internacionais, mandados de segurança parlamentar, súmulas vinculantes e medidas provisórias. O objetivo principal é identificar quais são os obstáculos a serem superados pelo controle prévio quando da elaboração daqueles diplomas legais. É uma análise daquilo que impede o bom com controle preventivo e das contradições existem no processo de controle preventivo em face daqueles diplomas legais.

**PALAVRAS-CHAVES:** Constitucionalismo. Controle Preventivo de Constitucionalidade. Tratados Internacionais, Mandado de Segurança, Súmula vinculante. Medida Provisória.

## **ABSTRACT**

The constitutionalism is the legal system prevailing at the countries today, even in Brazil. The process of drafting some Brazilian laws has contentious questions into Preventive Constitutional Review. The present study seeks to analyze the relation between Preventive Constitutional Review to international treaties, parliamentary writ of mandamus, summary binding e provisional measure. The main objective is identify what are the obstacles it will be exceed by Preventive Control during de drafting of those laws. It is an analysis of barriers hindering the functioning of the Preventive Control, and of existing inconsistencies into this process.

**KEY-WORDS:** Constitutionalism. Preventive Constitutional Review. International Treaties. Parliamentary Writ of Mandamus. Summary Binding. Provisional Measure.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	06
1. CARACTERIZAÇÃO E IMPORTÂNCIA DO CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE .....	09
1.2. Controle Prévio Durante O <i>Vacatio Legis</i> .....	14
1.3. <i>Judicial Review</i> Preventivo - Controle Prévio de Constitucionalidade Por Meio do Mandado De Segurança.....	15
2. CONTROLE PRÉVIO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS. ....	19
2.1. Proteção ao Direito Interno Contra a Teoria da Superioridade das Leis Internacionais Sobre o Ordenamento Brasileiro. ....	19
2.2. A Inadequabilidade do Decreto Legislativo para Referendar Tratados Internacionais. ....	22
2.3. Controle Preventivo <i>Incidental</i> de Constitucionalidade Sobre os Tratados Internacionais. ....	23
2.3.1. Estudo de Caso: Carta Rogatória nº 8.279 – Controle <i>Incidental</i> Preventivo de Constitucionalidade. ....	25
2.4. Tratados Sobre Direitos Humanos e os Desafios do Controle Prévio da Constituição. ....	31
2.4.1. Ameaças dos Tratados de Direitos Humanos à Constituição Federal e a Atuação do Controle Preventivo Nesse Contexto .....	33
2.4.2. Vazios Que Mitigam a Atuação do Controle Preventivo de Constitucionalidade no Processo de Internalização dos Tratados de Direitos Humanos. ....	37
3. O Controle prévio na Súmula Vinculante e na Medida Provisória. ....	45
3.1. A Súmula Vinculante É Uma Lei. ....	46
3.1.1. Exigência de Publicação no Diário Oficial da União. ....	47
3.1.2. Submissão do Poder Executivo à Súmula. ....	48
3.1.3. Efeito <i>Erga Omnes</i> X Efeito Vinculante. ....	50
3.2. Usurpação da Competência do Senado Quanto ao Art. 52-X. ....	49
3.2.1. Ausência do Efeito <i>Erga Omnes</i> em 1934. ....	52

3.2.2. Obrigatoriedade de Lei Para Vinculação de Toda a Sociedade e Para Retirar a Norma do Ordenamento Jurídico. ....	52
3.2.3. Caráter de Controle Prévio do Art.52-X. ....	53
3.3. MEDIDA PROVISÓRIA E O PLV (PROJETO DE LEI DE CONVERSÃO).....	58
3.3.1. Diploma Passível de Controle Prévio e de Controle Abstrato .....	61
3.3.2. Jogo Político, Trancamento de Pauta, Controle Preventivo e Repressivo.....	62
3.3.3. ADIN N° 4.029/DF e a COMISSÃO MISTA .....	65
3.4. COMISSÕES PARLAMENTARES. ....	69
4. CONCLUSÃO. ....	70
5. BIBLIOGRAFIA. ....	73

## INTRODUÇÃO

O aluno-pesquisador pretende expor falhas no controle preventivo de constitucionalidade realizado nos tratados internacionais, nas súmulas vinculantes e nas medidas provisórias, sugerindo possíveis soluções para saná-las. Para isso, criticará teses estabelecidas realizando uma abordagem crítica ao tema. Também discorrerá sobre a utilidade e desvantagens no uso do mandado de segurança parlamentar com o objetivo de realizar um controle preventivo de constitucionalidade.

Considerando o quadrante metodológico, o tema foi escolhido devido ao aumento da produção dos diplomas supracitados, na última década<sup>1</sup>, e, como consequência, às alterações provocadas por eles no ordenamento jurídico. Por causa desse aumento exponencial, um olhar mais apurado deve ser lançado para garantir uma boa proteção do sistema jurídico brasileiro e da constituição.

A problematização do tema se encontra na ameaça que tais diplomas proporcionam quando não passam por um controle preventivo de constitucionalidade adequado, carecendo de novos elementos com o objetivo de evitar as inconstitucionalidades e incoerências na atividade legiferante. É nesse ponto que surge a hipótese de incrementar o controle preventivo dessas espécies legislativas para assegurar a eficácia e soberania da constituição diante delas.

Como marco teórico, foram discutidas as ideias de Ronald Dworkin, Miguel Reale e Robert Alexy para exprimir o conflito entre a constituição e as leis, expor a importância da constituição no ordenamento e debater os conceitos de surgimento, eficácia, legitimidade e validade no fazer legislativo.

A obra do Prof. Dr. Marco Marrafom e do Prof. Dr. Menelick de Carvalho Neto também foram consideradas para discutir a mudança paradigmática do civilismo para o constitucionalismo.

Já na abordagem prática do fazer legislativo, foram recolhidos casos concretos para análise dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal nos julgados relacionados ao tema, e obras de especialistas para cada espécie de lei

---

1



abordada, tais como Cândido Dinamarco, Valerio Mazzuoli, José Francisco Rezek e outros, com o intuito de criticar o padrão do controle preventivo de cada norma aqui tratada e embasar as sugestões de aperfeiçoamento.

De início, com o foco no aluno que inicia seus estudos sobre processo legislativo, foram expostas a caracterização e a importância do controle preventivo de constitucionalidade, explicando o poder de uma lei, os elementos de sua formação e teorias que envolvem essas questões. É o momento em que são lançados os conhecimentos básicos exigidos para aprofundar a discussão. Todavia, o capítulo primeiro já apresenta uma crítica defendendo a possibilidade de se realizar o controle preventivo durante o *vactio legis*.

Em seguida, trataremos do *Judicial Review* Preventivo que é o Controle Prévio de Constitucionalidade por meio do Mandado de Segurança. É o direito subjetivo do parlamentar em ter o rito correto durante o fazer uma lei. O que se busca destacar é que as falhas do legislativo deixam de ser assunto de caráter *interna corporis* e passam a receber a possibilidade de tutela do “guardião da constituição”, isso pode desmoralizar o congresso, mas também é um instrumento de grande valia contra maiorias transitórias.

No Capítulo 2, um dos maiores desse trabalho, será abordado o controle prévio dos tratados internacionais. Trará o diálogo com as correntes que defendem a superioridade desses tratados diante do ordenamento interno, criticará o decreto legislativo como diploma ideal para o congresso referendar o tratado, sugerindo outros instrumentos de internalização para tratado internacional. Contém também uma análise do caso da Carta Rogatória nº 8.279 que gerou uma espécie de controle *incidental* preventivo de constitucionalidade, ou seja, em uma disputa entre partes, foram questionadas, diante do STF, a constitucionalidade e a validade de uma norma internacional que estava vigorando na Argentina, mas que ainda não vigorava no Brasil, apesar de ter sido resultado de um acordo bilateral.

Os Tratados de Direitos Humanos também entram na discussão. Aqui se fazem contundentes críticas e problematizações de um instrumento que poderá ser considerado texto constitucional. Surgem dúvidas se os novos direitos e garantias fundamentais também serão considerados cláusulas pétreas e se uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC) posterior poderia revogar ou não um tratado naquilo

que lhe for contrário; dentre inúmeras outras questões interessantes relacionadas ao tema.

Com o Capítulo 3, busca-se debater o no conflito sobre a consideração das súmulas vinculantes como leis propriamente ditas, ou não. Se considerarmos que sim, qual é o controle prévio de constitucionalidade realizado e sua eficácia? Também são destacadas as incongruências da Sumula Vinculante e o Art. 52, X, da nossa constituição, e o papel do Senado representando o legislativo e tornando-se o poder sancionador de uma súmula vinculante.

As clássicas Medidas Provisórias também são analisadas. Considerada uma aberração pelos radicais, é apresentada uma sugestão para o controle prévio do Projeto de Conversão e debatido o funcionamento da Comissão Mista que faz a primeira análise sobre a medida provisória.

Em um breve capítulo, Sétimo Capítulo, foram expostos os comentários sobre a Comissão de Constituição e Justiça – CCJ, que, teoricamente deteria a palavra final sobre a constitucionalidade de uma proposição durante a tramitação. Também foi sugerida que essa palavra final fosse compartilhada com outras comissões quando o assunto for Medida Provisória, Tratados Internacionais e Súmulas Vinculantes.

A conclusão retoma as ideias principais para demonstrar a inadequabilidade de alguns procedimentos legislativo em face do controle preventivo de constitucionalidade e sugerir aprimoramento dos meios de controle prévio.

## 1. CARACTERIZAÇÃO E IMPORTÂNCIA DO CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE

Todo o histórico milenar de uma hermenêutica baseada em códigos civis e casos compilados foi progressivamente trocado pelo Constitucionalismo<sup>2</sup> que atualmente é dominante na quase totalidade dos Estados contemporâneos. A recente Lei de Introdução ao Direito Brasileiro é a antiga Lei de Introdução ao Código Civil influenciada por uma Teoria Civilista que, durante mais de 3 mil anos<sup>3</sup>, formulou os institutos jurídicos básicos das relações entre indivíduos e Estados. Essa troca paradigmática do civilismo para o constitucionalismo requer uma nova prática de interpretar, com novos referenciais e exigindo outro olhar sobre os princípios, sobre as regras e sobre as normas.

Para muitos doutrinadores, o topo do nosso ordenamento jurídico encontra-se nos preceitos constitucionais, devendo toda produção legislativa ser conforme a constituição; estar em harmonia com o ordenamento jurídico significa não contrariar princípios e preceitos da constituição. O controle constitucional atua contra a norma ou contra o ato que contraria a constituição.

Produzir leis de forma inconstitucional é produzir normativos inválidos. O Controle Preventivo de Constitucionalidade procura prevenir o ordenamento jurídico contra leis inconstitucionais, seja em seus conteúdos ou procedimentos de formação.

O Art. 5º, II, da constituição, postula: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”<sup>4</sup>. Esta foi a primeira função da lei determinada pelo texto constitucional: impor a obrigação de fazer ou de não fazer. “Senão em virtude de lei” define que o meio para limitar a liberdade de escolha é a

---

<sup>2</sup> A doutrina do Direito Constitucional apresenta uma história passível de ser apreendida em períodos, em distintos paradigmas. Constitucionalismo que, em último termo, se traduz na permanente tentativa de se instaurar e de se efetivar concretamente a exigência idealizante que inaugura a modernidade no nível da organização de sua sociedade complexa a qual não mais pode lançar mão de fundamentos absolutos para legitimar o seu próprio sistema de direitos e a sua organização política: a crença de que constituímos uma comunidade de homens livres e iguais, co-autores das leis que regem o nosso viver em comum. *In* CARVALHO NETTO, Menelick. **Uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 68, n. 2, p. 67-84, abr./jun. 2002.

<sup>3</sup> MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido**. Florianópolis: Habitus, 2008. Ibid. Sala de aula no dia 12 de abril de 2014 – IDP. Brasília.

<sup>4</sup> Brasil. Constituição (2014). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: DF, Senado, 2014.

Lei. Para qualquer coisa, a única maneira de impedir ou permitir é estabelecer uma lei.

O Controle Prévio de constitucionalidade é importante, pois, conforme entendimento atual, e contrário à Súmula 05 do STF<sup>5</sup>, a inconstitucionalidade representa nulidade absoluta e, por isso, vício insanável. A lei possui o poder de conferir direitos que dificilmente serão removidos depois de sua entrada em vigor:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada<sup>6</sup>.

Nem mesmo uma Lei posterior poderá remover aquilo outra lei já estabeleceu anteriormente.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º Chama-se coisa julgada a decisão judicial de que já não caiba recurso<sup>7</sup>.

O Ato Jurídico Perfeito, o Direito Adquirido e a Coisa Julgada não se desfazem por lei nova. As mudanças provocadas se perpetuam no tempo. Os direitos concedidos por uma lei não podem ser desfeitos por mera novidade no ordenamento jurídico. Por isso destaco a importância de se realizar um controle prévio ao surgimento da lei, impedindo que as inconstitucionalidades se perpetuem no tempo.

Essa lei limitadora da escolha humana deve ser legítima, válida e autêntica: produzida por quem é competente para produzir, seguir os procedimentos exigidos e estar em harmonia com o ordenamento jurídico, histórico e social.

Convém lembrar a advertência sempre constante e repetida por Pontes de Miranda no vol. 4 do seu monumental Tratado de Direito Privado: “Imperdoável erro de técnica jurídica é confundir os planos da existência, validade e eficácia<sup>8</sup>.”

<sup>5</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 5. A sanção do projeto supre a falta de iniciativa do poder executivo. Esse não é o entendimento atual de muitos doutrinadores. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199> . Acesso em: outubro de 2014.

<sup>6</sup> Brasil. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. LEX Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> Brasil. **Regimento Interno do Senado Federal – Normas Conexas**, Vol. II, 2011. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/aproffib/regimento-interno-do-senado-federal-volume-ii> . Acesso em: Outubro 2014.

O que existe pode não ser válido, nem eficaz. E um ato, mesmo que não tenha ainda conseguido eficácia, pode ter existência e validade.

É uma análise contrária ao positivismo que valoriza a regra em detrimento dos costumes e princípios da sociedade. Dworkin<sup>9</sup> considera que até mesmo as diretrizes políticas devem compor o caráter principiológico da norma. Ou seja, a letra em si não se reveste de legitimidade, devendo ser recepcionada pela sociedade e seus usos e costumes. A ausência dessa recepção gera a expressão brasileira “a lei não pegou”. Para Ronald Dworkin, o direito é uma construção social e não de regras. O encaixe harmônico entre a regra e os princípios impõe legitimidade à norma editada pelos poderes. Nessa linha, temos a fórmula de Miguel Reale: Norma = Fato + Valor e também em Robert Alexy em que Norma = Regra + Princípios.

Em casos de formar-se um valo entre o texto da lei e os sentimentos da nação, muito profundo e insuperável, a lei perde sua legitimidade e isso cria clima para a legitimação das sentenças que se afastem do que ela em sua criação veio ditar<sup>10</sup>.

O ato jurídico perfeito presume a existência, a validade e a eficácia do ato. É assente no STF que os poderes executivo e legislativo podem declarar nulos, por ilegalidade ou por inconstitucionalidade, mas compete privativamente ao poder judiciário declará-los inconstitucionais<sup>11</sup>. Sabemos que existe a predominância do controle repressivo por parte do judiciário, isso destaca mais ainda a importância do controle prévio, pois, depois de consumada a lei, apenas o judiciário poderia frear seus efeitos.

O Controle Prévio de Constitucionalidade das Leis recai sobre todos os atos praticados antes da lei entrar em vigor. Mas esse momento é o momento da sanção? É o da publicação? É o fim do prazo para a entrada em vigor? E no caso da medida provisória?

---

<sup>9</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. (Coleção Direito e Justiça).

<sup>10</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 279.

<sup>11</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 221 MC – Min. Moreira Alves, em 22 de outubro de 1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346262>. Acesso em: outubro de 2014.

O fato é que cada diploma legal possui um limite para a realização do controle prévio e essa discussão é importante para sabermos até que ponto é possível realizar o controle prévio de constitucionalidade.

O processo legislativo comum é integrado pela fase da iniciativa (apresentação do projeto), fase de deliberação (integrada pela análise do projeto, discussão e votação), fase executiva (sanção ou veto) e fase complementar (promulgação e publicação).

Mencionada pela primeira vez na Carta de 1937<sup>12</sup>, a competência privativa para sancionar, promulgar e fazer publicar as leis foi concedida ao presidente da república em um ambiente autoritário e perdura até hoje em tempos de democracia. São instrumentos que tiveram seus conceitos aprimorados para cooperarem com o equilíbrio entre poderes.

Já na Constituição Cidadã traz no seu Art. 84, IV - V. "Compete privativamente ao Presidente da República: sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; vetar projetos de lei, total ou parcialmente";

Sancionar não significa vigência nem validade. É uma concordância, mesmo que em parte, com o resultado do projeto. A sanção atesta o encerramento do fazer legislativo da maioria das leis. É uma análise exclusiva do presidente que decidirá pela conveniência, oportunidade e constitucionalidade diante dos programas e ações governamentais. Ato privativo do presidente; não existe sanção em outro momento do processo legislativo. Para muitos, é nesse momento que a lei passa a existir.

Vetar Projetos de Lei é a discordância, mesmo que em parte, do projeto. É um instrumento de controle prévio de constitucionalidade; mas cabe observar que o veto não é um instrumento absoluto e soberano do controle prévio, pois não encerra a inconstitucionalidade por si só. O veto poderá ser derrubado pelo congresso que dará prosseguimento e andamento do diploma.

Promulgação Certifica a regularidade do projeto. Cabe ao presidente, mesmo nos casos em que ele vetou o projeto e depois teve o veto derrubado.

---

<sup>12</sup> FRANCISCO, José Carlos. Comentário ao Art 84. II. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio. (coords). **Comentários à Constituição do Brasil São Paulo: Saraiva/Almedina**, 2013. p.1213.

Sanção é diferente de promulgação. Aquela é exclusiva do presidente da república, mas essa poderá ser realizada pelo legislativo.

Publicação é a comunicação da promulgação. É a condição para a entrada da lei em vigor. Sabemos que o presidente possui 15 dias para sancionar a lei aprovada no Congresso, todavia não foi determinado um prazo entre a promulgação e a publicação.

Considerando que a maior parte da doutrina considera que a lei passa a existir com a sanção ou com a derrubada do veto<sup>13</sup>, um projeto de lei sancionado, mas não promulgado e publicado, poderia ser objeto de Controle Prévio? ou apenas seria alvo do Controle Abstrato de Constitucionalidade realizado pelo STF, ou nem desse?

Aqui observamos uma lacuna quanto ao exercício do controle prévio. Defendo a posição que é possível realizar o controle prévio nas fases de promulgação e publicação, inclusive durante o *vacatio legis*.

Não há um prazo definido para promulgação após a sanção. Caso o presidente sancione uma lei da forma expressa (dentro de 15 dias) ou tácita (sem se manifestar), não existe prazo determinado para que ele proceda à promulgação e publicação. Diferentemente ocorre na rejeição do veto, em que existe uma determinação para se promulgar em 48h. O mesmo ocorre com a emenda constitucional, em que fica clara a diferença entre sancionar e promulgar. Após a aprovação, o projeto de emenda não tem prazo para ser promulgado ou publicado.

A lei, além de existir, precisa entrar em vigência, ser válida e eficaz. A existência da lei não pode ser confundida com o fim do *vactio legis*, ou seja, o prazo entre a publicação e o início da vigência (Art 1º lei 12.376 de 2010). Tampouco, a existência da lei pode ser confundida com a sua validade que é o enquadramento da lei perante a constituição e o ordenamento jurídico. A existência da lei também não vai garantir sua eficácia, que se resume à possibilidade de aplicação do texto e à aceitação social, resultado do ambiente histórico-social.

Sanção, promulgação e publicação são ações interligadas, e ainda existe muita confusão doutrinária sobre a diferença entre sanção e promulgação, ou promulgação e publicação. Como visto, a sanção é exclusiva do presidente da república, já a promulgação poderá ser feita pelo poder legislativo. Promulgar

---

<sup>13</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva 2011. P.523

também não seria o ato de publicar?! Apenas com a publicação da lei é que a sanção e promulgação se efetivam?!

## 1.2. CONTROLE PRÉVIO DURANTE O *VACATIO LEGIS*.

Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada<sup>14</sup>. A lei passa a exercer suas mudanças depois do *vactio legis*. O controle prévio poderia atuar durante o *vactio legis*? Esse espaço legislativo serve como a maturação da lei perante seus destinatários e à classe jurídica. É o momento em que ela é exposta às críticas da sociedade e debatida nos meios em que ela exercerá sua influência. Nesse tempo é que teremos as primeiras percepções sobre a legitimidade social, política e histórica da lei perante a sociedade. Mas, se encontradas falhas constitucionais ou principiológica, poderia a “lei” sofrer controle de constitucionalidade? O Art. 1º - § 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro diz “Se, antes de entrar a lei em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, destinada a correção, o prazo deste artigo e dos parágrafos anteriores começará a correr da nova publicação”.<sup>15</sup>

Existe a previsão da lei ser corrigida durante o *vacatio legis*, note que tal previsão legal não explicita que é uma correção textual. Ora, nesse momento de debate social, que é o *vacatio legis*, ao ser reconhecida uma inconstitucionalidade presente na norma, teremos que esperar a entrada em vigor para então impetrarmos uma Adin? Parece absurda a ideia de permitir que uma lei entre em vigor prejudicando direitos humanos, sociais e a ordem econômica por meramente inexistir um instrumento de controle preventivo durante o *vacatio legis*.

Considerando a doutrina do *fumus boni huri* e a doutrina do *periculum in mora*, não vejo obstáculo para que o STF aceite uma ADIn contra a lei que tiver sua inconstitucionalidade identificada durante o *vacatio legis*, conforme defende alguns doutrinadores<sup>16</sup>. Todavia, seria de muita utilidade a possibilidade de se impetrar um Mandado de Segurança (Item 2) como instrumento de controle prévio ou que seja criada uma ferramenta de controle preventivo até o fim do *vacatio legis*. Uma

<sup>14</sup> Brasil. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. LEX Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010.

<sup>15</sup> Id.

<sup>16</sup> PAULA de, Alexandre Sturion. **A viabilidade da Declaração de Inconstitucionalidade de Lei no Período da “vacatio legis”**. Brasília: Revista Jurídica Virtual. Vol. 5, nº 58, março/2004. Casa Civil.



sugestão é que seja possível uma comissão da sociedade, de juristas ou de notáveis, intervir para que, até o fim do *vacatio legis*, seja possível exercer o controle prévio de constitucionalidade.

### 1.3. **JUDICIAL REVIEW PREVENTIVO - CONTROLE PRÉVIO DE CONSTITUCIONALIDADE POR MEIO DO MANDADO DE SEGURANÇA.**

Ainda considerando a produção de leis válidas para a sociedade, o parlamentar, em sua atividade, procura cada vez mais o judiciário para assegurar seu direito subjetivo. A prática de impetrar mandado de segurança contra atos das mesas legislativas ganha espaço e acirra os conflitos entre legislativo e judiciário. É crescente o uso do mandado de segurança por parlamentar para impedir prosseguimento de irregularidades no processo legislativo. Ou seja, o uso do Mandado de Segurança objetivando o controle prévio de constitucionalidade.

Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.<sup>17</sup> O parlamentar, que se sentir impedido ou ferido em seus direitos institucionais, poderá provocar o judiciário para proteger suas prerrogativas funcionais determinadas na constituição ou em leis. Trata-se de um direito público **subjetivo**, pois, considerando as atribuições e obrigações dos congressistas, o parlamentar dispõe do direito à correta observância das cláusulas que compõem o devido processo legislativo, não podendo ser desrespeitado no seu direito à atividade legislativa legítima, amparada constitucionalmente, podendo provocar a fiscalização por parte do judiciário<sup>18</sup>.

Os membros do Congresso Nacional dispõem de legitimidade ativa *ad causam* para provocar a instauração do controle jurisdicional sobre o processo de formação das leis e das emendas à Constituição, dispondo de irrecusável direito subjetivo de impedir que a elaboração dos atos normativos, pelo Poder Legislativo, incida em desvios inconstitucionais<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Brasil. Constituição (2014). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: DF, Senado, 2014.

<sup>18</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.565/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17 de novembro de 1999.

<sup>19</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.334/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 13 de setembro de 2002.

Se as normas constitucionais não forem obedecidas durante a produção do diploma legal, logo, tal diploma é inválido<sup>20</sup>. Não se pode ignorar que a estrita observância das normas constitucionais condiciona a própria validade dos atos normativos editados e/ou examinados pelo Poder Legislativo.

Basear-se na Carta Política para o desempenho das funções intrínsecas ao cargo é dever de todos os agentes políticos. A partir do momento que o Congresso não observa os procedimentos constitucionais durante o processo legislativo, as falhas deixam de ser assunto de caráter *interna corporis* e passam a receber a possibilidade de tutela do “guardião da constituição”<sup>21</sup> assim que provocado, não podendo ser considerada um gesto de indevida interferência jurisdicional na esfera orgânica do Poder Legislativo.

A controvérsia jurídica, impregnada de relevo constitucional, legitima a atividade de controle por parte do STF, que se revela intrínseca ao âmbito de competência que a própria Carta Política lhe outorgou. A jurisdição constitucional qualifica-se como importante fator de contenção de eventuais excessos, abusos ou omissões alegadamente transgressores do texto da Constituição da República, não importando a condição institucional que ostente o órgão estatal, por mais elevada que seja sua posição na estrutura institucional do Estado.

Não custa lembrar que esse entendimento é validado pelos princípios que informam o Estado Democrático de Direito e que regem, em nosso sistema institucional, as relações entre os Poderes da República.

O Poder Judiciário desempenha as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República quando intervém para assegurar as prerrogativas constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição.

Hoje, no Brasil, o *judicial review* preventivo é válido nos termos supracitados e em vários julgados do STF.<sup>22</sup>

No Mandado de Segurança 32.033/STF, o então Sen. Rodrigo Rollemberg impetrou mandando de segurança alegando inconstitucionalidade da

<sup>20</sup> SCHMITT, Carl. **Teoría de La Constitución**. 1934. p.166; RUFFIA, di Paolo Biscaretti. **Diritto Costituzionale**. 1949. vol. I/433-434; LAFERRIÈRE, Julien. **Manuel de Droit Constitutionnel**. 1947. p. 330; GALEOTTI, Serio. **Contributo alla Teoria del Procedimento Legislativo**. p. 241

<sup>21</sup> Brasil. Constituição (2014). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: DF, Senado, 2014.

<sup>22</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 27.931 MC, Rel.Min. Celso de Mello, julgado em 27/03/2009, publicado em DJe-062 DIVULG 31/03/2009 PUBLIC 01/04/2009 RTJ VOL-00210-03 PP-01249. **MS 23.334/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.** (MS 23.565/DF, Rel. Min. Celso de Mello).

tramitação de projeto de lei (PLC 14/2013) com base no art. 60, § 4º da Constituição Federal: “§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (...) IV – os direitos e garantias individuais”<sup>23</sup>.

Tanto o Min. Gilmar Mendes como o Sen. Rollemberg consideraram que o referido projeto feria o direito político fundamental da liberdade de criação de partido, logo, não poderia haver deliberação da proposta. A liminar que impedia a deliberação foi cassada.

Sem me ater à decisão de mérito, podemos cada vez mais observar que instituições internas do parlamento, como a comissão de constituição e justiça – CCJ (ver tópico 5), perdem o prestígio e confiança junto aos parlamentares.

Não pretendo transferir a última palavra sobre a Constituição Federal para as CCJs nem retirar o direito do parlamentar defender seu ofício por meio de mandado de segurança, mas o congresso está em crise com seus regimentos e suas comissões. Prazos não são respeitados e relatórios não são seguidos. A CCJ já havia permitido a tramitação do PLC 14/2013 e várias outras ferramentas do regimento interno não foram esgotadas antes de se impetrar o Mandado de Segurança 32.033.

O judiciário, ao receber o MS, tão apenas exerceu seu papel, pois foi provocado, todavia levou a culpa da história e mais uma vez foi acusado de ativismo judicial.

No caso supracitado, existia um órgão interno do poder legislativo para analisar se a deliberação abolia ou não cláusula pétrea que autorizou a tramitação e deliberação da proposta. A questão é que o Sen. Rollemberg não creditou plena confiança nos mecanismos internos da instituição para ter seu pleito analisado; ou, mesmo confiando, temia que o tempo exigido pelas vias administrativas para a correção da inconstitucionalidade tornasse o pleito ineficaz e que o Projeto de Lei fosse aprovado. Ou, simplesmente temeu que a maioria política deixasse de observar os preceitos constitucionais por mera conveniência e oportunidade, e por isso decidiu apelar ao judiciário, em consonância com o pensamento de Conrado Hubener Mendes “À corte, mais precisamente, incube três tarefas. Em primeiro

---

<sup>23</sup> Brasil. Constituição (2014). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: DF, Senado, 2014.

lugar, utilizar-se da razão pública para evitar que maiorias transitórias rompam a estrutura da constituição<sup>24</sup>.

Uma das questões defendidas por Gilmar Mendes, ao deferir a liminar, foi de contrariar o casuísmo político gerado pela maioria transitória:

só se consegue perceber a inconstitucionalidade do PLC 14/2013 verificando-se o seu conteúdo e a circunstância que envolvia a sua deliberação, que **revelou seu caráter casuístico**, ofensivo a direitos fundamentais como a isonomia, a igualdade de chances, a proporcionalidade, a segurança jurídica e a liberdade de criação de legendas, todos cláusulas pétreas da Constituição Federal de 1988.<sup>25</sup>

Obviamente, a constituição é estabelecida para ultrapassar gerações, não podendo ser alterada por casuísmo de governo de coalizão ou maioria política transitória. Aqui também se faz eficaz o controle preventivo de constitucionalidade. Mas quem define o que são e quais são as maiorias transitórias? A maioria de hoje não seria a minoria de ontem? Como definir se uma maioria é transitória ou não?

Responder a essas perguntas não é o objetivo do presente trabalho, mas fica evidente que é obrigação do próprio parlamento fortalecer suas instituições internas ao ponto de ser respeitado pelos próprios parlamentares.

Por mais útil e válido que seja utilizar o mandado de segurança como controle prévio de constitucionalidade, é uma prática que deve ser utilizada de forma extraordinária e de forma rara. Seria outra vergonha o fato de parlamentares recorrerem ao judiciário para regular o funcionamento do congresso. Volto a destacar: o parlamento precisa valorizar e respeitar seus estatutos internos, do a quem doer.

---

<sup>24</sup> HUBNER, Conrado. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. USP. São Paulo 2008.

<sup>25</sup> Brasil. Mandado de Segurança nº 32.033/DF REI. Min. Gilmar Mendes, DJ 18 de fevereiro de 2014.

## **2. CONTROLE PRÉVIO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS.**

Doutrinadores dos tratados internacionais e dos tratados de direitos humanos estão supervalorizando os acordos internacionais em detrimentos dos princípios constitucionais e do próprio texto constitucional. Julgam até que a lei externa é superior à constituição, conforme afirma a convenção de Viena assinada pelo Brasil. Existe um vácuo legislativo quanto à internalização dos tratados que gera conflitos de normas e inúmeras inconstitucionalidades. Levantaremos algumas questões que se tornam um desafio ao controle prévio de constitucionalidade.

### **2.1. PROTEÇÃO AO DIREITO INTERNO CONTRA A TEORIA DA SUPERIORIDADE DAS LEIS INTERNACIONAIS SOBRE O ORDENAMENTO BRASILEIRO.**

Cresce uma insegurança jurídica que permeia as relações internacionais e o ordenamento jurídico interno provocada por um vazio normativo quanto aos meios de internalização dos acordos internacionais dos quais o Brasil é signatário. Nesse processo, os instrumentos de controle preventivo de constitucionalidade ganham maior importância, pois buscam evitar normatividades que sejam antagônicas no plano externo e incompatíveis com o plano interno; considerando os princípios de formação das leis.

O Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009, referendou a Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados Internacionais que se tornou o instrumento a ser seguido durante a formação de um tratado internacional. Nossa constituição ressaltou a importância do controle de constitucionalidade preventivo ao exigir que o executivo realize uma consulta ao legislativo interno antes de ratificar um tratado internacional. Por sua vez, a Convenção estabeleceu critérios de controle e de reconhecimento da competência dos representantes diplomáticos para assinar acordos, participar da produção do texto e responder pelo país representado, considerando sem efeito qualquer ato relativo à conclusão de um tratado que tenha sido praticado por quem não detém a representação do Estado<sup>26</sup>. A análise de

---

<sup>26</sup> Brasil. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009, Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Artigo 7º. Plenos Poderes. 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

competência é feita antes da assinatura, um claro controle preventivo durante a elaboração dos tratados.

Apesar dos 85 artigos que compõem a Convenção, quero destacar os seguintes:

Artigo 27 - Direito Interno e Observância de Tratados:

1. 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.

Artigo 46 - Disposições do Direito Interno sobre Competência para Concluir Tratados

1. Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma 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.

O Estado brasileiro acordou em seguir os Arts. 27 e 46 da convenção supracitada, não podendo invocar o direito interno para justificar o descumprimento do tratado que deve ser cumprido mesmo que, depois de internalizado, contrariar o ordenamento jurídico do país. Significa dizer que norma internacional é superior à norma nacional<sup>27</sup>. Já aqui, fica patente a necessidade de um controle prévio sobre os tratados internacionais que serão incorporados como leis ou emendas constitucionais.

Conforme veremos a frente, o tratado é incorporado como lei e por isso revoga lei anterior a ele<sup>28</sup>, mas, ao reler os artigos supracitados, percebemos que a recíproca não é verdadeira quanto à lei interna posterior que contrarie os tratados internacionais. Ou seja, apesar da lei externa revogar a norma interna que lhe é

---

Estado em obrigar-se por um tratado se: a) apresentar plenos poderes apropriados; ou b) a prática dos Estados interessados ou outras circunstâncias indicarem que a intenção do Estado era considerar essa pessoa seu representante para esses fins e dispensar os plenos poderes.

<sup>27</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo 2012. p.207.

<sup>28</sup> Brasil. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. LEX Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010. - Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. § 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

anterior, a lei interna posterior ao tratado não revoga<sup>29</sup> a aplicabilidade dos dispositivos do acordo internacional contrários a ela<sup>30</sup>. Os tratados, portanto, são considerados imunes a qualquer normatividade futura, sendo hierarquicamente superiores à norma interna<sup>31</sup>. E no caso de tratado de direitos humanos que utilize o rito de emenda constitucional, o tratado poderá revogar qualquer diploma legal contrário a ele, inclusive emendas constitucionais anteriores.

Os tratados internacionais não estão constitucionalmente elencados como um diploma derivado do processo legislativo<sup>32</sup> e a Carta Maior não descreve o rito legislativo de incorporação dos tratados. Tais instrumentos também não receberam regulação por meio de lei complementar<sup>33</sup> que é o diploma legal responsável por descrever os procedimentos de formação das leis e, conseqüentemente, os de internalização dos tratados internacionais; ademais, a tramitação com vista à recepção dos tratados não foi descrita nos regimentos internos das casas legislativas, ficando apenas a cargo de uma convenção externa<sup>34</sup> pautada no

<sup>29</sup> Brasil. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009, Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Artigo 18. Obrigação de Não Frustrar o Objeto e Finalidade de um Tratado antes de sua Entrada em Vigor. Um Estado é obrigado a abster-se da prática de atos que frustrariam o objeto e a finalidade de um tratado, quando: a) tiver assinado ou trocado instrumentos constitutivos do tratado, sob reserva de ratificação, aceitação ou aprovação, enquanto não tiver manifestado sua intenção de não se tornar parte no tratado; ou b) tiver expressado seu consentimento em obrigar-se pelo tratado no período que precede a entrada em vigor do tratado e com a condição de esta não ser indevidamente retardada.

<sup>30</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo 2012. p.208. Respeitada a opinião do excelente internacionalista, permito-me discordar. Cumpre assinalar que os atos internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se no mesmo plano de validade e eficácia das normas infraconstitucionais. Essa visão do tema foi prestigiada em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 80.004-SE (RTJ 83/809, Rel. p/ o acórdão Min. CUNHA PEIXOTO), quando se consagrou, entre nós, a tese - até hoje prevalente na jurisprudência da Corte (e recentemente reiterada no julgamento da ADI nº 1.480-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO) - de que existe, entre tratados internacionais e leis internas brasileiras, de caráter ordinário, mera relação de paridade normativa. Carta Rogatória n. 8.279-4 da República da Argentina, Min. Celso Mello, Informativo n. 109 do STF.

<sup>31</sup> Brasil. Constituição (2014). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: DF, Senado, 2014. Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.

<sup>32</sup> Ibid. Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

<sup>33</sup> Ibid. Art. 59, Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

<sup>34</sup> A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados foi concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Curioso também é o tempo que tal tratado demorou ser recepcionado pelo congresso: apenas em 14 dezembro de 2009 pelo Decreto nº 7.030.

Princípio da Cortesia<sup>35</sup> do Direito Internacional. Há apenas uma previsão regimental na câmara dos deputados para que o referendo seja feito por decreto legislativo ou por outro meio que permita resolver conclusivamente sobre a matéria, ou seja, não é obrigatório o uso de decreto legislativo para referendar tratado internacional<sup>36</sup>.

Até que se mude a normatividade referente à incorporação dos tratados, restou ao controle prévio a defesa da soberania legislativa interna contra os procedimentos externos. Discordo dos doutrinadores<sup>37</sup> que tratam a legislação internacional blindada contra inovações nacionais, pois considero que a soberania nacional não pode ser negociada ou mitigada por acordos internacionais. O controle prévio de constitucionalidade segue então com um papel preponderante nas relações internacionais.

## 2.2. A INADEQUABILIDADE DO DECRETO LEGISLATIVO PARA REFERENDAR TRATADOS INTERNACIONAIS.

Com o foco no controle preventivo, algumas problemáticas surgem com o uso do decreto legislativo para resolver definitivamente sobre o tratado: 1 – não possibilita a aprovação de tratados internacionais quer versem sobre matéria reservada à lei complementar. 2 – desrespeita a característica constitucional reservada ao decreto legislativo que é a de prescindir da sanção presidencial (ratificação do tratado após referendo do congresso) 3 – impossibilidade definir se o tratado passa a valer com a publicação do decreto legislativo, ou com a ratificação

<sup>35</sup> REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. São Paulo. Saraiva. 2002. O princípio da cortesia é a boa vontade dos Estados em estabelecer suas relações. Os tratados são permeados por uma *anarquia internacional* em que o Estado pode assinar o tratado ou não, segundo seu juízo de conveniência e oportunidade. Obviamente, ele poderá sofrer sanções em suas relações internacionais, mas permanecerá soberano em seu território. Logo, um país pode assinar um tratado hoje e amanhã decidir não cumprir ou retirar sua assinatura.

<sup>36</sup> Art. 151. Quanto à natureza de sua tramitação podem ser: I - urgentes as proposições: j) oriundas de mensagens do Poder Executivo que versem sobre acordos, tratados, convenções, pactos, convênios, protocolos e demais instrumentos de política internacional, a partir de sua aprovação pelo órgão técnico específico, através de projeto de decreto legislativo, ou que **sejam por outra forma apreciadas conclusivamente**;

<sup>37</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo 2012. p.369; e MAGALHÃES, José Carlos. **O supremo tribunal federal e o direito internacional**. Ed. Livraria dos Advogados. Porto Alegre. 2000. A tendência mundial, espelhada na Comunidade Econômica Européia, é a superação das barreiras e o abandono da absoluta soberania legislativa nacional, com surgimento do direito comunitário, sustentado em normas *self-executing* pelos Estados-componentes, dispensado, portanto, o processo integrador das normas internacionais.



do presidente ou com a promulgação do decreto pelo presidente, ato totalmente incompatível com a processualística dos decretos legislativos.

O instrumento do controle prévio protege a exigência constitucional quanto ao quórum e quanto à materialidade afeta a cada diploma legal, barrando os tratados internacionais que deliberem sobre objetos reservados à lei complementar<sup>38</sup>. Os tratados internacionais não podem dispor sobre matérias reservadas à Lei Complementar<sup>39</sup>. Ao utilizar o decreto legislativo, o texto resultante do tratado poderá revogar as leis ordinárias naquilo que é contrário a ele. Sabemos que um decreto legislativo<sup>40</sup> é aprovado por maioria relativa semelhante às leis ordinárias. Veja que um decreto, com quórum de maioria relativa, não pode tratar de matérias reservadas a uma lei que exija quórum diferente. Logo, se um acordo internacional aborda a materialidade constitucionalmente reservada à lei complementar, tal tratado não pode ser incorporado ao ordenamento interno por decreto legislativo.

Além do quórum, o entendimento do supremo<sup>41</sup> é de que existe o princípio da exclusividade da espécie legislativa, ou seja, quando a constituição determinar que uma matéria seja reservada à lei específica, especial, complementar etc, outra espécie legislativa não pode tratar da matéria reservada. Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil, ou aos quais o Brasil venha a aderir, não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar, específica ou especial. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo de um diploma pré-determinado, que não pode ser substituído por qualquer outra espécie normativa.

O Regimento Interno da Câmara dos Deputados Federal diz em seu Art. 109 que “Destinam-se os projetos: II - de decreto legislativo a regular as matérias de

<sup>38</sup> O controle preventivo nesse momento será realizado pela comissão de relações internacionais e pela comissão de constituição e justiça.

<sup>39</sup> ADI 1480 DF, Min. CELSO DE MELLO - DJ 08/08/2001 PP-00003 - Alegada transgressão ao Art. 7º, I, da constituição da república e ao Art. 10, I do ADCT/88 - regulamentação normativa da proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, posta sob reserva constitucional de lei complementar - Consequente impossibilidade jurídica de tratado ou convenção internacional atuar como sucedâneo da lei complementar exigida pela constituição (CE, Art. 7º, I).

<sup>40</sup> Brasil. Constituição (2014). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: DF, Senado, 2014. 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;

<sup>41</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480-3/DF <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083> ADI 1.480-3-DF, Rel. Min. Celso de Mello.

exclusiva competência do Poder Legislativo, sem a sanção do Presidente da República”<sup>42</sup>

O decreto legislativo produz seus efeitos sem exigir a sanção ou promulgação presidencial<sup>43</sup>, já os tratados internacionais exigem a ratificação do presidente após a apreciação e referendo do congresso. Logo, a processualística do decreto legislativo é incompatível com o rito dos tratados internacionais que dependem da ratificação presidencial, não exigida àquele. O que quero destacar é que o decreto tem aplicabilidade sem depender da sanção presidencial, mas, quando ele tratar de tratados internacionais, ficará dependente da ratificação presidencial. Além de descaracterizar um instrumento consagrado no ordenamento jurídico, isso provoca a indecisão quanto ao momento de validade do tratado e quanto ao momento limite em pode ser efetuado o controle preventivo de constitucionalidade sobre o tratado.

Veja que o texto constitucional não determina que o instrumento utilizado pelo congresso para referendar os tratados seja o decreto legislativo<sup>44</sup>. O regimento interno da câmara federal deixou a questão em aberto ao permitir que os tratados pudessem ser “por outra forma apreciados conclusivamente”<sup>45</sup>. Ou seja, outro instrumento poderia tomar essa função, como um projeto de lei em regime de urgência ou até mesmo o parecer de uma comissão mista em rito especial<sup>46</sup>, conforme previsto pelo regimento comum do congresso, até porque resta ao congresso apenas o referendo opinativo (sim ou não) não podendo apresentar

---

<sup>42</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Resolução nº 17, de 1989: **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. 6. ed. Brasília, 2003.

<sup>43</sup> Cabe observar que os decretos legislativos que regulam os efeitos das medidas provisórias não carecem de sanção ou promulgação pelo presidente da república. Cito o exemplo devido à semelhança da situação em que o executivo provoca o congresso ao uso do decreto legislativo.

<sup>44</sup> Brasil. Constituição (2014). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: DF, Senado, 2014. Art. 84, VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a **referendo** do Congresso Nacional. 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;

<sup>45</sup> Ibid. Art. 151. Quanto à natureza de sua tramitação podem ser: I - urgentes as proposições: j) oriundas de mensagens do Poder Executivo que versem sobre acordos, tratados, convenções, pactos, convênios, protocolos e demais instrumentos de política internacional, a partir de sua aprovação pelo órgão técnico específico, através de projeto de decreto legislativo, ou que **sejam por outra forma apreciadas conclusivamente**. grifo meu;

<sup>46</sup> Resolução nº 3, de 1990-CN Dispõe sobre a Comissão Representativa do Congresso Nacional, a que se refere o § 4º do art. 58 da Constituição. Art. 7º À Comissão compete: IV – deliberar sobre: d) tratado, convênio ou acordo internacional, quando o término do prazo, no qual o Brasil deva sobre ele se manifestar, ocorrer durante o período de recesso ou nos dez dias úteis subsequentes a seu término;

emendas ao tratado internacional<sup>47</sup>. Para o plano do controle preventivo de constitucionalidade, especificamente quanto à forma, o decreto legislativo não é o melhor instrumento para a internalização dos tratados, também com a possibilidade de ser inadequado quanto à matéria.

### 2.3. CONTROLE PREVENTIVO *INCIDENTAL* DE CONSTITUCIONALIDADE SOBRE OS TRATADOS INTERNACIONAIS.

O uso do decreto legislativo dificulta a identificação do momento em que o tratado passa a valer no âmbito interno e externo<sup>48</sup>: depois de aprovado o decreto? Depois de ratificado o decreto? Ou depois de promulgado o tratado pelo presidente? É muito importante conhecer esse momento limite em que se pode exercer o controle preventivo de constitucionalidade dos tratados.

Esse vazio consensual quanto ao momento de validade dos tratados, possibilitou ao STF realizar um controle incidental e preventivo de constitucionalidade frente aos tratados internacionais<sup>49</sup>, baseando-se no princípio constitucional da publicidade das leis, em que a lei só passa a ser válida após a publicação em imprensa oficial.

Por isso considero que a lei só passa a existir com o fim do *vacatio legis*, podendo sofrer o controle preventivo até aquele momento, pois seria inconstitucional valer-se da lei não publicada para produzir direitos. Ora, mesmo sem existir na

<sup>47</sup> O texto do tratado enviado por mensagem presidencial não pode sofrer alteração pelo congresso, pois não resulta da vontade unilateral do presidente e sim de vários países. Todavia o texto pode ser aprovado com reservar ou vetados dispositivos específicos. *in* REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. São Paulo. Saraiva. 2002.

<sup>48</sup> A problemática dos tratados internacionais frente ao direito positivo dos países que o firmaram é antiga e rendeu ponderados argumentos de ambas os lados. De um lado, a teoria monista preconizada por Kelsen, que sustenta produzir a ratificação dos tratados efeitos concomitantes na esfera internacional e interna. De outro, a teoria dualista de Triepel, que proclama a coexistência de duas ordens independentes, uma nacional e outra internacional, e por isso exige um processo de recepção para ter trânsito e aplicabilidade naquela.

<sup>49</sup> No Brasil, desde o julgamento do **RE 71.154-PR**, tem-se sustentado a prevalência da teoria dualista. Restou consignado no voto condutor do relator, Ministro Oswaldo Trigueiro, que: "*Lei Uniforme sobre o Cheque, adotada pela Convenção de Genebra. Aprovada essa Convenção pelo Congresso Nacional, e regularmente promulgada* (grifo meu), *suas normas têm aplicação imediata, inclusive naquilo em que modificarem a legislação interna...*" (**RTJ 58/70** - sem os grifos no original). Posteriormente, no **RE n. 80.004-SE / RTJ 83/809-848**; a questão foi novamente apreciada, sedimentando-se a jurisprudência nesse sentido. "A questão da executoriedade dos tratados internacionais no âmbito do direito interno - analisado esse tema na perspectiva do sistema constitucional brasileiro - supõe a prévia incorporação desses atos de direito internacional público ao plano da ordem normativa doméstica" (Ministro Celso Mello, **ADIn 1480-3-DF**, DJU I, 2.8.96, pp. 25.792 a 25.795);

constituição uma descrição sobre o rito legislativo de internalização dos tratados, o STF entende que existem os princípios constitucionais que norteiam o processo legislativo em qualquer hipótese e para qualquer diploma; um desses princípios é a dependência de publicidade para a eficácia da norma.

Essa dicotomia entre o momento de validade do tratado tem provocado demandas judiciais perante o STF. O controle é incidental porque outros países passaram a exigir o cumprimento dos tratados, no âmbito interno, perante o STF<sup>50</sup>, possuindo um caso concreto em que a constitucionalidade quanto ao cumprimento do tratado é abordada na lide. Também é preventivo, pois o tratado não foi declarado válido no contexto interno, apesar de já vigorar no cenário internacional.

O STF tem entendido que a promulgação do tratado é o requisito necessário à aplicabilidade interna<sup>51</sup>, assentando que todo compromisso internacional deve ser promulgado pelo chefe do executivo. Logo, a execução de um tratado não internalizado fere o princípio constitucional da publicidade das leis, da segurança jurídica e o direito fundamental da reserva legal.

### **2.3.1. ESTUDO DE CASO: CARTA ROGATÓRIA Nº 8.279 – CONTROLE INCIDENTAL PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE<sup>52</sup>.**

Como estudo de caso, utilizo o julgado do STF em que foi negada a emissão de *exequatur* à Carta Rogatória nº 8.279 procedente da República da Argentina.

O Protocolo de Medidas Cautelares adotado pelo Conselho do Mercado Comum (MERCOSUL), por ocasião de sua 7ª Reunião em dezembro de 1994, realizada em Ouro Preto/MG, foi aprovado pelo Congresso Nacional<sup>53</sup> mas não foi automaticamente incorporado ao sistema de direito positivo interno vigente no Brasil,

<sup>50</sup> O Controle Incidental de Constitucionalidade surge no processo como acidente, ou seja, não era a questão principal da lide, por isso que se chama concreto e vincula apenas as partes, inicialmente.

<sup>51</sup> FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Saraiva. 1992. vol. 2/21. "Depois de celebrado o tratado ou convenção por representante do Poder Executivo, ele deve ser aprovado pelo Congresso Nacional e promulgado pelo Presidente da República, com a publicação do texto em português no órgão de imprensa oficial, tem-se como integrada a norma da convenção internacional no direito interno". In: **Revista de Jurisprudência do TJRS**, vol. 4/193, Rel. Des. Paulo Boeckel Velloso.

<sup>52</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Revista Trimestral de Jurisprudência nº 58/1970**, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480-DF, Rel. Min. Celso de Mello.

<sup>53</sup> Brasil. Decreto Legislativo nº 192/95. **Aprova o Texto do Protocolo de Medidas Cautelares**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo109.htm>. Acesso em: Outubro de 2014.

pois, a despeito de já ratificado (instrumento de ratificação depositado em 18/3/97), ainda não havia sido promulgado, mediante decreto, pelo Presidente da República.

O judiciário argentino solicitou ao STF o cumprimento de decisão judicial no Brasil baseado naquele acordo de cooperação ratificado pelos presidentes. Todavia não foi emitida a carta precatória, uma vez que o acordo internacional não havia sido promulgado no âmbito interno pelo presidente da república<sup>54</sup>, tendo o STF não concedido o cumprimento da decisão solicitada pelo vizinho.

Para a Argentina, o tratado já estava em vigor, uma vez que presidente Brasileiro havia ratificado o acordo e feito o depósito do instrumento no contexto internacional. Já o STF assentou que a convenção ainda não tinha sido incorporada ao direito interno brasileiro posto que o procedimento constitucional de incorporação dos atos internacionais ainda não havia se concluído. Mas em que momento se conclui esse “procedimento constitucional de incorporação dos atos internacionais?”

<sup>55</sup>.

constitui princípio fundamental do direito brasileiro sobre rogatórias o de que nestas não se pode pleitear medida executória de sentença estrangeira que não haja sido homologada pela Justiça do Brasil<sup>56</sup>

Na realidade, o Protocolo de Medidas Cautelares (MERCOSUL) - que se qualifica como típica Convenção Internacional - não havia se incorporado definitivamente à ordem jurídica doméstica do Estado brasileiro, eis que não completara, à época, o procedimento constitucional de sua recepção pelo sistema normativo brasileiro. A questão da executoriedade dos tratados internacionais no âmbito do direito interno supõe a prévia incorporação desses atos de direito internacional público ao plano da ordem normativa doméstica. A norma internacional não dispõe, por autoridade própria, de exeqüibilidade e de operatividade imediatas no âmbito interno, pois, para tornar-se eficaz e aplicável na

<sup>54</sup> REZEK, Francisco Rezek. **Direito dos Tratados**. Ed. Forense, 1984, p. 384; “O ordenamento jurídico, nesta República, é integralmente ostensivo. Tudo quanto o compõe - resulte de produção legislativa internacional ou doméstica - **presume publicidade oficial e vestibular**. Um tratado regularmente concluído depende dessa publicidade para integrar o acervo normativo nacional, habilitando-se ao cumprimento por particulares e governantes, e à garantia de vigência pelo Judiciário”

<sup>55</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Carta Rogatória nº 8.279-República Argentina**. Ementa do acórdão. Mercosul: Protocolo de Medidas Cautelares. DJ 12 de abril de 1999.

<sup>56</sup> Ibid.

esfera doméstica do Estado brasileiro, dependem, essencialmente, de um processo de integração normativa que se acha delineado, em seus aspectos básicos, na própria Constituição da República.

É corolário da teoria dualista a necessidade de, através de alguma formalidade, transportar o conteúdo normativo dos tratados para o Direito interno, para que estes, embora já existentes no plano internacional, possam ter validade e exequibilidade no território nacional. Consoante o monismo, não será necessária a realização de qualquer ato pertinente ao Direito interno após a ratificação.<sup>57</sup>

Não obstante tais considerações, destaca-se que o momento a partir do qual as normas internacionais tornam-se vinculantes no plano interno excede, em nosso sistema jurídico, à mera discussão acadêmica em torno dos princípios que regem o monismo e o dualismo, pois “cabe à Constituição da República - e a esta, somente - disciplinar a questão pertinente à vigência doméstica dos tratados internacionais” (Min. Celso de Mello).

No caso em tela, o STF concluiu que, para efeito de exequibilidade doméstica dos tratados internacionais, o sistema constitucional brasileiro exige a aprovação congressional e a promulgação executiva do texto convencional. A ratificação, que se qualifica como típico ato de direito internacional público, não basta, por si só, para promover a automática incorporação do tratado ao sistema de direito positivo interno<sup>58</sup>.

Logo, a aprovação congressional e a promulgação executiva atuam, nessa condição, como pressupostos indispensáveis da própria aplicabilidade, no plano normativo interno, da convenção internacional celebrada pelo Brasil<sup>59</sup>.

Portanto, o Protocolo de Medidas Cautelares celebrado no âmbito do MERCOSUL não se achava formalmente incorporado ao sistema de direito positivo interno do Brasil, razão pela qual não poderia ser invocado, no plano doméstico, como fundamento de concessão do *exequatur*, em tema de cartas rogatórias com efeito executório.

Esse entendimento não é pacífico na doutrina; outros alegam que, uma vez ratificado um acordo internacional pelo presidente<sup>60</sup>, todos os demais Estados-partes

<sup>57</sup> RODAS, João Grandino. **Tratados Internacionais**. Ed. RT. 1991. P. 17, item n. 8.

<sup>58</sup> REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. Saraiva. 1995. 5ª ed. item n. 34.p. 69.

<sup>59</sup> REZEK, José Francisco. **Direito dos Tratados**. Forense. 1984. Itens nºs 321 e 322. p. 384/386. Cf. ACCIOLY, Hilbebrando. **Tratado de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro. 1956 2ª ed vol. I/ itens 904 e 933-935. p.577 e 601-603. Cf. MELLO, Celso D. Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. vol. Freitas Bastos. 1974. 4ª ed. itens 89 e 90.p.1/125.

passam a acreditar, com convicção, que já podem se valer das disposições constantes no tratado. Alegam também que a constituição não prevê o momento em que os tratados passam a valer.

Com o olhar voltado para o exercício do controle preventivo, discordo tanto do entendimento do STF como o do Valerio Mazzuoli e de José Carlos de Magalhães<sup>61</sup>. Não pode haver a predominância do rito externo sobre o interno, como propõe Mazzuoli e Magalhães, mas também não deve haver uma desconsideração total com o depósito internacional da ratificação realizado pelo poder executivo (presidente) diante de outros países. Esse vazio legislativo quanto ao procedimento de internalização dos tratados é que colocam em cheque a estabilidade do ordenamento jurídico.

Considerando a soberania do ordenamento interno, o tratado deve passar a valer simultaneamente no plano interno e externo, ou, no máximo, primeiramente no plano interno e posteriormente no plano externo. O que se sugere é a edição de lei complementar para regular o processo de internalização dos definindo o momento em que ele passe a valer simultaneamente nos planos internos e externos.

Considerando o acima exposto, o controle preventivo, quanto ao momento de validade do tratado, protege o princípio constitucional da publicidade das leis, evitando que os brasileiros (pessoas físicas ou jurídicas) sejam pegas desprevenidas em relação a acordos internacionais que entrem em vigor sem a comunicação oficial interna.

O suposto Controle “Incidental” Preventivo de Constitucionalidade deriva de requerimentos estrangeiros, perante o Supremo, frente aos tratados que foram ratificados, mas que ainda não foram incorporados - seja por morosidade ou desinteresse do Estado brasileiro - apesar de terem sido depositados pelo presidente no âmbito internacional, e não foi promulgado e publicado no ambiente interno.

O controle prévio evitará que tratados internacionais abordem matéria afeta à lei complementar e à qualquer outra matéria constitucionalmente reservada à lei específica, ou especial. Minha sugestão é que a incorporação deva ser realizada

---

<sup>60</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo 2012. p.368 - 370. Carta Rogatória nº 8.279 da República da Argentina, de 04 de maio de 1998, in Dj 14.05.95, p.34.

<sup>61</sup> MAGALHÃES, José Carlos. **O supremo tribunal federal e o direito internacional**. Ed. Livraria dos Advogados. Porto Alegre. 200. pp 70 – 72.

pelo diploma legal requerido pela constituição para a matéria em questão. A promulgação é requisito indispensável à vigência interna dos tratados, não sendo suprida pelo depósito da ratificação presidencial perante outro país;

A constituição federal e os regimentos das casas legislativas não obrigam o uso do decreto legislativo como instrumento legal de aprovação dos tratados internacionais, sendo tal escolha inadequada e nociva aos princípios constitucionais afetos ao Decreto Legislativo, quais sejam o da não sanção presidencial, não promulgação pelo executivo e executoriedade imediata à sua publicação.

No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do *treaty-making power*, pelo Estado brasileiro, não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional.<sup>62</sup>

Considero também que leis internas posteriores revogam tratados anteriores naquilo que forem contrários, com exceção das leis ordinárias, resoluções e decretos; devendo a União arcar com o ônus da rescisão do acordo, porém, mantendo a soberania nacional sobre os assuntos internos e externos.

---

<sup>62</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480. Rel. Min Celso de Mello. DJ em 8 de agosto de 2001.



## 2.4. TRATADOS SOBRE DIREITOS HUMANOS

Em 1992, o Dep. Hélio Bicudo/PT apresentou o Projeto de Emenda à Constituição nº 96 propondo inúmeras modificações. O seu foco principal estava na estrutura do judiciário. Todavia a PEC passou por dois arquivamentos<sup>63</sup> e, após receber inúmeras emendas, foi promulgada em novembro de 2004 transformando-se na Emenda Constitucional nº 45 de 2004<sup>64</sup>. Tal emenda ficou conhecida como “a reforma do judiciário”<sup>65</sup>.

Essa emenda estabeleceu a forma pela qual os Direitos Humanos (DH) decorrentes dos tratados internacionais seriam incorporados pela constituição, considerando que o constituinte de 1988 conseguiu vislumbrar, por meio do §2 do art. 5º, que haveria direitos humanos ainda “desconhecidos”, ou não requeridos pela sociedade, e que eles deveriam ser abordados de forma tão importante quantos aqueles que estavam sendo descritos naquele momento:

Art. 5º- § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> Brasil. Câmara dos Deputados Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 96 de 1992**. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14373>. Acesso em: outubro de 2014.

<sup>64</sup> A reforma do Judiciário (EC 45/2004) é a que mais alterou pontos da Constituição Brasileira. Sua tramitação foi longuíssima. A proposta foi transformada em emenda de revisão em 1993, mas acabou arquivada, face aos encerramentos dos trabalhos da revisão constitucional. Em 1995, foi reaberta e apensada à proposta 112/1995 (de autoria do deputado José Genoíno, que cria o “controle externo” do Judiciário). Apesar do relatório favorável do deputado Jairo Carneiro (em outubro de 1996), a comissão especial da Câmara dos Deputados nunca chegou a aprovar a proposta e ela foi novamente arquivada. Em fevereiro de 1999, a proposta é desarquivada e recebe um apoio revigorado do governo. Em outubro de 1999, a relatora Zulaiê Cobra finalmente consegue o consenso necessário e aprova a proposta na comissão especial, por unanimidade. A esta altura, a proposta foi apensada às PECs 127/1995, 215/1995, 368/1996 e 500/1997. Durante nove meses, a proposta foi discutida em 36 sessões do plenário da Câmara dos Deputados, sendo finalmente remetida ao Senado Federal em 7 de junho de 2000. No Senado, a reforma continuou sua tramitação gradual. A matéria teve um número incomum de emendas apresentadas. O relator, senador Bernardo Cabral, constituiu seu relatório aos poucos, em votações parciais, sendo que a versão final apenas fica pronta apenas em novembro de 2002, impossibilitando sua tramitação em plenário devido à proximidade do fim da legislatura. Após mais dois anos de tramitação no Senado, a reforma foi aprovada e publicada em 30 de dezembro de 2004, totalizando mais de doze anos de tramitação.

<sup>65</sup> **Clipping Jur**. Revista Jurídica. São Paulo. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: [http://www2.oabsp.org.br/asp/clipping\\_jur/ClippingJurDetalheEmail.asp?id\\_noticias=8067](http://www2.oabsp.org.br/asp/clipping_jur/ClippingJurDetalheEmail.asp?id_noticias=8067). Acesso em: outubro de 2014.

<sup>66</sup> Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: DF, Senado, 2014.

Trata-se das características históricas e temporais dos direitos fundamentais. É histórica porque os direitos acompanham a realidade da sociedade e seus contratos sociais, podendo mudar de roupagem; ser aceito em um dado momento histórico ou rejeitado em outro. Como exemplo, podemos citar a Revolta da Vacina de 1904<sup>67</sup> em que o direito à saúde e ao saneamento, de caráter prestacional do Estado, não poderiam ofender a intimidade, liberdade e os bons costumes (Paulo Gonet 2014). Já a característica temporal reza que um indivíduo pode ser titular de um direito em um momento específico e depois não ter mais o direito a exercê-lo; é o exemplo das crianças que possuem direitos que não são extensíveis aos adultos (direito à proteção, à educação, a não trabalhar, etc.) e também o exemplo dos idosos:

Art. 7º - XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.<sup>68</sup>

O constituinte originário, no §2º do art. 5º, possibilitou que os novos direitos e garantias fundamentais que surgissem das relações exteriores fossem reconhecidos pelo ordenamento jurídico doméstico, mas não descreveu a forma como esse reconhecimento seria feito.

A Emenda Constitucional nº 45 incluiu o §3º<sup>69</sup> ao art. 5º e especificou a forma a ser seguida para aquilo que tratava o §2º, ao estabelecer o rito de emenda para os tratados de direitos humano<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> No combate à varíola, a população estava confusa e descontente. A cidade parecia em ruínas, **muitos perdiam suas casas e outros tantos tiveram seus lares invadidos pelos mata-mosquitos, que agiam acompanhados por policiais.** Jornais da oposição criticavam a ação do governo e falavam de supostos perigos causados pela vacina. Além disso, o boato de que a vacina teria de **ser aplicada nas "partes íntimas" do corpo (as mulheres teriam que se despir diante dos vacinadores)** agravou a ira da população, que se rebelou. Disponível em: <http://www.ccms.saude.gov.br/revolta/revolta2.html>. Acessado em: outubro de 2014.

<sup>68</sup> Brasil. Constituição (2014). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: DF, Senado, 2014.

<sup>69</sup> Ibid. § 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. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#)).

Quanto aos Tratados de Direitos Humanos, surgem vários desafios para o controle preventivo de constitucionalidade e para o ordenamento jurídico. algumas perguntas desafiadoras seriam: A constituição federal de 1988 passaria a ser uma constituição aberta e dependente de textos externos ao dela? Os novos direitos e garantias fundamentais também serão considerados cláusulas pétreas? Ou seja, uma PEC posterior não poderia revogar o tratado naquilo que lhe for contrário? Existe a soberania internacional sobre a lei interna? Como estabelecer o *judicial review* de um texto externo que poderia resultar em jurisprudência em cada Estado signatário? Todos os tratados de DH serão submetidos ao rito de emenda? Qual é o critério que define qual tratado de DH será submetido ao rito de emenda? De quem é a competência para determinar que o tratado passe pelo rito de emenda constitucional ou não? Depois de aprovado pelo processo de emenda constitucional, o tratado já passa a valer internamente ou carece de ratificação e promulgação do executivo? O que fazer quando um desses tratados for alterado no âmbito internacional? O que fazer com os tratados sobre DH aprovados antes da EC n° 45?

#### **2.4.1. AMEAÇAS DOS TRATADOS DE DH À CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A ATUAÇÃO DO CONTROLE PREVENTIVO NESSE CONTEXTO.**

Boa parte da doutrina sustenta que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos (TIDH), além de configurarem norma constitucional, são também cláusulas pétreas<sup>71</sup>. Nesse ponto, já é possível vislumbrar o desafio que o controle preventivo precisa enfrentar para assegurar que os TIDH não prejudiquem o ordenamento interno e a Constituição de 1988, pois poderiam ser admitidos como cláusulas pétreas. Como foi visto, as leis ordinárias são revogadas por tratados naquilo que são contrários, mas as leis posteriores aos tratados não podem revoga-lo. As Convenções sobre DH que são incorporadas na forma de emenda revogam as emendas constitucionais naquilo que é contrário, mas, seguindo a analogia ao caso de leis ordinárias contra os tratados, poderíamos concluir que as emendas

<sup>70</sup> Temos apenas dois tratados reconhecidos no procedimento de emenda: 1-Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em 30 de março de 2007. [Decreto Legislativo nº 186, de 9.7.2008](#) 2- Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, em 30 de março de 2007. [Decreto nº 6.949, de 25.8.2009](#) [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/quadro\\_DEC.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/quadro_DEC.htm)

<sup>71</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p.98.

constitucionais posteriores aos TIDH estão impossibilitadas de revogar aquelas incorporadas à constituição? As Convenções sobre DH incorporadas à constituição seriam cláusulas pétreas?

Os instrumentos de controle prévio dos atos referentes aos TIDH carecem de aprimoramento e maior observância quando passamos a considerar que os acordos internacionais transformam a constituição federal em um texto aberto, tornando seu legislador ordinário dependente de um texto externo; além disso, deixa de ser um texto único, pois passar a carregar vários textos em uma espécie de calda constitucional.

Controlar preventivamente a incorporação dos TIDH evita gravosos prejuízos ao sistema legal interno e externo, pois, atualmente, nossa constituição possui vários textos além daquele promulgado em 1988.

A preocupação não poderia ser outra durante as deliberações sobre a PEC 96/1992. Muitos se preocupavam com a estabilidade da constituição perante os textos externos derivados de atos discricionários do Presidente da República; a preocupação estava em defender o ordenamento jurídico interno brasileiro.

“não se pode olvidar a insegurança jurídica causada por uma "norma constitucional" que tem como parlamento organismo internacional, ficando restrita a atuação dos representantes do povo a dizer sim ou não ao texto do tratado para que o mesmo venha ou não integrar nossa Constituição”.

“com a aprovação dessa nova redação, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos se incorporam à Constituição, e, naturalmente, a Constituição não pode ter o seu cumprimento condicionado a que outra parte cumpra, especialmente, em matérias de direitos humanos”.

“... significa que os tratados sobre direitos humanos passam a ter status constitucional. Se amanhã algum desses tratados for revogado, como fica, se adquirir status constitucional? Ele é revogado. No entanto, está na nossa Constituição? Gostaria de entender isso”<sup>72</sup>.

O quadro poderia ainda ser pior e a tarefa do controle prévio estaria quase sucumbida, pois, no texto original da PEC n° 96/1992, havia um condicionamento da obediência aos tratados e convenções internacionais sobre DH à aplicação pelo outro Estado. Ou seja, o tratado só seria aplicado no Brasil se os

<sup>72</sup> Brasil. Câmara dos Deputados Federal. Anais. Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação. Dep. Jutahy Júnior/PSDB, Marcelo Déda/PT, Alberto Goldman/PSDB - debatendo a PEC n° 96/1992. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD03FEV2000.pdf#page=200>. Acesso em: outubro de 2014.

outros países também passassem a aplicá-los, se assim desejassem, caso contrário, tais tratados seriam meras formalidades. Imagine então, caro leitor, que a execução de um texto constitucional estaria condicionada à vontade discricionária de outros países. Por fim, um destaque da bancada do PPB suprimiu a expressão “condicionada à aplicação da outra parte”.

Nos termos do art. 161, V e § 29, do Regimento Interno, requeremos Destaque para supressão da expressão "condicionada à aplicação da outra parte" constante § 32 do art.5º da Constituição, na redação dada pelo art. 19 do Substitutivo adotado pela Comissão Especial.

Sr. Presidente, é um acordo de todos os partidos. Tivemos a possibilidade de tirar a expressão "condicionada à aplicação da outra parte". A Relatora também concorda. Portanto, não há nada que possa ser contra.<sup>73</sup>

O objetivo do Requerimento de Destaque nº 4 foi evitar que, na hora em que se conferisse um *status* constitucional, não se criar a obrigação de reciprocidade e dependência para a aplicação da Carta de 88<sup>74</sup>. Essa preocupação em defender o sistema jurídico e legislativo interno já era patente em 1942 pelo Decreto-Lei nº 4.657:

Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

O controle preventivo se fortalece contra internacionalistas que destacam o *jus cogens* sobre a soberania do ordenamento interno e contra a nacionalidade. É uma vertente filosófica e utópica quanto à paz mundial e o diálogo entre as nações. A realidade indica que a paz mundial e o diálogo entre as nações são assegurados pelas armas e pelas economias que os apoiam. Todo esforço para dialogar e viver sem guerras tem meu apoio, mas não posso depositar minha soberania e minha

---

<sup>73</sup> Brasil. Câmara dos Deputados Federal. Anais. Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação. Requerimento de Destaque nº 4 - Bancada do PPB, Dep. Zulaiê Cobra/PSDB - debatendo a PEC nº 96/1992. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/internet/plenario/notas/ordinari/v020200.pdf>. Acesso em: outubro de 2014.

<sup>74</sup> Ibid.

nacionalidade sobre um sistema *anarquista* chamado *Direito Internacional*.<sup>75</sup> Desde o início da humanidade, o homem teme o mais forte. Vemos isso acontecer com o protocolo de Quioto que cada ano que passa é mais ridicularizado pelas grandes potências econômicas e militares. Não precisamos bagunçar o ordenamento jurídico interno para apregoar a paz e o diálogo entre nações. Nesse sentido sou contrário à ideia de Valério Mazzuoli:

Essa alteração do texto constitucional, que pretendeu pôr termo ao debate quanto ao *status* dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro, é um exemplo claro de falta de compreensão e de interesse do nosso legislador, no que tange à normatividade internacional de direitos humanos. Além de demonstrar total desconhecimento do direito internacional público, notadamente das regras basilares da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em especial as de *jus cogens*, traz o velho e arraigado ranço da já ultrapassada noção de soberania absoluta. Com o texto proposto, as convenções internacionais de direitos humanos equivaleriam, em grau hierárquico, às emendas constitucionais, desde que aprovadas pela maioria qualificada que estabelece<sup>76</sup>.

As cláusulas pétreas se fundamentam na superioridade do poder constituinte originário sobre o de reforma. Há uma hierarquia e o poder derivado deve se submeter ao originário. Por isso, aquele pode limitar o conteúdo das deliberações deste. As cláusulas pétreas limitam o poder constituinte derivado. Não faz sentido que o poder constituinte de reforma limite-se a si próprio. Como ele é o mesmo agora ou no futuro, nada impedirá que o que hoje proibiu, amanhã permita. Enfim, não é cabível que o poder de reforma crie cláusulas pétreas. Apenas o poder constituinte originário pode fazê-lo.

Nesse diapasão, as emendas constitucionais derivadas de tratados internacionais poderão ser revogadas, mitigadas ou modificadas por emendas constitucionais posteriores, quer sejam domésticas ou internacionais, inclusive as

<sup>75</sup> Como explicitado anteriormente, o Direito Internacional baseia-se na boa vontade dos diversos Estados do globo terrestre que, voluntariamente e pelo princípio da cortesia, fazem acordos para melhor conviverem no planeta. Devemos perseguir a paz mundial e o equilíbrio total, mas não precisamos nos desfazer dos nossos sistemas de defesas jurídicos.

<sup>76</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O novo § 3o do art. 5o da Constituição e sua eficácia**. In: Revista de informação legislativa, v. 42, n. 167, p. 93-114, jul./set. de 2005. Senado Federal. <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/739>

que tratam sobre direitos humanos. Apenas o constituinte originário pode criar cláusula pétrea,<sup>77</sup> pois ela é o controle preventivo de constitucionalidade exercido contra o poder derivado por parte do poder originário.

De fato, com essa nova dinâmica, a constituição se torna um texto aberto e formado por vários diplomas legais, pois uma lei interna pode ser declarada inconstitucional perante um TIDH incorporado como emenda constitucional. Ou seja, o STF poderá decretar a inconstitucionalidade de uma lei em face de outro texto, sem ser aquele publicado em 1988. Certamente, é um novo paradigma que entra no constitucionalismo brasileiro, em que nos desvinculamos de um texto único. Aquele que faz o controle preventivo deve então estar atento aos textos das convenções de DH incorporados como emenda.

O controle prévio frente aos TIDH se esforça para proteger a soberania brasileira. O legislador da Carta Maior de 1988 exigiu que o congresso referendasse os tratados internacionais, restando nítida preocupação do constituinte originário contra instrumentos que possam causar conflitos na estrutura legal do país. Há sim a soberania das leis nacionais sobre as leis internacionais, respeitada a respectiva matéria e espécie; sendo que lei ordinária nacional revoga matéria externa. Cabe lembrar a sugestão dada no item 4.1.2 o qual sugere que a lei utilizada para a internalização do tratado deve ser a necessária para a matéria tratada, conforme determinado na constituição (para matéria de lei complementar, incorporar utilizando lei complementar, etc.).

#### **2.4.2. VAZIOS QUE MITIGAM A ATUAÇÃO DO CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE NO PROCESSO DE INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS SOBRE DH.**

Já passamos por mais de 920 alterações do texto constitucional<sup>78</sup> resultantes de um processo rígido de mudança, nada nos garante que um tratado, ato discricionário de Chefe de Estado, não venha a sofrer modificações ao longo dos

---

<sup>77</sup> STF antes da EC 45 recusou várias vezes o status constitucional aos direitos individuais previstos em tratados como o pacto de San Jose (HC 72131, dj de 1º de agosto de 2003 Min. Moreira Alves; ADI-MC 1.480, dj de 18-5-2001, min Celso de Mello; hc 79.785, dj 22-11-2002, min. Sepulveda Pertence). Ora, quanto mais estabelecer o status de cláusula pétrea aos TIDH.

<sup>78</sup> Brasil. Constituição (2014). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: DF, Senado, 2014.

anos. O que fazer se um desses tratados for alterado? E quando forem revogados? Suponhamos que o Brasil tenha assinado 10 tratados sobre direitos humanos, o congresso será convocado para rever uma emenda constitucional toda vez que um tratado for revogado ou alterado no âmbito externo? Aqui se faz gloriosa a função do controle prévio de constitucionalidade, tendo como objetivo controlar as aberrações que podem prejudicar o ordenamento interno e a Carta Maior.

Ora, se tais tratados fossem incorporados à constituição como cláusulas pétreas, poderia, posteriormente, um órgão internacional reduzir a dimensão ou alcance desses direitos postulados? Contrariando impossibilidade determinada pela constituição interna? É amplamente conhecida a instabilidade dos acordos internacionais em que os estados assinam e retiram suas assinaturas deliberadamente, além de apresentarem ressalvas e reservas (protocolo de Quioto, Conselho de segurança da ONU, etc); logo, é uma postura insana permitir que tratados internacionais introduzam cláusulas pétreas à uma constituição nacional que se aproxima aos 30 anos de estabilidade resultantes de muito sangue e luta.

Resta evidente que nossa constituição não pode depender de regramentos internacionais para sua efetividade, logo, do ponto de vista formal do controle preventivo de constitucionalidade, um TIDH que foi aprovado como emenda mas depois foi alterado no âmbito externo perde seu *status* constitucional naquilo que foi alterado. Dois argumentos lógicos sustentam essa veracidade: 1- apenas o rito de emenda poderia alterar a constituição. Uma vez que as alterações externas não seguem o rito de PEC, tais alterações são inválidas devendo ser submetidas ao congresso para apreciação sob o rito de emenda. 2- o texto alterado não existe mais como emenda constitucional, perdendo sua aplicabilidade, pois é diferente do texto aprovado em congresso. É como se nunca tivesse existido na constituição.

Surge o debate sobre qual é a processualística de submissão dos TIDH ao procedimento qualificado de emenda. Nenhum dos regimentos internos das casas legislativas abordam essa questão<sup>79</sup>. Não está determinada de quem é a competência para provocar as casas legislativas a realizar o procedimento de

---

<sup>79</sup> Brasil. Câmara dos Deputados. Resolução nº 17, de 1989. Art. 151. Quanto à natureza de sua tramitação podem ser: oriundas de mensagens do Poder Executivo que versem sobre acordos, tratados, convenções, pactos, convênios, protocolos e demais instrumentos de política internacional, a partir de sua aprovação pelo órgão técnico específico, **através de projeto de decreto legislativo, ou que sejam por outra forma apreciadas conclusivamente** (grifei); Essa é a única menção quanto à forma como pode ser internalizado um tratado internacional; note que o uso do decreto não é obrigatório.



emenda constitucional sobre um tratado internacional de direitos humanos, ou seja, não foi estabelecido o critério para ativar o rito de emendas sobre tais tratados. Identificar essa competência é essencial do ponto de vista do controle prévio, impedindo que o dispositivo seja viciado e inválido. Parte da doutrina<sup>80</sup> entende ser obrigatório, de forma automática, submeter TIDH ao processo legislativo assemelhado ao das propostas de emendas constitucionais<sup>81</sup>. Outra define que as normas de DH não precisam de promulgação ou publicação para serem aplicadas, com base no § 1º do Art. 5º da Constituição: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil podem ser imediatamente aplicados pelo Poder Judiciário, independentemente de promulgação e publicação no *Diário Oficial da União* e independentemente de serem aprovados de acordo com a regra no novo § 3º do art. 5º da Carta de 1988. Tais tratados, de forma idêntica à que se defendia antes da reforma, continuam dispensando a edição de decreto de execução presidencial para que irradiem seus efeitos tanto no plano interno como no plano internacional, uma vez que têm aplicação imediata no ordenamento jurídico brasileiro.<sup>82</sup>

(Oscar Vilhena 2004)

Para que um tratado entre em vigor, é imprescindível a sua ratificação, promulgação e publicação pelo Presidente da República. Ainda que já tenha a potencialidade para produzir efeitos na órbita interna, não se concebe que um tratado de direitos humanos passe a ter efeitos de emenda constitucional e o poder de reformar a Constituição antes de passar pela processualística constitucional.

Outro entendimento sugere que o congresso aprove os tratados de DH por decreto legislativo e, em momento futuro, por conveniência e oportunidade, decida submetê-los ao rito de emenda:

Assim, o *iter* procedimental de celebração dos tratados de direitos humanos, nos termos da nova sistemática introduzida pelo § 3º do art. 5º da Constituição, poderia, em princípio, dar-se de duas formas, eleitas à livre escolha do Poder Legislativo, quais sejam:

<sup>80</sup> TAVARES, André Ramos. Curso de Direitos Constitucional. Saraiva, 6ª ed. São Paulo: 2008

<sup>81</sup> Brasil. Constituição (2014). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: DF, Senado, 2014. Art. 5º § 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. Constituição Federal de 1988

<sup>82</sup> Ajuris. Revista Jurídica. VI.32. nº. 98 – junho/2005.

1ª Depois de assinados pelo Executivo, os tratados de direitos humanos seriam aprovados pelo Congresso nos termos do art. 49, inc. I, da Constituição (maioria simples) e, uma vez ratificados, promulgados e publicados no *Diário Oficial da União*, poderiam, mais tarde, quando o nosso Parlamento Federal decidisse por bem atribuir-lhes a equivalência de emenda constitucional, serem novamente apreciados pelo Congresso, para serem dessa vez aprovados pelo *quórum* qualificado do § 3o do art. 5o, ou;

2ª Depois de assinados pelo Executivo, tais tratados já seriam imediatamente aprovados (seguindo-se o rito das propostas de emenda constitucional) por três quintos dos votos dos membros de cada uma das Casas do Congresso Nacional em dois turnos, suprimindo-se, em face do critério da especialidade, a fase do art. 49, inc. I, da Constituição, autorizando-se a futura ratificação do acordo já com a aprovação necessária para que o tratado, *uma vez ratificado* pelo Presidente da República e já se encontrando em vigor internacional, ingresse no nosso ordenamento jurídico interno equivalendo a uma emenda constitucional, dispensando-se, portanto, a segunda manifestação congressual após o tratado já se encontrar concluído e produzindo seus efeitos.<sup>83</sup>

Os Adeptos da obrigatoriedade de submeter os tratados de DH ao rito de emenda alegam que o objetivo é conferir eficácia à alteração do texto constitucional promovida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, pois encarar o referido dispositivo como facultativo tornaria inócua a inovação, uma vez que sempre foi possível ao congresso submeter os assuntos sobre DH ao procedimento de emenda constitucional.

Permita-me discordar da doutrina supracitada. Os acordos sobre DH não serão iguais em matéria e, nem sempre, estabelecerão diretrizes e normas relacionadas aos DH que impliquem na criação de um DH, ou na garantia de proteção ao núcleo de um direito fundamental ou serão assunto de nível constitucional. Ou seja, um tratado sobre DH não resulta necessariamente em uma defesa essencial a um direito fundamental ou em um reconhecimento de novos direitos. Refiro-me, como exemplo, a criação de um fundo de defesa e valores a ser depositados, ou a padrões de sinalizações aos deficientes físicos (cores, sinais, linguagem, etc.), ou a algum valor monetário para amparo das vítimas de guerra, ou a requisitos processualistas do judiciário nas causas de abuso sexual, etc. Tais assuntos poderiam ser recepcionados pelo direito interno até mesmo com um *status*

---

<sup>83</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

supralegal<sup>84</sup>, não sendo revogados por lei superveniente. Ou seja, os tratados de DH são diferentes entre si, não incidem necessariamente na criação ou proteção de um direito e por isso nem todos irão receber *status* constitucional.

Também discordo quanto à aplicabilidade imediata do TIDH sem o devido referendo congressual, publicação e promulgação, ambos pressupostos constitucionais. A causa humanitária é fundamental, mas não pode ser baluarte para desequilíbrio da ordem interna e externa,

Para facilitar a atuação do controle preventivo, que necessita reconhecer a competência e a forma do fazer legislativo, cabe então a sugestão lógica de que a competência para submeter um tratado de DH ao rito de emenda constitucional é privativa do Presidente da República, pois, além de ser um dos legitimados para propor emenda à constituição<sup>85</sup>, é competência dele<sup>86</sup> estabelecer as relações internacionais do Estado com outro país, logo, ele é quem dirá se o tratado se refere ao núcleo de um direito fundamental ou apenas trata de questões acessórias. Estabelecer a exclusividade dessa tarefa ao chefe do executivo é extremamente

---

<sup>84</sup> Importante e histórica decisão do STF, no dia 03.12.08 (RE 466.343-SP e HC 87.585-TO), que atribuiu status supralegal para os tratados de direitos humanos não aprovados com o quórum qualificado previsto no art. 5º, § 3º, da CF (Min. Gilmar Mendes). Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (...) deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (...). Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. (...) Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos 'Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art.5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel." [RE 466.343](#). Voto do Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 3.12.2008, **DJe** de 5.6.2009. Julgo adequada tal classificação para os TIDH anteriores à EC nº 45, **mas não concordo com esse status supralegal para os tratados rejeitados ou não aprovados pelo rito de emenda constitucional. Aceitar o status supralegal só seria possível com a criação de um novo rito de votação no congresso (novo quórum e processo) pois não existe hierarquia entre Lei Complementar, Lei Ordinária, etc. utilizadas para a internalização do tratado. Mas isso seria um controle preventivo de legalidade e não de constitucionalidade, e, por esse motivo, não será abordado no presente trabalho (grifei).**

<sup>85</sup> Brasil. Constituição (2014). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: DF, Senado, 2014. Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: II - do Presidente da República;

<sup>86</sup> Brasil. Constituição (2014). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: DF, Senado, 2014. Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: VII - manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos; Art. 21. Compete à União: I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais;

coerente ao exercício do controle prévio quando se leva em consideração todas as competências do poder executivo sobre os assuntos internacionais.

Cabe lembrar que um dos pressupostos de validade da norma é a competência para elaborá-la ou provocar o poder legislativo, não podendo tal característica ficar insólita, vagando entre as vontades e discricionariedades de maioria transitórias ou jogos políticos.

A dificuldade em concordar com André Tavares, Fabrício Albuquerque<sup>87</sup> e outros doutrinadores está no seguinte questionamento: o que aconteceria se um tratado de DH fosse rejeitado pelo rito de emenda? Teria que se estabelecer outra votação mobilizando todo o congresso em um procedimento de lei ordinária?<sup>88</sup> A rejeição como emenda constitucional não implica em aprovação automática sem decreto legislativo. Pelo contrário, uma vez rejeitado o tratado, ele não poderá ser novamente deliberado no mesmo ano<sup>89</sup>. Ou seja, por ter o *status* de uma PEC, é coerente que o tratado de DH obedeça aos princípios estabelecidos às PEC. Se for rejeitado depois de submetido ao rito de emenda, um TIDH apenas poderá ser objeto de deliberação na sessão seguinte, e o ônus político desse atraso é arcado politicamente pelo presidente da república, pessoa competente para tratar de acordos internacionais.

Muito complicada a ideia de que os tratados de DH seriam tratados automaticamente com o rito de uma emenda constitucional, uma vez que se forma um vazio legislativo quando de sua rejeição. Tal lacuna poderia ser suprida com a imputação, ao presidente da república, da competência privativa de solicitar ou não o rito de emenda constitucional na apreciação dos tratados de DH.

Qualificar o presidente da república como competente para solicitar ou não o rito de emenda constitucional aos tratados de DH é conceder a ele o juízo de conveniência e oportunidade da matéria, com a possibilidade do congresso rejeitar o instrumento e apenas na sessão legislativa seguinte poder ser incorporado ao ordenamento jurídico interno por meio do decreto legislativo, provocando um atraso no cumprimento do tratado internacional.

---

<sup>87</sup> ALBUQUERQUE, Fabrício Sarmanho. **Processo Legislativo**. Vestcon, Brasília 2008.p.49

<sup>88</sup> Como tratado acima, os tratados são incorporados por decreto legislativo que se assemelham ao rito de Lei Ordinária (aprovação por maioria simples dos presentes em uma votação com a presença da maioria absoluta dos membros da casa), fato que impede o tratado de abordar questões materiais reservadas à Lei Complementar (aprovação por maioria absoluta dos membros da respectiva casa).

<sup>89</sup> Brasil. Constituição (2014). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: DF, Senado, 2014. Art. 60 § 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Por todo exposto, podemos entender que o controle preventivo de um TIDH pelo rito de PEC precisa ser aprimorado e fortalecido pelos instrumentos internos do congresso, pois a constituição federal de 1988 passaria a ser uma constituição aberta e dependente de textos externos ao dela, deixando de ser única.

As cláusulas pétreas são expressões claras do controle preventivo de constitucionalidade do poder originário sobre o poder derivado. O constituinte derivado é hierarquicamente inferior ao originário e é isso que dá sentido às cláusulas pétreas. Os novos direitos e garantias fundamentais também não serão considerados cláusulas pétreas, função de competência exclusiva do poder originário. Ou seja, uma PEC posterior pode revogar o tratado naquilo que lhe for contrário.

Não existe a soberania internacional sobre a lei interna. A jurisdição, a soberania e a nacionalidade são pressupostos constitucionais que não estão sujeitos a um *judicial review* internacional e nem à jurisprudência de Estados signatários de um TIDH. Esses três princípios também fazem parte dos direitos fundamentais de um ser humano: direito à um Estado soberano que lhe proteja por sua nacionalidade. O controle prévio de constitucionalidade deve evitar que o Brasil vincule o exercício de tais direitos ao entendimento externo.

Um basilar do controle preventivo é a identificação da competência para provocar o legislador ou para legislar sobre uma matéria específica. É exclusiva do presidente da república a competência para determinar se um tratado passará pelo rito de emenda constitucional ou não. Esse estatuto é fundamental para que o ordenamento jurídico exerça o controle prévio de constitucionalidade.

Nem todos os tratados de DH serão submetidos ao rito de emenda. O critério que define qual tratado de DH será submetido ao rito de emenda será exposto pelo Presidente da República que arcará com o ônus político de uma possível rejeição da matéria pelo congresso.

Atualmente, depois de aprovado pelo processo de emenda constitucional, o tratado já não passa a valer internamente, pois carece de ratificação e promulgação do executivo. Infelizmente isso é uma aberração que se criou em nosso sistema em face da não obrigatoriedade de sanção presidencial para as emendas constitucionais. Todo o sistema de internalização dos tratados precisa ser regulamentado de forma clara para facilitar a atuação do controle preventivo, evitando prejuízos constitucionais e sociais.

Quando um TIDH aprovado pelo rito de emenda sofrer alteração no âmbito externo, ele perde o status de emenda constitucional no âmbito interno quanto ao dispositivo alterado, pois a mudança da nossa constituição está vinculada ao congresso e à processualista apontada no § 2 art.60.

Os TIDH aprovados antes da EC nº 45 não possuem o status de emenda constitucional e podem ser revogados por lei ordinária. Essa não é a posição do STF. Entendo a preocupação do supremo quanto à economicidade e viabilidade de submeter, novamente, à apreciação do congresso, todos os tratados anteriores à EC nº 45. Parece-me politicamente razoável estabelecer o *status* supra legal aos acordos preexistentes.

### 3. O CONTROLE PRÉVIO NA SÚMULA VINCULANTE E NA MEDIDA PROVISÓRIA.

O Presente capítulo abordará o fazer legislativo do executivo e o fazer legislativo do judiciário. Falo das Medidas Provisórias e das Súmulas Vinculantes. Existe um grande debate sobre a natureza de lei de tais instrumentos e sobre a ausência de um controle preventivo eficaz e idôneo.

Nos dois casos, o executivo e o legislativo legislam quase que soberanos sem sofrerem controle prévio efetivo.

#### 3.1. SÚMULA VINCULANTE<sup>90</sup>:

Cabe no presente trabalho uma consideração sobre as Súmulas Vinculantes. São consideradas leis? Se sim, qual relação da súmula e o controle prévio? Poderia ser uma súmula vinculante considerada inconstitucional? É uma usurpação da competência do Senado Federal quanto ao Art.52, X, e, por isso, inconstitucional? Qual a função atual do Art-52-X e sua relação com o controle prévio?

A súmula vinculante, que guarda estreita relação com o *common law*, é resultado da Emenda Constitucional nº 45 e veio para suprir os vazios legislativos que permitem interpretações antagônicas, conflito de decisões e acúmulo de processos. A falta de regulamentação para uma matéria específica de regra geral, ou até mesmo a ausência de regra, provoca a edição de súmulas contendo o “entendimento do supremo” sobre o assunto. A súmula terá efeito vinculante em relação à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Considero que são leis, pois vinculam a administração pública ao dispositivo editado pelo STF. Lei que decorre de várias decisões de inconstitucionalidade. Ou seja, vários processos contra atos administrativos considerados inconstitucionais.

as súmulas, em decorrência da Emenda n. 45/2004, assumem a força de verdadeiras leis de interpretação, correspondendo a

---

<sup>90</sup> Brasil. Constituição (2014). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: DF, Senado, 2014. Art. 103-A. § 1º, § 2º e § 3º

atribuição ao Supremo Tribunal Federal a uma função paralegislativa.<sup>91</sup>

O texto constitucional diz que a sumula vinculante obriga o Executivo federal, estadual e municipal a obedecer ao dispositivo emitido pelo STF, por próprio ofício. O Supremo atua como legislador ativo cancelando atos do executivo que lhe são contrários.

Todavia, parte da doutrina não acha que são leis, mas sim, interpretação para guiar os órgãos judiciários e reduzir a quantidade de processos, evitando grave insegurança jurídica:

apenas e tão-somente isso: síntese de orientações jurisprudenciais do STF a respeito de matéria constitucional que, a despeito de sua força vinculativa e de seu caráter interpretativo, não deixa de ser subordinada à lei, da qual ela é mera tradução enunciativa.<sup>92</sup>

Não obstante, cabe ressaltar a posição mediática de uma terceira vertente da doutrina.

As súmulas vinculantes surgem a partir da necessidade de reforço à ideia de uma única interpretação jurídica para o mesmo texto constitucional ou legal, de maneira a assegurar-se a segurança jurídica e o princípio da igualdade, pois os órgãos do Poder Judiciário não devem aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias, devendo, pois, utilizar-se de todos os mecanismos constitucionais no sentido de conceder às normas jurídicas uma interpretação única e igualitária.<sup>93</sup>

### 3.1.2. A SÚMULA VINCULANTE É UMA LEI.

Quanto ao controle prévio, a edição de súmulas vinculantes é de competência do STF quando provocado<sup>94</sup> ou por ofício. Exige parecer prévio do Procurador-Geral

<sup>91</sup> FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. 34<sup>a</sup> ed. rev. e atual.

<sup>92</sup> SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis. **Súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2008. 2<sup>a</sup> ed.,

<sup>93</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo. Editora Atlas. 2008. 23 ed.

<sup>94</sup> Brasil. Constituição (2014). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: DF, Senado, 2014. Art. 3<sup>o</sup> São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - o Procurador-Geral da República; V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI - o Defensor Público-Geral da União; VII - partido político com representação no Congresso Nacional; VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito



da República e não podem se relacionar a matérias infraconstitucionais, devendo o objeto ser tema de constitucionalidade e não de matéria legal. Resulta de reiteradas decisões e é aprovada por 2/3 dos ministros do STF. Deve ser publicada no diário oficial da união.

Alguns detalhes reforçam minha convicção que as súmulas vinculantes são leis: A exigência de publicação no diário oficial da união, possibilidade do STF anular os Atos Administrativos contrários à súmula e a diferenciação do Efeito *erga omnes* x efeito vinculante.

### 3.1.1. EXIGÊNCIA DE PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO:

Art. 1º - § 4º No prazo de 10 (dez) dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de súmula com efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o enunciado respectivo.<sup>95</sup>

As decisões de ADin e as súmulas do STF não são publicadas no D.O.U., mas o legislador imputou tal obrigação às súmulas vinculantes como condição de validade de tal diploma, reconhecendo sua importância e sua natureza jurídica diferenciada das outras súmulas, informações ou jurisprudências.

A publicação na imprensa oficial da união e não na imprensa do judiciário **revela um caráter universalista frente aos poderes que se pretende alcançar com a publicação. Certamente se buscou respeitar o princípio inegociável da publicidade das leis, exigível para criar a obrigação de fazer.**

**Caso a súmula vinculante fosse mera súmula, ou informação ou jurisprudência, não seria necessário publicar no D.O.U.**

### 3.1.2. SUBMISSÃO DO PODER EXECUTIVO À SÚMULA.

Art. 103-A. - § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a

---

nacional; IX – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

<sup>95</sup> Brasil. Câmara dos Deputados Federais. Lei nº 11.417/2006. **Disciplina a Edição, a Revisão e o Cancelamento de Enunciado de Súmula Vinculante.** Brasília.

procedente, **anulará o ato administrativo** ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.<sup>96</sup>

O STF poderá anular os atos do executivo que contrariarem a súmula. Um dos requisitos do Ato Administrativo é o instituto da validade, e ele só é válido se estiver consoante com o princípio da legalidade, clássica determinação de nossa constituição “Art. 5º - II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”;

A administração pública só pode fazer aquilo que a lei permitir<sup>97</sup>, logo, a única maneira de vincular a Administração pública é através de lei; caso contrário, o ato será inconstitucional por contraria o princípio da legalidade.

### **3.1.2. EFEITO *ERGA OMNES* X EFEITO VINCULANTE.**

Outra questão que torna evidente a natureza legislativa da súmula vinculante é diferença entre o efeito *erga omnes* x efeito vinculante.

Efeito *erga omnes* faz com que a sentença atinja a todos, impedindo do ponto de vista processual, que a mesma questão seja outra vez submetida ao Tribunal. O efeito vinculante trata da vinculação dos órgãos e dos poderes dos Estados aos motivos, princípios e interpretações acolhidos pelo Supremo Tribunal Federal em suas decisões, procura dar maior segurança jurídica vinculando os demais órgãos.

O Efeito *erga omnes* possibilita que qualquer pessoa vá buscar no judiciário o mesmo pleito e a mesma decisão. O efeito vinculante coíbe a administração de provocar o pleito deixando de praticar atos contrários à súmula.

Quanto às formalidades, a súmula é uma elaboração abstrata de um texto que será votada em quórum qualificado. Já o efeito *erga omnes* é resultado de um processo de ADIn ou ADC, e até mesmo de um caso concreto, exigindo quórum

<sup>96</sup> Brasil. Constituição (2014). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: DF, Senado, 2014.

<sup>97</sup> O princípio da legalidade, que é uma das principais garantias de direitos individuais, remete ao fato de que a Administração Pública só pode fazer aquilo que a lei permite, ou seja, só pode ser exercido em conformidade com o que é apontado na lei, esse princípio ganha tanta relevância pelo fato de não proteger o cidadão de vários abusos emanados de agentes do poder público. Diante do exposto, Meirelles (2002, p. 82) defende que: “Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “poder fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”.” MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo. Malheiros, 2002, 27ª edição.

ordinário do plenário; justamente por essa vinculação a um processo ou a um caso concreto, é que o efeito *erga omnes* pode ser revisto a qualquer tempo, desde que mudem as circunstâncias fáticas<sup>98</sup>.

O efeito vinculante veda a edição de ato normativo ou lei com semelhante conteúdo de outro já declarado inconstitucional, porque os motivos da decisão e a parte dispositiva vinculam. Todavia na eficácia *erga omnes*, editado ato posterior idêntico ao já declarado inconstitucional, é necessária nova ação para declara novo vício, visto que apenas a parte dispositiva da decisão terá eficácia contra todos.<sup>99</sup>

Recentemente, o efeito *erga omnes* existe em um caráter *interna corporis*, afeto apenas às questões jurídicas e processuais. Focava em alinhar o pensamento dos juízes para casos similares aos julgados pelo plenário do STF. Já a súmula vinculante possui um caráter *externa corporis* fazendo força junto aos órgãos públicos e aos particulares; tanto o é, que o legislador exigiu a publicação da súmula no Diário Oficial da União.

O efeito vinculante é um *plus* em relação à eficácia *erga omnes* e significa a obrigatoriedade da Administração Pública e dos órgãos do Poder Judiciário, excluindo o Supremo Tribunal Federal, de submeter-se à decisão proferida na ação direta. Em termos práticos, significa que o Poder Executivo e os demais órgãos judicantes, nos julgamentos de casos de sua competência em que a mesma questão deva ser decidida incidentalmente, devem, obrigatoriamente, aplicar o provimento contido nessa decisão. Se não o fizerem, afrontam autoridade de julgado do Supremo Tribunal Federal, o que “abre as portas” para Reclamação, conforme prevista no art. 102, I, I da Constituição Federal, além, naturalmente, do cabimento dos recursos cabíveis às instâncias superiores. Ou seja, se não for respeitada a decisão proferida na ação direta, o prejudicado poderá valer-se de um instituto próprio, denominado Reclamação, requerendo ao Supremo Tribunal Federal que garanta, de uma vez, a autoridade de sua decisão. Não resta dúvida de que a adoção de súmula vinculante em situação que envolva a declaração de

---

<sup>98</sup> O Supremo Tribunal Federal reconhece expressamente a possibilidade de alteração da coisa julgada provocada por mudança nas circunstâncias fáticas. RE 105.012-8 Min. Néri da Silveira. É plenamente legítimo que se suscite perante o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade de norma já declarada constitucional, em ação direta ou em ação declaratória de constitucionalidade, desde que mude os fatos ou seu contexto.

<sup>99</sup> FERREIRA, Olavo A. V. Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus efeitos**. 2ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Método, 2005, p. 122.

inconstitucionalidade de lei ou ato normativo enfraquecerá ainda mais o já debilitado instituto da suspensão pelo Senado. É que a súmula vinculante conferirá interpretação vinculante à decisão que declara a inconstitucionalidade sem que a lei declarada inconstitucional tenha sido eliminada formalmente do ordenamento jurídico (falta de eficácia geral da decisão declaratória de inconstitucionalidade).

### 3.1.3. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SENADO QUANTO AO ART. 52-X.

Observando o Art. 52, X, da constituição “Compete privativamente ao Senado Federal: suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” Sabemos que a súmula vinculante é um instituto recente na constitucional incluído por emenda constitucional e, por isso, é uma norma derivada. Já o Art. 52-X é uma norma originária. Ora, se uma súmula vinculante estabelece uma orientação diferente de uma lei, por considerá-la inconstitucional, a súmula estaria revogando a lei e ocupando a competência do senado quanto ao inciso X?

Em 18 de junho de 1977, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Thompson Flores, determinou que as comunicações ao Senado Federal, para os fins do art. 42, VII da Constituição de 1967/69 (atual art. 52, x, da CRFB), se restringissem somente às declarações de inconstitucionalidade proferidas *incidenter tantum*, via controle difuso de constitucionalidade<sup>100</sup>. Essa interpretação existia antes mesmo de 1934<sup>101</sup>, ano em que foi incluído artigo similar ao art. 52 - X na constituição da época. Naquele tempo, a jurisprudência pacífica do STF negava a extensão dos efeitos de sua decisão a outros interessados e somente no *habeas corpus* se admitia a extensão *erga omnes* ao julgado. A doutrina buscava um meio adequado para que a decisão do Supremo tivesse efeitos extensivos a terceiros. A solução foi encontrada na Constituinte de 1934 quando se concedeu ao senado a atribuição para suspensão de leis e atos declarados inconstitucionais pelo STF.

Quanto ao exposto acima, é muito importante destacar que, quando surgiu o texto do art. 52 - X em 1934, o STF não utilizava o efeito *erga omnes* e tampouco a

<sup>100</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23 ed., São Paulo: Atlas, 2008. P.746.

<sup>101</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Comentário ao Art 84. II. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio. (coords). *Comentários à Constituição do Brasil* São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p.1060

ampliação vinculante de suas decisões, por isso foi concedida ao senado a competência para fazê-lo.

Já naquele momento, formou-se a jurisprudência de que, apesar do senado ter a competência para vincular decisão do STF a toda sociedade, não foi conferida a ele a competência para rever a materialidade da decisão<sup>102</sup>. Não cabe ao senado acrescentar ou suprimir partes do texto enviado pelo STF. Deve o senado limitar-se ao dispositivo da decisão. É um ato complementar a uma decisão judicial e é ampliativo dos efeitos desta.

Por causa da impossibilidade do senado de rever, em substância, a decisão do STF, parte da doutrina assentou que o ato expresso no Art. 52-X não configurava um ato legislativo, ou seja, não continha um caráter legiferante de produção da norma<sup>103</sup>. Ademais, concluem que, se fosse tal ato fosse legislativo, teria que competir não só ao Senado, mas também à Câmara, dependendo ainda de sanção do presidente da república.

Alguns doutrinadores afirmam que a suspensão senatorial é um ato político que empresta eficácia *erga omnes* às decisões do STF proferidas em casos concretos<sup>104</sup>. Os mais determinados concluem que a competência do Art. 52-X seria um ato de mera publicidade<sup>105</sup>.

Reputo ser legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso.<sup>106</sup>

Discordo das afirmações supracitadas de que o Art.-52 X traduz mero ato de publicidade e que não seja uma atividade legiferante. Precisamos notar 3 aspectos:

<sup>102</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 16.512/DF. Limites e natureza da atribuição do senado. Brasília. 1946.

<sup>103</sup> BITTENCOURT, Lúcio. **O controle de constitucionalidade das leis**. P.145-146. Sustenta esta posição por entender que “suspender a execução de lei inconstitucional constitui uma impropriedade técnica, uma vez que sendo o ato inconstitucional um ato nulo, inexistente ou ineficaz, não é possível suspender-se sua execução. Assim, a atribuição constitucional ao Senado Federal não teria outra finalidade que não a de dar publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal.

<sup>104</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 5051 MC/RJ frente ao HC 82.999. Rel. Ministro Cezar Peluso. Em março de 2007

<sup>105</sup> \_\_\_\_\_ *Comentários à Constituição do Brasil* São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p.1062

<sup>106</sup> \_\_\_\_\_ *Ibid.* Disponível em : <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28reclama%E7%E3o+5051%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas>. Acesso em: outubro de 2014.

1º historicamente, a norma do art. 52 X surgiu em 1934, permanecendo até hoje, porque o STF não atribuía efeito *erga omnes* a suas decisões, à exceção dos *habeas corpus*, conforme exposto acima. 2º a exemplo da Lei Delegada<sup>107</sup>, o ato do senado que se conforma ou não com o enunciado jurídico de outro poder, que se pretende tornar norma vigente, não é um ato de mera publicidade. 3º a imposição a todos que cria a obrigação de fazer, ou não fazer, só se compõe por meio de lei, e o titular desse poder é o parlamento, conforme o princípio da legalidade. 4º o Art.52-X exerce o controle prévio de constitucionalidade frente às disposições e **súmulas do STF** que desejam se revestir da generalidade, alcançando toda a sociedade e todos os poderes.

#### 3.1.4. AUSÊNCIA DO EFEITO *ERGA OMNES* EM 1934.

Quanto à característica histórica, o Brasil não dotava o *stare decisis stare decisis et non quieta movere* (estar com as coisas decididas e não mover as quietas) que implica no *efeito erga omnes*. O efeito ampliativo de obrigar a fazer ou deixar de fazer era competência primária do Legislativo. Nesse ponto, podemos apontar a preocupação com separação dos poderes em 1934. Não se ignora a ausência do *stare decisis* no Brasil. Ele é nativo e próprio de um direito de índole jurisprudencial, como o inglês e o norte-americano. Já um direito de origem romanística, como o do Brasil, não condiz espontaneamente com tal rigidez de jurisprudência, mesmo no topo constitucional. Eis um fator que tolheu o surgimento do *stare decisis* no constitucionalismo brasileiro.

Desde 1934, então, o Supremo Tribunal Federal é senhor da constitucionalidade e o Senado Federal é senhor da generalidade, no controle difuso brasileiro. Cuidar da generalidade é tarefa que foi subtraída ao Supremo para ser reservada ao Senado, que deve provê-la mediante a espécie normativa dita *resolução*. Essa repartição de competência no funcionamento do controle difuso está clara na Constituição brasileira. Convém sublinhar: ela se refere ao controle difuso, para cuja efetivação, no ordenamento atual, *ex vi* da conjunção do *caput* do artigo 102 com o inciso X do artigo 52, o Supremo decide da constitucionalidade e o Senado decide da generalidade. Já no controle concentrado, ambas – a constitucionalidade e a generalidade – estão nas mãos do Supremo,

<sup>107</sup> Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. § 3º - **Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda.**

sendo necessariamente *erga omnes* o acórdão que decide as ações diretas.<sup>108</sup>

### 3.1.5. OBRIGATORIEDADE DE LEI PARA VINCULAÇÃO DE TODA A SOCIEDADE E PARA RETIRAR A NORMA DO ORDENAMENTO JURÍDICO.

O parlamento faz as leis (inclusive nos casos das medidas provisórias). Ele é quem detém a palavra final sobre a validade do diploma legal ou não. Tanto é assim, que o próprio supremo reconhece a legitimidade do parlamento reeditar lei inconstitucional mudando apenas o número, mas como a mesma matéria. Prova dessa questão é o registro de que o senado já se negou a retirar uma norma do ordenamento jurídico após a comunicação do senado da inconstitucionalidade do diploma<sup>109</sup>. A eficácia *erga omnes* não impede o legislador de editar nova lei, derivada do mesmo vício de outra já declarada inconstitucional pelo Supremo no controle abstrato. Em concordância com Olavo Alves Ferreira<sup>110</sup>, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a declaração de inconstitucionalidade não impede o legislador de promulgar lei de conteúdo idêntico ao do texto anteriormente censurado<sup>111</sup>.

O que se pretender preservar é a separação de competência e de poderes. Logo, o parlamento terá a oportunidade de retificar diploma ilegal e retirá-lo do ordenamento jurídico.

Hoje o entendimento jurisprudencial considera que se deve dispensar a participação do senado federal no controle difuso, que é expressamente determinada na lei maior<sup>112</sup>. Todavia esse entendimento é totalmente contrário ao surgimento da norma em 1934 pois o texto do art.52-x surgiu justamente para que as decisões do STF em sede de controle difuso fossem ampliadas para toda sociedade por meio da legitimidade política e material atribuída ao senado, que

<sup>108</sup> BARROS, Sérgio Resende de. **O Senado e o Controle de Constitucionalidade**. In: Artigos Jurídicos. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/o-senado-e-o-controle-de-constitucionalidade.cont>. Acesso em: outubro de 2014.

<sup>109</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 15/DF. Proposta contra art. 8º e 9º da lei 7.689/88 em face do Art. 150 §1º da CF. Brasília

<sup>110</sup> FERREIRA, Olavo Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus efeitos**. São Paulo. Editora Método, 2005, p.71.

<sup>111</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo477.htm>. Acesso em: outubro de 2014.

<sup>112</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Comentário ao Art 84. II. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio. (coords). **Comentários à Constituição do Brasil** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p.1067

detém competência legislativa. Somente ele poderia conceder a validade do instituto no âmbito jurídico e empossá-lo de eficácia.

E aqui cabe apontar outra função do 52-x que é a do controle prévio de constitucionalidade frente às disposições e súmulas do STF que desejam se revestir da generalidade, alcançando toda a sociedade e todos os poderes.

### **3.1.5. CARÁTER DE CONTROLE PRÉVIO DO ART.52-X.**

Como vimos, as decisões do supremo que resultam em uma súmula vinculante ou no efeito *erga omnes* podem ser consideradas leis propriamente ditas. O fato do STF ser o “guardião da constituição” não significa que ele não possa errar e emitir uma súmula ou uma decisão inconstitucional. Ingênuo seria pensar o contrário e por isso a constituição federal e a lei 11.447/06 estabelecem as pessoas competentes para provocar a retirada da súmula vinculante de vigora.

Reconheço o Art.52-X como o controle preventivo de constitucionalidade exercido pelo senado frente aos dispositivos vinculantes e *erga omnes* do STF.

Após receber a comunicação do STF contendo o dispositivo de decisão judicial ou de texto vinculante contra lei sagrada inconstitucional, o senado federal deve examinar a questão sobre o aspecto formal, fazendo juízo preliminar sobre as condições objetivas da decisão do STF. Busca nesse momento verificar a autenticidade da decisão e se essa foi tomada dentro dos termos do processo constitucional pertinente, se foi observado o quórum constitucional, se a composição do STF, ao toma-la, era ou não plena, se a votação apurada estava conforme a constituição e o regimento interno do STF. O senado federal não tem, todavia, competência para examinar o mérito da decisão para interpretá-la ou restringi-la<sup>113</sup>.

O ato de suspensão não traduz o exercício de função jurisdicional, mas tem a natureza de ato político-jurídico-normativo produzindo efeito que inova o ordenamento jurídico.

Não questiono as alterações sociais, jurídicas e políticas que ocorreram entre 1934 e 2014, e de fato podemos considerar que é possível ocorrer a mutação constitucional ou do entendimento. Aquilo que não é aceitável é pegar um dispositivo constitucional centenário, que é o art. 52-X, e dizer que ele está ali por equívoco,

---

<sup>113</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários à constituição de 1967 com a emenda n° 1/69**. Rio de Janeiro. Forense. 1987. P.88-92.



que não possui mais eficácia e que não deve ser mais observado. Ora. Isso me parece um absurdo após todo o desenvolvimento constitucional que passamos. O poder constituinte derivado está disponível para modificar o Art.52-X, ou até suprimi-lo.

Sabemos que a súmula vinculante é um instituo constitucional recente incluído por emenda constitucional, norma derivada. Já o Art. 52-X é norma originária. Ora, se uma súmula vinculante estabelece uma orientação diferente de uma lei considerar inconstitucional, a súmula estaria revogando a lei e ocupando a competência do senado quanto ao inciso X?

A súmula vinculante é clara usurpação da competência do senado. Existe um conflito de normas constitucionais, configurando uma inconstitucionalidade implícita ao art. 103 – A contra o Art.52-X, pois aquilo que a súmula faz é revogar o dispositivo de lei julgada inconstitucional e, em outros casos, criar uma lei por causa de um vácuo legislativo.

A súmula vinculante é a criação de um texto que sofrerá votação qualificada. Já o art.52-x suspende uma lei, não cria novo entendimento nem se introduz novo elemento ao ordenamento, mas altera ele retirando um dispositivo inconstitucional. Mas ao criar uma nova orientação que vincula toda a sociedade, ela termina por revogando a lei inconstitucional e usurpando a função o senado

A sugestão é que se altere o texto do art.103-A ou art.52-X conjugando as atribuições do STF e do senado. Não convém ao STF legislar solitário sem sanção ou sem controle prévio. Elaboração de uma súmula vinculante carece de ser apreciada por outro poder antes de sua entrada em vigor. **Acontece que o judiciário não tinha nenhum instrumento legiferante**, uma ferramenta para produzir efeitos de lei. **O Executivo possui a medida provisória e a lei delegada, mas faltava ao judiciário, nessa lógica, a possibilidade de vincular a sociedade por meio de lei e se consagrar como um poder de fato. Todavia, tal instrumento deve passar pelo crivo do parlamento, assim como as MPs e as leis delegadas passam.**

O legislador também reconheceu a possibilidade de ser editada súmula inconstitucional ao estabelecer no art. 3 da lei 11.417 um rol de autoridades para provocar a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

Para contrariar o argumento de que o judiciário deve possuir um instrumento legal para efetivar suas decisões e vincular toda a sociedade e toda administração pública.

Cabe colocar em tela a abordagem de Ronald de Dworkin quanto à tese da decisão única para cada caso<sup>114</sup>. Dworkin critica a *commom law* e vai contra ideia de que as decisões atuais estejam vinculadas a decisões semelhantes tomadas no passado, além de ser avesso ao imperativo categórico de Kant que afirmava acerca da universalidade das leis. A tese da única resposta correta<sup>115</sup>, desenvolvida por Dworkin, afirma que cada caso é um caso de aplicação do direito, o que implica dizer que todo caso é difícil. Mostra uma resistência fundamental às teses sustentadas pelas concepções do convencionalismo e do pragmatismo. Também questiona a “função criativa” dos tribunais, defendida por Hart<sup>116</sup> para os casos difíceis, ou seja, a tese de que o tribunal poderia criar uma regra diante de um caso para o qual não exista uma resposta imediata nem na legislação, nem nos anais do Congresso ou de qualquer outra instituição, é rechaçada por Dworkin o qual compreende que apenas o legislador é autorizado a criar direito<sup>117</sup>.

As súmulas vinculantes são leis, pois obrigam toda a sociedade e a administração pública federal, estadual e municipal; elas permitem ao STF anular os Atos Administrativos contrários, carecem de ser publicadas no diário oficial da união, não no diário da justiça federal, e resultam da criação de um texto para um dispositivo abstrato e desvinculado do caso concreto.

Uma súmula vinculante pode ser considerada inconstitucional ao estabelecer no art. 3 da lei 11.417 um rol de autoridades para provocar a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante. Até mesmo os 11 representantes do guardião da constituição podem cometer equívocos iguais aos cometidos pelos 592 parlamentares.

---

<sup>114</sup> PEDRON, Flávio Quinaud. **Esclarecimentos sobre a tese da única “resposta correta”, de Ronald Dworkin**. Revista CEJ, Brasília, Ano XIII, n. 45, p. 102-109, abr./jun. 2009

<sup>115</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Coleção Direito e Justiça).

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Coleção Direito e Justiça).

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. (Coleção Direito e Justiça).

<sup>116</sup> HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. 2. ed. Trad. A. Ribeiro Mandes. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. P. 335

<sup>117</sup> BILLIER, Jean-Cassien. MARYIOLI, Aglaé. **História da Filosofia do Direito**. Trad. Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005.

Reconheço o art.52-X como um instrumento de controle prévio contra as determinação do supremo, considerando a amplitude das súmulas e decisões. A sugestão é que Art.52-X venha realizar o controle prévio da súmula vinculante, sancionando ou não. Hoje o inciso “X” já existe para examinar o dispositivo sobre o aspecto formal, fazendo juízo preliminar sobre as condições objetivas da decisão do STF. Verifica a autenticidade da decisão e se essa foi tomada dentro dos termos do processo constitucional pertinente, se foi observado o quórum constitucional, se a composição do STF, ao toma-la, era ou não plena, se a votação apurada estava conforme a constituição e o regimento interno do STF.

3- A sumula vinculante é uma usurpação da competência do Senado Federal quanto ao Art.52, X, e, por isso, inconstitucional ou, no mínimo, em conflito com outro dispositivo constitucional anterior a ele. Se uma súmula vinculante estabelece uma orientação diferente de uma lei, por considera-la inconstitucional, a súmula estaria revogando a lei e ocupando a competência do senado quanto ao inciso X. A sugestão é que se altere o texto do art.103-A ou art.52-X conjugando as atribuições do STF e do senado. Não convém ao STF legislar solitário sem sanção ou sem controle prévio. Elaboração de uma súmula vinculante carece de ser apreciada por outro poder.

### **3.2. MEDIDA PROVISÓRIA E O PLV (PROJETO DE LEI DE CONVERSÃO).**

Aproveitando o conceito de maioria transitória e governo de coalizão, percebemos também que o executivo utiliza de várias medidas provisórias, em concordância com os parlamentares da base governista, para ingerir na tramitação de projetos de leis e corrigir erros no planejamento dos gastos. Mas isso só é possível por causa da fragilidade em que se encontram os órgãos internos do legislativo.

O fato de a maioria do parlamento brasileiro ser da base governista (Governo de Coalizão) faz com que o parlamento brasileiro aprove a maioria das medidas provisórias emitidas pelo Presidente da República, independente da sua urgência, relevância ou, principalmente, imprevisibilidade.

Além disso, a falta de previsão, na Constituição Federal, de sanções ao Presidente da República, no caso de emitir medida provisória para créditos extraordinários sem os pressupostos constitucionais, faz com que a base governista

não se preocupe em aprovar algumas medidas provisórias, visto que a aprovação ou não da MP não interfere na execução da despesa, que já ocorreu, tampouco em sanções imediatas.

Ao governante deve ser concedida uma parcela do poder normativo primário, mesmo que pequena, pois todos os seus atos de governos devem ser prescritos em lei. Impensável governar um país continental como o Brasil, com quase 200 milhões de pessoas, sem ter em mãos um instrumento hábil para decisões urgentes para situações imprevisíveis.

O presidente é eleito pelo povo que exerce o poder observando o princípio da legalidade; tudo que ele faz deve ser por meio de lei ou dentro dos limites legais, ou seja, a discricionariedade do presidente é exercida dentro das bordas da lei.

Temos na Medida Provisória o instrumento constitucional útil ao presidente para produzir os efeitos de lei de forma temporária e sem a interferência prévia do Congresso, mesmo que depois seja rejeitada pelo legislativo.

A medida provisória possui influência da constituição italiana de 1947, art. 77 “*provvedimento provvisorio*”, todavia, foi na Constituição Brasileira de 1937 que ela foi formalizada por meio do uso do decreto-lei também derivado da figura italiana do *decreti-legge*, que surgiu em meados da 1ª Guerra Mundial. Nasceu em ambientes autoritários e recebe críticas até hoje, sendo considerada uma das maiores aberrações do ordenamento jurídico brasileiro. Já naquele momento, na Itália, tal instrumento demonstrou ser um fracasso jurídico, sendo emitidos 5.217 *decreti-legge* entre 1914 a 1935<sup>118</sup>.

Instrumento característico de estruturas parlamentaristas, as MPs são temas de inúmeras controvérsias e protagonistas de várias inconstitucionalidades dentro do Congresso Nacional.

Além disso, nossa constituição não prevê a responsabilidade política do Presidente da República no caso de rejeição da MP pelo congresso nacional: é uma concentração do poder nas mãos do Executivo.<sup>119</sup> Assim que editada, a medida provisória suspende a eficácias de outras leis que sejam contrárias a **ela**, inova no ordenamento produzindo direitos e deveres, incluindo financeiros, mas, em caso de rejeição, o presidente não recebe sanção política e administrativa.

---

<sup>118</sup> CELOTTO, Alfonso. **L'abuso del decreto-legge**, volume 1, Padova: CEDAM, 1997, p.216

<sup>119</sup> TEMER, Michel, **Elementos de direito constitucional**, p. 151-152.

O fato do presidente não ser penalizado por iniciar um processo legislativo extraordinário - trancando pautas congressuais e muitas vezes deixando de observar os pressupostos constitucionais – fez com que entre janeiro de 2011 a agosto de 2014 fossem editadas mais de 130 medidas provisórias, e milhares desde 1988<sup>120</sup>. Essa quantidade de MPs que os Presidentes da República têm editado, transformando a prática extraordinária dessa competência normativa primária em exercício ordinário do poder de legislar, produz um grave comprometimento do postulado constitucional da separação de poderes.

Carecemos de uma previsão na constituição penalizando o presidente no uso indevido das medidas provisórias, seguindo o exemplo de países parlamentaristas em que o gabinete corre o risco de ser dissolvido no caso de rejeição da MP. Os presidentes brasileiros deveriam temer o uso da medida provisória<sup>121</sup>. Esta seria a primeira inovação aqui proposta: responsabilização política e administrativa do presidente no uso inadequado e inconstitucional da MP.

Para a análise quanto ao controle prévio de constitucionalidade, é complexa a situação das medidas provisórias, pois elas possuem a “*Força de Lei*” mas não são leis. Caberia então o controle prévio de constitucionalidade às medidas provisórias?

A Constituição determina que “Art. 62, § 3º As medidas provisórias... perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias...”. Se uma MP precisa ser convertida em lei, significa dizer que ela não é uma lei. Contudo, é um diploma que altera as relações jurídicas existentes, suspende a eficácia de leis que seguirem o rito tradicional e obriga o congresso a uma produção legiferante. Nesse sentido, é reconhecidamente válido que o controle da medida provisória seja um controle prévio de constitucionalidade, mesmo não sendo uma lei, até mesmo pelo fato de compor o Título do Processo Legislativo da Constituição de 1988.

A questão está na particularidade da produção da medida provisória, diploma que é produzido exclusivamente pelo presidente da república segundo seu critério de conveniência e oportunidade quanto aos conceitos de relevância, urgência e imprevisibilidade.

---

<sup>120</sup> [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br) – 12 de agosto de 2014.

<sup>121</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva 2011. P.537

Em 1988 os PLVs demoravam 40 dias para serem aprovados, hoje, essa média subiu para 472 dias. O PLV da MP nº 470, de 11.04.1994, tramitou por 2.493 dias<sup>122</sup>. Nesse sentido, quase 100% dos PLVs sofreria o controle prévio de constitucionalidade e seria declarado inconstitucional por vício formal, aquele característico de falha de formação, por não respeitar os prazos estabelecidos na constituição. O prazo máximo de existência de uma medida provisória é 180 dias, em que 120 dias são a apreciação de seu PLV e 60 é a espera de um Decreto Legislativo que regulará os efeitos produzidos por ela.

Aqui também carecemos de sanção para o desrespeito dos prazos constitucionais. A ausência de penalidades motiva o desrespeito Às regras constitucionais do processo legislativo.

<b>PRESIDENTE</b>	<b>POSSE</b>	<b>TÉRMINO</b>	<b>MEDIDAS PROVISÓRIAS<sup>123</sup></b>
<b>José Sarney</b>	15 de março de 1985	15 de março de 1990	129
<b>Fernando Collor</b>	15 de março de 1990	29 de dezembro de 1992	173
<b>Itamar Franco</b>	29 de dezembro de 1992	1 de janeiro de 1995	501
<b>Fernando Henrique Cardoso</b>	1 de janeiro de 1995	1 de janeiro de 2003	5401
<b>Luiz Inácio Lula da Silva</b>	1 de janeiro de 2003	1 de janeiro de 2011	418
<b>Dilma Rousseff</b>	1 de janeiro de 2011	13 de setembro de 2014 <sup>124</sup> .	133

<sup>122</sup> Discurso do Senador Romero Jucá quando da votação da PEC n. 1-B/95, DSF, 06.09.2001, p. 20956.

<sup>123</sup> Brasil. Câmara dos Deputados Federal. Site Oficial. Pesquisa. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/busca/?o=relevance&v=legislacao&camaranet=&colecão=S&expressão=&palavraschave=&apelido=&primeiraementa=&corporododocumento=&numero=&ano=&tiponormaF=Medida+Provis%C3%B3ria&di=15-03-1985&df=23-09-2014&origensI=&origensF=Poder+Executivo&origensT=&situacao=> Acesso em: outubro de 2014. .

<sup>124</sup> Não se refere ao término do mandato, mas à data em que foi realizada a pesquisa.

O caráter extraordinário das MPs se perdeu ao longo dos anos. O uso das MPs foi banalizado por todos os presidentes.

### **3.2.1. DIPLOMA PASSÍVEL DE CONTROLE PRÉVIO E DE CONTROLE ABSTRATO SIMULTÂNEO.**

No ato da emissão, o controle prévio de constitucionalidade em uma medida provisória é exclusivamente realizado pelo presidente da república em seu juízo cognicível sobre os pressupostos constitucionais e as limitações materiais impostas. Assim que publicada, ela concederá ou limitará direitos. Aqui também cabe lembrar o limite histórico-social, abordado na introdução deste trabalho, impostos a todas as leis. Não é qualquer coisa que o Presidente publicar como medida provisória que os brasileiros vão acatar. Já desfrutamos de fortes alicerces democráticos, que devem ser melhorados, mas que evitam aberrações.

Após a publicação da MP, ela gera automaticamente um PLV (Projeto de Lei de Conversão) que então poderá sofrer o controle preventivo de constitucionalidade. O objeto de controle prévio passa a ser o PLV da medida provisória publicada, e não a medida provisória em si. O que se deve barrar é a conversão da MP em lei. Contudo, todo o sistema legal é afetado pela emissão da MP em vigor e, por esse motivo, a doutrina é assente em favor da Ação Direta de Inconstitucionalidade contra MP.

A medida provisória publicada, e que aguarda a aprovação de seu PLV, pode sofrer Controle Abstrato de Constitucionalidade. Vasta jurisprudência<sup>125</sup> do STF afirma possível que a MP emitida pelo presidente seja objeto de ADIn. Temos então uma situação jurídica interessante: o mesmo diploma e a mesma matéria legal podendo ser tutelados pelo controle repressivo e preventivo de constitucionalidade, ao mesmo tempo; preventivo por incidir sobre o PLV que tramita no parlamento e aquele pelo fato da medida provisória ser considerada uma lei temporária pela doutrina dominante. Essa característica decorre do fato da MP produzir dois efeitos: um processual e outro normativo. Aquele se refere à capacidade de provocar o

---

<sup>125</sup> Precedentes (ADI 1910 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/2004; ADI 1647, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 02/12/1998; ADI 2736/DF, rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 8/9/2010; ADI 1753 MC, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/1998).

legislativo a avaliar a conveniência de criação de uma nova norma legal, enquanto esse é a imediata força de lei que adquire a medida provisória.<sup>126</sup>

A atuação do Judiciário no controle da existência dos requisitos constitucionais de edição de Medidas Provisórias não significa ingerência contra-majoritária ou ativismo judicial, ao contrário, fortalece os mecanismos políticos de diálogo entre os poderes e serve à manutenção da democracia e do equilíbrio entre as três colunas da República.

Quanto aos PLVs, são vergonhosos os atos de desrespeito aos prazos estabelecidos na Carta Maior. O congresso Brasileiro desrespeita declaradamente os prazos orçamentários e os prazos para a produção de leis.

### **3.2.2. JOGO POLÍTICO, TRANCAMENTO DE PAUTA, CONTROLE PREVENTIVO E REPRESSIVO.**

§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.<sup>127</sup>

No dispositivo acima, percebemos o caráter excepcional que a medida provisória recebeu durante a constituinte de 1988 e nas emendas posteriores que a regularam. A ideia inicial era que, em condições de crises e urgências, o presidente pudesse governar e intervir na realidade jurídica para assegurar a defesa e o bom funcionamento do país, ao ponto que, se uma medida provisória emitida não fosse apreciada em 45 dias, o poder legislativo teria seu tralho interrompido para ajudar na resolução da urgência e relevância.

Esta foi a ideia inicial: múltiplos esforços para atender às imediatas exigências de fatos econômicos, sociais ou políticos que pudessem prejudicar os preceitos da República Federativa do Brasil, **tendo o poder legislativo o dever de ajudar e fiscalizar a atuação do executivo nessas urgências, devendo até mesmo interromper os trabalhos intrínsecos da instituição.**

---

<sup>126</sup> ALBUQUERQUE, Fabrício Sarmanho. *Processo Legislativo*. Vestcon. Brasília 2008. P.42.

<sup>127</sup> Brasil. Constituição (2014). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: DF, Senado, 2014.



Obviamente, devido ao grande número de MPs, o parlamento deixou de seguir o dispositivo constitucional supracitado e, para piorar o quadro, o vice-presidente Michel Temer, quando era presidente da Câmara dos Deputados, introduziu novo entendimento sobre trancamento de pauta por parte das medidas provisórias. Tal entendimento levou os deputados Carlos Fernando Coruja Agustini, Ronaldo Ramos Caiado e José Aníbal Peres de Pontes a pleitearem na justiça, por meio de mandado de segurança, o cumprimento do texto constitucional e o trancamento da pauta. Temer alegava o seguinte:

“Sendo a medida provisória um instrumento que só pode dispor sobre temas atinentes a leis ordinárias, apenas os projetos de lei ordinária que tenham por objeto matéria passível de edição de medida provisória estariam por ela sobrestados”.

(MS 27.931/STF – Sen. Michel Temer)

A constituição é clara no § 6º do art.62: “**ficando sobrestadas todas as demais deliberações legislativas**”. A palavra “**todas**” não deixa espaço para exceções no português justo. O referido senador alega que MP tranca somente a deliberação de matérias passíveis de MP, mas não é isso que literalmente diz o texto constitucional. Temer argumenta e responde: “A medida provisória pode tratar de uma matéria referente a decreto legislativo, por exemplo, declarar a guerra ou fazer a paz, que é objeto de decreto legislativo? Não pode.”<sup>128</sup>

Não deixo de reconhecer a nobreza da discussão, ainda mais com as centenas de medidas provisórias pendentes de deliberação; também concordo que as medidas provisórias são uma espécie de *Frankstein* do direito brasileiro, podendo gerar uma centralização orgânica capaz de submeter, ilegitimamente, o Congresso à vontade unipessoal do Presidente da República, cuja hegemonia no processo legislativo tende, cada vez mais, a inibir o poder de agenda do Legislativo, rebaixando o Parlamento do *status* de instituição essencial ao regime democrático à condição de aparelho estatal inteiramente subordinado aos desígnios do Executivo,

---

<sup>128</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 27.931/STF. Sen. Michel Temer. Brasília.

precisamente em decorrência da prática imoderada do poder de editar medidas provisórias<sup>129</sup>.

Todavia, o meio mais adequado para a correção é a edição de emenda constitucional e a introdução de controle prévio de constitucionalidade frente ao fazer legislativo primário do presidente da república. Não é fazendo voltas ou criando interpretações que o problema será resolvido.

O Mandado de Segurança em tela está pendente de julgamento e teve seu pedido de liminar indeferido pelo Min. Celso de Melo, ou seja, o STF não emitiu liminar trancando a pauta da Câmara dos Deputados.

Conforme discutido no ítem 2 (*judicial review* preventivo por meio de Mandado de Segurança), O legislativo passa por descrédito e boa parte devido à desmoralização de suas instituições internas pelos próprios parlamentares. Eles mesmos não confiam mais na idoneidade de suas comissões ou mesas quanto aos procedimentos administrativos e legislativos. É o que está acontecendo com as Comissões Mistas competentes para realizar a análise prévia das medidas provisórias.

### 3.2.3. ADIn n° 4.029/DF E A COMISSÃO MISTA.

§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.<sup>130</sup>

Excelente dispositivo constitucional determina que uma Comissão Mista realize o controle prévio de constitucionalidade sobre os PLVs resultantes de edição de MP pelo presidente da república. O congresso nacional editou a Resolução nº 1 de 2002-CN determinando os procedimentos *interna corporis* que balizam a tramitação dos PLVs e o funcionamento dessa comissão mista.

Para cada MP é constituída uma comissão mista temporária. Essa

<sup>129</sup> TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**, p. 133, item n. 1, 22ª ed./2ª tir, 2008, Malheiros. Brasília.

<sup>130</sup> Brasil. Constituição (2014). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: DF, Senado, 2014.

determinação foi definida pela Resolução e não pela constituição. Ao reler o §9º do art. 62 da CF, podemos reparar que não há a exigência de se compor uma comissão mista para cada MP, contudo, a Resolução nº 1 traz em seu dispositivo indícios de que o legislador requereu uma comissão mista para cada MP; vejamos:

Art. 2º Nas 48 (quarenta e oito) horas que se seguirem à publicação, no Diário Oficial da União, de Medida Provisória adotada pelo Presidente da República, a Presidência da Mesa do Congresso Nacional fará publicar e distribuir avulsos da matéria e designará Comissão Mista para emitir parecer sobre ela.

Art. 3º. § 1º Observar-se-á o critério de alternância entre as Casas para a Presidência das Comissões Mistas constituídas para apreciar Medidas Provisórias, devendo, em cada caso, o Relator ser designado pelo Presidente dentre os membros da Comissão pertencentes à Casa diversa da sua.<sup>131</sup>

O fato de a resolução utilizar o plural no Art. 3º já demonstra a vontade do congresso de estabelecer uma comissão mista para cada MP.<sup>132</sup> O presente leitor já deve imaginar a confusão instalada devido à impossibilidade de se cumprir tal dispositivo. O congresso não possui membro suficiente para formar as comissões mistas capazes de apreciar todas as MPs editadas. Aqui se verifica outra melhoria que deveria ser feita ao processo legislativo das MPs com intuito de evitar o controle prévio de constitucionalidade e uma inconstitucionalidade devida à não apreciação da MP por uma comissão mista: definir uma única comissão mista permanente, ou duas ou três, para a apreciação dos pressupostos de constitucionalidade e recebimento de emendas das MPs. Instaurar uma comissão permanente tornaria mais confiável e ágil a apreciação das medidas provisórias.

No entanto, quando a MP tratar de créditos extraordinários, o controle preventivo de constitucionalidade caberá a uma comissão mista permanente, prevista no §1º do art. 166 da CF, mas ambas as comissões devem observar os ritos da Resolução nº1 de 2002.

O controle prévio realizado pelas comissões mistas é absoluto? O parecer das comissões possui valor terminativo? Muitos argumentam que o controle prévio realizado pelas comissões mistas não é um controle absoluto e que o parecer comissão deverá seguir para deliberação do plenário mesmo que seja contrário à

---

<sup>131</sup> Ibid.

<sup>132</sup> SANTOS, Luiz Claudio Alves. **Medidas Provisórias Vestcon**. Brasília 2008, p.27.

medida provisória, ou mesmo que não seja emitido<sup>133</sup>. Tal interpretação corroborou para o enfraquecimento da comissão que perdeu sua relevância, pois ela não teria papel terminativo na análise das MPs submetidas a sua tutela.

Ora, diante da infinidade de MPs e da crise das instituições internas no congresso, as comissões mistas passaram a ser desprezadas, pois seriam meras formalidades uma vez que suas atividades não tinham caráter absoluto sobre o processo legislativo.

Nesse sentido, “tudo ia bem” quanto ao esquecimento das comissões mistas e à negligência de seus controles prévios não mais desenvolvidos, até que a Associação Nacional dos Servidores do Ibama – ASIBAMA Nacional questionou a criação do Instituto Chico Mendes por medida provisória junto ao STF por meio da ADIn 4.029. O pleito foi julgado improcedente devido a não legitimidade ativa daquela Associação. Contudo, O Advogado Geral da União provocou o Tribunal no sentido de, mantendo a improcedência do pedido, proclamasse a declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 5º, *caput*, artigo 6º, §§ 1º e 2º, da Resolução nº 01/2002, do Congresso Nacional, com eficácia *ex nunc*, em relação à pronúncia dessa inconstitucionalidade; determinando inconstitucionais as leis resultantes de medidas provisórias que não receberem parecer da comissão mista.

As Comissões Mistas e a magnitude das funções das mesmas no processo de conversão de Medidas Provisórias decorrem da necessidade, imposta pela Constituição, de assegurar uma reflexão mais detida sobre o ato normativo primário emanado pelo Executivo, evitando que a apreciação pelo Plenário seja feita de maneira desorientada, percebendo-se, assim, que o parecer desse colegiado representa, em vez de formalidade desimportante, uma garantia de que o Legislativo fiscalize o exercício atípico da função legiferante pelo Executivo.

O art. 6º da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, que permite a emissão do parecer por meio de Relator nomeado pela Comissão Mista, diretamente ao Plenário da Câmara dos Deputados, é inconstitucional. A Doutrina do tema é assente no sentido de que **“O parecer prévio da Comissão assume condição de instrumento indispensável para regularizar o processo legislativo porque proporciona a discussão da matéria, uniformidade de votação e**

---

<sup>133</sup> . *Medidas Provisórias Vestcon*. Brasília 2008, p.34.

**celeridade na apreciação das medidas provisórias”**.<sup>134</sup>

Por essa importância, defende-se que qualquer ato para afastar ou frustrar os trabalhos da Comissão (ou mesmo para substituí-los pelo pronunciamento de apenas um parlamentar) padece de inconstitucionalidade. Nessa esteira, são questionáveis dispositivos da Resolução 01/2002-CN, na medida em que permitem a votação da medida provisória sem o parecer da Comissão Mista.

A possibilidade de atuação apenas do Relator gerou acomodação no Parlamento e ineficácia da Comissão Mista; tornou-se praxe a manifestação singular: No modelo atual, em que há várias Comissões Mistas (uma para cada medida provisória editada), a apreciação ocorre, na prática, diretamente nos Plenários das Casas do Congresso Nacional. Há mais: com o esvaziamento da Comissão Mista, instaura-se um verdadeiro império do relator, que detém amplo domínio sobre o texto a ser votado em Plenário. Cumpre lembrar que a apreciação pela Comissão é exigência constitucional.

Nesses termos, sustenta-se serem inconstitucionais as medidas provisórias convertidas em lei que não foram examinadas pela Comissão Mista, sendo que o pronunciamento do relator não tem o condão de suprir o parecer exigido pelo constituinte. Cabe ao Judiciário afirmar o devido processo legislativo, declarando a inconstitucionalidade dos atos normativos que desrespeitem os trâmites de aprovação previstos na Carta. Ao agir desse modo, não se entende haver intervenção no Poder Legislativo, pois o Judiciário justamente contribuirá para a saúde democrática da comunidade e para a consolidação de um Estado Democrático de Direito em que as “normas são frutos de verdadeira discussão, e não produto de troca entre partidos e poderes”<sup>135</sup>.

O controle preventivo realizado pelas comissões mistas é válido e indispensável, conforme decisão judicial supracitada. Contudo o parecer emitido pelas comissões não possui o caráter terminativo sobre a MP ou seu PLV, sendo um controle relativo. Acredito que essa característica se deu ao pensamento da extraordinariedade característico das MPs, logo, em momento de relevância,

<sup>134</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Medidas Provisórias**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010. p. 178-180. V. tb. CASSEB, Paulo Adib. **Processo Legislativo – atuação das comissões permanentes e temporárias**. São Paulo: RT, 2008. p. 285

<sup>135</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Medidas Provisórias**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010. p. 178-180. V. tb. CASSEB, Paulo Adib. **Processo Legislativo – atuação das comissões permanentes e temporárias**. São Paulo: RT, 2008. p. 285)

urgência e imprevisibilidade, todo o congresso deveria opinar sobre a situação política, econômica ou imprevisível do país supostamente se encontre ao ponto de levar o presidente a utilizar um diploma tão estranho ao rito ordinário e perigoso para o equilíbrio entre os poderes.

### 3.2.4. COMISSÕES PARLAMENTARES.

Art. 101. § 1º Quando a Comissão (CCJ) emitir parecer pela inconstitucionalidade e injuridicidade de qualquer proposição, será esta considerada rejeitada e arquivada definitivamente, por despacho do Presidente do Senado, salvo, não sendo unânime o parecer, recurso interposto nos termos do art. 254.

Art. 254. Quando os projetos receberem pareceres contrários, quanto ao mérito, serão tidos como rejeitados e arquivados definitivamente, salvo recurso de um décimo dos membros do Senado no sentido de sua tramitação.<sup>136</sup>

Já se fez grande debate sobre a influência política nos pareceres das comissões parlamentares. Na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) não seria diferente que infelizmente sofre pressão política no seu funcionamento.

Em entrevista com consultores constitucionais da câmara e do senado, percebemos que eles possuem função meramente consultiva e que seu parecer não vincula a votação dos parlamentares nas comissões.

A CCJ é amplamente conhecida como a titular do controle preventivo de constitucionalidade, opinando em todas as proposições e emendas parlamentares. Possui enorme volume de trabalho e possui uma das presidências mais disputadas no congresso.

Mas a proposta é que as comissões provocadas para analisar medidas provisórias, tratados internacionais e orçamento passem a ter parecer definitivo no seu exercício do controle constitucional, seguindo o exemplo da CCJ. Deve-se instituir uma comissão permanente para análise de medidas provisórias e conceder força terminativa ao parecer. Significa dizer que no máximo em 72h teríamos uma decisão sobre a constitucionalidade das medidas provisórias emitidas sem nenhum critério constitucional.

---

<sup>136</sup> BRASIL. Senado Federal. Resolução nº 93, de 1970: **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Brasília. 2014.

São inúmeros os defeitos da CCJ que funciona pressionada politicamente e por isso falha no seu dever de prevenir o ordenamento jurídico de inconstitucionalidade de uma forma prévia.

#### 4. CONCLUSÃO

Essa mutação do civilismo para o constitucionalismo requer ferramentas para proteger os princípios que passam a ordenar a sociedade, e o controle preventivo de constitucionalidade é uma dessas ferramentas.

Sabemos que a letra da lei e a formalidade de sua formação não são suficientes para garantir a legitimidade do diploma perante a sociedade que deve recepcioná-lo. O momento sugerido para que a sociedade realize seu controle prévio é o *vacatio legis*, um momento de discussão social da lei e de maturação das futuras alterações sociais. Apesar de não termos um instituto que permita o controle preventivo por parte da sociedade durante esse *stand by* em que a lei se encontra, considero uma boa sugestão incluir essa proteção ao sistema jurídico. Ora, é direito subjetivo da sociedade ter leis coerentes com o contexto em que vivem, não é outra a preocupação do princípio da anterioridade, da publicidade e da legalidade.

Já o uso do mando de segurança por parlamentar para impedir prosseguimento de irregularidades no processo legislativo justifica-se, principiologicamente, pela existência um direito subjetivo que está sendo agredido pela administração. Acontece que, atualmente, os próprios deputados não acreditam nas instituições internas do parlamento, como a comissão de constituição e justiça – CCJ e outras comissões mistas que perderam o prestígio e confiança junto aos membros do congresso. O congresso está em crise com seus regimentos e suas comissões.

Não considero saudável o uso do mandado de segurança parlamentar, pois o próprio parlamento precisa fortalecer suas instituições internas ao ponto de serem respeitadas pelos próprios membros, sem optar pelo judiciário para barrar as maiorias transitórias por meio de mandados de segurança.

Quanto aos tratados internacionais, o vazio normativo dos meios de internalização dos acordos internacionais dos quais o Brasil é signatário provoca grande insegurança e confusão jurídica. Além disso, hoje, a lei nacional posterior ao tratado não revoga a aplicabilidade dos dispositivos do acordo internacional contrários a ela. Os tratados, portanto, são considerados imunes a qualquer normatividade futura, vistos como hierarquicamente superiores à norma interna. Ademais, com o foco no controle preventivo, considero inviável a aprovação de tratados internacionais que versem sobre matéria reservada à lei complementar. O



uso do decreto legislativo para internalizar um tratado desrespeita sua característica constitucional que é a de prescindir da sanção presidencial, além de gerar a impossibilidade de definir se o tratado passa a valer com a publicação do decreto legislativo, ou com a ratificação do presidente ou com a promulgação do decreto pelo presidente, ato totalmente incompatível com a processualística dos decretos legislativos.

Essa anomalia do uso de decreto legislativo para tratados internacionais gerou confusões judiciais como o controle preventivo *incidental* de constitucionalidade sobre os tratados internacionais, baseando-se no princípio constitucional da publicidade das leis, em que a lei só passa a ser válida após a publicação em imprensa oficial.

Os tratados que versam sobre direitos humanos nem sempre estabelecerão diretrizes e normas relacionadas aos DH, ou que impliquem necessariamente na criação ou proteção de um direito, e, por isso, nem todos irão receber *status* constitucional.

Para organizar melhor a processualística vazia dos tratados de DH, considero ser de competência privativa do Presidente da República submeter ou não um tratado de DH ao rito de emenda constitucional. Concluo também que incorporar um TIDH à constituição faz com que ela fique dependente de textos externos ao dela, deixando de ser única.

Ademais, os TIDH não podem ser considerados cláusulas pétreas, pois o constituinte derivado é hierarquicamente inferior ao constituinte originário, e é isso que dá sentido às cláusulas pétreas. Não existe a soberania internacional sobre a lei interna. A jurisdição, a soberania e a nacionalidade são pressupostos constitucionais que não estão sujeitos a um *judicial review* internacional e nem à jurisprudência de Estados signatários de um TIDH.

Outro desafio para o controle preventivo de constitucionalidade é a súmula vinculante que são consideradas leis, pois obrigam toda a sociedade e anulam os Atos Administrativos contrários a ela. É uma usurpação da competência do Senado Federal quanto ao Art.52, X, e, por isso, inconstitucional ou, no mínimo, em conflito com outro dispositivo constitucional anterior a ela. Se uma súmula vinculante estabelece uma orientação diferente de uma lei, por considera-la inconstitucional, a súmula estaria revogando a lei e ocupando a competência do senado quanto ao inciso X. A sugestão é que se altere o texto do art.103-A ou do

art.52-X, conjugando as atribuições do STF e do senado. Não convém ao STF legislar solitário sem sanção ou sem controle prévio. Elaboração de uma súmula vinculante carece de ser apreciada por outro poder.

Agora, com o olhar sobre a medida provisória e na forma como é utilizada no Brasil, é sem dúvidas uma das maiores aberrações do nosso ordenamento jurídico e da estrutura dos três poderes. O controle preventivo não é possível na medida provisória. Apenas seu projeto de conversão que sofre o controle prévio por parte dos parlamentares. Além disso, nossa constituição não prevê a responsabilidade política do Presidente da República no caso de rejeição da MP pelo congresso nacional, significando uma concentração do poder nas mãos do Executivo. Assim que editada, a medida provisória suspende a eficácias de outras leis que sejam contrárias a ela.

O STF é assente em considerar inconstitucionais as leis resultantes de medidas provisórias que não receberam o parecer da comissão mista. O controle preventivo realizado pelas comissões mistas é válido e indispensável, mas seu parecer não é absoluto, ou seja, não arquiva ou suspende a medida provisória. Logo, a sugestão é que se estabeleça uma única comissão mista permanente para apreciar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer terminativo sobre sua constitucionalidade.

Apesar da CCJ e de outras comissões, vímos o controle prévio no *vacatio legis*, no mandado de segurança contra tramitação de matérias, nos tratados internacionais, na súmula vinculante e na medida provisórias. Esse ajuste antecipado da lei é quase um instrumento inexplorado e não valorizado pelo fazer legislativo brasileiro.

A Ministra Ellen Gracie comenta que o STF acumula extensa competência, funcionando tanto como corte constitucional e como corte de apelação, e que o controle de constitucionalidade ali exercido é “talvez o mais completo e mais complexo” que ela conheça. Porém, a ministra ressaltou que, ao contrário do que ocorre na França, no sistema brasileiro não há o controle prévio de constitucionalidade de normas<sup>137</sup>.

---

<sup>137</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=67062&caixaBusca=N>. Acesso em: outubro de 2014.

## 5. BIBLIOGRAFIA

ACCIOLY, Hilbebrando. **Tratado de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

ALBUQUERQUE, Fabrício Sarmanho. **Processo Legislativo**. Brasília: Vestcon, 2008.

BILLIER, Jean-Cassien. MARYIOLI, Aglaé. **História da Filosofia do Direito**. Trad. Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005.

BITTENCOURT, Lúcio. **O controle de constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949.

Câmara dos Deputados Federal – [www.camara.leg.br](http://www.camara.leg.br)

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio. (coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARVALHO NETTO, Menelick. **Uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 68, n. 2, p. 67-84, abr./jun. 2002.

CELOTTO, Alfonso. **L'abuso del decreto-legge**. Padova: CEDAM, 1997.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Medidas Provisórias**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010. 2008.

CASSEB, Paulo Adib. **Processo Legislativo – atuação das comissões permanentes e temporárias**. São Paulo: RT, 2008.

Compêndio de Leis da Presidência da República – [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Coleção Direito e Justiça).

\_\_\_\_\_. **O Império do Direito.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Coleção Direito e Justiça).

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípios.** Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. (Coleção Direito e Justiça).

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Comentário ao Art 84. II. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio. (coords). **Comentários à Constituição do Brasil** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2008.

FERREIRA, Olavo A. V. Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus efeitos.** São Paulo: Editora Método, 2005.

FRANCISCO, José Carlos. Comentário ao Art 84. II. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio. (coords). **Comentários à Constituição do Brasil** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

GALEOTTI, Serio. **Contributo alla Teoria del Procedimento Legislativo.** Milão: Giuffré, 1970.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito.** Trad. A. Ribeiro Mandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HUBNER, Conrado. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** São Paulo: USP, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** São Paulo: Saraiva 2011.

MAGALHÃES, José Carlos. **O supremo tribunal federal e o direito internacional.** Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000.

MARRAFON, Marco Aurélio em sala de aula no dia 12 de abril de 2014 – IDP. Brasília.

\_\_\_\_\_. Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido.** Florianópolis: Habitus, 2008.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. *O novo § 3o do art. 5o da Constituição e sua eficácia*. In: Revista de informação legislativa, v. 42, n. 167. Brasília: Senado Federal, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Freitas Bastos, 1974.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1/69*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

Ordem dos Advogados do Brasil, São Paulo – [www.oabsp.org.br](http://www.oabsp.org.br)

PAULA de, Alexandre Sturion. *A viabilidade da Declaração de Inconstitucionalidade de Lei no Período da “vacatio legis”* In: *Revista Virtual*. Vol. 5, nº 58. Brasília: Casa Civil, 2004.

PEDRON, Flávio Quinaud. *Esclarecimentos sobre a tese da única “resposta correta”, de Ronald Dworkin*. Revista CEJ, Brasília, Ano XIII, n. 45, p. 102-109, abr./jun. 2009

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

REZEK, José Francisco. *Direito dos Tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984

\_\_\_\_\_. *Direito Internacional Público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva. 2002.

SANTOS, Luiz Claudio Alves. *Medidas Provisórias*. Brasília: Vestcon, 2008.

SCHMITT, Carl. *Teoría de La Constitución*; traducción de Francisco Ayala Imprenta: Madrid, Revista de Derecho Privado, 1934.

RUFFIA, di Paolo Biscaretti. *Diritto Costituzionale*. Padova: CEDAM, 1949.

LAFERRIÈRE, Julien. *Manuel de Droit Constitutionnel*. Paris: D. Montchrestien, 1947.

Senado Federal – [www.senado.leg.br](http://www.senado.leg.br)

SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis. **Súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2008.

Supremo Tribunal Federal – [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direitos Constitucional**. São Paulo: Saraiva 2008.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros 2008.